

ACTIO

REVISTA JURÍDICA

Derechos Humanos - Derecho Constitucional Derecho Civil
Niñez y Adolescencia - Teoría General del Proceso
Derecho Procesal Civil - Derecho Procesal Penal
Apéndice Especial



★
Universidad —
— Católica
Nuestra Señora de la Asunción
CAMPUS ITAPUÁ

ACTIO

REVISTA JURÍDICA

Nº 4 - Año 2023

CONSEJO EDITOR

Directoras

Abg. Fulvia A. González Ortiz
Abg. Gloria Camila Ubeda Cortti

Miembros

Dr. Pablo Darío Villalba Bernié
Abg. Diego Alexis Cochewisk
Abg. Diego F. Maciel Del Puerto
Abg. Laura Diana Casco Casco
Abg. Laura Teresita Cabrera
Abg. Odalis E. Bareiro Báez
Dr. Juan de la Cruz Britez
Mg. Ernesto Luis López Almada
Mg. María Haydee Closs
Mg. Yilda Ibarra Prieto
Univ. Jorge David Piris Gauto
Univ. María Marcia Zelaya Galera
Univ. Maximina S. Giménez Riveros
Univ. Ruth Isabel Domínguez Kallus

ACTIO

REVISTA JURÍDICA

Nº 4

AUTORES

Araujo Lopoja, Laura Antonella

Benítez, Ada Elizabeth

Cabriza, Iván

Carmagnola Martínez, Katherine Giovanna

Domínguez Kallus, Ruth Isabel

Fernández, Nancy

Florentín, Fabrizio

González, Fabián

Hahn Gómez, Patricia Montserrat

Luzco, Luján

Miltos, Mari Leidi

Medina, Marisol

Moreno Cáceres, José Daniel

Morel, Macarena

Pereira Rivas, Esther

Riera Domínguez, Manuel

Rodríguez Coronel, Milena Montserrat

Sienra, Gabriela

Ubeda Cortti, Gloria Camila

Villalba Bernié, Pablo Darío



ÍNDICE

1.Portada.....	1
2.Presentación	3
3.Palabras del Decano.....	7
4.Palabras de las Directoras	10

Doctrina e Investigación

5.Las ventajas del Trámite Judicial Electrónico y su implementación	12
6.Precedente Vinculante	61
7.Imprevisión: Una Herramienta Jurídica en tiempos de Crisis [Covid19]	140
8.Tecnología y derecho probatorio: Hacia la inclusión digital.....	148



9.Mapuche vs Chile: Controversias de la ley antiterrorista	193
10.Artavia Murillo Vs Costa Rica	210
11.El Rol de la familia acogedora en Paraguay	318
12.Factibilidad de Gobernar por decretos en Pandemia: El caso Paraguay	329



PALABRAS DEL DECANO

Uno de los objetivos básicos de la academia, en tal sentido de la *universitas*, es alentar la investigación en el contorno universitario, haciendo que ella se vuelva eficaz para el desarrollo evolutivo de los que fungen como gestores del andamiaje educativo.

A consecuencia del cumplimiento de estos objetivos básicos, genera una gran satisfacción expresar nuestro beneplácito por la publicación del N° 4 de la *Revista Actio*, cuyo contenido investigativo profundo se presenta a la comunidad científica vinculada al ámbito jurídico nacional.

Cuando surgía el primer número de la Revista Actio, allá por los primeros años del nuevo milenio, los directores de entonces presentaban a la comunidad jurídica un libro inédito que nunca antes se había realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Campus Itapúa, con la idea de convertirse en una publicación periódica que aglutine los trabajos investigativos de profesores y estudiantes. Con virtudes y altibajos, la revista poco a poco se fue constituyendo en marca registrada de la facultad, aun cuando sepamos que una de sus deficiencias fue la falta



de periodicidad. Sin embargo, prosiguió con su lento derrotero de consolidación, hoy con nuevos gestores que se encuentran al frente apuntalando la publicación, con el mismo afán de sus orígenes, convertirse en la voz jurídica de la región.

Con seguridad restan pasos agigantados que concretar, como ser la ansiada indexación que permitirá exhibir los grandes avances jurídicos que se generan derivados del compromiso académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Campus Itapúa, al contorno universal.

Del contenido de la Revista se advierte la transversalidad de los temas propuestos enlazados con cuestiones de gran actualidad en la búsqueda de respuestas efectivas, argumentadas y plurales, con el fin de contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas desde una perspectiva nacional e internacional.

Luego de haber pasado dramáticos momentos ocasionados por la pandemia, se exterioriza mediante esta obra que los tiempos de crisis comienzan a ser superados, aun cuando se reconozca que en los tiempos de crisis de la justicia es cuando más avanza el desarrollo jurídico, pues la búsqueda de soluciones concretas fluye con el objetivo de resolver problemáticas complejas.

Como Decano y ex director de esta revista, expreso una doble satisfacción al dar a luz este nuevo ejemplar de la Revista Actio, expresando mis sinceros agradecimientos a los que han hecho posible la



concreción de la publicación, en especial a las directoras de la misma, profesoras Camila Ubeda y Fulvia González, quienes me consta han desarrollado un denodado esfuerzo para la concreción de este emprendimiento. No puedo dejar de mencionar palabras de reverencia y reconocimiento hacia los que han contribuido con sus trabajos investigativos, autores de artículos científicos que engalanan la obra, como también las investigaciones efectuadas por estudiantes universitarios (nuestro gran orgullo) que se suman a esta publicación. Con seguridad una vez acometidas lecturas profusas de su contenido se constatarán el alto nivel de dichos trabajos monográficos.

Al finalizar esta presentación, dejar como mensaje aquello de que una universidad no comprometida con procesos de investigación no tendría razones que justifiquen su existencia, por lo que la Revista Actio exterioriza el compromiso académico de nuestra institución hacia el desarrollo del saber y la ciencia.

En Encarnación, 23 de mayo del 2023

Dr. Pablo Darío Villalba Bernié

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad Católica *"Nuestra Señora de la Asunción"*
Campus Itapúa
Encarnación, Paraguay



PALABRAS DE LAS DIRECTORAS

Nos complace presentar a la comunidad la ***IV Edición de la Revista Jurídica Actio***, obra que integra trabajos de estudiantes, egresados y docentes de la *Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” Campus Itapúa*; así como artículos de prestigiosos juristas nacionales.

La incertidumbre creada por la pandemia ocasionada por el COVID - 19 nos enseñó la importancia de dejar una huella en la historia de la investigación jurídica de nuestra casa de estudios, a fin de inspirar a los actores de la comunidad académica a extender las fronteras del conocimiento y contribuir en crear respuestas a las problemáticas de la esfera jurídica nacional.

La Revista Jurídica *Actio* es un excelente espacio de difusión de trabajos académicos que suma bibliografía a la doctrina jurídica nacional con interpretaciones modernas, diferentes de la ley y de temas de la actualidad.



Animamos al lector a conocer los temas desarrollados en la presente Edición, a fin de interiorizarse en la labor investigativa universitaria y, de esa manera, contribuir en el debate jurídico de la doctrina nacional.

En Encarnación, mayo del 2023

Abg. Fulvia González y Abg. Camila Ubeda

Directoras de la IV Edición de la Revista Actio

Facultad de Ciencias Jurídicas

Universidad Católica *"Nuestra Señora de la Asunción"*

Campus Itapúa

Encarnación, Paraguay



LAS VENTAJAS DEL TRÁMITE JUDICIAL ELECTRÓNICO Y SU IMPLEMENTACIÓN

Por Ada Elizabeth Benítez¹

SUMARIO

1. Introducción. 2. Planteamiento del problema. 3. Trámite Judicial Electrónico y su funcionamiento. 3.1. Concepto del expediente electrónico. 3.2. Diferencia entre el expediente electrónico y el expediente no electrónico o mixto. 3.3. Firma digital y Firma electrónica. 3.4. Descripción del funcionamiento del Trámite Judicial Electrónico en Paraguay. 3.5. Beneficios del Trámite Judicial Electrónico. 4. Marco legal del expediente electrónico 5. Juzgados y Tribunales civiles que actualmente cuentan con expediente electrónico y no electrónico en Paraguay. 6. Conclusiones. 7. Referencias.

RESUMEN

El Trámite Judicial Electrónico refiere a la manera de tramitar los expedientes en las dependencias de la Corte

¹ Abogada egresada por la Universidad Autónoma de Encarnación en el año 2012, con postgrado en Escribanía por la Universidad Católica, Campus Itapúa en el año 2014. Especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidad Católica, Campus Itapúa, Primera Promoción.



Suprema de Justicia por medio de herramientas tecnológicas y aplicación de leyes que regulan su utilización.

Los fundamentos de estos procedimientos radican tanto en el ahorro del soporte papel en los distintos estadios del proceso judicial como la optimización del tiempo. Con la situación de Pandemia en el país y la circulación del virus COVID-19, la implementación del llamado “Expediente Electrónico” fue la respuesta a la población paraguaya ante la imperante necesidad de acceder al sistema de justicia. La presente investigación ahondará sobre los procedimientos y actos que pueden desarrollarse a través de esta herramienta digital.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación busca proveer una mayor información sobre un tema de vanguardia pero plenamente operativa en la actualidad, son las denominadas tramitaciones judiciales electrónicas, como se puede afirmar es una nueva manera de tramitar los expedientes en los despachos judiciales y dependencias administrativas que conforman la Corte Suprema de Justicia, basado en la utilización de herramientas tecnológicas y la aplicación de las Leyes que regulan el expediente electrónico, los mensajes de datos, la firma digital y la firma electrónica, con el propósito de eliminar el requerimiento material de recurso papel para el



ingreso de los casos, las notificaciones y traslados, los escritos presentación, la interposición de recursos, entre otros, sustituyendo este medio material por el electrónico.

El expediente electrónico tiene como mayor objetivo acelerar los tiempos judiciales y, en consecuencia, la resolución de las causas, brindando mayor efectividad y transparencia.

Su fuente jurídica se encuentra en la Ley 4017/2010 “De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”, la Ley 4610/2012 que modifica la referida ley, el Decreto 7369/2011 y las Guías elaboradas por la Autoridad de Aplicación.²

Este marco normativo otorga equivalencia jurídica del soporte electrónico, estableciendo que los actos administrativos o judiciales suscritos por medio de firma electrónica o digital serán válidos y producirán los mismos efectos que si se hubieren llevado a cabo en soporte papel.

Establece igualmente que todas las actuaciones del proceso se registrarán y conservarán íntegramente y en orden sucesivo en la carpeta electrónica o expediente

² Léase en www.csj.com.gov/trámitejudicialectrónico.



electrónico, la que garantizará su fidelidad, preservación y la reproducción de su contenido.

Cumpliendo con los enunciados legales, los sistemas informáticos que se utilicen para el registro de los procedimientos judiciales y administrativos deberán garantizar el pleno acceso de todas las partes del expediente electrónico en condiciones de igualdad, salvo las excepciones establecidas por la ley. Cuando la situación requiera de reserva, las actuaciones serán accesibles una vez notificada la resolución.

Todo esto, sin contrarrestar lo necesario que se ha vuelto a partir del giro inesperado a nivel mundial que fue la propagación del virus COVID-19 que paralizó a nivel global la humanidad, obligando a sumergirnos de forma más rápida en las herramientas electrónicas para poder sobrellevar todo el sistema jurídico en genera, tanto a nivel regional como en el mundo entero.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es evidente que la tecnología ha evolucionado, y con el mismo ha revolucionado todas las maneras existentes de trabajo, entre ellos en el ámbito judicial podemos rescatar que la implementación del expediente electrónico acarrea muchos beneficios, no solo por la



celeridad que se supone deberá de traer implícito, sino además la seguridad y fiabilidad en el sistema jurídico.

En la actualidad, con lo que significó para el mundo entero, una pandemia en específico la covid-19, hizo que todo este proceso de informatización de los trabajos judiciales, sean vertiginosamente utilizada, para poder paliar lo que significa en todos los espacios de trabajo, la aglomeración, y el contacto físico.

El aspecto más "relevante" de la informatización de los expedientes judiciales es su capacidad para agilizar todo el proceso de manera exponencial, considerando que la tramitación de una demanda se encuentra a mano, y las respuestas por parte de los juzgados debe de ser casi inmediata, o por lo menos cumpliendo el plazo estipulado por la Ley.

No obstante, la modernización en nuestro país todavía acarrea incertidumbres y consecuencias no muy positivas, considerando otros aspectos, como si es viable o no el acceso a la justicia para personas que no tienen el suficiente conocimiento en la utilización de las tecnologías ya sea por la edad u otro tipo de impedimentos, y también por el pobre acceso a las redes informáticas en todo el país.

Sin embargo, las expectativas de la implementación del expediente electrónico son de envergadura, y es por ello que la comprensión del mismo



dentro del rol de abogados debe ser primordial, considerando que la utilización del mismo debe ser considerado como una herramienta ventajosa y no, así como una limitación al acceso de la justicia como lo consideran unos pocos.

3. TRÁMITE JUDICIAL ELECTRÓNICO Y SU FUNCIONAMIENTO

3.1. Concepto del expediente electrónico

La corte suprema de Justicia del Paraguay esboza como denominación del “ trámite electrónico”, a la nueva manera de tramitar los expedientes en los despachos judiciales y dependencias administrativas que conforman la Corte Suprema de Justicia, basado en la utilización de herramientas tecnológicas y la aplicación de las Leyes que regulan el expediente electrónico, los mensajes de datos, la firma digital y la firma electrónica, con el propósito de eliminar el requerimiento material de recurso papel para el ingreso de las casos, las notificaciones y traslados, los escritos presentación, la interposición de recursos, etc., sustituyendo este medio material por el electrónico.

Resumiendo, entonces, el expediente electrónico es un mecanismo virtual o electrónico que regula la



actividad judicial, dejando casi en desuso lo que conocemos como expediente judicial en formato papel.

3.2. Diferencia entre el expediente electrónico y el expediente no electrónico o mixto

La Definición que, aplicada a la institución, el expediente electrónico se equipara a un expediente en formato papel y contiene toda la documentación generada por el despacho judicial, presentadas por las partes en la gestión del expediente, la que se encuentra ordenada cronológicamente, y asegurada por mecanismos de seguridad que hacen a las características determinadas por la ley.³

Además, de contar un ítem dentro del portal jurisdiccional, donde tiene acceso el profesional, con la opción de “hojear”, para que de esa manera pueda visualizarse como un expediente normal.

Ciertamente hay diferencias abismales ya sea en las firmas y cargos que anteriormente era utilizadas, así también en el método de presentación, pero todo se encuentra estrictamente reglamentado y supervisado,

³ <https://www.pj.gov.py/contenido/1436-tramite-judicial-electronico>.



implementándose de esta manera las llamadas “firma digital y firma electrónica”.

Se destaca dentro de las diferencias con el expediente formato papel, que en la electrónica se evita el abultamiento de documentos innecesariamente creando a veces unas series de tomos desordenados, con mucho potencial de deterioro en el proceso y la pérdida de las hojas del expediente o del mismo expediente, como se dieron varias veces generando de esta forma la “reconstrucción del expediente”.

También la disminución del costo en cuanto a las notificaciones que requerían el traslado del funcionario judicial para la notificación en formato papel, realizando de esta manera una notificación electrónica sin necesidad del pago de la misma, en los casos que sea posible.

También podemos destacar, la veracidad que acarrea el cargo en el expediente electrónico, siendo este un beneficio ya que con el formato papel se dieron casos donde los cargos fueron adulterados, creando de esta manera una inseguridad jurídica.

Ahora bien, también existen los expedientes mixtos o los llamados híbridos, que fueron aquellos que en su momento iniciaron en formato papel y que actualmente se encuentran ya digitalizadas, y que se



encuentran coexistiendo sin inconvenientes en los juzgados de todo el país.

En ellos se observa la digitalización de manera progresiva y desde el momento del inicio del expediente electrónico en el despacho donde se encontraba, y dependiendo de la etapa de proceso en el que se encuentre continúa incorporándose a la herramienta digital que proporciona la Corte Suprema de Justicia.

3.3. Firma digital y firma electrónica

Es sumamente importante destacar la diferencia existente entre las definiciones de las Firmas digitales y la electrónica, en este sentido la Firma Digital está reglamentada en el artículo primero y veinte de La Ley N° 4.017, donde explica que cuando *"la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital"*.

La Firma digital es utilizada por los jueces y actuarios para firmar las resoluciones judiciales conforme se establece en el marco normativo para los expedientes electrónicos.

En este sentido la firma digital se define como, una firma electrónica certificada por un prestador certificado, que ha sido creada usando medios que el



titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo. ⁴

Ahora bien, cuando se refiere a la firma electrónica, obedece al usuario y contraseña que es asignado al abogado o procurador de justicia, para ingresar en el portal jurisdiccional y realizar las presentaciones judiciales, que equivale de forma automática a la firma electrónica del profesional.

También se encuentra reglamentada en el art. 17 de la Ley 4.017 que preceptúa: “a los efectos del empleo de una firma electrónica: la aplicación de una firma electrónica a un mensaje de datos implica para las partes la presunción de: a) que el mensaje de datos proviene del firmante, b) que el formante aprueba el contenido del mensaje de datos”

En este sentido se denomina a la firma electrónica como un conjunto de datos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como un medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.⁵

⁴ Véase <https://www2.deloitte.com/py/es/pages/legal/articles/firma-electronica-y-digital-en-paraguay-.html>.

⁵ Véase <https://www2.deloitte.com/py/es/pages/legal/articles/firma-electronica-y-digital-en-paraguay-.html>.



En este sentido, solo los jueces y actuarios cuentan con la firma Digital, que lo realizan a través de una herramienta personal llamada *token*⁶ y los abogados, fiscales y otros apoderados de justicia, cuenta con la llamada firma electrónica, donde se accede a través del usuario y contraseña del mismo.

3.4. Descripción del funcionamiento del Trámite Judicial Electrónico en Paraguay

Como ya se ha citado anteriormente, y aunque la diferencia ciertamente es abismal con el expediente en formato papel, la brecha para el entendimiento del expediente electrónico es cada vez menor, ya que está consolidado de manera tal, que la gran mayoría de los usuarios tengan un acceso fácil y cómodo desde cualquier punto del país o inclusive del extranjero, siempre y cuando se tenga acceso a internet.

En cuanto al funcionamiento, actualmente ya es casi pleno, considerando la gran cantidad de departamentos del país en las que ya se encuentra completamente operativo, por lo menos en lo que

⁶ Un **token de seguridad** (también llamado llave digital o llave electrónica) es un dispositivo físico utilizado para acceder a un recurso restringido electrónicamente. El **token** se utiliza como complemento o en lugar de una contraseña.



respecta en los juzgados de primera instancia en lo civil, laboral, niñez y adolescencia y penal.

En este sentido es importante destacar cuales serían los aspectos básicos de entendimiento para el funcionamiento de un expediente electrónico y que se pasa a detallar a continuación.

3.4.1. Portal de gestión de partes.

Es una plataforma electrónica de servicios que permite tramitar electrónicamente los sistemas informáticos de la Corte Suprema de Justicia.

Está compuesta por un conjunto de servicios tales como la presentación, interposición de recursos, notificaciones y consultas a la tramitación de los casos judiciales, la misma es accedida desde la página web oficial de la Institución, identificada como <https://www.pj.gov.py/>.

Para operar dentro la plataforma se requiere contar con cuenta de usuario, que por lo general es el número de cédula del Abogados públicos y privados, Fiscales, Auxiliares de Justicia y partes en general, y una contraseña particular que le posibilita el acceso a los casos judiciales en los cuales son partes o tienen intervención.



Este usuario y contraseña se rige por el principio del "no repudio", por lo tanto, es sumamente importante que los profesionales sean los únicos que manejen su "Firma electrónica", pudiendo ser cambiada si sospecha que otra persona también la conoce.

La Corte Suprema de Justicia cuenta con una página habilitada, a fin de la –creación de Usuario y reseteo de contraseña-la cual se encuentra dentro de la pestaña de Gestión Jurisdiccional en la página Web de la Corte Suprema de Justicia.⁷

De esta manera a través del Portal electrónico se pueden hacer ingresos de expedientes, presentaciones relativas a la tramitación del caso judicial, interposición de recursos, seguimiento de la gestión del expediente, y recibir notificaciones, todo lo que anteriormente se hacía en formato papel sin la necesidad de movilizarse hasta los juzgados, evitando de esta manera los costos de traslado y en el marco de la pandemia también se evita el riesgo de contagio de virus COVID-19.

Estas prestaciones estarán habilitadas en todos los despachos judiciales que pertenecen a la Circunscripción Judicial en el cual se ha implementado este proyecto con independencia de si el despacho cuente o no con el sistema del expediente electrónico.

⁷ Ver en <https://www.pj.gov.py/contenido/1633-gestion-judicial-creacion-de-usuario-y-reseteo-de-contrasena/1633>.



La misma aplicación filtra los despachos habilitados, y esta lista se actualizará permanentemente en la página web institucional en el apartado dedicado al trámite electrónico.

Como es sabido, la página Web de la Corte, es utilizada para varias operaciones judiciales desde antes del expediente electrónico, como ser los pagos de tasas judiciales, informaciones sobre resoluciones, matriculaciones de abogados, peritos y otros; informes varios semanales sobre los acontecimientos relevantes en los despachos judiciales a nivel país, habilitación de informes para las áreas de Dirección General de Registros Públicos, marcas y señales y otros.

Como también, el uso del portal se daba principalmente para el sorteo judicial de los expedientes, en el marco del inicio de alguna demanda en primera instancia a partir de la venta de Gestión Jurisdiccional – Ingreso de causas.

Por ende, dicho portal cuenta con un conjunto de áreas y actividades que pretende facilitar el desenvolvimiento de aquellos que necesariamente se encuentren en la necesidad de requerir un servicio jurisdiccional.



3.4.2. Fiscalización electrónica.

Ahora bien, cuando la intención es el ingreso de una demanda judicial de manera electrónica lo primero se requiere es la fiscalización, por ende y estando procesada el usuario y contraseña, se habilita lo que llamamos “fiscalización electrónica” que se da básicamente de manera similar al procedimiento utilizado anteriormente, con algunas reformas digitales, en este sentido, se procede al pago de la liquidación de los juicios, y esa documentación es remitida al correo de “fiscalizaciones Judiciales”, dicha liquidación pagada con el escrito de demanda que se requiera fiscalizar, son enviadas directamente a los correos habilitados y posteriormente llega la respuesta de la fiscalización, con ese procedimiento damos inicio a la demanda.

A modo de ejemplo, podemos mencionar el correo electrónico de focalizaciones de tasas de la ciudad de Encarnación que es ingresosjudicialesenc@pj.gov.py, donde deben ir con los documentos anexos correspondientes para dicha fiscalización.

El archivo debe ir en formato PDF, como todo lo que se da ingreso en el portal Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, de tal manera que el orden de prelación sea de la siguiente manera: 1. la Liquidación; 2. el comprobante de pago; la Demanda.



Esto varía dependiendo de qué tipo de demanda se requiera ingresar, o que tasa se quiera pagar, como por ejemplo las fiscalizaciones en las tasas en sucesiones se dan de esta manera, un primer archivo –con la liquidación, comprobante de pago y el A.I de aprobación de las evaluaciones-

En un segundo archivo, también en PDF, todos los informes y documentos donde constan las evaluaciones practicadas en el expediente, ya sea de inmuebles o rodados.

Por último, en el tercer archivo, la sentencia declaratoria de herederos a fin de determinar si el pago de la tasa se hará sobre el total, o solamente sobre la parte ganancial, según sea el caso que se dé.

3.4.3. Presentación de las demandas, escritos y documentos.

En los juzgados habilitados y en los cuales ya se encuentran vigente el expediente electrónico o el Portal de Gestión de Partes, el ingreso de los expedientes y de todos los escritos relacionados a su gestión se efectuará por vía electrónica operando las opciones habilitadas en el sistema de tramitación de la Corte Suprema de Justicia.

Las presentaciones efectuadas a través del Portal se entenderán suscritas por el usuario que las remite, sin



necesidad de contener su firma manuscrita, entendiéndose que la clave y contraseña con la cual opera la herramienta constituye su firma electrónica.⁸

En caso que el documento tenga firma digital asociada, la aplicación sólo adicionará el correspondiente estampado de tiempo sin certificar digitalmente la presentación en el proceso de certificación masiva.⁹

Igualmente, los documentos originales sólo podrán ingresar a través del Portal de Gestión de las Partes, lo que significaría que, si los documentos son en formato papel, éstos deberán ser digitalizados e incluidos en soporte electrónico a la presentación realizada en el Portal de Gestión.

Los documentos originales posteriormente son requeridos por el juzgado para su presentación para la autenticación o validación de los mismos, pudiendo presentarse en el juzgado o simplemente utilizando los medios telemáticos para cumplir con el fin de la validación documental.

La validación electrónica de los documentos, fue implementado a raíz del desafío que se ha verificado en

⁸ Se puede observar el protocolo de tramitación electrónica en <https://www.pj.gov.py/notas/12766-protocolo-de-tramitacion-electronica-de-la-corte-suprema>.

⁹ Curso de expediente electrónico realizado en el marco de la actualización sobre el “expediente electrónico” de la Corte Suprema de Justicia.



plena pandemia, lo que habilitó la implementación del video llamadas con los actuarios judiciales, a fin de autenticar o validar lo documentos presentados, ya que eso evita que el usuario –abogado-fiscal u otro- tenga que acercarse directamente a los despachos a realizar esos trámites, esto conforme la acordada N° 1370/20.

No existe límite de cantidad de archivos a adjuntar, sin embargo, éstos deben estar en el formato permitido (PDF) y responder a una calidad que permita tanto su recuperación como su lectura.¹⁰

Así mismo, los documentos que son originales necesariamente tienen que ser subido a la plataforma en un solo archivo formato PDF, las copias autenticadas también requieren que sean en solo archivo formato PDF, y por ultimo las copias simples, todas ellas deberán ser agregadas de forma separada al expediente electrónico.

3.4.4. Presentaciones en el expediente electrónico.

Las presentaciones que deben realizarse en el nuevo formato del expediente electrónico son sumamente práctico y factible, a continuación, se podrá

¹⁰ Ver preguntas frecuentes del Trámite Judicial Electrónico en la página <https://www.csj.gov.py/Portal/portal/preguntasfrecuentes>.



recapitular brevemente el modo de dar ingreso un documento judicial electrónicamente.

Al ingresar al portal de la Corte Suprema de Justicia, lo primero que debe de hacerse es ingresar al ítem de “Gestión Jurisdiccional”, ahí se habilita la opción del ingreso del usuario y contraseña asignada de forma individual al abogado, agente fiscal u otro operador de justicia, posteriormente se ingresa a la pestaña “Gestión de Expedientes”, esto conjuntamente con la asignación de la Jurisdicción (Capital-Itapúa, etc.), da un punto de partida para iniciar el ingreso de una presentación electrónica.

Posterior al mismo, la página Web deriva a una nueva pestaña, que se encuentra dividido por varios Ítems, no solo para la presentación o notificaciones, sino también para buscar e informarse sobre los expedientes que ya se encuentran informatizados.

En este caso en particular, nos ocupamos exclusivamente de las “presentaciones electrónicas” que se desee hacer en la plataforma, para lo que tenemos el ítem denominado *-Registrar presentación-* esta pestaña nos lleva nuevamente a otra ventana emergente donde necesariamente obliga al usuario a conocer el expediente donde desee registrar una presentación electrónica.

En este sentido, es sumamente importante identificar la Jurisdicción y el juzgado donde se



encuentre, y en lo posible el año, Número de expediente, y caratula, de esta manera y al ingresar esos datos aparece el expediente con todas las actuaciones, y una pequeña pestaña arriba –lado derecho-, donde se habilita en concreto la presentación del documento.

A partir del mismo se habilita una nueva ventana que es de fácil accesibilidad, ya que solicita se cargue el documento –que necesariamente debe ser en formato PDF- posteriormente solicita la cantidad de hojas de dicho documento y el objeto del mismo.

Finalmente, y al ser cargado todas esas especificaciones, es factible la finalización de la carga de documento que se pretendía subir a la plataforma web, o en todo caso la agregación de las pruebas documentales o instrumentales que se desee subir con el documento que se requería cargar.

De esta manera la “carga de documento” se da sin ningún inconveniente al expediente asignado con anterioridad, pudiendo hacerse desde la comodidad de la oficina o cualquier lugar donde se encuentre el abogado/a u otro operador de la justicia.

3.4.5. La subsanación de los documentos observados.



En el portal Jurisdiccional cuenta con una pestaña donde que se identifica como “presentaciones observadas” allí podemos verificar aquellos expedientes electrónicos que todavía no fueron recibidos en la secretaría, debido a algún tipo de error o algún dato incompleto como, por ejemplo, la tasa judicial, la caratula, o escrito inicial no fiscalizado, entre otros inconvenientes que se pudiese dar en el proceso del sorteo o agregación de los documentos electrónicos.

En este sentido, los mismos se encuentran pendientes de subsanación y una vez corregido íntegramente se dará curso a lo solicitado.

En efecto, para corregir se debe cargar la presentación en la opción “cargar documentos”, respetando el orden asignado, (1. Prueba Instrumental – caratula, tasa y liquidación fiscalizadas-2. Prueba Documental-originales; copias autenticadas y copias simples en distintos archivos en formato PDF- escrito de presentación)

Luego se elimina la presentación que se encontraba observada, una vez que fue corroborado que subido a la plataforma con éxito todas las presentaciones, se marca la opción “subsanan”, una vez corroborado esto, el profesional puede proceder a la autenticación de los documentos presentados en la plataforma ante el actuario judicial del despacho,



continuando con el procedimiento sin ningún inconveniente.

3.4.6. Contestación de una demanda.

Para poder contestar una demanda, y en el caso de que el abogado toma intervención por primera vez en un expediente electrónico, es necesario que se acerque hasta la secretaría de juzgado y entregue el escrito de contestación en formato papel, de esta manera el secretario del juzgado tiene la obligación de escanear y subir a la plataforma, a la par de habilitar en el sistema al abogado que se presenta en el expediente.

3.4.7. Pruebas que deban realizarse en un expediente electrónico.

En las pruebas es sumamente importante identificar la prueba a realizarse para dar un mejor entendimiento de cada una de ellas:

a) Prueba testifical:

Se realiza mediante las reglas del procedimiento civil en el recinto de juzgado, una vez finalizada se imprime el acta y se firma, luego se digitaliza dicho documento y se sube del expediente electrónico. (Mónica & López Nuñez, 2021).



Es importante mencionar que actualmente y en la práctica dichas audiencias pueden ser llevados a cabo de manera telemática, estando usualmente presente solamente los abogados o agente fiscal, y en caso de no ser así también puede llevarse a cabo de manera totalmente telemática sin necesidad de que ninguna de las partes esté físicamente en el juzgado.¹¹

b) Absolución de posiciones:

En este caso el escrito de presentación y el sobre que contiene el pliego de posiciones para la audiencia, deberá presentarse en formato digital, pero el sobre del pliego deberá ser presentado en secretaría hasta una hora antes, como habitualmente se procedía a hacerlo.

Finalizada la audiencia sigue las mismas especificaciones que la audiencia testifical, es decir, se firma y se procede a subir en la plataforma electrónica (Mónica & López Nuñez, 2021).

c) Informes Electrónicos:

Vale decir que para lo que refiere a informes electrónicos los mismos venían instalándose desde antes de este operativo el expediente electrónico, es decir, todo lo referentes a Informes y conforme los convenios con

¹¹ Conforme lo establece la Ley N° 6495/20 *“Que autoriza la implementación del sistema de audiencias por medios telemáticos en el poder judicial y el Ministerio Público”*



instituciones públicos y privados ya se venían utilizando la comunicación vía electrónico.

Como ejemplo citamos, la Dirección General de Registros Públicos, la Dirección Nacional de Automotores, Banco Nacional de Fomento, Comandancia de la Policía Nacional, Banco Central del Paraguay, entre muchos otros que se encuentran completamente adheridos al sistema del Poder Judicial.

3.4.8. Notificaciones electrónicas.

En todos los juzgados donde opera el expediente electrónico en la actualidad, las notificaciones son realizadas de forma electrónica,¹² y se define como todas aquellas notificaciones generadas en el despacho judicial, las que quedaran puestas en la bandeja de notificaciones en el portal de gestión de las partes.

Todos los citados en el artículo 133 del código procesal civil, así como aquellos que el juzgado o tribunal lo dispongan, sin embargo, seguirán notificándose en formato papel, las notificaciones que corresponden a:

- a) Las que disponen el traslado de la demanda, reconvencción y los documentos que se acompañan a las contestaciones.

¹² Art. 03 del Protocolo de Tramitación Electrónica de la Corte Suprema de Justicia.



- b) Las que refieren a la comunicación de personas extrañas al proceso.
- c) Los casos expresamente establecidos por el Magistrado.

En efecto, las notificaciones que se generan en el portal jurisdiccional en la ventana de “notificaciones recibidas” son de exclusiva responsabilidad del profesional en cuanto a la actualización de dicha información, ya que la fecha del depósito corresponde a la fecha de notificación haya o no ingresado a la bandeja citada.

3.4.9. Alegatos.

Es de importancia destacar en este punto, que, desde el momento del cierre probatorio, la providencia que ordena el mismo lo Notifica Electrónicamente a las partes, y no es necesario el retiro del expediente ya que lógicamente el profesional tiene a su disposición todas las actuaciones en su portal jurisdiccional.

3.4.10. Apelación de una resolución.



En cuanto a las apelaciones que se deseen realizar, básicamente es el mismo procedimiento explicado y utilizado para “registrar presentación” que ha sido mencionado con anterioridad, con la diferencia que se utiliza la opción de “registrar recurso/recusación” allí nuevamente se debe completar los campos de materia, despacho número y año de expediente, caratula y luego Buscar el expediente.

Posteriormente, se abre una nueva ventana donde da la opción de completar diferentes campos, como, por ejemplo; tipo de recurso para remisión al superior, entendiéndose si es un recurso de apelación, Nulidad, aclaratoria, reposición u otro; Agregar resolución –donde será seleccionado a partir de una lista de resoluciones predeterminados por el expediente citado; y luego se adjunta el escrito para finalizar la solicitud del recurso.

3.4.11. Conversión de los documentos al formato PDF.

Como se puede constatar a lo largo del funcionamiento del expediente electrónico, los documentos que deben ser presentados y las



documentales deben necesariamente ser subidas en formato PDF.¹³

En efecto para convertir un documento Word a PDF, se debe seleccionar la opción de “guardar como” y seleccionar el tipo que será en PDF, con lo cual el documento se guarda como un archivo de la extensión requerida para su ingreso en el portal jurisdiccional.

Ahora bien, si existen otros formatos que se requiere convertir en PDF, como por ejemplo imágenes, Excel, etc., es importante utilizar otras herramientas para su conversión, entre ellas la más utilizada es la página Web [IlovePdf.com](https://www.ilovepdf.com), que es un servicio en line gratuita que cuenta con una amplia gama de utilidad con referencia al formato PDF.

En dicha página es posible, convertir, unir, enumerar, agregar marca de agua, firmar, dividir, etc. y trabajar en el formato PDF, para posteriormente poder subir a la plataforma del expediente electrónico.

3.5. Beneficios del Trámite Judicial Electrónico

Es innegable el gran beneficio que actualmente acarrea la implementación del Trámite Judicial

¹³ Es un formato de almacenamiento para documentos digitales independiente de plataformas de software o hardware. Ver en <https://es.wikipedia.org/wiki/PDF>.



Electrónico, más aún luego de esta crisis pandémica desatada por el virus COVID-19, que necesariamente tuvo que afrontarse y de muchas maneras buscar reinventarse para lograr los objetivos, es así que esta crisis ayudó a afianzar más el uso y aceleró la utilización del expediente electrónico a nivel país para evitar perjudicar a los justiciables con la demora de sus demandas y con la necesidad de ir personalmente a los juzgados a exponerse a esta enfermedad.

Igualmente, y no menos importante la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, desde sus inicios en la divulgación de lo que es la tramitación electrónica, hacía alusión a los innumerables beneficios de lograr la implementación del mismo, como son los siguientes citados a continuación:

- a) Mejorar y facilitar el acceso a la justicia.
- b) Forma parte de los compromisos de la Corte Suprema de Justicia en su contribución a la preservación del Medio Ambiente, con un importante ahorro en el uso de recursos de impresión.
- c) La aplicación de esta gestión, indudablemente disminuye los costos de la litigación para todos los involucrados.
- d) La facilidad de ahorrar tiempo al no tener que trasladarse a la sede judicial para cada trámite o



gestión que deba realizarse en el marco de un expediente.

- e) Aumenta los estándares de seguridad, transparencia y disponibilidad de los expedientes, ya que el expediente electrónico puede ser accedido desde cualquier parte y en todo momento, sin el riesgo que se pierda o se dañe.
- f) Y a lo que se debe agregar, y de suma importancia por lo tiempos vividos en la actualidad,
- g) La posibilidad de acceder a la justicia aún en época de pandemia, sin necesidad de exponerse con el traslado hasta el juzgado.

Y otros muchos y muy destacables como la foliación automática, el ingreso a la plataforma las 24 horas, los 7 días de la semana, con la imposibilidad de la pérdida de hojas, la numeración automática de resoluciones, la comodidad y cero costos de las notificaciones que son realizados en forma electrónica, la veracidad única del cargo electrónico, (Mónica & López Nuñez, 2021) entre otros muchos beneficios.

4. MARCO LEGAL DEL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO

Se destaca en el marco de la implementación del expediente electrónico las variadas disposiciones de leyes, acordadas y resoluciones que ha dictaminado la



Corte suprema de justicia, en beneficio a los usuarios de esta nueva herramienta judicial que es el expediente electrónico, y de donde se destacan las siguientes:

4.1. Ley N° 4017/2010 *“De la validez jurídica de la Firma Electrónica, la Firma Digital, los mensajes de datos y el Expediente Electrónico”*

Esta Ley es el basamento de todo lo que se reconoce como “Trámite Judicial Electrónico”, donde reconoce la validez Jurídica de la Firma electrónica, la firma Digital, los mensajes de datos, el expediente electrónico y regula la utilización de los mismos, así como también a las empresas certificadoras, su habilitación y la prestación de los servicios de certificación.¹⁴

Cuenta con 44 artículos y Titulo primero - de las disposiciones Generales; Titulo Segundo- de los mensajes de Datos; Titulo tercero-de la firma Electrónica; Titulo cuarto-del Expediente electrónico y trámite administrativo; Titulo Quinto- de la autoridad de la aplicación y Titulo Sexto-de las disposiciones finales y transitorias.

¹⁴ Ver Ley N° 4017/10 *“De la validez Jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”*.



4.2. Ley N° 4610/2012 *“Que modifica y amplía la Ley Nro. 4.017/10” De la validez jurídica de la Firma Electrónica, la Firma Digital, los mensajes de datos y el Expediente Electrónico”*

En esta Ley se observa específicamente las modificaciones de los artículos 21, 27, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 46 y 47, del título sexto de la Ley anterior descripta, que dictamina sobre la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico.

4.3. Decreto N° 7369/11, *“Que aprueba el Reglamento General de la Ley Nro. 4017/2010”*

En el año 2011 se aprueba el reglamento general de la ley N° 4017/2010 de la “validez Jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico” conforme se expresa dicha acordada cuenta con 26 artículos.¹⁵

¹⁵ Ver Decreto N° 7369/11 *“Que aprueba el reglamento general de la Ley Nro. 4017/2010, ´de la validez Jurídica de la Firma Digital, los mensajes de datos y expediente electrónico ´”*.



Desde el año 2010 contamos con la Ley que regula todo lo competente sobre el Trámite Judicial Electrónico como lo son la firma digital y el expediente electrónico, en el año 2011 de reglamento la utilización y validez del mismo conforme un decreto del poder Ejecutivo.

4.4. Acordada N° 1108/16 *“Que aprueba El Protocolo de Tramitación Electrónica De La Corte Suprema de Justicia”*¹⁶

La Corte Suprema de Justicia expone que buscando mejorar significativamente el servicio de justicia y asegurar la transparencia, ha identificado que, en la aplicación de eficiente de la tecnología, una valiosa herramienta para lograr los objetivos institucionales, por consiguiente, aprueban dicho protocolo, que cuenta con 04 artículos, y establece las reglas y denominaciones generales.

4.5. Acordada N° 1192/17 *“Que amplía la implementación de los Trámites*

¹⁶ Acordada N° 1108/16 *“Que aprueba el protocolo de tramitación electrónica de la corte suprema de Justicia”*.



Electrónicos dispuesto por Acordada N° 1107/2016”¹⁷

La presente acordada dispone ampliar la implementación de las notificaciones electrónicas a todas las partes del proceso penal, en los juzgados penales donde se encuentre implementado el trámite electrónico, cuenta con 07 artículos reguladores de dicho sistema.

4.6. Acordada N° 1268/18 “Que amplía la implementación de los Trámites Electrónicos e incorpora la Firma Digital de las resoluciones en los Juzgados que cuentan con el Trámite Electrónico”¹⁸

Esta acordada dispone la provisión de firma digital a magistrados y actuarios de los despachos judiciales en los que se encuentre implementado el trámite electrónico, entre otras cuestiones de relevancia sobre la firma Digital electrónica, cuenta con 3 artículos.

¹⁷ Acordada N° 1192/17 “Que amplía la implementación de los tramites electrónicos dispuesto por acordada N° 1107/2016”.

¹⁸ Acordada N° 1268/18 “Que amplía la implementación de los tramites electrónicos e incorpora la firma digital de las resoluciones en los Juzgados de cuentan con el trámite electrónico”



4.7. Acordada N° 1335/19 *“Del instructivo del Expediente Electrónico”*¹⁹

Alude en forma específica al instructivo general del expediente electrónico, desde la fiscalización, Intervención, código QR hasta las notificaciones electrónicas, y demás aspectos que conforman el Trámite Judicial Electrónico.

4.8. Ley N° 6.495/20 *“Que aprueba la implementación del sistema de audiencias por medios telemáticos en el Poder Judicial y el Ministerio Público”*²⁰

Con esta Ley se regula el uso de medios telemáticos para la realización de las audiencias en los procesos judiciales que se tramitan en los distintos fueros que componen el poder judicial o ante el ministerio publico los cuales tendrán carácter gratuito.

¹⁹ Acordada Digital N° 1335/19 *“Del Instructivo del expediente electrónico”*.

²⁰ Ley N° 6.495/20, *“Que aprueba la implementación del sistema de audiencias por medios telemáticos en el poder Judicial y el Ministerio Público”*.



Esta Ley cuenta con 10 artículos y actualmente se encuentra plenamente vigente y en uso en los diferentes fueros de los juzgados, inclusive los juzgados paz.

4.9. Acordada N° 1370/20 *“Que aprueba el protocolo de gestión electrónica a distancia a ser aplicado durante el periodo de emergencia sanitaria establecido en el decreto presidencial”*²¹

Esta acordada entró en vigencia en razón a la cuarentena total por la que paso el país en marzo del año 2020, para evitar la propagación del virus COVID-19, reglamentando una serie de cuestiones que abarca desde los horarios de entrada dispuesto para los funcionarios del poder judicial hasta los procedimientos habilitados en el portal de gestión de partes.

4.10. Ley N° 6562 *“De la reducción de la utilización de papel en la gestión*

²¹ Acordada N° 1370/20 *“Que aprueba el protocolo de Gestión electrónica a distancia a ser aplicado durante el periodo de emergencia sanitaria establecido en el decreto presidencial”*.



pública y su reemplazo por el formato digital”²²

Tal como lo menciona en su primer artículo, el objetivo de esta ley es reducir el uso de papel en cualquier gestión pública y reemplazarlo por el formato digital, que deberá ser registrado o tramitado o gestionado en Línea, logrando de esta manera la cooperación con el compromiso del medio ambiente.

4.11. Resolución N° 3124/20 “Obligatoriedad de la utilización del código QR”.

Resolución por medio del cual se obliga al uso del código QR en todas las actuaciones judiciales que lleven la firma digital, lo cual permitirá validar las actuaciones a la cual pertenece el documento, del expediente, y corroborar el mismo en su forma digital.²³

Esta herramienta logra obtener la producción original de los documentos firmados digitalmente, con todos los datos de certificación de firmas lo que permite verificar la autenticidad del documento, ya sea una resolución, oficio judicial u otros.

²² Ley N° 6562 *“De la reducción de la Utilización de papel en la Gestión pública y su reemplazo por el formato digital”.*

²³ Resolución N° 3124 *“Código QR”.*



4.12. Resolución N° 243/2020 *“Aprobar como buena práctica el uso de la tecnología para las transmisiones de informes y copias fotográficas de los últimos movimientos de los expedientes judiciales”*²⁴

Esta resolución incentiva de manera enérgica, la práctica del uso de la tecnología en todos sus aspectos, solicitando a los funcionarios en general el arbitrio de lo mecanismo necesarios para evitar las aglomeraciones innecesarias en cualquier despacho, inclusive autorizando al profesional a realizar tomas fotográficas de las actuaciones a los efectos de agilizar la revisión del expediente.

5. JUZGADO Y TRIBUNALES CIVILES QUE ACTUALMENTE CUENTAN CON EXPEDIENTE ELECTRÓNICO Y NO ELECTRÓNICO EN PARAGUAY.

²⁴ Resolución N° 243/2020 *“Aprobar como buena práctica el uso de la tecnología para la transmisión de informes y copias fotográficas de los últimos movimientos de los expedientes judiciales”*



En este capítulo se identifica como fue manera progresiva implementándose en casi todas las circunscripciones del país el Trámite Judicial Electrónico, especialmente en el último año donde se vieron en la necesidad de acelerar el proceso por la crisis sanitaria que hasta el momento estamos viviendo.

5.1. Implementación del Trámite Judicial Electrónico en la ciudad de Encarnación

La implementación del Trámite Judicial Electrónico en la ciudad de encarnación se da a partir del 22 de enero del año 2021, desde esa fecha, los abogados ya pueden realizar presentaciones electrónicas en los despachos de primera instancia de la Circunscripción Judicial de Itapúa de conformidad con lo dispuesto en el plan estratégico de la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido, los juzgados adheridos a esta plataforma virtual de tramitación electrónica fueron los fueros de primera Instancia en lo civil y comercial, primera Instancia en lo laboral, primera Instancia de niñez y adolescencia y penal de garantías, los cuales se encuentran totalmente operativos para las registraciones y presentaciones electrónicas a través del portal de gestión de partes.



Actualmente todos los juzgados de primera instancia se encuentran habilitados de manera plena en lo que respecta al Trámite Judicial Electrónico, desarrollándose inclusive en la mayoría de los casos las audiencias por medios telemáticos, y utilizando los medios tecnológicos para avanzar con las informaciones que sean pertinentes a los expedientes que se encuentran en los despachos, dando cumplimiento de esta manera a la resolución N° 243/20 de las buenas prácticas del uso de la tecnología para la transmisión de informes, y copias o fotografías de los últimos movimientos de los expedientes judiciales”.

En efecto y conforme la Sección de estadísticas del Tribunal de la ciudad de encarnación, desde el mes de febrero al 30 de abril del corriente año se resolvió en los despachos que cuentan con el expediente electrónico un total de 5.278 resoluciones Judiciales, generados de forma electrónica.

5.2. Juzgados del país que actualmente utilizan el Trámite Judicial Electrónico

Desde el año 2002, en Capital los sorteos se realizan electrónicamente para lo cual se asignó como usuario a cada Abogado/a, su propio número de cédula y una contraseña, para identificar y responsabilizar de la



demanda a los profesionales del derecho, este usuario, también sirve para identificarse en el Portal de Gestión de Partes, convirtiéndose en su "Firma Electrónica" actualmente y para los efectos del expediente electrónico.

En informaciones de la página de la Corte suprema de Justicia, se anuncia que, desde su implementación en el año 2016, el expediente Judicial Electrónico permite el desarrollo de todos los juicios a través de internet, con un sistema que brinda de celeridad, transparencia, ahorro y un mejor servicio de justicia a la ciudadanía.

A la fecha, los usuarios soportados por los sistemas jurisdiccionales llegan a 46.288. Siendo en ese entonces solo ocho los sistemas que conformaban el trámite electrónico.

Así mismo, y siguiendo con lo informado directamente de la página web de la corte suprema de Justicia., un total de 57.952 documentos fueron firmados durante el último mes del año 2020 por jueces de Primera Instancia en las Circunscripciones con trámite electrónico.

Conforme a las leyes 4.017/10 y 4.610/12 que establecen los procesos electrónicos a través de internet, fue desde el 10 de octubre del año 2016 que todos los juicios empezaron a tramitarse y desarrollarse



íntegramente en el Expediente Judicial Electrónico en el Juzgado Civil y Comercial del 18 Turno, a cargo de la jueza Vivian López.

En ese sentido, el Expediente Judicial Electrónico ha sido implementado progresivamente durante los primeros cuatro años desde su habilitación en la Capital, de la siguiente manera: en el año 2016: Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, 18 Turno; y el Tribunal de Apelación Sexta Sala Civil y Comercial; en el año 2017: Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, 19 y 20 Turno; en el año 2019: Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, 1 al 17 Turno y el Juzgado de Garantías y de Delitos Económicos.

También los 6 ex Juzgados de Justicia Letrada (Juzgados Primera Instancia Civil y Comercial 21 al 26 Turno), y en el año 2020: Tribunal de Apelación 5 Sala Civil y Comercial, Capital. (Justicia, 2020).

Durante la pandemia, se fue agilizando la implementación en diferentes circunscripciones del país, y en varios Juzgados para efectivizar todos los trámites y garantizar el acceso a la justicia, en este sentido la Corte ha dado varios informes a través del portal del Poder Judicial, destacándose estas informaciones citadas a continuación.

El 7 de septiembre del 2020, se inauguró el expediente electrónico en la circunscripción de cordillera,



ya en la primera semana de uso se observaron números satisfactorios en las actuaciones generadas en Caacupé, con un total de 1.597 acciones.

Igualmente, en diciembre del 2020 la Corte Suprema de Justicia anunciaba en sus redes que las ciudades de Villarrica y Encarnación ya contarán con las herramientas tecnológicas en el mes de enero del 2021, y a la par dictaminaban contemplar la habilitación del servicio para las localidades de San Juan Bautista, San Ignacio, Pilar y Alberdi en el mes de febrero del 2021.

Para marzo del año 2021, Katueté, Salto del Guairá, Curuguaty, Pedro Juan Caballero y Capitán Bado ya contarán con el expediente electrónico. Lo mismo ocurrirá en las ciudades de Santaní, San Pedro, Lambaré, Capiatá y J. Augusto Saldívar en abril.

Para mayo del año 2021, se pretende trabajar en la implementación del servicio en las ciudades de Horqueta y Vallemí, y finalmente, en junio, Puerto Casado, Villa Hayes y Filadelfia contarán con el servicio digital.

Avanzando de esta manera el calendario de digitalización a nivel país de cada una de las localidades del país, lo cual permite el avance de los trámites correspondientes al mismo.



Así mismo y en informaciones recientes se visualiza que el Tribunal de Cuentas sea el próximo en contar con el expediente electrónico, esto conforme la Sesión Plenaria de la Corte Suprema de Justicia del 21 de abril de 2021.

Y para dicha implementación se estableció inclusive un cronograma, para lograr la eficacia en el mismo, quedando determinado de la siguiente manera:

En Mayo, se prevé el Relevamiento de infraestructura y puntos de red para el Tribunal de Cuentas. En esta etapa se realizará el relevamiento de las necesidades que puedan existir en las oficinas mencionadas, referentes a puntos de red y equipos informáticos.

En los meses de Junio y Julio habrá un Ajuste de Mesa de Entrada Digital para el Tribunal de Cuentas. Durante esta etapa se realizarán el relevamiento de datos, así como los ajustes y las pruebas que correspondan.

Ya para el mes de Agosto y Setiembre se harán los ajustes en la herramienta de Gestión para las Salas. A lo largo de esta etapa se realizarán primeramente los ajustes a las herramientas utilizadas actualmente en los Juzgados de Primera Instancia y en los Tribunales de Apelación, para su utilización posterior en ambas salas del Tribunal de Cuentas.



Habiéndose cumplido este cronograma, desde el mes de octubre del año en curso los abogados podrán realizar presentaciones electrónicas en las salas donde se encuentren gestionando sus expedientes, sin necesidad de concurrir al Poder Judicial, facilitando de esta manera a todos los abogados que se encuentran fuera de la capital.²⁵

5.3. Jurisprudencia sobre acciones contra el Trámite Judicial Electrónico

En fecha 20 de diciembre del año 2017, la Corte Suprema de Justicia Informa que la Sala Constitucional rechazó in limine unas acciones de inconstitucionalidad planteadas contra la Ley 4017, que hace referencia a la implementación del Expediente Judicial Electrónico.

Los ministros Antonio Fretes (presidente de la Sala), Miryam Peña y el camarista Alejandrino Cuevas resolvieron rechazar las referidas pretensiones por no reunir los requisitos exigidos por el Código de forma y la Jurisprudencia de la Sala.²⁶

²⁵ Ver en <https://www.pj.gov.py/notas/20155-tribunal-de-cuentas-proximo-a-contar-con-expediente-electronico>.

²⁶ Ver en <https://www.pj.gov.py/notas/14969-rechazan-acciones-contra-expediente-electronico>.



En este sentido continúa la información, que la implementación del expediente Electrónico Judicial seguirá su curso normalmente, habida cuenta que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió rechazar de forma in limine las acciones planteadas por dos grupos de abogados contra la Ley N° 4017/10, modificada por la Ley N° 4610/12 y la Acordada N° 1107.

Los abogados Vidal Molina Cabello, Alberto Amarilla Ortiz, Alba Mexiner de Morínigo, Luis Beeggan, Rumelia Espínola Benítez, Manuel Martí Fiandro, Carmen Meza Corvalán, Carlos R. Montanaro, Milton Benítez, Roberto Correa Cuyer, Leopoldo Petta Mercado, Nova Raquel Ramos Carvajal y Harald Dutertre, atacaron de inconstitucional varios artículos de las mencionadas disposiciones legales.

Sin embargo, los ministros Antonio Fretes, Miryam Peña y el camarista Alejandrino Cuevas, quienes integraron la Sala para el estudio de los casos, a través de Autos Interlocutorios números 4512 y 4513, procedieron a rechazar de manera in limine las pretensiones de los citados profesionales, por no reunir los requisitos legales.

La Sala Constitucional tomó la determinación respecto a las dos acciones citando el Artículo 12 de la Ley N° 609/95 que establece taxativamente: "No se dará trámite a la demanda que no precise la norma



constitucional afectada, ni justifique la lesión concreta que le ocasione la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutorio”.

En este aspecto señala el fallo que “se constata que los accionantes no justifican la lesión que le ocasiona la ley, pues las fundamentaciones de los mismos únicamente denotan disconformidad con la Acordada N° 1107 del 31 de agosto de 2016”, dictada por la máxima instancia judicial.

5.4. Cursos virtuales gratuitos en el marco de la expansión del expediente electrónico

Dentro del plan de expansión del Expediente Judicial Electrónico a otras circunscripciones judiciales del país, la Corte Suprema de Justicia, a través del Centro Internacional de Estudios Judiciales; en coordinación con la Dirección de Tecnología y Comunicaciones, la Dirección de Comunicación y TV Justicia.²⁷

En varias ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha convocado a los interesados en matricularse a los

²⁷ <https://www.pj.gov.py/notas/18412-curso-virtual-gratuito-sobre-el-expediente-electronico>.



Cursos Virtuales sobre el Expediente Electrónico, llegando hasta su sexta edición.

El mismo es desarrollado en el Aula Virtual de la Corte Suprema de Justicia, (<http://capacitacion.csj.gov.py/moodle/>), y tiene una carga horaria de 40 horas cátedra aproximadamente, se encuentra dividido en cuatro módulos e incluye un webinar en Facebook Live con la jueza Vivian López, también cuenta con otro webinar con enfoque al Expediente Penal con el Juez Yoan Paul López, el cual también fue reproducido en director por Facebook live de la Corte Suprema de Justicia.

El Curso Virtual de Expediente Judicial Electrónico está orientado a magistrados, defensores, agentes y asistentes fiscales, abogados, funcionarios, estudiantes y en general abierto a todo usuario de justicia. El acceso es libre y gratuito, requiere matriculación previa, al finalizar la actividad los participantes podrán recibir un certificado digital de aprobación para quienes cumplieron los estándares de evaluación exigidos por el CIEJ.

6. CONCLUSIONES

Las ventajas que nos ofrece el uso de la tramitación electrónica a nivel país en la actualidad es un hecho, y no solo por la celeridad y la seguridad que nos



formulaban como incentivo desde la creación de todo lo que significa el proceso judicial electrónico, sino porque hoy en día y en especial en esta época de crisis sanitaria, garantiza un derecho fundamental citado por la Constitución y las Leyes que es “el acceso a la Justicia” sin necesidad de exponerse en exceso con la presencia de las partes e intervinientes del proceso judicial en los despachos.

Se puede observar a lo largo de este trabajo, y en el conjunto de temas tratados que el expediente electrónico es un instrumento accesible y trae consigo innumerables beneficios que fueron acentuándose a lo largo de la implementación, trayendo consigo una verdadera ventaja tanto para las partes, como para los terceros y los jueces dentro del proceso.

De tal manera, sistematiza y transparenta completamente un procedimiento, que lógicamente conllevan un mejoramiento total en el servicio público de la administración de justicia, creando celeridad, seguridad, eficacia, innovación y la disminución de los gastos generados para obtener justicia.

Es importante resaltar, que el expediente electrónico en el Paraguay, además de sus múltiples ventajas se muestra más expedita en cuanto las resoluciones, solicitudes de informes, seguridad y veracidad de las documentaciones, facilitando



considerablemente las tareas judiciales, suprimiendo muchas veces los traslados largos de un lugar a otro, esperas interminables en los despachos, y evitando el desgaste, voluminoso y desordenados expedientes en formato papel.

En especial, suministra un gran acceso a aquellos que necesariamente tenían que movilizarse diariamente desde zonas alejadas o rurales proporcionándoles de esta manera un acceso suficiente y adecuado para garantizar a todos el derecho al acceso a la Justicia.

Por último, y como tema de vanguardia se busca el cumplimiento con el compromiso de velar por el medio ambiente, disminuyendo considerablemente el uso del papel y utilizando solo cuando sea estrictamente necesario, lo que genera un espacio de preservación del medio ambiente sumamente importante.

7. REFERENCIAS

- Trámite Judicial Electrónico (s.f.) <https://www.pj.gov.py> <https://www.pj.gov.py/contenido/1436-tramite-judicial-electronico/1449>.
- Benítez Coronel, V.L.; Colazo, C., González Ontañón, M.B., López, Y.P., & López Núñez, V. (s.f). Aula virtual de la corte Suprema de Justicia. <http://capacitacion.csj.gov.py/moodle/enrol/index.php/pid=10153>.



- Marco Normativo/ www.pj.gov.py/contenido/1436-tramite-judicial-electronico/1348.
- López Núñez, V., & Gonzalez Ontañón, M. (2021). Expediente Judicial Electrónico (2º ed.). BenMar.
- Corte Suprema de Justicia. (2021). Portal Jurisdiccional. <https://www.csj.gov.py/portal/despacho>

PRECEDENTE VINCULANTE

Por José Daniel Moreno Cáceres²⁸

SUMARIO

1. Introducción. 2. Precedente vinculante. 3. Precedente en Roma. 4. Civil Law y la Doctrina de la ley como única fuente del derecho. 5. Precedente vinculante en el Common Law. 6. Precedente vinculante en Estados Unidos de América. 7. Acercamiento a la noción de precedente obligatorio. 7.1. Precedente y costumbre. 7.2. Decisión judicial y precedente. 7.3. Precedente y sùmula. 8. Ratio decidendi y obiter dictum. 9. Razonamiento jurídico en base a precedentes. 10. Distinguishing. 11. Overruling. 12. Razones para implementar los precedentes. 12.1. Vigencia del Estado Social de Derecho.

²⁸ Abogado, graduado por la Universidad Católica Campus Itapúa en el año 2013. Notario y Escribano Público, graduado en el año 2015 por la Universidad Nacional de Itapúa. Es Especialista en Derecho Procesal Civil, año 2021, por la Universidad Católica Campus Itapúa, y en Didáctica por la Universidad Autónoma de Encarnación. Desde el año 2013 se dedica al ejercicio liberal de la profesión como abogado litigante, socio del Estudio jurídico "MORENO MERCADO ABOGADOS".



12.2. *Coherencia sistémica.* **12.3.** *Seguridad Jurídica.* **12.4.** *Adecuación del derecho a la realidad.* **13.** *Fundamentos de resistencia a los precedentes.* **13.1.** *Rigidez de la norma del precedente.* **13.2.** *Obstáculo a la realización de la isonomía sustancial.* **13.3.** *Peligro de distinciones ilógicas.* **13.4.** *Volumen y complejidad de la jurisprudencia.* **14.** *Derecho comparado.* **14.1.** *El precedente en Brasil.* **14.2.** *El precedente en Colombia.* **14.3.** *El precedente en Perú.* **14.4.** *El precedente en otros países.* **15.** *Precedente vinculante en el derecho paraguayo.* **16.** *Conclusión.* **17.** *Bibliografía.*

RESUMEN

El presente trabajo se ocupa del estudio del precedente vinculante como tema instaurado en el debate jurídico contemporáneo en países del *Civil Law*. La aplicación de la doctrina de precedente vinculante es una exigencia para lograr la transformación del derecho, orientado axiológicamente para hacer efectivo el Estado Social de Derecho, en respeto a los principios y normas fundamentales del hombre.

Así, al introducirse en su estudio, se podrá evidenciar que el debate jurídico no solo está instaurado, sino que la doctrina del precedente efectivamente ya llegó a consagrarse en legislaciones nacionales de países que han sabido reconocer a la institución como necesaria fuente de derecho. En este sentido, el Paraguay aún parece estar fuera de la mesa de debate, por lo que el planteamiento académico se vuelve imperativo.



1. INTRODUCCIÓN

El precedente vinculante es una institución del derecho que, actualmente, sirve de punto de encuentro entre los sistemas de *Common Law* y *Civil Law*. Sistemas que, para el profesional del derecho con una formación jurídica muy tradicional, son considerados como absolutamente incompatibles. No obstante, dada la paulatina superación de conceptos arcaicos del *Civil Law*, por medio del desarrollo del derecho a partir de pensamientos críticos, el precedente hoy se muestra como una herramienta útil y válida para ofrecer un mejor servicio de justicia.

Así, en el marco de la finalización de una Especialización de Derecho Procesal Civil, este trabajo tiene la intención de abordar el tema de forma académica considerando a la institución del precedente vinculante como paso necesario para el desarrollo de nuestro derecho procesal, así como sustancial o de fondo.

A dicho efecto se propone los siguientes objetivos: a) exponer sobre la doctrina de precedente vinculante; b) identificar las características y elementos constitutivos del precedente; c) exponer sus orígenes históricos y su necesaria implementación actual en el *Civil Law*.



Se utiliza como técnicas de investigación un método histórico y de derecho comparado, hermenéutica jurídica a partir de valores axiológicos del ordenamiento jurídico, y finalmente utilizando la teoría constitucional y convencional.

2. PRECEDENTE VINCULANTE

El precedente vinculante constituye un tema paradigmático para el profesional del derecho formado en la concepción procesal basada en el *Civil Law*, en donde hablar sobre ello suena hasta a herejía. Sin embargo, abordar el tema se vuelve imperativo bajo las exigencias de un derecho cada vez más globalizado, orientado por el principio *pro homine* y la efectiva tutela de los derechos. Como también desde la propia óptica de superación de la concepción del estado de derecho que dio lugar al estado social de derecho.

Se advierte, de un principio, que la doctrina del precedente no es una cuestión sencilla de implementar desde que requiere un grado de agudeza y madurez jurídica mayor para un sistema de derecho basado en la desconfianza al juez o al Poder Judicial producto de circunstancias sociales, culturales, políticas, etc. nacidas en Europa continental y que muchos países del *Civil Law* no lo han vivido. La alienación cultural y jurídica fue tal que hasta se repite en tono erudito francés la conocida frase: "*juge bouche de la loi*" como una sentencia que



codena eternamente al Juez al respeto irrestricto e irreflexivo de la ley como única fuente del derecho, cuando que la historia, las legislaciones y hasta la práctica judicial han desvirtuado totalmente esa máxima.

Para comprender lo complejidad de lo propuesto en el presente trabajo basta con abrir un diccionario jurídico para percibir que no se encuentra un concepto de precedente obligatorio, a lo sumo “precedente” pero desprovistos de los elementos y trascendencia que hacen a la doctrina como una fuente de derecho. En ese sentido, citamos a Ossorio que define el término “precedente” de la siguiente forma:

“Precedente. Anterior en el tiempo o en el espacio. | Resolución similar de un caso planteado antes y que se invoca para reiteración por aquel a quien favorece.”

Fíjese que no menciona al carácter obligatorio del precedente. Por lo que se evidencia que para nuestro mundo jurídico o del derecho, el precedente no constituye una fuente de derecho sino más bien un elemento meramente persuasivo utilizado por las partes para influir en el Juez sobre la cuestión debatida.

Por otra parte, Ossorio sí se ocupa de desarrollar bastante el concepto de “jurisprudencia”, teniendo éste un mayor estudio, consideración, división de subtipos hasta llegar a la jurisprudencia que dotado de cierto



rigor, normativo o legislativo, se vuelve de aplicación obligatoria. Ha de advertirse que establecer un rigor jurisprudencial obligatorio, si bien se acerca bastante a la doctrina de precedente tampoco constituye tal.

En esta obra investigativa se identificará las características que debe reunir una decisión judicial para que constituya precedente obligatorio, se abordará el precedente como el medio eficaz que debe formar parte del ordenamiento jurídico para el desarrollo del derecho, dotándolo de coherencia y armonía sistémica. Se identifica los contextos históricos en que surgieron los sistemas: *Common Law* y *Civil Law*, su implicancia, así como el acercamiento de ambos sistemas actualmente por medio de la institución del precedente vinculante. Se realiza un análisis de derecho comparado, donde se expone las ventajas o justificaciones para seguir al precedente, así como se expone los argumentos detractores de esta institución jurídica.

3. PRECEDENTE EN ROMA

La mayoría de los autores al abordar el tema de precedentes vinculantes toman como punto de partida al derecho inglés y al derecho estadounidense. Que, si bien edificaron la doctrina moderna del precedente vinculante, la idea genuina ya estaba en el Derecho Romano mismo. Por lo que mencionar a Roma antes de avanzar al estudio del precedente, parece ser un paso



necesario para reconocer la institución en su seno, que años después sería totalmente desconocida por el propio *Civil Law* de origen romano.

La época clásica romana (130 a.C. – 230 d.C.), en sus comienzos, fue estructurada en base al poder legislativo, pero a la vez fue la época de florecimiento del derecho romano clásico, producto de la laicización del derecho y la creación de las escuelas de derecho. En este último aspecto, la labor del pretor y la doctrina son fundamentales para la producción de la jurisprudencia.

Dado el vasto territorio que abarcó el Imperio Romano, el derecho civil primitivo había perdido fisonomía, puesto los diferentes pueblos conquistados exigían que el derecho contenga más parámetros de equidad y buena fe. Así, paulatinamente la ley proveniente de Roma perdía vigor y vigencia, al tiempo que los pretores (magistrados) empezaron a realizar edictos encaminados a regular las situaciones de hecho que se daban en la ciudades o providencias donde ejercían jurisdicción.

Afirma Pomponio: *“En el mismo tiempo los magistrados que impartían justicia, rendían edictos para instruir a los ciudadanos sobre la manera como juzgarían los asuntos y para que les sirvieran de reglas en los*



*procedimientos. Estos edictos del pretor forman el derecho honorario, así llamado en honor a los pretores*²⁹

Así, el derecho honorario estaba sustentado en la capacidad del pretor para crear el derecho, que por medio de edictos se pronunciaba para regular la convivencia social, corrigiendo o completando al derecho civil. Constituyéndose en auténticos interpretadores de la ley para *aggiornarla* a la realidad que tenían en ámbito de su jurisdicción, teniendo amplios poderes para regular cuestiones no previstas inicialmente por la ley o no aplicarlas, juzgando bajo criterios de equidad.

Los pretores en ese contexto ejercían una doble función: juzgaban los conflictos y también emitían normas de carácter general sin estar supeditado a una controversia. En el primer caso, utilizaba la jurisprudencia, en el segundo, los edictos.

Tanto la jurisprudencia como los edictos provenientes de los magistrados fueron objeto de estudio por los prudentes que crearon escuelas, formaban discípulos, evacuaban consultas y elaboraban conceptos. Se sostiene que la jurisprudencia era

²⁹ García López, Luisa Fernanda. El Juez y el Precedente: hacia la reinterpretación de la separación de los poderes. Editora Vniversitas. Bogotá, Colombia. 2014. p. 88.



determinante en Roma para la creación del derecho, principalmente por ejemplo en materia de obligaciones.

Se puede apreciar en esta pequeña reseña, que en el derecho romano ya se había superado el criterio de que la única fuente de derecho fuese aquel proveniente de Senado Romano, es decir, de la legislación. Puesto que, al lado del Senado, el Pretor tenía un rol protagónico para la creación del derecho. Se destaca la labor del pretor que podía no aplicar la ley para adecuarla a su realidad jurisdiccional, como si se tratase de un auténtico control de la justicia de la ley. Que hoy podríamos señalarlo como control de constitucionalidad o control de convencionalidad.

Valores éstos que fueron totalmente desconocidos o ignorados por la doctrina clásica de división de poderes. Tal como resalta García López: *“la época romana da lugar al ius honorarium y a la jurisprudencia como fuentes creadoras del derecho, y si bien la Revolución Francesa se sustentó en el derecho romano y el derecho canónico, el principio de separación de poderes como reacción al ancien régime obstaculizó toda fuente del derecho que no proviniera del órgano legislativo”*³⁰.

³⁰ García López, Luisa Fernanda. El Juez y el Precedente: hacia la reinterpretación de la separación de los poderes. Editora Vniversitas. Bogotá, Colombia. 2014. p. 91.



4. *CIVIL LAWY* LA DOCTRINA DE LA LEY COMO ÚNICA FUENTE DEL DERECHO

Habiendo reconocido que en el antiguo derecho romano estaba inserto la labor integradora que tenían los jueces a la hora de crear el derecho, corresponde verificar las circunstancias históricas, políticas y sociales que han imposibilitado el progreso posterior a la doctrina del precedente vinculante en el sistema del *Civil Law*. Particularmente luego de las revoluciones contra el sistema monárquico que hubieron lugar en el viejo continente.

La lucha que motivaron las revoluciones, tanto inglesa como francesa, era la misma: luchar contra la hegemonía del poder absoluto del monarca. Sin embargo, los contextos vividos fueron diferentes, centrándonos en el presente trabajo en relación al poder jurisdiccional.

Durante la monarquía francesa, los jueces constituían una clase aristocrática desprovisto de compromiso para la tutela de derechos y libertades de los ciudadanos francesas. Siendo más bien, simples brazos ejecutores de la voluntad del rey. Como expone Marinoni: *“los jueces pre-revolucionarios se negaban a aplicar la legislación que era contraria a los intereses de*



sus protegidos e interpretaban las nuevas leyes de cara a mantener el status quo y a no permitir que las intenciones progresistas de sus elaboradores fuesen alcanzadas³¹".

Comenta Roger Rodríguez³² que existía mérito para aborrecer a estos Tribunales puesto que eran impredecibles, con capacidad de desconocer por razones antojadizas las leyes e incluso tampoco se encontraban obligados a motivar sus decisiones. Así, contrario a lo sucedido en Inglaterra, los revolucionarios franceses vieron con recelo a los jueces, temiendo las arbitrariedades del pasado, por lo que le quitaron de absoluto poder. Siendo considerado entonces al poder judicial como un poder nulo. La constitución del parlamento francés, y su supremacía, comprendía la sujeción de los jueces en forma irrestricta al texto de la ley, como una garantía de la vigencia irrestricta del espíritu revolucionario.

La ley era el único mecanismo concebido para alcanzar seguridad jurídica, que con ella el ciudadano tendría absoluta seguridad y previsibilidad en el trato de las relaciones sociales. Por lógica consecuencia, aparecieron grandes Códigos que intentaban abstraer en

³¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 55.

³² Rodríguez Sandander, Roger. Estudios al Precedente Constitucional. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2007. p. 21.



disposiciones legisladas absolutamente todas las situaciones jurídicas que habría de darse en la convivencia de los ciudadanos, prohibiéndose al juez a realizar cualquier tipo de interpretación de la ley, más allá de la estrictamente literal.

Sostenía Montesquieu en su reconocida obra³³:
"Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma".

Los artículos 10 y 12 de la ley revolucionaria sobre la organización judicial, de agosto de 1790, señalaban respectivamente: *"los tribunales judiciales no podrán tomar parte, directo o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo..."* y *"deberán remitirse al cuerpo legislativo siempre que encuentren necesario interpretar una ley u obtener una nueva"*. Por otra parte, el artículo 5 del Código de Napoleón de 1804 establecía que las decisiones judiciales no revestirían nunca la forma de regla general.

Bajo esa directriz, fue instituida la *Cour de Cassation* con el único fin de casar las resoluciones judiciales que no aplicaban la literalidad de la ley, no

³³ EL ESPÍRITU DE LAS LEYES. Texto clásico. Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu (1689 - 1755).



teniendo afán alguno de señalar la interpretación correcta ni mucho menos decidir sobre la cuestión suscitada en substitución a la decisión proferida por el juez ordinario³⁴. De hecho, la Corte de Casación era un órgano que no formaba parte del sistema jurisdiccional. Solo tiempo después se concibió que la Corte de Casación como un órgano cúspide que integra el poder judicial y que tiene las funciones de dictar y asegurar la interpretación correcta de la ley.

A finales del siglo XIX aparece una escuela de pensamiento denominada “Derecho Libre”, entre los cuales estaban Ihering, Dernburg, Kohler y Stammler quienes bajo distintas perspectivas atacaron la ideología extremadamente positivista del derecho. Los defensores de esta escuela llegaron a formular postulados como:

- a) La naturaleza de las cosas como fuente jurídica de igual fuerza que la ley.
- b) El estado de la cultura como herramienta judicial.
- c) Los principios fundamentales de la justicia como criterio de interpretación judicial.
- d) Diferenciación entre la ley y el Derecho.

³⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 65.



- e) La ley no puede brindar una respuesta adecuada a todo problema jurídico considerando las lagunas del derecho.
- f) Crítica a la interpretación literal tachada como falsa.

Defensa del método de libre investigación científica como método interpretativo.

Entre otros postulados que a comienzos del siglo XX iban desvirtuando la utópica fantasía de Montesquieu, cuya obra tiene valor histórico en cuanto a la separación de los poderes, pero que debe ser valorada únicamente dentro del contexto histórico revolucionario. Hoy día se encuentra ampliamente superado el criterio de la superioridad de un poder respecto a otro, sosteniéndose más bien la interdependencia y recíproco control de poderes en un perfecto pie de igualdad.

Bajo este contexto se ha forjado el *Civil Law*, razón por la cual se explica del por qué se incurrió en una mora excesiva para introducir el concepto de "control de constitucionalidad". Principalmente en Francia que no fue sino hasta 1971 cuando que el legislador francés encontró el freno de limitación de sus poderes por medio de la creación del Consejo Constitucional y posteriormente la facultad del mismo para revisar la constitucionalidad de las leyes.



La segunda mitad del siglo XX marcaría el golpe final y la condena del iuspositivismo a ultranza, con el reconocimiento de los Derechos Humanos como ley fundamental. Esta ley fundamental fue vista como principio rector y criterio interpretativo de las constituciones y definitivamente la valoración de la norma jurídica ordinaria (ley) ante estas constituciones.

No obstante, durante mucho tiempo más, incluso hoy día en países como el nuestro, el derecho constitucional y ni qué decir el derecho convencional constituyen tanto para los jueces como para el operador jurídico, normas jurídicas abstractas que no tienen aplicación en la justicia ordinaria. Como si esas normas y principios estuviesen sí consagradas, pero que a la hora de dirimir conflictos la única fuente válida para hacerlo sigue constituyendo los Códigos.

5. PRECEDENTE VINCULANTE EN EL *COMMON LAW*

El estudio del presente vinculante inexorablemente lleva al jurista adocinado por el *Civil Law*, a mirar la "*vereda de frente*", al otro lado del Canal de la Mancha. Esto, porque percibimos dicha institución como totalmente ajena a nuestra costumbre y cultura jurídica. Y constituye el motivo por el cual, al hacer una



reseña histórica a la institución jurídica, corresponde referirnos a *Common Law*.

En honor a la verdad, lo primero que se debe advertir y aclarar al jurista del *Civil Lawes* que la doctrina del *stare decisis* no fue forjada románticamente en Inglaterra. Sino que más bien, también ha existido en dicha sociedad, y en los ilustres pensadores de la misma, tesis y antítesis respecto a la labor que cumplen los Tribunales, y el producto proveniente de los mismos: sentencias o resoluciones.

En rigor, la doctrina del precedente vinculante es una doctrina reciente para los anglosajones, afianzada en el siglo XIX, y cualquier intento de vincular o identificar al precedente vinculante con el propio *common law* resulta por insuficiente, un error. El *common law* debe ser concebido como un sistema *sui generis* que tuvo el mérito de introducir al precedente como fuente del derecho dentro de su concepción jurídica. Así lo señala el profesor Luiz Guilherme Marinoni: "*el Common Law, comprendido como costumbres generales que determinaban el comportamiento de los Englishmen, existió, por varios siglos, sin stare decisis y rule of precedent*".

Lo cierto es que, las condiciones políticas y sociales que tuvo el pueblo anglosajón, llevaron finalmente a formar la doctrina del precedente, dado el



alto reconocimiento que tenían los jueces para interpretar y declarar el *common law*. Siendo éste un derecho natural, difuso, racional y preexistente a cualquier norma jurídica escrita (ley), y del cual deviene la validez o invalidez de ésta última.

Se atribuye a Sir Edward Coke (1552 – 1634) ser el principal pensador del derecho anglosajón que planteó que la función de los Tribunales es la defensa y concretización del *common law*, al cual denominó ley fundamental o *Fundamental Law*. Entendiendo que este poder se sustraía del poder del monarca, puesto que esta la ley fundamental podría incluso oponerse a la voluntad del Rey. Razón por la cual, naturalmente fue considerado enemigo por la corona. Empero que su doctrina haya inspirado por siglos al derecho anglosajón posteriormente.

Edward Coke fue defensor de la teoría de la limitación de poderes, iniciada por Henry Bracton, en donde las prerrogativas de gobierno no podían recaer sobre una sola persona. En donde se planteaba una prerrogativa extraordinaria o *gubernaculum* que es ejercida discrecionalmente por el rey y una prerrogativa ordinaria o *jurisdictio* ejercida por los tribunales. Éste último, con el deber de hacer prevalecer el *common law* incluso por sobre la voluntad del Rey.



Sin embargo, los reinados absolutistas de la época y la ideología de Thomas Hobbes, imposibilitaron que esta doctrina proliferara en ese tiempo. Sosteniéndose que el Rey constituía el administrador, legislador y juez supremo.

No fue sino hasta 1688 y 1689, por medio de la Revolución Gloriosa y la Declaración de Derechos o *Bill of rights*, cuando se impone y consolida en poder parlamentario como poder supremo. Siendo este hecho fundamental, puesto que las funciones de legislar y juzgar para los ingleses estaban íntimamente ligados. De hecho, la *House of Lord* constituyó la máxima instancia de la judicatura³⁵.

Así, como expone el profesor Marinoni, en Inglaterra el juez estuvo al lado del Parlamento en la lucha contra el arbitrio del monarca, reivindicando la tutela de derechos y libertades de los ciudadanos. En consecuencia, no hubo necesidad de establecer un dogma que despojara a los jueces de la capacidad de interpretar, imponer e ir construyendo al *common law*, como sí ha ocurrido en Francia.

³⁵ La capacidad de legislar y la capacidad de interpretar, se mantienen como dos cauces en equilibrio armónico, en buena parte gracias a que la interpretación final de la organización judicial reside en un órgano inserto en el Parlamento (la *House of Lords*). (Rodríguez Sandander, Roger. Estudios al Precedente Constitucional. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2007).



En Inglaterra, tal como ha sucedido en el derecho universal, también se plantearon sobre las teorías declarativas o constitutivas del derecho. Con lo cual identificamos concretamente a las corrientes *ius naturalistas* que sostienen que el derecho existe y ha existido siempre incluso antes a su reconocimiento legislativo. Y las corrientes *ius positivistas*, que sostienen que el derecho es creación exclusiva del obrar humano.

Durante todo el siglo XIX en Inglaterra prevaleció la tesis constitutiva, lo cual caso a caso, la *House of Lords* estableció finalmente la doctrina del precedente vinculante. Siendo éste totalmente inflexible. Asumida desde el caso *Beamish vs. Beamish* en 1861 y *London Tramways Co. vs. London Country Council* en 1868. En este sentido, la obligación de respetar el precedente era ejercido de forma vertical e incluso horizontal. Puesto que ni la propia *House of Lords* debía ni podría salirse del precedente. Siendo el precedente parte del derecho, se entendía que desconocer el precedente, era dictar un fallo contrario a derecho.

Ocurrió que la práctica superó a la teoría, así la *House of Lords* igualmente buscaba los mecanismos para no aplicar un precedente en casos concretos cuando su aplicación irrestricta contenía una injusticia. Por lo que finalmente, quedó determinado el alcance del precedente con la aprobación del *Práctice Statemente of 1966*, en donde se descarta el sometimiento rígido del



precedente para la *House of Lords*, dando lugar al *overruling*.

Desde ese momento, el precedente vinculante pasó a tener exclusivamente obligatoriedad vertical. Orientado a los jueces inferiores que no podrían apartarse del precedente. De esta forma, el precedente hasta hoy día constituye una auténtica fuente de derecho para el sistema anglosajón.

Por último, cabe mencionar que en el derecho anglosajón también existe un vasto repertorio legislativo, y que la ley son tenidas cualitativamente como fuente de derecho superiores al precedente. Pudiendo incluso derogarla. Pero, no por ello la labor de los Tribunales ha pasado a perder vigor. Al contrario, hasta hoy día siguen construyendo el *common law* en perfecta armonía con las leyes. Provocando incluso que un precedente sea tenido en cuenta al momento de legislar³⁶.

³⁶ El *Common law* también tiene intensa producción legislativa y varios Códigos. Lo que realmente varía del *Civil Law* para el *Common Law* es el significado que se atribuye a los Códigos y a la función que el juez ejerce al considerarlos. En el *Common Law*, los Códigos no tienen la pretensión de cerrar los espacios para que el juez no pueda pensar más; por lo tanto, no se preocupan en tener todas las reglas capaces de solucionar los casos conflictivos. Y eso, porque en este sistema, jamás se creyó o se tuvo la necesidad de acreditar que podría existir un Código que eliminase la posibilidad del juez de interpretar la ley. (Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013)



6. PRECEDENTE VINCULANTE EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En las colonias americanas no regía propiamente la ley inglesa, sino las leyes coloniales, pero el control de legitimidad de los mismos era realizado por el Parlamento inglés que se pronunciaba conforme al *Common Law*. Siendo este derecho ajeno a los colonos.

Los constantes abusos sufridos por parte el Parlamento inglés generaron una reserva respecto a dicho estamento político. En ese sentido, influenciados por la teoría de Coke sobre el gobierno limitado, al establecer la independencia estimaron conveniente limitar el poder del Parlamento. Por lo que al declarar la independencia no consagraron la supremacía del Parlamento Americano como ocurriera en la Revolución Gloriosa de Inglaterra, sino que el poder residiría por esencia y naturaleza en el pueblo que establece los términos del "*pacto social*" y seguidamente la sujeción de los poderes públicos a este pacto social.

El profesor Marinoni resalta que la supremacía Parlamentaria inglés influyó en el nacimiento del *judicial review* americano³⁷. Puesto los abusos se realizaban

³⁷ Con la independencia de las colonias americanas en 1776, las Cartas fueron sustituidas por las nuevas Constituciones y, como anteriormente los jueces ya tenían la conciencia y la práctica de decretar la nulidad de las leyes que violasen las Cartas y la legislación



mediante Cartas dictadas por el Parlamento se tradujeron para los colonos en un control judicial de sus actos que haría surgir en los mismos el principio de supremacía del poder judicial. Siendo que los jueces adiestrados al control de legitimidad de las leyes coloniales, solo debían sustituir la *Fundamental Law*, pasando de las normas inglesas a la nueva constitución americana.

Bajo estas condiciones políticas y sociales se estableció la Constitución de 1787, y con el mismo, el inicio o nacimiento de una paradigmática revolución en el derecho de entonces: el Constitucionalismo moderno. En donde el poder supremo radicaba en la Constitución y sus enmiendas, que constituyeron no solo una carta política, sino que además una auténtica fuente de derecho desde que contemplaba derechos fundamentales de los ciudadanos que podían ser invocados con carácter prevaleciente frente a cualquier poder instituido.

Finalmente, al consolidarse la doctrina del *judicial review* en los Estados Unidos, se concibió definitivamente al poder judicial como un poder intermedio entre el pueblo y sus representantes, que tenía como función

del Reino Inglés, se tornó prácticamente “natural” controlar las leyes que contraríasen las Constituciones de los Estados que acababan de adquirir la independencia. (Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 45)



controlar los actos de gobierno: administrativos y legislativos, acorde a la Constitución, en tutela y defensa de los derechos individuales de los ciudadanos. Es decir, el llamado control de constitucionalidad que inicia con la famosa sentencia recaída en el caso *Marbury v. Madison* en el año 1803.

El problema de EEUU no fue el de asimilar la doctrina del control de constitucionalidad, que ciertamente lo visionaron de manera clara desde un comienzo. El inconveniente estaba dado por las reglas de convivencia que tendrían los nuevos ciudadanos americanos, puesto que no llegaron a asimilar el derecho inglés. A la independencia se erigía un nuevo Estado que ciertamente no tenía muchas normas escritas, y los conflictos intersubjetivos no esperaban. Por lo que hubo fuerte activismo judicial a los inicios del siglo XIX para fijar esas reglas de convivencia, aún sin reglas de precedente vinculante, puesto que ni en Inglaterra había madurado aún dicha concepción.

No fue sino hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando el poder comercial proliferante de la época, exigió una mayor rigidez del derecho para tener seguridad jurídica y previsibilidad en las decisiones judicial. En respuesta, se adoptó el sistema de precedente vinculante al estilo inglés de sus comienzos: inflexibilidad y obligatoriedad acérrima tanto vertical como horizontalmente.



Entre finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, los jueces estadounidenses, influenciados por la ideología del liberalismo extremo a beneplácito del poder comercial, comenzaron a proferir múltiples sentencias de inconstitucionalidad contra actos de gobierno. Declarando inconstitucionales por ejemplos leyes que establecían: reducciones del horario laboral, salarios mínimos, regulaciones de precios, etc. Como expresa Roger Rodríguez: *"en esta etapa el Tribunal Supremo se encontraba confundiendo el activismo judicial con un abierta y contraproducente intervención en la política pública"*.

Luego del desplome financiero de 1929, la crisis financiera exigía que el gobierno tome carta en el asunto por medio de una adecuada política legislativa. Pero frente a ello se imponían los fallos del Tribunal Supremo, que hasta entonces constituían precedentes vinculantes inflexibles. Así, Franklin Roosevelt, intentó sin éxito alguno regular la economía del país por medio de leyes, siendo éstas sistemáticamente declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo.

La tensión de entonces entre el poder ejecutivo y el poder judicial terminó provocando la búsqueda del equilibrio y la fijación definitiva de la doctrina del precedente vinculante que se tiene hasta hoy en el sistema judicial de EEUU. Un precedente jerarquizado, pero flexible, en donde la Corte Suprema está facultada



a realización el *Overruling*, tal cual como estaba facultada la *House of Lords* en Inglaterra desde el año 1966.

Se podría sostener que analizando ambas realidades (EEUU – Inglaterra), bajo contextos diferentes, han afianzado la doctrina del precedente vinculante con similares características, considerándose las en todo momento como auténticas fuentes del derecho, que regulan la convivencia humana conjuntamente con las leyes. Y aunque ambas han dado un valor cualitativamente superior a la ley, en ninguno de los sistemas el poder judicial se encuentra imposibilitado de decretar su inaplicabilidad sea por ir contra el derecho del *Common Law* o el derecho Constitucional respectivamente.

7. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DE PRECEDENTE OBLIGATORIO

Concebir lo que debe ser entendido por precedente vinculante no parece tener una complejidad imposible de superar, puesto que la literalidad del término sugiere que se trata de una decisión judicial que pueda ser seguida como norma jurídica para resolver casuísticas similares en el futuro.

De forma tal, que la decisión judicial que constituya el precedente pasará a ser fuente de derecho para los justiciables en general, aun cuando éstos no



hubieran participado en el proceso dentro del cual fue emitido y no le alcanzare técnicamente los efectos jurídicos de la cosa juzgada.

Si bien resulte sencilla tener una concepción de precedente vinculante, lo difícil más bien es determinar las características que debe reunir esa decisión judicial para que constituya un verdadero precedente. Bajo esta premisa debemos diferenciar al precedente de la propia decisión judicial, puesto que no toda sentencia será precedente. Así también, la decisión judicial que contenga un precedente, no será tal íntegramente.

A fin de abordar e ir arribando a lo que debe ser entendido por precedente vinculante, en este apartado se irá agudizando algunas ideas y conceptos sobre los cuales se le suele relacionar.

7.1. Precedente y costumbre

La costumbre adquiere una singular relevancia en el derecho inglés, puesto que, de hecho, como se había expuesto, el *Common Law* forma parte de integrante de las fuentes de derecho de aquel país. Y la defensa del *Common Law* constituye en puridad afirmar las "*costumbres generales que determinaban el comportamiento de los Englishmen*". Singular tarea fue forjada por los jueces anglosajones como herramienta de



tutela de derechos y libertades de los ciudadanos frente al poder del monarca.

En consecuencia, como señala el profesor Marinoni³⁸, este derecho inglés evidencia la distinción entre la doctrina de precedente vinculante y la costumbre. Puesto que la costumbre del hombre inglés constituyó una fuente de derecho genuina invocada por los jueces, aun cuando no se tenía siquiera noción del precedente vinculante. Recuérdese que la doctrina de precedente vinculante recién surge en la segunda mitad del siglo XIX, en los años 1861 y 1868.

Al hablar de costumbre, no podemos obviar mencionar que contrario a lo sucedido en la isla anglosajona, en el derecho continental con la ley como única fuente de derecho se descartó absolutamente la posibilidad de que los jueces puedan construir un derecho basado en la idiosincrasia y costumbre de cada pueblo.

7.2. Decisión judicial y precedente

Como señala Luis Guillermo Marinoni, no toda decisión judicial puede constituir precedente siendo que éste básicamente debe tener la potencialidad de afirmarse como paradigma para la orientación de los

³⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 119.



justiciables y de los magistrados y en ese sentido, debe versar sobre una materia de derecho y no sobre materia de hechos. Esto es para el derecho inglés versar sobre el propio *Common Law* o sobre un *point of law*.

Así, se advierte que el precedente debe versar sobre una cuestión de derecho siendo que su institución está orientada para que sea válida para el futuro como fuente de derecho. No cabe aquí bajo esa arista, las decisiones judiciales basadas en valoraciones de hechos o la convicción del juez sobre los hechos cuando que en derecho el juez se limita tan solo a afirmar el texto de la ley o siquiera interpretarlo.

Cuando el juez se limita a interpretar la ley, en puridad tampoco está estableciendo una tesis sobre el derecho más allá del texto de la ley misma, siendo que su interpretación está ajustada a la misma. De modo que el juez no ha desarrollado su labor con la vocación y orientación para elaborar de una tesis jurídica nueva que pueda ser considerada como fuente normativa para la resolución de casos análogos en el futuro.

Es esa la barrera que nos imposibilita introducir al precedente como fuente de derecho, puesto que, al hablar de establecer una tesis jurídica nueva, con seguridad estaremos ante situaciones en la que el juez deberá salir del estricto texto de la ley,



complementándola, para hallar la solución jurídicamente más justa a la cuestión llevada a su conocimiento.

En el sistema de *Civil Law* existe el mandato imperativo a los jueces para fallar conforme a la Ley, privándoles de salirse de las mismas. Por lo que, para nosotros, hablar de precedente vinculante nos obligaría a una reforma legislativa para introducirlo como fuente de derecho. Situación que fue innecesaria en el desarrollo de la institución jurídica en el caso del *Common Law*.

Más modernas constituyen las concepciones de control de constitucionalidad y más reciente, control de convencionalidad, que fueron restando fuerza vinculante a la Ley, con una clara intención de abandonar la tesis rigurosa de apego a la ley y más bien influenciados por el progreso del derecho mismo y la protección de los derechos humanos.

7.3. Precedente y sùmula

Debemos diferenciar también la sùmula del precedente. Lo cual parece obvia desde que en nuestra realidad y cultura contamos con muchas de estas sùmulas pero en definitiva carecemos de un sistema de precedente vinculante. De hecho, todos los libros que contienen citas jurisprudenciales, en realidad nos muestran tan solo una sùmula, esto es, un extracto o un



resumen de lo que se considera relevante dentro de una decisión judicial.

Así, la sùmula aun cuando por alguna legislación pudiera resultar vinculante, como es el caso de Brasil, no constituirá un precedente vinculante. Puesto que definitivamente, como menciona el profesor Marinoni, la ùnica utilidad que tienen es la de evidenciar lo que un tribunal decidió en una cuesti3n dada. Por lo que nuevamente no escapamos de las consideraciones o reparos que pueda tener la propia decisi3n judicial frente al precedente vinculante.

Estos resúmenes en definitiva no contienen el cúmulo de circunstancias que fueron consideradas para emitir el fallo. Pudiendo pasar, por ejemplo, que una de las partes de aquel proceso simplemente haya carecido de una defensa adecuada, de forma tal que el debate no haya tenido la cualidad necesaria para el pronunciamiento de la tesis finalmente aceptada por el tribunal.

Debe comprenderse que el precedente vinculante como se mencion3 fija una nueva tesis jurídica, pero est3 relacionada a las circunstancias del caso en que fueron dictadas. Todo lo cual escapa o queda fuera de la sùmula, no ofreciendo garantía alguna por ejemplo para la elaboraci3n de un "*distinguished*" por parte del operador del derecho. Es este el motivo por el



cual, en un sistema que reconoce el precedente, tantos para jueces como abogados, resulta totalmente inútil una súplica a la hora de invocar un precedente vinculante.

8. RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTUM

Al reconocer la validez jurídica de un precedente como fuente de derecho, y consecuentemente su aplicación obligatoria para resolver casos análogos en el futuro, tanto jueces como justiciables precisan reconocer e identificar el contenido del fallo que resultará de aplicación abstracta y general para todos.

Surge palmario que tanto el resumen (*resultando*) como la parte dispositiva (*resuelve*) del fallo poco y nada podrían aportar a terceros de la relación jurídico procesal instaurada en el proceso en el que el fallo fuere dictado. Teniendo más bien estas partes de la resolución funciones específicas que no contienen en sí el planteamiento de las tesis jurídicas sostenidas por las partes y menos la tesis jurídica que motiva al tribunal a fallar en determinado sentido y no en otro.

El resumen está orientado al control de la legalidad del proceso, o más asertivamente el cumplimiento del debido proceso garantizado por la Constitución y la Convención de Derechos Humanos. Así, esta parte de la resolución se aboca única y



exclusivamente a describir los actos procesales cumplidos en la instancia judicial.

A su vez, la parte resolutive contiene el mandato judicial para las partes. Es la parte de la resolución en donde el tribunal ejerce el imperio para dirimir el conflicto llevado a su conocimiento. El contenido de lo dispositivo de la resolución constituirá cosa juzgada con todos los efectos jurídicos propios, vinculando a las partes y cerrando definitivamente el debate para los mismos.

En consecuencia, la parte del fallo que contiene la motivación del tribunal es el foco de atención y la única trascendente para identificar al precedente. Pero debe advertirse que éste tampoco debe confundirse con la fundamentación del fallo en sí mismo. Por ello se debe discriminar los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dictum*.

Como refiere Marinoni³⁹, existe consenso en que la única parte del fallo que contiene al precedente constituye la *ratio decidendi*. También lo refiere Ovalle Díaz al señalar: "*La única parte de la decisión que hace mérito de autoridad de precedente judicial son las razones esenciales y decisivas que justificaron fallar en ese sentido. Es decir, la ratio decidendi, que es el*

³⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 259.



*argumento o el juicio de razón que le permitió al juez llegar a la conclusión de la sentencia*⁴⁰.

Siendo la vocación del precedente el de establecer la nueva tesis jurídica a ser aplicada de ese momento en adelante, la *ratio decidendi* es esencial para comprender el mandato de autoridad que se introduce al ordenamiento jurídico. Todo argumento que escape al fundamento determinante del caso constituirá *obiter dictum*.

En cuanto a la *ratio decidendi*, el Prof. Villalba Bernié señala: "*Así la ratio decidendi, consiste en el fundamento central del veredicto, es la esencia argumentativa del fallo donde se exponen las razones lógicas-jurídicas en la cual fundamenta su decisión, el principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base sustancial de la resolución*"⁴¹.

Por lo que se sostiene que la *ratio decidendi* es el argumento que sustenta la decisión, sin la cual o alterada la cual, la decisión del caso podría variar. No ocurriendo así en cuanto a la *obiter dictum*. En ese sentido demarcatorio el Prof. Villalba expone que la *obiter dicta*

⁴⁰ Fernández Fernández, Vicente. Coordinador. Sistemas jurisprudenciales en Europa y América. Editorial Tirand Lo Blanch. México. 2018. p. 82.

⁴¹ Villalba Bernié, Pablo Darío. Derecho Procesal Constitucional, Contenidos Esenciales. Ediciones Nueva Jurídica. Colombia. 2016. p. 549.



constituye las razones secundarias o apreciaciones expuestas por el juez constitucional, pero sin ser el núcleo duro de la sentencia, vinculados a aspectos auxiliares, no vinculantes.

Dada la trascendencia que tiene la argumentación del fallo para el *Common Law*, la discusión sobre qué argumentos constituye *ratio obiter* se centró en los juristas del aquel sistema. Mientras que en principio en el *Civil Law*, a aplicarse el imperio de la ley, la *ratio decidendi* solo constituye la vigencia de la ley misma.

La prueba de Wambaugh proponía que la identificación de la *ratio decidendi* podría darse a partir de la inversión de la proposición asumida por el tribunal. Si alterada la proposición la solución del caso cambia sería *ratio decidendi*, por el contrario, si no la sería *obiter dicta*.

Goodhart centró la identificación de la *ratio decidendi* en los hechos del caso, clasificándolos en materiales o determinantes e inmateriales, sosteniendo que el tribunal, al momento de fallar discrimina éstos, sea en forma expresa o tácita. Finalmente sostiene que los argumentos esbozados bajo un hecho hipotético no podrían más que ser *obiter* en todo momento.

Rupert Cross propuso que la *ratio decidendi* estaría dado por la necesidad del razonamiento para



arribar a la conclusión. Es decir, identifica la *ratio* como la regla de derecho que sirve de paso necesario e ineludible para la decisión. Al referirse a Cross, Simpson, seguido luego por MacCormick, sostuvo que el término “necesario” contiene una amplitud no pretendida a la hora de determinar la *ratio decidendi*. Siendo que lo necesario para la conclusión podría estar dado por múltiples factores tenidos en cuenta por el tribunal, por lo que propuso su sustitución por el término “suficiente”. Así, sería *ratio decidendi* el argumento que sirva de sostén suficiente para arribar a la solución del caso.

Duxbury también utiliza el término necesario al referirse a la *obiter dicta* como los pasajes que no son necesarios para las resultas, las que no son conectadas con los hechos del caso o las que son dirigidas a un punto que ninguna de las partes buscó argumentar.

Así, se advierte que se dedicaron varias obras para abordar el tema de “*ratio decidendi*” y “*obiter dicta*”, en donde se exponen la hermenéutica a ser aplicada para la identificación de la *ratio decidendi*, alrededor del cual orbita todo el espectro de aplicación vinculante del precedente, determinando y definiendo el sentido y alcance que tiene la aplicación de éste para la resolución de casos en el futuro.

Por otra parte, los autores en mayor medida estiman que en todo fallo no podría haber más de una



única *ratio decidendi*. Aún en los casos en que existieren dos argumentos en torno a una cuestión y que ambos lleven a la misma conclusión de la causa, debe determinarse el argumento principal del fallo.

En el sentido expuesto, los autores se inclinan hacia la vigencia de una única *ratio decidendi*, a fin de ejercer control de la función jurisdiccional, puesto que, si el fallo será tenido como una norma abstracta y de aplicación general, éste fallo debe en mayor medida ceñirse exclusivamente sobre la cuestión llevada a conocimiento jurisdiccional y contener un mandato preciso. Así, sería impropio que en un fallo se asuman varios argumentos como *ratio decidendi*, puesto que el precedente no establecería una tesis sobre el derecho sino varias. Todo lo cual podría acarrear problemas a la hora de aplicar el precedente, dejando al arbitrio judicial asumir cualquiera de las tesis del precedente como válidas. Pudiente provocar en consecuencia la falta de previsibilidad y seguridad jurídica.

Expone al respecto Marinoni⁴²: *“La dificultad en ver un juzgado con varias rationes decidendi tiene que ver con la idea de que el precedente, en el Common Law, refleja la solución del caso y no la solución de las cuestiones en él envueltas. Mediante los precedentes, los*

⁴² Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 283.



justiciables y las Cortes subsecuentes son informados de cómo los casos deben ser juzgados”.

A modo de conclusión del presente apartado podemos sostener que la *ratio decidendi* es única en cada fallo y debe identificarse con el argumento principal, vinculado al caso concreto, que determinó la solución del caso. Todo lo demás constituirá siempre *obiter dictum*. Teniendo este argumento principal únicamente el carácter de vinculante.

No se descarta que dentro de las *obiteres dictum* existan argumentos perfectamente válidos para su aplicación concreta a un caso concreto del futuro. Pero a todos los efectos, este tipo de *obiter dictum* es considerado como un argumento meramente persuasivo que, si bien no haya sido determinante para la solución del caso, en definitiva, constituye un pronunciamiento que puede servir de inspiración a los jueces inferiores, puesto que en definitiva se trata del pronunciamiento de un tribunal superior.

Dada la aplicación no obligatoria sino persuasiva de la *obiter dicta*, podría resultar que el argumento no principal de un fallo pueda pasar a constituir la mismísima *ratio decidendi* en un fallo subsiguiente.

9. RAZONAMIENTO JURÍDICO EN BASE A PRECEDENTES



Habiendo expuesto sobre la *ratio y obiter*, se vuelve necesario referir sobre la hermenéutica jurídica que es propia del sistema de precedentes, de forma tal para luego pasar a estudiar las herramientas con las que cuenta el sistema. Me refiero al *distinguishing* y al *overruling*.

Debe advertirse *ab initio* que, por el propio tecnicismo, la hermenéutica jurídica de los juristas adiestrados bajo la cultura del *Civil Law*, resulta a todas luces insuficientes al momento de estudiar un precedente. Y es que, salvo adelantados doctrinarios, que por suerte cada vez son más, el razonamiento jurídico del *Civil Law* se centra en interpretar la ley, relegando a un segundo plano la interpretación del derecho.

Incluso cuando pudiéramos referir a los fallos de inconstitucionalidad como el lugar más apropiado para la interpretación del derecho, tampoco resulta ser tal. Puesto que nuestra formación jurídica no lo tolera. La propia Constitución Nacional del Paraguay establece que cuando la Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre la inconstitucionalidad, está ceñida al propio texto constitucional, determinando el sentido y alcances de las normas en ella establecida. Podríamos decir, que se trata de una categoría superior pero en definitiva también es interpretación de la ley.



Como expone Marinoni, en el *Civil Law* hay un raciocinio volcado a la formación de la convicción, aliado a otro, destinado a encuadrar los hechos en una moldura delineada por la norma jurídica.

Es por ello que el *Civil Law* ha dedicado mayor atención y trascendencia a la parte resolutive del fallo considerada cosa juzgada, teniendo éste íntima relación con lo que fue objeto de petición de las partes. Por lo que nada impide que las partes vuelvan a discutir los fundamentos del fallo pero utilizando fórmulas diferentes, es decir, esbozando algún otro tipo de pretensión jurídica.

Fíjese que los fundamentos del fallo poco importan en este sistema. Por dos cuestiones básicas:

- a) La motivación del fallo no contiene ninguna argumentación de derecho más allá de la estrictamente legal.
- b) El efecto de la cosa juzgada es privativo de las partes. Y en ese sentido, el fundamento jamás serviría para orientar a los justiciables.

Hasta aquí creo haber dejado en claro del por qué el estudio de los argumentos no forma parte de nuestra hermenéutica jurídica. Ocurrendo lo contrario en un



sistema de aplicación de precedentes como el *Common Law*.

Dentro de un sistema que reconoce al precedente vinculante como fuente de derecho, el razonamiento jurídico va más allá de interpretar el precedente. De hecho, no podríamos hablar técnicamente de una interpretación del derecho desde la óptica del *Civil Law*, dado los mandatos legales que tenemos para realizar la hermenéutica jurídica.

10. *DISTINGUISHING*

En el sistema de precedente, el *distinguishing* constituye la técnica y herramienta con las que cuentan los abogados y tribunales para que un precedente no sea operativo en un caso concreto basado en las diferencias de éste con aquel. No se trata de una técnica tendiente a atacar el vigor y vigencia del precedente, sino simplemente de señalar que el caso en estudio difiere de aquel en el que fue establecido.

Esto es así, puesto que un precedente está orientado para proporcionar una misma solución jurídica para casos semejantes del futuro, es decir, casos análogos, y lógicamente resultará inaplicable al caso particular que sea diferente a aquel en el que fue establecido.



Cuando Ovalle Díaz⁴³ menciona las condiciones en que debe reunir un precedente vinculante señala: a) la sentencia que proviene de un Tribunal jerárquicamente superior; b) los hechos pertinentes del caso resulto no pueden razonablemente ser distinguidos; y c) contener la regla de derecho aplicable.

Como habíamos visto anteriormente, la *ratio decidendi* refiere al núcleo de la argumentación del caso, que establece la tesis jurídica o la regla de derecho a ser aplicada. Siendo éste la tercera condición de Ovalle Díaz. Sin embargo, el precedente está íntimamente ligado a los hechos en los cuales fue proferido. Son cuestiones inseparables.

Por ello, aun cuando no se coincida con Goodhart en cuanto a que los hechos del caso constituyan *per se* la *ratio decidendi* del precedente, se debe reconocer su labor al discriminar hechos materiales o determinantes de los hechos inmateriales. Puesto que la aplicación del precedente estará ligada a la coincidencia de los casos en cuanto a hechos materiales o determinantes se refiera. Así, la diferencia del caso respecto a hechos inmateriales o irrelevantes no tiene la entidad para provocar un *distinguishing*.

⁴³ Ovalle Díaz, Nelson Arturo. Fernández Fernández, Vicente (coordinador). Sistemas jurisprudenciales en América y Europa. Editorial Triant Lo Blanch. México. 2018. p. 82.



Como señala Marinoni, es intuitivo que, para aplicar la *ratio decidendi* a un caso, es necesario comparar el caso del que proviene la *ratio decidendi* con el caso del juicio, analizando sus circunstancias fácticas⁴⁴. En estos términos, la *ratio decidendi* claramente es algo distinto a los hechos tenidos en cuenta para su pronunciamiento, pero son de necesario análisis para la aplicación del mismo. Así, como señala Ovalle Díaz, para aplicar un precedente debe ineludiblemente prestarse atención a los hechos del caso resuelto. Señalando que éstos no pueden razonablemente ser distinguidos, aludiendo a los hechos materiales o substanciales.

En este contexto, en el análisis del precedente no podríamos hablar de cuadrar los hechos en estudio con los hechos del precedente, sino la similitud de los casos en cuanto a los hechos materiales tenidos en cuenta. El precedente no se aplica por identidad absoluta de los hechos del caso, sino por analogía. Siendo la analogía, por definición, una relación de semejanzas entre cosas distintas. En consecuencia, una vez más los juristas de cultura de *Civil Law*, encuentran una limitación en cuanto a razonamiento de precedente se trata.

Si buscáramos la subsunción exacta de los hechos, nos encontraríamos con la realidad ineludible que todos los casos, aunque análogos, son diferentes.

⁴⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 375



Bajo este criterio se aplicaría *distinguishing* en todos los casos y tornaría ilusoria la concepción misma de precedente vinculante.

Contrario a lo expuesto, en los sistemas que reconocen el precedente vinculante, el *distinguishing* es aplicado con recelo por los tribunales, de forma cautelosa, o bien porque efectivamente los hechos materiales del caso en estudio son considerados diferentes o bien porque el caso presenta un mayor número de hechos materiales no tenidos en cuenta para establecer el precedente. Como menciona Duxbury⁴⁵, este último caso es la forma más interesante y sutil del *distinguishing*.

Debe no obstante señalarse que un sistema de precedente, el derecho no es estático, sino dinámico, por lo que la fuerza y autoridad del precedente pueden variar en el tiempo, acorde a la nueva realidad jurídica y social. A fin de *aggiornarse* a ello, los tribunales también utilizan el *distinguishing* cuando estiman que la solución del precedente no cabría bajo las concepciones actuales para la solución del caso llevado a su conocimiento. Hecho del cual la doctrina lo señala como distinción inconsistente.

La distinción inconsistente es el mecanismo por el cual se evita la revocación del precedente por

⁴⁵ Idem. p. 379



considerarlo aún necesario dentro del espectro jurídico, sin embargo, es una clara señal de que el criterio de los tribunales ha mutado.

He aquí la importancia de la formación jurídica de los abogados en un sistema de precedentes. Puesto que necesariamente exige fuerte formación argumentativa. Como señala Marinoni: “*se torna fácil percibir, a partir de ahí, la razón de la gran importancia dedicada a la clase de los abogados en el sistema del stare decisis*”. Y es que los abogados precisan no solo identificar al precedente, sino también analizar la fuerza del mismo en determinado contexto histórico. Así, por ejemplo, debe prestar atención a la doctrina que critica al precedente o que presenta razones para acoger una teoría que lo contradice.

El uso de la técnica de distinción inconsistente, *the darwing of inconsistent dictinctions*, también dio lugar a otra llamada *technique of signaling* o técnica de señalización conforme al cual se protege al justiciable que razonablemente ha basado su vida y sus negocios en la vigencia de un precedente. Haciendo que al tiempo que se aplica el precedente, se advierte a los justiciables que el mismo ha perdido vigor. En palabras de Eisenberg⁴⁶, por esta técnica la Corte pavimenta el

⁴⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 389.



camino para el *overruling* del precedente que acredita deba ser preservado en virtud de la justificada confianza.

11. OVERRULING

Para comprender y hablar de *overruling* debemos remitirnos al origen histórico del precedente expuesto en la primera parte de este trabajo. Recuérdese que en un principio se pregonaba la sujeción irrestricta al precedente vinculante, obligando en forma vertical y horizontal a todo el poder judicial. Sin embargo, bajo un contexto de avance del derecho se determinó que las máximas instancias judiciales no estaban obligadas a la aplicación irrestricta del precedente, siempre que tengas razones suficientes para hacerlo.

Así, no era comprensible que las máximas instancias judiciales tuvieran el poder para establecer un precedente vinculante y no tuvieran el poder para revocarlo cuando las circunstancias históricas y sociales en que fue dictado el primer fallo hayan cambiado a la realidad contemporánea. Sin embargo, la posibilidad de *overruling* tampoco resta credibilidad al sistema de precedentes, siempre que se aplican criterios estrictos y especiales para la revocación.

Señala Eisenberg que un precedente está en condiciones de ser revocado cuando deja de corresponder a los patrones de congruencia social y



consistencia sistémica y, al mismo tiempo, a los valores que sustentan la estabilidad. De esta forma, pueden provocar *overruling* la mutación de proposiciones basadas en la moral social, la política orientada a la generalidad de la sociedad y la experiencia. Guardando relación este último a aspectos técnicos como el constante *distinguishing* del precedente en los términos expuestos en el título anterior, como así también a aspectos doctrinarios, pareceres y opiniones de especialistas.

La metodología para su aplicación requiere una adecuada confrontación entre la seguridad jurídica y previsibilidad que otorga el sistema al precedente que lucha por su preservación y estabilidad, contra las proposiciones o condiciones expuestas, tenidas como requisitos básicos para el *overruling*.

Al establecer el sistema de precedentes, al igual que el derecho en sí mismo, se pretende un sistema coherente y armónico. Por lo que las distinciones inconsistentes surgen como uno de los criterios técnicos utilizados con frecuencia para la aplicación del *overruling*. Siendo que, por medio de la distinción inconsistente se desvirtúa la vigencia del precedente originario, y más cuando dicho *distinguishing* ha sido emulado en varias ocasiones, poniendo en duda el vigor del mismo. Así, es incompatible la coexistencia de precedentes que ante un mismo caso podría proporcionar una solución jurídica distinta. En



consecuencia, es menester de la máxima instancia judicial, proceder a revocar definitivamente el precedente originario que a la luz de la nueva realidad debe ser sustraído del sistema.

Aquí nuevamente jugará un rol protagónico la formación de los operadores del derecho, puesto que un precedente a pesar de tener mérito para el *overruling*, puede ser preservado y aplicado a un caso concreto en virtud a los fundamentos de estabilidad, protección de la confianza justificada y la previsión contra la sorpresa injusta.

Pero se vuelve ineludible para los ciudadanos contar con el asesoramiento jurídico calificado de forma previa para realizar actos jurídicos. Puesto que, ante criterios anunciados que justifican el *overruling*, la confianza justificada no resulta obstáculo para su aplicación.

Hablamos de criterios anunciados de *overruling*, desde que del estudio del caso se pueda sustraer las siguientes realidades: a) la existencia de precedentes inconsistentes o contradictorias que hagan suponer razonablemente que el criterio jurídico ha mutado; b) la doctrina suficiente que critica el precedente y evidencia un razonamiento jurídico de mayor valor; c) La utilización anterior de técnica de señalización que ya advirtiere expresamente la mutación del precedente; d) la



mutación de valores sociales que permitan incluso a cualquier lego advertir que el precedente ha perdido sustento; etc.

Fíjese como esta dinámica obliga a los profesionales del derecho a estar constantemente actualizados y lo más importante, ejercitar constantemente la lógica, retórica o repertorio argumentativo sobre el derecho. Puesto que la dinámica hace al derecho un tanto complejo, pero sin dudas brindando adecuadas respuestas a la ciudadanía.

12. RAZONES PARA IMPLEMENTAR LOS PRECEDENTES

12.1. Vigencia del estado social de derecho

El estado social de derecho implicó la superación dogmática de la concepción pregonada por el liberalismo a ultranza de la revolución francesa de 1789. Es decir, constituye la superación del Estado de Derecho. Así, se dio paso a reconocer en primer término la declaración de inconstitucionalidad de las leyes basados en la inconsistencia normativa entre la Constitución y el texto de la ley. Y, en segundo término, desde la segunda guerra mundial, se abrió paso al reconocimiento de los derechos humanos y el mandato *pro homine* de la orientación del derecho.



Bajo este contexto, resulta necesaria la implementación de precedente vinculante a la luz del moderno derecho procesal constitucional y convencional, de forma tal que al tiempo de verificarse la consistencia de la legislación acorde a sus principios, también se irradie en la ciudadanía certeza y confianza en el sistema.

Puesto que, si hablamos de constitucionalidad, nada resulta más constitucional que admitir que la ley no aplicada a un ciudadano, tampoco debe ser aplicada a otro que esté bajo los análogos presupuestos fácticos. Cosa que en el sistema estricto del *civil law* sí sería admisible dado que la cosa juzgada solo incumbe, o en su caso, beneficia a las partes de la acción de inconstitucionalidad.

Por otro lado, conforme mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control de convencionalidad debe ser ejercicio por todo juez de la República, llegando hasta la máxima instancia. En consecuencia, tampoco tiene coherencia lógica o sistémica sostener que un fallo que contenga valoración del principio *pro homine*, pueda ser desconocido al momento de fallar un caso análogo.

Estas cuestiones entrañan una íntima transformación de todo el espectro jurídico, con la asimilación del estado social de derecho. Puesto que el



fallo que contiene estas magnitudes ya no podrían incumbir única y exclusivamente a las partes del proceso, sino a la sociedad toda. Si una ley es inconstitucional para A en una situación X, también debe serlo para B en la situación X.

Misma lógica es aplicada a nivel convencional desde el caso *Gelman vs Uruguay* en donde la Corte IDH establece que todo fallo emitido por dicho órgano constituye *per se* precedente vinculante para todos los países signatarios de la Convención. Y es que, Paraguay en la situación X necesariamente debe tener la misma solución jurídica que Colombia en la situación X. De lo contrario estaríamos ante un sistema incoherente, soslayando la aberración jurídica misma.

12.2. Coherencia sistémica

Atendiendo lo expuesto, debe señalarse que la implementación de precedente vinculante por medio de la Corte IDH constituye un mandato a los países signatarios para la institución del precedente vinculante obligatorio en las respectivas legislaciones estatales.



Como señala Villalba Bernié⁴⁷: “*supone que los órdenes internos tengan consagrado la perspectiva del precedente vinculante, una ratificación de la vinculatoriedad jurisprudencial de los fallos de las Alta Corte*”, por lo que implicaría que los fallos de la instancia judicial más altas constituyan fuente de derecho para regular casos que sean análogos.

Pero la coherencia sistémica también se refiere a la propia estructura del poder judicial. Puesto que un juez de primer grado, mal podría contrariar una interpretación del derecho emanada de un órgano superior *so pretexto* de sostener su propio criterio en cuanto a interpretación de la ley. Lo único que hace este juez es obligar a las partes a continuar transitando las instancias correspondientes hasta llegar a revocar su fallo. Lo cual tiende únicamente a la extensión del pleito en el tiempo y mayores erogaciones para las partes, contrariando principios como celeridad y economía procesal.

En este sentido, los jueces deben de perder totalmente su individualismo personal para comprender la función jurisdiccional que se le encomienda. El juez debe comprender que es tan solo una pieza dentro del sistema de distribución de justicia. Como señala Marinoni al respecto: “*poco debe importar para el sistema si el juez*

⁴⁷ Villalba Bernié, Pablo Darío. Derecho Procesal Constitucional, contenidos esenciales. Ediciones Nueva Jurídica. Colombia. 2016. p. 551



*tiene alguna posición personal acerca de alguna cuestión de derecho, que difiere de los tribunales que le son superiores. Lo que realmente debe tener significado es la contradicción del juez al decidir cuestiones iguales de forma diferente o decidir de forma distinta a la del tribunal que le es superior*⁴⁸.

12.3. Seguridad jurídica

Al hablar de precedente obligatorio lo hacemos sin dudas bajo un valor axiológico orientado a la seguridad jurídica. No obstante, debe reconocerse igualmente que el valor primario del sistema constituirá siempre la justicia. Y es que el fallo que será precedente, por su contenido, debe resultar intrínsecamente justo. Caso contrario, su autoridad estará condenada a una vida corta, considerando que habrá criterios para la aplicación del *overruling*.

No obstante esta pequeña acotación, la seguridad jurídica es el valor apreciado al momento de establecer un sistema de precedente vinculante, dotando al sistema de una previsibilidad para los ciudadanos bajo criterios de igualdad y racionalidad, inexistente hoy en día.

⁴⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 70.



Bajo el estricto criterio del *Civil Law*, la ley ha perdido credibilidad en cuanto a su aplicación por el órgano judicial, volviendo al sistema totalmente imprevisible y manteniendo a los ciudadanos en la incertidumbre del enmarañado proceso judicial. Puesto la teoría "*todos son iguales hasta ley*", fue ampliamente refutada por la práctica desde que jueces, tribunales y hasta la Corte han variado de interpretación de la propia ley en casos similares que ameritaban una misma solución. Lo cual no hace más que denotar que la ley es insuficiente para garantizar seguridad jurídica necesaria para el correcto desenvolvimiento de la sociedad. Ni que mencionar el caso en que la ley es sustraída del sistema jurídico para la resolución de una cuestión y a reglón seguido se declara su vigencia y cumplimiento irrestricto en una cuestión análoga.

En este sentido la seguridad jurídica que irradia el precedente otorgará a la sociedad la posibilidad de transparentar y generar confianza en el Poder Judicial, siendo que los fallos pasarán a tener peculiar atención no tenida hasta hoy día.

12.4. Adecuación del derecho a la realidad

La implementación de un sistema de precedente vinculante trae consigo para posibilidad del desarrollo



del derecho que respondan a la demanda social. Considerando que la ley es una herramienta lenta para acompañar los cambios sociales y la superación de concepciones erróneas tenidas en cuenta al momento de su promulgación, con seguridad siempre llegará tarde a la cita del conflicto que no pudo prever.

En consecuencia, el precedente vinculante trae la ventaja de ir regulando la convivencia social en base a casos reales y concretos, y no a partir de meras disquisiciones teóricas o hipotéticas que se presentan al momento de dictarse una ley. Por lo que, tener al precedente como una fuente de derecho trae sus ventajas en cuanto a la adecuación del derecho a la realidad y no distante a ella.

No se trata, de dar al precedente un valor jurídico superior a la ley, tal como así también lo entienden todos los países que tienen este sistema. Sino más bien de dar un valor complementario y armónico al trabajo del legislador, que en su caso, tal como ocurrió en el gobierno inglés, pueden tomar inspiración en los propios precedentes para derogar la legislación obsoleta y adecuarla a las nuevas demandas sociales.

Sin embargo, la ventaja obvia resulta en el tiempo. Puesto que entre tanto el legislador adecue la legislación, el precedente hará autoridad jurídica con



todos los efectos que le son propios como una fuente de derecho.

13. FUNDAMENTOS DE RESISTENCIA A LOS PRECEDENTES

13.1. Rigidez de la norma del precedente

Señala Amaya⁴⁹ que constituye una desventaja de la implementación del precedente por cuanto que una vez fijado el fallo como precedente, éstos serían difíciles de cambiar. Con lo cual, de cierta forma se estaría obstruyendo el desarrollo del derecho.

Afirmación de debe ser comprendida en su justa medida. Puesto que la práctica nos ha mostrado que sin precedente vinculante, con solo la ley, el derecho en nuestros pueblos se haya estancado y anclado en el pasado, por medio de disquisiciones o suposiciones que consideró el legislador al momento de su promulgación. Y ciertamente el legislador tampoco realiza una tarea

⁴⁹ Amaya, Jorge Alejandro. La doctrina del precedente constitucional una propuesta institucional para el sistema argentino. Revista Jurídica (CEDUC) N° 25. Publicado en fecha 15/12/2016. <https://py.lejister.com/index.php>



constante de “actualización” de las leyes a la realidad social nueva.

Temer o descalificar la implementación del precedente basado en este criterio, implica desconocer la dinámica y el funcionamiento de las mismas. Y es que incluso en Inglaterra como en Estados Unidos, se encuentra superado la regla del *stare decisis* de aplicación irrestricta del precedente, dando lugar a la posibilidad de *overruling* en los términos expuestos en el presente trabajo.

Debe reconocerse que dadas las condiciones de *overruling*, incluso el propio legislador podría emitir una ley contraria al precedente. Bajo esa perspectiva, la entrada en vigencia de la ley nueva podría responder a nuevos criterios de derecho que se *aggiornan* al nuevo contexto social o la experiencia, que tornen incompatibles la vigencia del precedente.

En ese sentido, resulta lógico que el precedente cobre menor vigor, y la máxima instancia judicial tendrá un nuevo elemento para juzgar casos análogos en el futuro. Con lo cual deberá plantearse en todo caso si la nueva ley responde y acompaña razonablemente los criterios para el *overruling*, en caso afirmativo, la máxima Corte fallará revocando definitivamente el precedente, excluyéndolo del sistema jurídico. En caso negativo,



fallará respetando el precedente y declarando la inconstitucionalidad de la nueva ley.

Pero nótese que la existencia del precedente torna dinámico al sistema, y hace que funcione de forma efectiva el freno y contrapeso de poderes que debe reinar en un democrático de estado social de derecho.

13.2. Obstáculo a la realización de la isonomía sustancial

Como señala Marini, este argumento en contra se centra en que el respeto del precedente podría provocar la misma solución jurídica para casos que si bien resulten similares o semejantes constituyan en sí cuestiones diferentes. Así la uniformidad podría provocar lo injusto.

Este razonamiento obvia al *distinguished*. Puesto que como se mencionó al abordar el tema, todos los casos en puridad siempre resultarán con variantes. Lo importante es diferenciar claramente la *ratio decidendi* del precedente, vinculado a los hechos tenidos en cuenta para su pronunciamiento, discriminado los hechos materiales e inmateriales.

En este sentido, Marinoni⁵⁰ destaca que aplicando correctamente el sistema de precedente no

⁵⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013. p. 230.



hay propósito en pensar que el respeto a los precedentes puede generar injusticia, en virtud de la imposibilidad de la desconsideración de las peculiaridades de una posición o situación jurídica dada. Por otro lado, parangona al precedente con la propia ley, señalando que tanto la eventual aplicación incorrecta del primero como la incorrecta aplicación del segundo, constituyen de igual forma dos situaciones que generan injusticia.

Esto nos da pie a insistir que realmente la aplicación del precedente es algo positivo al sistema, pero que importa la mayor formación de los abogados y jueces, siendo que éstos en todos los casos deben argumentar razonablemente sus posiciones y el fundamento del fallo respectivamente, aplicándose *distinguishing* en los casos que así corresponda hacerlo.

13.3. Peligro de distinciones ilógicas

Como consecuencia de la *distinguishing*, Amaya⁵¹ expone que entraña peligro al sistema de que, del ejercicio rutinario del precedente, se vuelva práctica común llenar de distinciones suscitando conflictos normativos de engorrosa o inverosímil solución.

⁵¹ Amaya, Jorge Alejandro. La doctrina del precedente constitucional una propuesta institucional para el sistema argentino. Revista Jurídica (CEDUC) N° 25. Publicado en fecha 15/12/2016. <https://py.lejister.com/index.php>



Crítica que, con cierto grado de verdad, podría tener razón atendible. Y es que hasta en los Estados Unidos se ha incurrido muchas veces en distinciones inconsistentes a lo largo de su historia. Pero no es menos cierto que en un sistema de *Civil Law*, en la práctica, el Poder Judicial también realiza distinciones inconsistentes al aplicar la ley, produciendo un bochorno y aberración jurídica al fallar dos casos iguales de forma diferente, haciendo letra muerta el texto constitucional que "*todos somos iguales ante la ley*".

No debe perderse de vista que, aun cuando referimos a distinciones inconsistentes, la del precedente debe razonablemente argumentar el motivo de la distinción del caso A con el caso en estudio B. Sin embargo, en las distinciones inconsistentes realizadas bajo la premisa de interpretación de la ley, el juez del *Civil Law*, no se encuentra obligado a justificar el motivo por el que A tuvo un fallo diferente a B en una situación igual.

13.4. Volumen y complejidad de la jurisprudencia

Por último, Amaya señala que la cantidad de jurisprudencia tornaría al derecho demasiado complejo o engorroso. Lo cual ciertamente no será así desde que no todo fallo, incluso que fuere de la máxima instancia judicial, constituiría un precedente. Sino solo aquellos fallos que reúnan todas las características para ser tales.



Como hemos visto, constituirá precedente solamente aquel fallo que presente una tesis jurídica nueva para el ordenamiento jurídico. Incluso, dada nuestra cultura del *Civil Law*, nada impide que impregnemos en ley los requisitos específicos para que un fallo constituya precedente, tal como lo ha hecho Brasil en la reforma reciente de su Código Procesal Civil.

14. DERECHO COMPARADO

Analizar al precedente vinculante en cuanto a su aplicación regional se torna necesario para abarcar un poco más sobre los métodos y viabilidad de su implementación dentro de nuestra legislación nacional. Al realizar derecho comparado no obstante, se señalará a países que cuentan con un sistema más apropiado o interesante en cuanto al tema que nos ocupa.

14.1. El precedente en Brasil

A nivel regional Brasil constituye uno de los países en donde la doctrina del precedente vinculante se ha arraigado, sin dudas mediante un proceso paulatino de otorgar mayor protagonismo de la actividad jurisdiccional para la creación del derecho.

Desde la reforma legislativa procesal de 1973 la legislación brasileña fue abriendo camino a la doctrina del precedente por medio en principio de la instauración



de la jurisprudencia obligatoria, siendo éstas la sucesión armónica de decisiones tomadas por los tribunales. Extendiendo en el año 2006 a los jueces de primera instancia para que puedan establecer y seguir sus propias jurisprudencias.

Vía Enmiendas Constitucionales en los años 1993 y 1999 se estableció el efecto vinculante de las sentencias proferidas por la máxima instancia judicial al entender acciones como: a) Acción Directa de Inconstitucionalidad; b) Acusación de Incumplimiento de Precepto Fundamental. También vía Enmienda Constitucional (2004) se establece que el Poder Judicial pueda establecer un criterio interpretativo de aplicación general por medio de la “súmula de efecto vinculante”.

Por último, la reforma legislativa del año 2016 terminó acogiendo definitivamente la doctrina del precedente vinculante como fuente del derecho. Nótese que hubo aquí mucho camino andado para llegar a ello, y que, a partir de ahora, Brasil tiene aún mucho camino por andar para que el precedente brasileño vaya adquiriendo sus propias matices, resolviendo caso a caso, tal como fue el desenvolvimiento paulatino de la institución en el *Common Law*.

Sin embargo, es loable destacar el crecimiento y desarrollo del derecho en este país, considerando que muchos otros ni siquiera han iniciado el camino,



quedando anclados en el pasado, inmovilizados, atrasados, como es el caso de Paraguay.

A partir del año 2016, en cuanto a precedentes y conceptos orbitantes refiere, conforme expone Amaral y Mendez de Oliveira⁵², el derecho procesal brasileño ha quedado configurado con las siguientes características:

Se mantiene el respecto a la jurisprudencia, exigiendo al Poder Judicial la tarea de unificar criterios, haciéndolo estable, total y coherente.

Se mantiene así también el método de exposición de la jurisprudencia dominante por medio de la redacción de sùmulas. Pero se introduce la democratización en su proceso cuando se trate de cambio de la tesis jurídica contenida en la sùmula, realizándolo en audiencias públicas con la participación de las personas, órganos o entidades que puedan contribuir para la discusión de la tesis.

Se reconoce que la jurisprudencia, la sùmula y el precedente pueden ser revocados (*overruling*) por la alteración del interés social o la experiencia, imponiéndose la fundamentación adecuada y específica basados en principios de seguridad jurídica, principio a la

⁵² Amaral, Sergio Tibirica. Mendes de Oliveira, Joao Victor. Fernández Fernandez, Vicente (Coordinador). Sistemas Jurisprudenciales en América y Europa. Editora Tirant Lo Blanch. México. 2018. p. 234-248



protección a la confianza y el principio a la protección a la igualdad.

Se establece la obligación y el mecanismo de publicidad de los precedentes vinculante.

Se establece expresamente un incidente, llamado "*incidente de resolución de demandas repetitivas*" a ser utilizados en los casos que presenten efectiva repetición de procesos, que contengan controversia sobre la misma cuestión únicamente de derecho, así como el riesgo de ofensa a la igualdad y a la seguridad jurídica. No implicando costos procesales.

14.2. El precedente en Colombia

En este país, contrario al caso anterior, el precedente vinculante fue abriéndose camino no a partir de un reconocimiento legislativo, sino de forma auténtica por los propios fallos judiciales. Más precisamente los fallos dictados por la Corte Constitucional instituida por la Constitución Nacional de 1991 que ha comenzado a funcionar en el año 1992.

Si bien el texto Constitucional Colombiano utiliza la expresión poco feliz de que los jueces deben fallar exclusivamente en virtud a ley. Es destacable que la Corte Constitucional haya establecido que la ley mencionada en la Constitución debe necesariamente ser entendida



en sentido amplio, refiriéndose a todo el ordenamiento jurídico en sí mismo, como el conjunto integrado de normas en el que se incluye a la jurisprudencia. Es decir, el espectro de bloque de legalidad se extiende a la jurisprudencia, por lo que constituye fuente de derecho.

Esta Corte comenzó a utilizar como parámetro de constitucionalidad normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, y así, a partir del año 1995 acuñó y utilizó el término “bloque de constitucionalidad”

Bajo esta línea de razonamiento, esta Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que sus resoluciones constituyen precedentes vinculantes para la resolución de casos análogos del futuro, teniendo en cuenta el sentido general de la ley en el texto constitucional y considerando a sus propios fallos como parte integrante del bloque de constitucionalidad. Así, la Corte ha decantado que el precedente es una fuente formal y material del derecho.

Cabe resaltar que esta Corte Constitucional ejerce el control de constitucionalidad de las leyes en sede de control abstracto y en sede de control concreto. Los fallos dictados en sede de control abstractos constituyen una suerte de *stare decisis*, absolutamente vinculantes en forma vertical. Mientras que los fallos de control abstractos son de obligación relativa,



permitiendo que el juez no aplique el precedente mediante una justificación técnica y adecuada de las razones para apartarse del mismo.

En este último caso, se permite al juez primario practicar *distinguishing* u *overruling* sobre la base del caso concreto, pero siempre deberá confrontar al precedente justificando el motivo de su separación. Para hacer ese ejercicio obviamente se debe primeramente identificar la *ratio decidendi* contenida en el precedente, respecto al cual la Corte Constitucional se ha pronunciado en siguientes términos:

*(i) La ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente*⁵³.

Finalmente, el desconocimiento del precedente autoriza la acción de tutela dirigida a la propia Corte Constitucional cuando el juez desconoce el precedente dándose ello bajo los siguientes supuestos: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) se aplican disposiciones legales cuyo contenido normativo

⁵³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-292 de 2006.



ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad; y (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela⁵⁴.

También se evidencia que esta Corte Constitucional ha realizado efectivamente también la función de *law-making authority* en las siguientes situaciones que transcribo íntegramente algunos ejemplos citados por García López⁵⁵:

Frente a la posibilidad de personas del mismo sexo de contraer matrimonio¹⁰³, la Corte ha manifestado en jurisprudencia reciente que el legislador debe definir los términos de la ley que regule el matrimonio en el término de dos legislaturas para puntualizar el tema, es decir la Corte le dio un término hasta el 20 de junio del año 2013 para definir los lineamientos del matrimonio homosexual en Colombia. De lo contrario, en la misma sentencia la Corte autorizó a dichas parejas a formalizar y solemnizar el contrato ante un notario que los faculte a “constituir una familia, de

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-1092 de 2007 y T-441 de 2010.

⁵⁵ García López, Luisa Fernanda. El Juez y el Precedente: hacia la reinterpretación de la separación de los poderes. Editora Vniversitas. Bogotá, Colombia. 2014. p. 111.



acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión”¹⁰⁴. De igual forma, declaró exequible la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil, que dice: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente”; no obstante, la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre la expresión “de procrear”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas.

Frente a la segunda reelección del presidente Uribe y su tercer período, la Corte concluyó en la sentencia de revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, que en caso de que fuera reelecto el Presidente que para la época ya llevaba dos periodos de cuatro años, se quebrantaría el principio de separación de poderes, puesto que este se concentraría en el ejecutivo, degenerando en el presidencialismo, sesgando el pluralismo y desvirtuando el modelo republicano.

Frente al tema del aborto, la Corte ya se había pronunciado en sentencia del año 2006 fijando los parámetros dentro de los cuales la práctica del aborto es lícita en Colombia. En sentencia del año 2011, fijó de acuerdo con los mismos parámetros una serie de compromisos que deben desarrollar las entidades del Estado para que el aborto sea practicado cuando se



requiera. En ese orden de ideas, ordena a todas las entidades involucradas en materia de salud que cuenten con las personas profesionales de la medicina, así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos preestablecidos en la Sentencia C-355 de 2006107. Enfatiza en el carácter urgente de las campañas con el objetivo de poder constatar su nivel de impacto y eficacia.

Así, apreciamos que en Colombia se fue forjando una verdadera doctrina de precedente constitucional vinculante, con los matices propios de una auténtica Corte que funciona en un sistema de *Common Law*. Como afirma García López al concluir su obra, en Colombia se ha mutado definitivamente la teoría clásica de división de poderes, pero que, en todo caso, el precedente no sustituye la importancia de la labor del legislador que seguirá activo en el escenario político y jurídico nacional. Siendo que el precedente no sustituye la cualidad jurídica de la ley, pero que, conforme a la teoría del derecho viviente, la ley debe ser entendida desde su propia aplicación por medio de la actividad jurisdiccional. Así, ley y precedente armonizan el sistema jurídico.

14.3. El precedente en Perú

En este país, al igual que el caso de Brasil, la figura de precedente vinculante se abre paso por medio del



reconocimiento por el legislativo. Así el Artículo VII del Código Procesal Constitucional regula la figura de precedente vinculante. En él se hacen dos previsiones: por un lado, se establece que el Tribunal Constitucional puede fijar en sus sentencias precedentes vinculantes; por otro lado, se prevé que para apartarse de uno de estos precedentes dicho Tribunal debe expresar las razones que le lleven a ello⁵⁶.

Sin embargo, menciona Quiroga León, que los efectos del precedente vinculantes no son similares a una ley en cuanto a su vinculación general con efectos *erga omnes*. Por lo que, a su parecer, el precedente vinculante del Perú no tiene los matices propios que tienen en el *Common Law*.

Pero surge palmario que esta diferenciación lo realiza de manera deliberada al solo efecto de substraer del precedente peruano el debate que versa sobre la *ratio decidendi*. Sosteniendo que como es el propio Tribunal Constitucional el que declara expresamente que su fallo constituye precedente, es éste mismo Tribunal el que establece explícitamente la *ratio decidendi* del fallo. Así cualquier fundamento, principio, aforismo o tan solo criterio contenido o emanado de la sentencia puede ser

⁵⁶ Quiroga León, Aníbal. Fernández Fernández (Coordinador). *Sistemas Jurisprudenciales en América y Europa*. Editora Tirant Lo Blanch. México. 2018. p. 266-267.



utilizado como norma de derecho abstracta aplicable para conflictos futuros, y no solamente el argumento principal tenido en cuenta para determinar la orientación del fallo.

Básicamente sostiene Quiroga León, que será precedente vinculante, no sola y estrictamente la *ratio decidendi* del caso en el que fue dictado, sino incluso también las *Obiteres Dictum* o los dichos de paso por el Tribunal Constitucional.

También en Perú tiene fuerza de vinculante la jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en entendimiento de Plenos Casatorios, prerrogativa que también es reconocida expresamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14.4. El precedente en otros países

Se ha citado los casos de Brasil, Colombia y Perú como referentes regionales en cuanto a implementación de la doctrina de precedentes vinculantes se trata. Así, también a comienzo del presente trabajo también hemos expuesto, a modo de derecho comparado, sobre la implementación y trascendencia del precedente en el país anglosajón y en los Estados Unidos de América.

Cabe resaltar por ejemplo el caso de España, que por la vigencia de la ley 1/2000, introdujo un novedoso recurso llamado de “Interés de la ley”. Si bien este recurso



contiene la intención de impugnar un fallo en virtud a un precedente que lo contradiga, por el contenido del recurso, se trata únicamente de cuestiones netamente procesales. Es decir, el precedente sobre cuestiones de fondo no se contempla en el supuesto normativo. También, cabe resaltar que aún está pendiente la realización de reformas legales para que este recurso sea operativo.

En otros casos hay países que tienen un sistema de jurisprudencia vinculante, pero en el cual no cabría hablar de precedentes aún. Como el caso de México, en donde le otorga la categoría de fuente del derecho a la jurisprudencia, pero ésta es comprendida únicamente como interpretación de la ley, y a dicho valor queda circunscripto.

Países como Argentina y Chile, al igual que Paraguay, no contienen normas algunas que obliguen a la utilización de fallos precedentes como fuente de derecho para la resolución de juicios. Por más que se destaque el activismo judicial en Argentina, tal como expone Maraniello, dicho activismo ha provocado la proliferación de diferentes formas de llevar a cabo los procesos y de resolverlos, faltando una herramienta como la del precedente para ir unificando la tesis jurídica dominante para el país.



Otras veces, los sistemas políticos absolutistas desvirtúan totalmente las características de la doctrina de precedente vinculante como es el caso de Venezuela, donde la Sala Constitucional del TSJ, conforme a Constitución, generan fallos de aplicación vinculante para todo el sistema de justicia, pero que lastimosamente estos fallos son emitidos respondiendo estrictamente a criterios políticos del gobierno.

15. PRECEDENTE VINCULANTE EN EL DERECHO PARAGUAYO

Partiendo de la Constitución Nacional podemos apreciar nuestra Carta Orgánica fundamental no contiene ninguna alusión a la jurisprudencia ni al precedente como fuentes de derecho. Tampoco lo tiene ninguna de las normas jurídicas de carácter infraconstitucional. Por lo que sin temor a equívoco podemos sostener que definitivamente el precedente vinculante es una institución que deviene absolutamente asistémica. Su inclusión por tanto demanda una profunda transformación legislativa al respecto.

Como menciona Villalba Bernié⁵⁷, en Paraguay incluso ha fracasado el intento de instituir el Recurso de

⁵⁷ Villalba Bernié, Pablo Darío. Fernández Fernández (Coordinador). *Sistemas Jurisprudenciales en América y Europa*. Editora Tirant Lo Blanch. México. 2018. p. 339.



Casación Civil en el año 1993. Siendo que por aquella ley se pretendía que la casación sirva como instrumento para lograr la unidad de la jurisprudencia nacional.

Se puede apreciar que el Código Procesal Civil Paraguayo establece pautas normativas que niegan a los jueces la facultad de realizar un precedente obligatorio en los términos expuesto en el presente trabajo. El Art. 15 del CPC obliga a los jueces taxativamente a: resolver siempre según la ley, sin que le sea permitido juzgar del valor intrínseco o la equidad de ella.

El Art. 159 del CPC obliga a los jueces a realizar un análisis silogístico no compatible con las características que debe reunir la decisión judicial para ser considerada precedente estableciendo taxativamente: que el juez no está obligado a analizar las argumentaciones que no sean conducentes para decidir el litigio y que esta decisión siempre debe ser calificadas según correspondiere por la ley. Es decir, el juez en todo momento debe cuadrar los hechos en el supuesto previsto en la ley.

Así, se advierte que el juez no está facultado para realizar un análisis y fundamentación en donde se aboque a realizar una tesis jurídica nueva, puesto que siempre su fundamentación debe ir estructurada para “encuadrar” los hechos en la ley, para así determinar la



procedencia o improcedencia de las pretensiones que se formularon por las partes.

Por último y como corolario, la cosa juzgada se limita exclusivamente a la parte dispositiva del fallo, puesto que la fundamentación se limita al mero ejercicio silogístico señalado y pierde valor alguno al constituir solo el encuadre de los hechos en la ley. Al respecto señala Marinoni:

En verdad, el problema de los límites objetivos de la cosa juzgada esconde algo interesante para el estudio que ahora se hace. Si la cosa juzgada es limitada a la parte dispositiva y debe existir relación de pertenencia lógica entre los fundamentos y lo dispositivo, basta solo eso para disciplinar el litigio, poco importando los fundamentos. No tendrían alguna importancia para los demás justiciables, al contrario de lo que acontece en el Common Law. En este sistema, el valor de la fundamentación de la decisión nada tiene que ver con la cosa juzgada material o con la tesis de extender la cosa juzgada a los fundamentos.

Y es que el precedente se centra en la fundamentación para decidir, más allá de los resuelto. Implica dejar de percibir al proceso judicial como una especie de juego: ganar o perder, sino de poder extraer de los casos una orientación jurídica válida por la cual los ciudadanos puedan guiar sus vidas en adelante. Fijese



que en nuestro medio para nada trasciende la fundamentación, puesto que los ciudadanos saben que tiene un valor nulo y que en cada caso se resolverá conforme a ley aun cuando el magistrado que le toque tenga una interpretación jurídica distinta de la misma disposición normativa a la que tuvo la propia Corte Suprema de Justicia.

El Art. 6 del Código Civil señala que incluso ante lagunas de la ley, esto es, la falta una previsión específica que regule la situación que el juez debe dirimir, el legislador ordena al juez a fallar buscando en la propia ley disposiciones que regulen casos o materias análogos. Esto en primer lugar, y después ir a principios. Normativa que evidencia que la jurisprudencia jamás podría ser una herramienta para dirimir una cuestión civil.

En materia penal la jurisprudencia tiene reconocimiento en dos recursos extraordinarios. Así, el Art.478 del CPP establece que el recurso extraordinario de casación procederá cuando la sentencia o el auto impugnado sean contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelación o de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, el Art. 481 de CPP establece que el recurso extraordinario de revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo, y únicamente a favor del imputado, cuando se produzca un cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que favorezca al condenado.



También dentro del análisis de la materia penal, podemos mencionar que hay un flojo intento que incluir algo de noción de precedente en el Art. 353 inc. 5) del CPP que establece que la etapa preliminar del proceso penal, el imputado puede solicitar la aplicación de criterio de oportunidad cuando alegue que dicho criterio ha sido aplicado en casos análogos al suyo, imponiéndole la carga procesal de demostrar esa circunstancia.

En materia laboral, el Art. 6 del CPL hace una tímida mención a la jurisprudencia como fuente de derecho, pero del contexto legal, a mi apreciación surge demasiado residual, razón por la que tampoco se ha edificado el derecho laboral a través de caso a caso. De hecho, las jurisprudencias laborales son más bien un elemento más persuasivo para los jueces laborales, no decisorio.

Por último, como si se tratare de arañar la legislación nacional para encontrar alguna luz referente al precedente, Villalba Bernié resalta la institución de la Escuela Judicial, que ha sido creada por Ley N° 1376/98 con la finalidad impartir enseñanza jurídica especializada para la mejor administración de justicia. Así, el Art. 3 de la mencionada ley establece que uno de los objetivos de la Escuela Judicial constituye: *"e) la publicación, la divulgación y la distribución de Obras Jurídicas de Investigación, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia..."*.



En conclusión, no tenemos regulado algo que clarifique y conduzca el camino a la doctrina del precedente vinculante en nuestro país. Tampoco ha sucedido que la Corte Suprema de Justicia por medio de fallos vaya estableciendo esa doctrina, tal como sucedió por ejemplo con el Tribunal Constitucional Colombiano.

16. CONCLUSIÓN

Se puede sostener que los objetivos de la investigación fueron abarcados y alcanzados de forma satisfactoria. Así, se logró exponer a la doctrina del precedente vinculante desde sus aspectos centrales, pasando desde comprender la doctrina del *stare decisis*, hasta la concepción moderna del precedente vinculante. Como también se ha identificado sus elementos constitutivos y las herramientas con la que cuenta: *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, *overruling*.

La mayor comprensión de los orígenes de ambos sistemas hace que quitemos el sesgo de nuestra formación estrictamente legal para pasar a una mayor comprensión del derecho vigente. Como así también, hace que aceptemos como válida la implementación de un sistema de precedente vinculante para el mayor y mejor desarrollo del derecho. Un derecho comprometido efectivamente con valores axiológicos constitucionales y convencionales, orientados principalmente a los justiciables.



En el contexto de estudio del presente trabajo, urge que países como Paraguay, instale al menos el debate jurídico que nos permita despabilar por medio de la academia a todos los actores involucrados en el ámbito jurídico, de forma tal a sellar un verdadero compromiso por la juridicidad para un desarrollo del derecho paraguayo.

17. BIBLIOGRAFÍA

- Amaya, Jorge Alejandro. La doctrina del precedente constitucional una propuesta institucional para el sistema argentino. Revista Jurídica (CEDUC) N° 25. Publicado en fecha 15/12/2016. <https://py.lejister.com/index.php>
- Carpio Marcos, Edgar (Coordinador). Grández Castro, Pedro (Coordinador). Estudios al Precedente Constitucional. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2007. p. 21)
- Fernández Fernández, Vicente (Coordinador). Sistemas Jurisprudenciales en América y Europa. Editora Tirant Lo Blanch. México. 2018.
- García López, Luisa Fernanda. El Juez y el Precedente: hacia la reinterpretación de la separación de los poderes. Editora Vniversitas. Bogotá, Colombia. 2014.
- Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obligatorios. Editorial Palestra. Traducción de la obra original. Lima, Perú. 2013.



- Villalba Bernié, Pablo Darío. Derecho Procesal Constitucional, Contenidos Esenciales. Ediciones Nueva Jurídica. Colombia. 2016.



IMPREVISIÓN: UNA HERRAMIENTA JURÍDICA EN TIEMPOS DE CRISIS [COVID19]

Por Manuel Riera Domínguez⁵⁸

En reuniones y conversaciones informales de todo tipo, el tema ahora presente es el Coronavirus [COVID19]. Todos nos encontramos en ambiente de incertidumbre generalizada, de información y desinformación y, en medio de toda esa bataola y confusión, se esgrimen ideas sobre cómo proceder; cuál será, en definitiva, el futuro ante esta pandemia a nivel país y a nivel mundial. Dejando de lado lo sanitario y las restricciones gubernamentales por todos conocidas, la institución jurídica mayormente invocada en estas reuniones es la fuerza mayor. Las consideraciones las

⁵⁸ Abogado del ESTUDIO JURÍDICO RIERA *abogados*. Especializado en derecho civil, comercial, procesal, administrativo y contrataciones públicas. Docente de carrera de grado Y posgrado en Paraguay. Miembro de Comisión de Investigación – Área de Derecho Privado de la Universidad Católica de Asunción, del Colegio de Abogados del Paraguay. Autor de varios libros y artículos especializados.



realizan empresarios, comerciantes, trabajadores, asalariados, emprendedores independientes, políticos y gobernantes; todas sobre despidos, suspensiones de trabajo, caída de la facturación, del consumo y de la demanda, reducción de gasto público, endeudamiento estatal; en definitiva, todo un plexo grande de opciones que son consideradas dentro de una emergencia nacional que nadie vivió. En medio de este ir y venir de ideas, alguien reflexionó: “necesitamos una ley extraordinaria para una situación extraordinaria”. Todos miran al Estado. Pues, como un intelectual llegó a decir, no existen libertarios en épocas de pandemia. De hecho, el gobierno trabaja en ello, mientras escribo estas líneas.

Sin embargo, la situación extraordinaria no es nueva en la ley. De ahí que este pequeño artículo, más que académico, busca ofrecer una herramienta a los sectores privados para que, jurídicamente, consideren acomodar sus relaciones y obligaciones recíprocas a la realidad. Para ello, además de la fuerza mayor, el Código Civil prevé una figura jurídica poco utilizada. Pues, justamente por su naturaleza extraordinaria, no siempre puede ser invocada. Pero una situación como la que vivimos hoy la justifica. Esta figura es la imprevisión y está establecida en art. 672 del CC59. Su figura se aplica a los

⁵⁹**Artículo 672.** *En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento. La resolución*



contratos de ejecución diferida, cuyo cumplimiento se desarrolla en el tiempo, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa. El código autoriza al deudor a que, en este tipo de situaciones, pueda pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento o su modificación equitativa. Por resolución hay que entender la culminación o terminación; un vocablo similar pero técnicamente distinto a la rescisión pues se enfatiza su naturaleza unilateral, al ser una de las partes del contrato [deudor] quien la solicita. Naturalmente, la imprevisión no procede –y el código así lo establece– cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable o estuviera en mora.

En esta situación, el “demandado” por imprevisión sería el acreedor. Es decir, a quien se le debe la prestación señalada en el contrato. En el préstamo, en el alquiler, en las franquicias, en todo tipo de inversiones; quien esté obligado [prestador] al cumplimiento contractual que extraordinariamente se volvió

no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable. El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa. Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo.”



demasiado oneroso, puede plantearse y puede plantearle a su acreedor la resolución contractual. El acreedor, por su parte, puede discutir, claro está. Pero lo importante y, creo que esto dará luz hoy en día, es que el acreedor puede evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Nuestro código tiene fuente en el art. 672 del anteproyecto presentado por la COMISIÓN NACIONAL DE CODIFICACIÓN; en el art. 1198 del Código Civil argentino de VÉLEZ, en la Ley 17.711 de 1968 de su reforma y en el art. 1467 del código civil italiano (1942). No es un tema nuevo. Si se quiere ahondar en su antigüedad y en las razones que postulan su estudio, el Dr. MIGUEL ÁNGEL PANGRAZIO, al comentar el código, cita al Dr. JOSÉ ANTONIO MORENO RUFINELLI y a su obra “La teoría de la imprevisión y su aplicación a nuestro derecho positivo”. En ella, la historia del instituto discurre desde las charlas de CICERÓN con su hijo MARCUS, por la escolástica de SANTO TOMÁS, las enseñanzas romanas y de post glosadores; hasta materializarse –positivamente en la ley– en códigos como el de Maximiliano bavárico (1756), en el Landrech prusiano (1794), el austriaco (1812) y nuestras normas citadas más arriba.

Los fallos en el mundo jurisdiccional también recogen estas ideas. Por ejemplo, la siguiente: “La seguridad jurídica y la previsibilidad del riesgo adoptado son elementos tenidos en consideración por cualquier



individuo al iniciar cualquier tipo de negociación con miras a la contratación”⁶⁰. Nadie tuvo en consideración cuando inició sus contrataciones, sus inversiones, sus negociaciones, una situación como la que vivimos hoy. Nadie pensó en que su facturación se desplomara y ello le impidiese pagar salarios, alquileres, materias primas y todo tipo de servicios. Fue simplemente imprevisible pensar en cumplir los contratos acordados –en situaciones normales– dentro de situaciones extraordinarias como la que se vive hoy. Esta teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente [imprevisión] permite jurídicamente la revisión de los contratos dado el cambio drástico de las circunstancias originarias que terminarán por perjudicar a una [e, indirectamente a ambas] de las partes. No sólo la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sino tribunales inferiores recogen palabras como las de GUILLERMO BORDA, comentarista del código civil argentino fuente del nuestro, quien señala que “... la concepción estricta de los derechos subjetivos como una potestad absoluta e incausada es hoy sustituida por la de derechos encaminados hacia un fin lícito, de los cuales no se puede abusar; la noción de la buena fe ha invadido todo el derecho de las obligaciones y de los contratos, iluminándolos con una luz nueva; la lesión, admitida ya en Roma, se aplica hoy en casi todo el mundo sobre la base de principios más amplios y generales; la idea de

⁶⁰ **Acuerdo y Sentencia 1184 del 19 de septiembre** de 2013 dictado por la CSJ, Sala Civil. Caso “Gustavo Miranda Valenzuela c/ Luis María Ramírez s/ indemnización de daños y perjuicios”.



culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad extracontractual ha sido completada y vigorizada con la teoría del riesgo creado; han aparecido nuevas fórmulas, como los contratos colectivos, los contratos de adhesión, la teoría de la imprevisión, las obligaciones nacidas de voluntad unilateral, etcétera”⁶¹. Es, pues, claro, que la teoría está aceptada e incorporada en nuestros tribunales.

Las máximas del derecho antiguo “IURE NATURÆ ÆQUUM EST NEMINEM CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INIURIA FIERI LOCUPLETIOREM” – Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro [POMPONIO: Digesto 50, 17, 206] o “NINGUNO NON DEUE ENRIQUESZER TORTIZERAMENTE CON EL DAÑO DE OTRO” [Partida 7, título 34, ley 17] fueron también recogidas en los viejos fallos. Los magistrados como JUSTO PUCHETA ORTEGA, RAMÓN SILVA ALONSO, JUAN F. MORALES, AUGUSTO R. FUSTER, CARLOS V. KÖHN BENÍTEZ, ANTONIO TELLECHEA y ÁNGEL ALMADA GALEANO atendieron casos similares cuando estalló la crisis del petróleo que azotó al mundo en 1979 y los proveedores del Estado paraguayo

⁶¹ **Acuerdo y Sentencia 18 del 19 de septiembre de 2013** dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala 3. Caso “*Olga Lorenza Mendoza c/ Cervecería Paraguaya s/ indemnización de daños y perjuicios*”.



debieron cumplir sus contratos de provisión atrapados en un contexto mundial de onerosidad excesiva.

Este es, pues, un tema con sustento histórico, jurídico, normativo, jurisprudencial y doctrinario lo suficientemente debatido para sostener que existen situaciones extraordinarias de carácter general que, por su excesiva onerosidad, autorizan jurídicamente incumplir la promesa y la palabra empeñadas en los contratos. El artículo del código civil, al decir de ROBERTO MORENO, “reduce el valor de la santidad del contrato en forma lo suficientemente amplia”⁶². La imprevisión del código civil (art. 672 CC) es una herramienta jurídica útil que autoriza al deudor a incumplir el contrato por razones generadas por el COVID19, pero, a su vez, autoriza a las partes –deudor y acreedor– a continuar con el contrato si acuerdan una modificación equitativa. Entiendo que la situación que vive el país autoriza plenamente la aplicación de esta figura. Está pensada como una acción procesal para recurrir ante los jueces civiles del país. Pero mi idea, más que ofrecer un argumento para demandar en lo judicial, es ofrecer una alternativa que pueda utilizarse como palanca de negociación entre el deudor y el acreedor, en la

⁶² **Moreno Rodríguez**, Roberto: “¿Contratos hechos por jueces? 4½ sugerencias para evadir al juez cadí en la interpretación del contrato”, Pág. 11.

<https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Roberto-Moreno-Contratos.pdf>



búsqueda de una modificación equitativa que les permita a ambos afrontar esta situación. Si los contratos se interpretan conforme la buena fe (art. 714 CC) y deben ser cumplidos conforme la buena fe (art. 715 CC), la relación jurídica contractual –deudor acreedor– puede, dentro del mismo marco de buena fe, aceptando esta situación extraordinaria, acomodar las prestaciones contractuales recíprocas de manera equitativa. El deudor siempre sabrá que la acción procesal la tiene ante los jueces civiles. El actor siempre sabrá que puede evitarla si acepta modificar equitativamente un contrato que lo coloca en una situación crediticia excesivamente onerosa para su deudor.

Es la buena fe la que permitirá privadamente que las partes acomoden sus obligaciones contractuales sin mirar al Estado y sin esperar intervención gubernamental alguna. Y si lo hacen, aceptando esta idea, estarán actuando dentro del ámbito de su libertad y, sobre todo, jurídicamente.



TECNOLOGÍA Y DERECHO PROBATORIO: HACIA LA INCLUSIÓN DIGITAL

Por **Pablo Darío Villalba Bernié**⁶³

1. SUMARIO

1. Advertencias preliminares. 2. Evolución digital: la cuarta revolución industrial. 3. Incorporación de la ciencia al proceso. 4. El avance hacia las tecnologías. 5. Lenta asimilación. 6. Ideas fundamentales de las nuevas tecnologías. 7. La utilidad de la informática digital. 8. Las formas informáticas relacionadas con

⁶³ Doctor en Ciencias Jurídicas, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica, Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay, Profesor de Derecho Procesal Civil y de Derecho Procesal Constitucional; Profesor de Posgrado en Paraguay y en especializaciones, maestrías y doctorados en el exterior. Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Vicepresidente para Sudamérica de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal, de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales y del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional; Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Conferencista nacional e internacional, autor de varios libros y artículos especializados.



la prueba. 9. Noveles pruebas de la tecnológica informática. 9.1. Prueba digital. 9.1.1. Documentos digitales. 9.1.2. Distinciones entre documentos digitales, electrónicos y virtuales. 9.1.3. Algunos aspectos de la prueba digital. 9.1.4. Valoración de la prueba digital. 9.2. La prueba estadística. 10. Dificultad de identificación de los modernos medios probatorios. 10.1. Complicada tipificación integral. 10.2. Resumen. 11. La gestión judicial. 12. Conclusión general.

1. ADVERTENCIAS PRELIMINARES

La evolución constante del derecho y en especial del ámbito procesal, convertida en ciencia desde inicios del siglo XX, hace que los juristas del mundo actual se vean abocados en la búsqueda de la implementación de un proceso más eficaz, práctico, humanizado, otorgando respuestas efectivas al hombre y a la sociedad. En definitiva, es una secuencia lógica del desarrollo cualitativo a ser brindado a los involucrados en el devenir jurídico, al no poder concebirse al proceso como algo estático e inerte, sino todo lo contrario, siendo su faz dinámica la característica.

Cada sociedad ha conformado su propio sistema, determinado por las confluencias de ideas, proyectos sociales, intereses económicos y políticos enmarcados en una secuencia histórica de tiempo y espacio, creando ordenamientos jurídicos que abonan la solución de las contiendas ocasionadas por la necesaria convivencia con los otros seres humanos. Las comunidades van



regulando las normas de conducta haciendo posible la coexistencia y la vida en común, pues la generación de conflictos es una circunstancia normal en el relacionamiento intersubjetivo.

La permanente transformación de la ciencia jurídica a consecuencia del avance de la científicidad y la tecnología sobre el marco del proceso judicial, ha dejado de constituir novedad alguna. La revolución tecnológica golpea las puertas del procedimiento jurisdiccional, con el objetivo de contribuir hacia un correcto servicio de justicia.

Lo que no fue previsto es que los cambios serían tan abruptos y veloces, pues una cosa resulta de saber que las mudanzas evolutivas se producirán, así se presenta la evolución del ser humano, pero otra muy distinta que se generarían con la velocidad que en este tiempo han asumido las mutaciones. En cuestión de unos pocos años, la progresión ciencias aplicadas y tecnológica es totalmente diferente, variando permanentemente en un dinamismo inaudito; en la otra acera, la ciencia jurídica, cuya característica más notoria es justamente lo contrario a dinamicidad, proliferando quietismos, inercia, acomodamiento paulatino a los nuevos postulados, lo que hace que la brecha sea cada vez más grande y distante.



Ante esta disyuntiva, subrayar que el derecho tendrá que ser capaz de acomodar sus cimientos a los nuevos tiempos, so pena que de no hacerlo quedará rezagado, sin respuestas a la convulsionada realidad social y científica. El aporte tecnológico debe ser incorporado al proceso, afrontando a las modernas concepciones de prueba, que generalmente carecen de regulación en los repertorios legales.

El progreso de la técnica y del conocimiento científico contrastan con la lentitud de la ciencia jurídica, donde estos nuevos vientos científicos son eficaces para resolver litigios complejos, que surgen en todos los fueros, tanto en el civil, como en el penal, laboral, administrativo y constitucional.

El derecho procesal debe concordar con la realidad y con la necesidad del ser humano, de hecho, fue consagrado en provecho de éste; si los procesos duran años debilitan al sistema y la sociedad se ve amenazada por su propia falta de respuesta, convirtiendo la situación en un verdadero “drama judicial”.

Ante lo cual, surge inexorable la concepción que el régimen legal debe ir buscando un diseño capaz de adecuación a los cambios externos, para así desde el interior del método dar respuestas convenientes a la sociedad. Un código de procedimiento retrata un gran espejo en el cual la sociedad se ve reflejada, con todos



sus logros políticos de garantía jurisdiccional, por su intermedio pueden calcularse los avances sociales reales.

2. EVOLUCIÓN DIGITAL: LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Para comprender los efectos de la digitalización del mundo jurídico, nada mejor que recurrir al análisis de las distintas revoluciones industriales que se han presentado en la historia de la humanidad, brillantemente expuesto por el profesor Klaus Schwab⁶⁴. Partiendo de la idea que revolución implica cambio abrupto y radical, las cuatro revoluciones industriales han convergido en ocasionar agudos cambios en la sociedad propiciando la evolución y transformación del mundo derivado de sus consecuencias en los más variados ámbitos, económico, social, cultural, científico, tecnológico y por supuesto jurídico. La característica principal fue la transformación de los cimientos sociales de la humanidad al extremo de condicionar a la forma de vida, de trabajo, de producción y de relacionamiento.

⁶⁴ SCHWAB, Klaus, La Cuarta Revolución Industrial, World Economic Ginebra, Suiza. Bogotá-Colombia: Forum, Debate, Penguin Random House Grupo Editorial, Año 2016.

[http://40.70.207.114/documentosV2/la cuarta revolución industrial-](http://40.70.207.114/documentosV2/la%20cuarta%20revolucion%20industrial-)



En este contexto la primera revolución industrial comienza allá por el año 1.760 y transcurre hasta el año 1.840, fue la época del nacimiento de las industrias construcción del ferrocarril y la invención del motor a vapor, donde la producción mecánica cobra vigor. La segunda, se presenta a finales del siglo XIX y principios del siglo XX con la electricidad al frente. La tercera, comienza a surgir allá por 1960 cuando se inventa el ordenador, luego internet, donde la característica consiste en la incorporación de la ciencia en la dinámica productiva. La cuarta, es la que se desarrolla en la actualidad y comienza con el nuevo milenio, donde se produce la revolución digital, basada en tecnologías sofisticadas e integradas, donde cooperan el mundo virtual y el físico entre sí.

En esta cuarta revolución industrial ya no solo implican máquinas y sistemas inteligentes conectados, su alcance es más amplio aun, pasan a ser parte las tecnologías emergentes y donde la connotación principal es que los cambios son tan dinámicos y rápidos que resultan casi imposibles acostumbrarse a uno de ellos cuando ya se ha variado por otro modelo. Derivado de la cuarta revolución industrial hoy se referencia la inteligencia artificial, robótica, internet de las cosas, blockchain, vehículos autónomos (drones o vehículos que se conducen solos), impresión 3D, la nanotecnología, biotecnología, computación cuántica, sensores, teléfono móvil implantable, por solo citar algunas de las



innovaciones recientes. Ello implica un impacto de gran fuste en el derecho donde incluso en este tiempo se perfila como tema a tratar la secuenciación genética y el genoma humano.

Lo relatado expone la situación de una era digital que recién ha comenzado, que plantea problemáticas y desafíos al derecho procesal y al probatorio, en particular. Si bien es cierto, que al derecho le resultará imposible acomodarse a esta permanente dinámica tecnológica, cuanto menos deberá establecer un repertorio legal que permita la irrupción de las nuevas tecnologías. Esto implica, evitar estar encerrado en normativas rígidas que impidan la asimilación. Cuando que lo lógico sería, que el orden legal contenga una normativa abierta que module la recepción de la dinámica tecnológica dentro del proceso, fundamentalmente cuando estas fueren de gran utilidad para la verificación de los presupuestos fácticos que se discuten en las casuísticas procesales.

3. INCORPORACIÓN DE LA CIENCIA AL PROCESO

Consiente de estar adentrando a una visión que excede con creces al mundo del derecho, vinculando más con lo científico, la idea consiste en realizar una



verificación de como la ciencia puede incorporarse al proceso.

Una cosa es la ciencia y otra el derecho, que como ciencia jurídica está comprendida entre las líneas de desarrollo de las ciencias en general. Pero no es en esta relación que se pretenda ahondar, sino en cómo las otras ciencias no jurídicas, inciden en el derecho.

La ciencia deriva de *scintia* (conocimiento), y del verbo *scire* que significa saber. No resulta fácil definir a la ciencia, sino más bien la idea es dar un abarcativo global para llamar la atención desde el Derecho Procesal. No obstante, lo icónico de la definición, la ciencia podrá generalizarse como el conocimiento humano sobre una determinada disciplina o materia determinada, cuyo conocimiento objetivo se convierte en verificable, siendo obtenidas por la observación y la experimentación, basado en principios, hipótesis, y metodología adecuada para su estudio, donde también se visualiza la necesidad de una sistematización de los conocimientos. Otros dirán que ciencia resulta del estudio y de la práctica, estableciendo conclusiones⁶⁵ que se vuelven verdades irrefutables. La ciencia constituye un sistema de

⁶⁵ CARBONE, Carlos Alberto, La prueba científica, notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión judicial, publ. en La prueba en el proceso judicial, Dir. Eduardo Oteiza, p. 357, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, Año 2009.



conocimientos para comprobar algo, es la elaboración de datos experimentales e inferencias sobre los mismos⁶⁶.

Al referir a ciencia se alude a todo tipo de conocimientos científicos, tanto aquellos catalogados como ciencias duras (física, matemática, biología, ingeniería, medicina, etc.), como a las ciencias blandas o humanas (derecho, filosofía, psicología, sociología, economía, etc.), epistemológicamente distintas unas de otras, fundamentalmente porque las ciencias duras no admiten el juego de probabilidades o de pronóstico posible o probable. Para las ciencias duras solo son válidas aquello que puede ser contrastado, verificado, no toleran las leyes de la probabilidad; en cambio, las ciencias blandas sí lo hacen, es aquí donde surgen los inconvenientes de aplicabilidad.

En el derecho las causas tienen que resolverse de alguna manera, incluso con aplicabilidad de las reglas de la carga de la prueba; en las ciencias duras, esto no sería posible, pues devendría necesario llegar hasta altos grados de veracidad para asentirlas, por ejemplo, lo que ocurre con una vacuna, solo se distribuye cuando sus efectos fueron comprobados.

⁶⁶ FALCÓN, Enrique, *Lógica y justificación del razonamiento probatorio*, publ. en *La prueba en el proceso judicial*, Dir. Eduardo Oteiza, p. 82, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, Año 2009.



Conforme a la justificación epistemológica, si bien ambos provienen del conocimiento humano responden a otras coordenadas, las ciencias duras sometidas a prueba y contraprueba; las ciencias blandas no, metodológicamente responden a otros principios, implica en concreto que la epistemología judicial⁶⁷ se encuentra entre las ciencias blandas.

Ahondando un poco más la cuestión, el avance de la ciencia, evidencia que el derecho debe mover sus arbotantes para asimilar la científicidad, que terminan repercutiendo cuanto menos en tres ámbitos, el físico, el digital y el biológico. Incluso cuando se referencia a la Cuarta Revolución Industrial (C4IR) se pasa a la necesidad de converger todas ellas en un mundo integrado⁶⁸.

Desde el punto de vista del mundo físico, las ciencias han incidido en el desarrollo de vehículos autónomos (movilidad urbana autonómica), impresión 3D, robótica, drones, nuevos materiales, nanomateriales, inteligencia artificial, entre otros. En el mundo biológico, conlleva el análisis de la genética, secuenciación genética, el genoma humano, la biología sintética, la modificación

⁶⁷ La definición de “epistemología jurídica”, denota un área de la filosofía del derecho, cuyo objetivo es identificar los procedimientos confiables bajo los cuales una creencia acerca de los hechos jurídicamente relevantes puede considerarse verdadera.

⁶⁸ SCHWAB, Klaus, ob. cit., p. 6.



genética, la clonación, el trasplante humano, la bioimpresión entre los destacados. Finalmente, en el mundo digital, observar el internet de las cosas, dispositivos conectados a internet, sensores, radiofrecuencia, blockchain (tecnología de contabilidad y sistemas monetarios), bitcoin, por solo citar los referentes⁶⁹.

Incluso comienza a hablarse de combinación de los sistemas físico, digital y biológico, por ejemplo, para el desarrollo de la inteligencia artificial, neurociencia, ciudades inteligentes, biotecnología, aprendizaje automático e inteligente, control de la salud global.

Entonces, se advierte que el sendero recorrido apenas está en sus inicios, quedando el análisis de acomodar a la ciencia jurídica a los nuevos moldes científicos que proyectan el impacto de las ciencias en general.

⁶⁹ PABÓN GIRALDO, Lilibian Damaris, *Biotechnología y Derecho Procesal en la Cuarta Revolución Industrial*, publ. en *Nuevas dinámicas del derecho procesal*, Dir. Agudelo Mejía, Dimaro y otros, Universidad de Medellín y Sello Editorial, Medellín, Colombia, Año 2020.



4. EL AVANCE HACIA LAS TECNOLOGÍAS

Las últimas décadas de la historia de la humanidad ha mostrado un gran florecimiento en el desarrollo integral de las tecnologías, especialmente las de la información y comunicación, evidenciando un desarrollo científico inaudito estando en presencia de la denominada "*Revolución Tecnológica*". Hace apenas unos años atrás nos mostrábamos fascinados con la aparición de la computadora y de los teléfonos portátiles, cuando en estos días no resulta menos llamativa la era informática en la que se encuentra zambullida la humanidad al compás de internet, adentrados en el uso de nuevas concepciones, tal como ideas sobre la de "*aldea global*", "*era informática*", "*realidad virtual*", "*gobierno electrónico*", "*comercio electrónico*", "*expediente electrónico*", "*nuevas concepciones de prueba*", etc., denominaciones todas que marcan el sendero de estar inmersos ante un nuevo sistema virtual, basado en las surgentes tecnologías.

Los avances tecnológicos han generado respuestas desde el ámbito jurisdiccional, como desde las esferas de los derechos fundamentales, orientados en el derrotero de garantizar a las personas aquellas cuestiones inherentes a su propia existencialidad, a la dignidad, a la libertad, a la justicia, sin dejar de reconocer



que aún existe un largo camino por recorrer. En este contexto se visualizan los medios electrónicos como herramientas al servicio del ser humano, deviene imposible desconocer la irradiación de efectos en el terreno de los derechos fundamentales, del proceso y del derecho probatorio.

La incorporación de las nuevas tecnologías en los ámbitos jurídicos, repercute en cuanto a la necesidad de verificar su incidencia sobre la prueba, que se exhibe como receptora de nuevos campos que tendrán que llegar al proceso, asintiendo a una novel constelación probatoria que tendrá que ser asimilada por el orden procesal.

A pesar de las dificultades, resulta prudente reconocer que a consecuencia de la *constitucionalización de las tecnologías*, como medio de evitar nuevas formas de exclusión buscando eliminar la *brecha digital*, exhibe un contorno de asimilación meteórica eliminando obstáculos, al punto que en la actualidad en algunos países el acceso a *internet* es garantizado como un verdadero derecho humano, edificándose sobre tal una nueva idea de democracia y de sociedad participativa⁷⁰.

⁷⁰ FINLANDIA en el año 2010, previó una reglamentación en la que se reconoció que el acceso a internet es un derecho de todo ciudadano.



Los tiempos que corren acompañado por el gran avance tecnológico de hoy día, suscitan cambios y mutaciones en todos los niveles del conocimiento humano. De ello no escapa el derecho procesal y en especial el derecho probatorio, buscando salida a la crisis en la que permanentemente está inmersa.

El siglo XX fue el de las grandes transformaciones tecnológicas, sin embargo, la proyección hacia el procedimiento jurídico no tuvo las repercusiones de otras áreas, aunque no corresponda soslayar que la tecnología fue incorporada al quehacer judicial, aunque lenta y paulatinamente.

La amplitud de efectos que ha generado la tecnología en el ámbito jurídico, supera con creces al tratamiento esbozado. Para ser precisos, la cuestión tecnológica que interesa en relación con la descriptiva es la referida al área informática digital, no a los otros avances tecnológicos que inciden en todas las áreas del quehacer humano.

A su vez, la tecnología que importa para este análisis es la derivación digital sobre el proceso y la prueba, aclarando esta cuestión porque la tecnología informática tiene dos consecuencias básicas: a) por un lado, incide en la forma de sustanciación del proceso, incorporando tecnología al mismo (notificaciones electrónicas, expediente digital, proceso electrónico



videoconferencias, etc.); b) en la otra acera, la irradiación de efectos de la tecnología informática en la prueba, como nuevas cuestiones probatorias, email, correo electrónico, prueba digital, informática, USB, documentos electrónicos, probanzas virtuales, etc.

Confirmando la regla que ya se viene produciendo gradualmente sin que se perciba su introducción, como el caso de los ordenadores, computadoras, archivos informáticos, internet, video, filmadoras, pruebas audiovisuales, UBS, nube digital, teléfono, fax, etc., todos de uso corriente en la litigación actual, cuya usanza pasa desapercibida por la costumbre, cuando unas décadas atrás (años 80), la mayoría de estos elementos eran solo aplicados en la imaginación de aquellos que ejercían la labor jurisdiccional, en cambio hoy día consiste en moneda corriente de uso.

Siguiendo la temática desarrollada, en favor de la tecnificación del proceso, imperioso trasciende incorporar al sistema los beneficios que generan la utilización de medios tecnológicos para el cumplimiento de la función jurisdiccional, las que transformarán la realidad judicial.

Tal como cierta doctrina refiere *“el reto es comenzar a concebir esquemas que permitan asimilar la nueva tecnología (y con ella sus ventajas en aras a la*



mayor eficiencia del servicio de justicia), aun dentro del derecho vigente”⁷¹.

El objetivo circunscripto tiende a demostrar y puntualizar sobre la admisión de las nuevas tecnologías dentro de la litigación, evacuando un diagnóstico puntual de las circunstancias presentadas.

5. LENTA ASIMILACIÓN

Los tiempos que corren acompañado por el gran avance tecnológico de hoy día, suscitan cambios y mutaciones en todos los niveles del conocimiento humano. De ello no escapa el derecho y en especial el derecho procesal que, a consecuencia de los permanentes fracasos pragmáticos, busca salida a la crisis en la que generalmente está inmerso.

La justicia lenta ha hecho que los justiciables dejen de confiar en el método de litigación, que desconfíen con razón, pues si como decía Heidegger *“El ser humano es tiempo”*, la lentitud atenta contra el tiempo del individuo común, la justicia tardía nunca será justa. El derecho procesal debe concordar con la realidad y con la necesidad del ser humano, de hecho, está puesto en provecho de éste; si los procesos duran años debilitan

⁷¹ SOSA, Toribio, *Reingeniería Procesal*, p. 99, Librería Editora Platense, Buenos Aires, Año 2005.



al sistema, la sociedad se ve amenazada por su propia falta de respuesta, convirtiéndola en un verdadero “drama judicial”.

La masificación del servicio judicial, es otro de los inconvenientes presentados, el creciente grado de litigiosidad de la sociedad moderna contrasta con la realidad estructural del Poder Judicial, que muestra insuficiencia de jueces, faltas de funcionarios competentes, proceso cuasi escriturario extremadamente lento y burocrático, carencia de una eficaz gestión judicial, negación a la incorporación de tecnología, impidiendo dar soluciones reales y prácticas a la acuciante morosidad judicial. La técnica de litigación lleva a los magistrados a la imposibilidad de agilizar los procesos, agudizándose la lentitud y el retraso.

La excesiva burocratización del servicio, caracterizado por la obligatoriedad del cumplimiento de rituales caprichosos a cada paso, son aceptados por todos los operadores del mismo quienes en su mayoría actúan como autómatas cumplidores de esquemas formales, que ni siquiera comprenden y en nada contribuyen a la agilización del proceso; agravado, porque con el excesivo ritual se pierde el norte, cual es el hallazgo de la verdad y la obtención de la justicia.

Ahora bien, el procedimiento o forma de resolver conflictos, se ha rezagado en la discusión de si lo oral o lo



escrito eran las mejores formas de dirimir las disputas intersubjetivas, cuando sigilosamente y sin retorno, pareciera avanzar aquello que la doctrina ha llamado proceso electrónico o justicia digital.

Claro que para admitir un “proceso electrónico” debería generarse una transformación cultural de importancia, que pareciera ir consolidándose en el siglo XXI. Solo basta mirar alrededor para constatar lo sostenido, Brasil⁷² ya tiene legislado un proceso electrónico desde el año 2006, siendo pionero en Latinoamérica, para percibir cuan cerca se ha concretado dicha cimentación procesal.

Como puede verse, corresponde aclarar por un lado, que surge el proceso electrónico con todas sus connotaciones jurídicos-culturales, que por el momento resulta de difícil asimilación aun; y por el otro, que dentro del proceso actual se consientan la introducción de elementos tecnológicos que harían más eficiente al sistema.

Algunos no tan nuevos, otros que permanentemente van actualizando sus potencialidades como el caso de los programas de computación. Se trata

⁷² CALMÓN, Petronio. *O Modelo Oral de Processo no século XXI, publ. en Libro Memorial del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, p. 821, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, Año 2.010.*



pues, que estos medios técnicos del presente brinden sus beneficios a un proceso del pasado, que debía desarrollarse sin esta tecnología, inexistente en aquellas épocas originarias.

En definitiva, un buen campo normativo como una gran cantidad de computadoras y medios técnicos al servicio del proceso, marcan un paso firme para acelerar la salida del ostracismo del mecanismo de juzgamiento, tan criticada por su lentitud, formalismo y burocracia.

6. IDEAS FUNDAMENTALES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Conciene realizar la descripción de las cuestiones fundamentales que engloban la noción sobre lo que implican las nuevas tecnologías, incorporadas al proceso.

Por nuevas tecnologías, entender a todos aquellos elementos que sean propios de los conductos electrónicos y otros que pueden ser empleados en un proceso de litigación. Sin ser muy abarcativo, por cierto, a los efectos de no hacer ilusoria su aplicabilidad, pues resulta consabida la resistencia de los operadores del servicio de justicia de mudar la costumbre en la praxis de litigación.



Etimológicamente, la palabra tecnología tiene origen griego, formada por las voces *techne* que significa arte, técnica, destreza, en conjunción con la palabra *logía* o *logos*, que implica ciencia o conocimiento de algo. En líneas generales en el ámbito jurídico, refieren a aquellos adelantos de la ciencia y sus aplicaciones dentro del conglomerado del derecho, en cuanto mediante ellas pueda lograrse un mayor respeto de la dignidad humana, como también un empleo efectivo en el ámbito del proceso para el logro de una mayor eficacia de la litigación.

En este mundo donde la revolución tecnológica ha acaparado la atención, el proceso debe desenvolverse aceptando los aportes de las tecnológicas superando la tecnología del ayer (máquinas de escribir), al ser rebasadas y reemplazadas por las tecnologías del presente (computadoras, *internet*, USB, etc.), con el objetivo de hacer más eficaz la forma de resolver los conflictos intersubjetivos.

Específicamente, las nuevas tecnologías refieren a la incorporación al proceso de instrumentos vía correos electrónicos, forma digitalizada de pruebas, prestaciones que puedan ser realizados por un aparato computador, firma digital, expediente electrónico, uso de internet, recepción de material en forma digitalizada, contratos electrónicos, proceso electrónico etc. Plantea entonces,



un giro radical en la forma de entender el mecanismo de litigación.

7. LA UTILIDAD DE LA INFORMÁTICA DIGITAL

A modo de precisión, en prosecución de la línea demarcatoria respecto a que tipo de tecnología es la exteriorizada, significar que la referencia específica se circunscribe a la informática y a la digital, dejando adrede de lado las tecnologías más vinculadas a la biología y a la biotecnología, por lo que puntualmente la referencia será concretada respecto a la utilidad de las tecnologías informáticas incorporadas al proceso.

Así el aprovechamiento que la tecnología informática o digital ha traído al proceso contribuyeron en un intento de hacerlo más eficaz, ocasionando una transformación cultural evidente, que impulsa un cambio de mentalidad y de paradigma.

La prueba no ha escapado de este efecto avasallador generado por las plataformas digitales, hasta incluso podría afirmarse sin temor a equívocos que las transformaciones ocasionadas por la tecnología informática han superado a la reacción que debió haber tenido la ciencia jurídica ante el surgimiento de las mismas. En el ámbito probatorio se cimienta el impacto más trascendental de estas tecnologías informáticas,



invitando a un reacondicionamiento del marco jurídico y legal con el objetivo de regular de forma clara los mecanismos de obtención de estas, productos propios de su desarrollo y aplicación.

Hasta podría graficarse que la ciencia jurídica y su evolución se asemejaría a la imagen de un viejo carro estirado por caballos; en cambio, las tecnologías informáticas o digitales, se asemejarían a una nave espacial. Esta brecha entre tecnología y derecho tiene que ser superada o cuanto menos acercar una a otra, con el objetivo que así se puedan tener decisiones judiciales acorde con la dinamicidad de este tiempo. El planteamiento sería conformar un proceso que responda al avance tecnológico, de lo contrario, se seguirá con el desfasaje actual.

Con solo verificar la situación generada por la pandemia del Covid 19, se han abierto compuertas desconocidas, pero que a la vez invitan a potenciar las tecnologías informáticas dentro de la ciencia jurídica, dentro del proceso.

A tenor de la tecnología el lenguaje no se pierde en el tiempo, tienen relevancia los medios magnéticos aun por encima de la propia escritura, al grado que el papel está devaluado, ocupa grandes espacios y resulta totalmente anticuado, correspondiendo complementar



al proceso con soportes electrónicos tan eficaces como el mismo soporte escritural.

Con los medios informáticos, el proceso puede convertirse en eficiente, de hecho, estos contribuyen en gran medida a mejorar el sistema aportando celeridad, mejor calidad, fácil acceso al magistrado, mayores elementos probatorios.

Tendrá que admitirse la tecnología, nadie debe ser fugitivo de su tiempo, aceptando que el proceso no puede estar de espaldas a los avances tecnológicos, con la incorporación de estas nuevas vías informáticas el método buscará convertirse en una mejor forma de resolver contiendas.

Entre los aspectos de utilidad al ámbito procesal de las tecnologías informáticas ninguna duda cabe que bien utilizadas llevaran consigo celeridad, mediante ellas se agilizaran las comunicaciones entre las partes y el juez, como también los actos de comunicación pasan a ser de fácil acceso para los litigantes.

Así mismo contribuye en propiciar un servicio de justicia de mayor calidad, también contribuye en facilitar la llegada al magistrado judicial puesto que los intervinientes en el proceso podrán mantener una relación virtual con el juez. Además, conjetura un fácil acceso al servicio de justicia, ya que bien utilizada la red



informática puede brindar la perspectiva de un acceso favorable a los acontecimientos de litigio.

Ya en el ámbito probatorio permite el surgimiento de nuevos elementos que contribuyen para la obtención de verdad dentro del proceso como ser el análisis de las pruebas informáticas, mensajes electrónicos, WhatsApp, utilización de plataforma virtuales, UBS, comunicaciones telefónicas y celulares, informaciones contenidas en la nube digital, acceso a internet.

8. LAS FORMAS INFORMÁTICAS RELACIONADAS CON LA PRUEBA

Las tecnologías informáticas se relacionan con la prueba desde dos aspectos, la primera vinculada a la forma de recepción y producción de la prueba mediante la utilización de los soportes informáticos; la segunda, imbricadas en una umbilical relación respecto a la validez, obtención y formulación de las pruebas obtenidas de la vía informática o digital.

Se describirá cuales son las nuevas formas particulares de los medios tecnológicos informáticos que se aplican y tienen relación con la producción probatoria y con su concreción, que también surgen de soporte digitales.



a) *Escritos electrónicos:* Las comunicaciones judiciales (*e-filing*) o escritos electrónicos, utilizados para todos tipos de presentaciones, supone una plataforma electrónica del Poder Judicial para trabajar en internet de manera permanente. Lo habitual es que los escritos electrónicos sean también enviados en copias de papel por una cuestión de seguridad.

Requiere de una modernización total del servicio de justicia y puede ser aplicado en todo tipo procesos requiriendo que los gestores del sistema tengan cuanto menos computadoras y acceso a la plataforma virtual.

b) *Las videoconferencias:* Mediante este mecanismo se facilitará la obtención de prueba de personas situados en lugares remotos, o incluso celebrar audiencias con personas distantes unas de otras, atento a que la tecnología por videoconferencia asiente que el juez pueda ver a las partes a pesar de la distancia.

La videoconferencia avala entablar un diálogo, con imagen y sonido, entre personas situadas en cualquier parte del mundo, los intervinientes al momento del acto podrán estar representados por letrados, tanto del lugar donde se encuentren o bien por un abogado en el despacho judicial donde se cumple la audiencia.

Pasa a ser el paradigma de justicia a la distancia, sin que los protagonistas obren presentes físicamente,



aunque sí lo hacen virtualmente por medio de la imagen y el sonido, a la vez conjetura más eficaz y benéfica que la brindada en la actualidad con el sistema escriturario donde al juez no se lo ve, solamente se percibe su presencia por las resoluciones que emite, sin contacto con las partes.

c) *Las notificaciones electrónicas*: También se deberá implementar las notificaciones vía medios electrónicos de la actuación, podría dejarse constancia en el mismo expediente para justificar el anoticiamiento realizado.

d) *Sustitución del soporte escriturario*: También se logra con los medios tecnológicos informáticos, la sustitución literal del uso del papel en la mayoría de las actuaciones jurisdiccionales, pero especialmente en la audiencia.

Por un lado, avalaría utilizar el expediente virtual o expediente digital, enviando los escritos de las partes por correo electrónico (que ya se ha implementado en algunos juzgados de la Capital); asimismo, por el otro, permitiría efectuar las notificaciones de las resoluciones por idéntico medio, facilitando la sustanciación del litigio que pasaría a diligenciarse en la red.

Tiene como virtud permitir la documentación digital de las audiencias. Implica que el soporte magnético pase a ser parte integrante del expediente,



donde las partes en vez de leer tomos escriturales, revisarán y analizarán en la televisión o la computadora las actuaciones cumplidas en audiencia.

e) *Consulta a distancia*: Instala la posibilidad que el letrado consulte a distancia la marcha del expediente, que en prácticamente todos los sistemas matiza una realidad ya concretada con diversos programas informáticos y digitales, aunque cabildea como eminentemente perfectible. Estampilla pautas inconfundibles mostrando el rumbo de la tecnologización de los conflictos.

Es una forma de descongestionar tribunales, los profesionales ya no tienen necesidad de asistir permanentemente a estrados tribunalicios para consultar el estado de los expedientes de su incumbencia.

9. NÓVELES PRUEBAS DE LA TECNOLÓGICA INFORMÁTICA

A continuación, se intentará describir las nuevas formas probatorias derivadas de la tecnología informática que inciden sobre el proceso civil, donde el uso de la digitalización de la prueba adquiere ribetes de relevancia.

9.1. Prueba digital



A consecuencia del avance tecnológico, se ha creado la denominada sociedad digital, imponiendo una serie de condiciones que hace un tiempo atrás siquiera hubiéramos pensado que podría producirse.

El incontenible avance tecnológico, que por cierto se convierte en un exclusivo instrumento capaz de satisfacer cada vez más las demandas de la sociedad de consumo, generan una especie de adicción por lo digital, donde es casi imposible sustraerse de la necesidad de utilizar el ordenador para ejercer cualquier profesión.

El escenario ha modificado la realidad, tal como una revolución silenciosa⁷³, donde la digitalización pasa a constituir una técnica esencial para el hombre, asumiendo un nuevo significado y hasta autonomía.

Esto repercute en la prueba teniendo en cuenta que el jurista no puede quedarse sin respuesta ante una realidad que en este tiempo ya ha pasado a formar parte de su vida cotidiana, por lo que deberá afrontar las realidades que este mundo digital le impone, caso contrario, se quedará sin respuestas bajo el yugo de técnicas arcaicas que no responderán a los nuevos avatares digitales.

⁷³ GUIMARAES RIBEIRO, Darcy, *La prueba digital*, p. 528, publ. en *La prueba: teoría y práctica*, Sello Editorial de la Universidad de Medellín, Colombia, Año 2019.



9.1.1. Documentos digitales.

El documento digital sigue la suerte de los documentos en general, bastando recordar que el documento por mucho tiempo (siglos antiguos) no fue utilizado como instrumento probatorio, más aún si tenemos en cuenta que su valor como prueba tazada se origina del Art. 54 de la Ordenanza de *Moulins*, promulgada por Enrique III de Francia en 1566.

A partir de la idea de documento que fuese expresado como toda representación, que puede ser material o inmaterial virtual, capaz de reproducir una idea, un pensamiento humano, o un hecho cualquiera, perceptible con los sentidos, que tengan consecuencias jurídicas y probatorias, se debe construir la idea del documento digital.

Desde la perspectiva de conceptualizar al documento digital, parecería correcto indicar que la misma tendría una definición amplia que parte del documento digital en general y otra restringida si se toma en consideración la normativa legal que lo regularía. En un sentido amplio, el documento digital ser entendido como toda aquella secuencia contenida en plataformas virtuales que puedan ser traducidas por medio de un determinado programa de un computador, con la característica de ser representativa de un acto determinado. Desde esta proyección, incluye a los



documentos públicos y privados de característica electrónica o digital. Resulta significativo aclarar, que los Bits de la escritura electrónica son entidades magnéticas y, por tanto, a su manera, realidades materiales, aun cuando no fuesen perceptibles por los sentidos humanos⁷⁴.

En un sentido estricto, el documento digital puede hallarse definido en la norma legal como ocurre en el Art. 3.5. de la Ley Española de Firma Electrónica (Ley N° 59, 2003), que considera documento electrónico: *“la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de información y tratamiento diferenciado. Es un documento producido por medios automatizados, escrito en un lenguaje binario-el de los bits-, en un soporte, cinta o disco-que reúne estas características: legible, inalterable y reconocible o identificable”*.

Nótese, que desde la perspectiva del documento electrónico o digital se genera un reformulamiento del concepto de documento en general, siendo evidente que la especie de documento digital supera la idea de documento en general.

⁷⁴ GUIMARAES RIBEIRO, Darcy, *ob. cit.*, p. 531.



Por nuestra parte solo acotar, que debería ampliarse la idea de documento digital no solamente circunscripto a aquello que pueda ser obtenido o traducido a soporte escriturario o papel, por cuanto la idea resulta más abarcativa a la del simple formato escrito, extendiéndose a toda representación sonora, visual de dicha información, contenida en cualquier formato derivado de un ordenador.

Dos ejemplos permitirán comprender la trascendencia de los documentos digitales no limitados al ámbito escriturario: a) A consecuencia de la pandemia del COVID 19 la mayoría de las informaciones de derivación social fueron transmitidas por medios audiovisuales digitales; y, b) El reciente caso de conmoción en Estado Unidos por racismo ocurrido en Minneapolis-Minnesota⁷⁵, fue a consecuencia de una prueba audiovisual digital.

9.1.2. Distinciones entre documentos digitales, electrónicos y virtuales.

Algunos autores realizan una diferenciación entre documento digital, electrónicos y virtuales, aun cuando

⁷⁵ *Hecho donde se produjo la muerte de una persona de color por parte de policías uniformados en servicio activo.*



estos por una gran mayoría son utilizados como sinónimos para representar el mismo objetivo.

El devenir doctrinario encontrará diferencias y distinciones entre los mismos, así como en este tiempo se presentan diferencias y similitudes entre el documento en general y el documento electrónico.

Sin vueltas provienen del tronco común documental rigiéndole las normativas legales del orden jurídico respecto a la prueba documental, todos representando la voluntad, la necesidad de constatar su autenticidad, su contundencia probatoria las disposiciones respecto a la exhibición documentaria y la perspectiva de impugnar la prueba.

No obstante, lo antedicho, sostener que el documento digital no debería ser confundido con el documento electrónico y con el documento virtual. Así manifestar que todo documento digital es un documento electrónico, pero no todo documento electrónico es digital. Lo digital es una tecnología contraria a la analógica, lo electrónico se registra en un formato analógico o en dígitos binarios. Ante estas diferencias somos del criterio y así lo expresamos en la definición de documento, que la idea de documento virtual es la que engloba a todas las otras especies, al traducir un concepto donde un hecho de la realidad sea escrito sonoro o audiovisual, pueda ser simulado, transmitido o



traducido por un ordenador. Desde la perspectiva virtual es más fácil comprender la idea de “nube virtual”, propiciando una idea de mayor amplitud.

Mas allá de estos tecnicismos que el tiempo irá desembrollando, lo relevante es la comprensión de la influencia e incidencia que ejercen los documentos digitales, electrónico o virtuales sobre el derecho probatorio.

9.1.3. Algunos aspectos de la prueba digital.

El análisis de la prueba digital o de los documentos digitales sin duda exceden los objetivos de este estudio en este tipo de alternativa probatoria. Sin embargo, esboza un compromiso irrestricto con la asimilación de la digitalización virtual del proceso civil. Es por ello que se entiende, que las Ciencias Jurídicas deben ser construidas en un ámbito de multidisciplinariedad que excede al campo del derecho. Aun a pesar de estas limitaciones, se procederá a describir algunas especies de documentos digitales.

Avanzando en la descriptiva comportan un interés para el ámbito probatorio todos los datos o informaciones almacenados en dispositivos electrónicos, como también los que pudieran ser transmitidas por las redes de comunicación informática, sean abiertas o



restringidas como internet, telefonía móvil o celular, plataformas virtuales u otras.

Como una derivación de los aspectos referidos precedentemente en forma singular, el correo electrónico, la página web, el documento informático y el SMS. Corresponde dejar en claro que el documento electrónico no puede ser confundido con su soporte, donde los más conocidos son el pendrive, el CD Room, los discos DVD.

El correo electrónico consiste en un documento privado o público donde se transmiten datos, imágenes o sonidos de un destinatario a otro por medio de un soporte o aparato electrónico tal cual se da con el ordenador, iPod, celular, etc. En el caso puntual del correo electrónico ingresa al expediente por medio de una copia impresa, de connotación privada o pública en el caso de hacerse ante notario con registro habilitado. El inconveniente más común en el caso del correo electrónico es la problemática respecto a la confirmación de la recepción del email, como asimismo la validez que tiene el mismo como prueba documental. En lo que respecta a la página web el tema se vuelve más compleja, porque la misma representa un contenido gráfico de un sitio de internet en la world wide web, donde se hace necesario contar con un navegador para acceder a la página (Mozilla, Google, Internet explorer, entre otros). Con relación a la misma esta puede ser introducida por



los distintos medios de prueba, sea por documento privado, por medio de testimonial, por la prueba pericial o incluso por la confesional.

La credibilidad que reportará la página web dependerá de la seriedad de la misma, donde con seguridad tendrán un mayor valor probatorio las páginas web oficiales de cada uno de los Estados o que sean reconocidas como oficiales por las distintas reparticiones estatales, en cambio, no tendrán tanta relevancia las páginas no oficiales, aunque aquí habría que diferenciar si se tratan de páginas de institutos científicos o no. De todas maneras, en el caso de páginas no oficiales el valor que adquirirán será la de una prueba indiciaria.

También merece un desarrollo el SMS o mensaje de telefonía móvil, que en un principio tenía un carácter limitado a una cantidad de caracteres, pero que en la actualidad con la irrupción del WhatsApp esto se ha modificado, porque permite un amplio nivel de elementos probatorios, donde el problema sigue siendo la afectación a la intimidad y a la forma de probar la recepción del mensaje.

9.1.4. Valoración de la prueba digital.

Un aspecto de gran preponderancia para la prueba digital consiste en la valoración a ser otorgada a



la misma, para lo cual corresponde partir del reconocimiento como medio de prueba, conlleva que contenga las mismas necesidades de cualquier tipología probatoria, esto significa las vinculaciones referentes a la seguridad y a la autenticidad de la prueba. Cuando mayor sea el grado de seguridad y autenticidad de este medio de prueba, mayor será el valor de credibilidad que tendrá.

La cuestión de las pruebas digitales conlleva la problemática, de radicar en documentos que no tienen firmas o que si la tienen derivan de constructos informáticos y no de suscripción de puño y letra de los documentos. Al no contener firma lo primero que surge respecto a las pruebas digitales, es un cuestionamiento a la validez de las mismas, referidas a la credibilidad que estos merecen.

Cuando para remitir el documento electrónico se solicite y sea obligatorio las huellas dactilares de los contratantes a más de la firma digital, la encriptación de señales dactilares como derivados de los datos biométricos, podría volver más seguro al documento si lo comparamos con el instrumento privado. Estas bondades también pueden ser trasladadas al uso de las tarjetas de crédito o débito que para su utilización requieren de una contraseña utilizada exclusivamente por el portador, tolera que el pago sea realizado con absoluta certeza, evitando así el uso físico del dinero con



los inconvenientes que esto podría acarrear, como por ejemplo la falsificación de billetes.

Indudablemente que el mundo se ve envuelto en un avance sin precedentes de la utilización tecnológica, en adelante estas deberán ser objeto de un tratamiento exhaustivo, porque con seguridad se convertirán en la forma de contratación común en un futuro inmediato.

9.2. La prueba estadística

Como una novel forma de la tecnología informática incorporada al ámbito de la prueba, corresponde diferenciar también a la prueba estadística, estos cálculos obtenidos por estudios científicos realizados por expertos técnicos, podrían pasar a constituirse en elementos relevantes de gran importancia cuando estos datos respondan a extremos de confiabilidad, que puede conllevar a que basados en dichos estudios se pueda comprobar si una hipótesis es más o menos cierta.

Es así que condicionará a la valoración de la prueba porque el juez estará supeditado a ese ámbito adicional, que en concretar situaciones permitiéndole concluir sobre la existencia o no de determinados hechos.



Taruffo⁷⁶ afirma, que la prueba estadística o más en general, el empleo de probabilidades estadísticas a efectos probatorios tiene, un papel importante que crece con la extensión del uso de metodologías científicas en sectores probatorios específicos.

Dilucidando, sin embargo, que el empleo de datos estadísticos a efectos probatorios no implicará que la prueba asuma un valor de probabilidad, por cuanto ello no privará de la obligatoriedad de probar fehacientemente por otros medios probatorios las circunstancias controvertidas.

Acreditará formar parte del criterio convictivo del juez porque hay escenarios que no alcanzan tener otra conclusión más que la explicación estadística, con el objeto de ejemplificar, se referencia a que en un proceso de daños sobre determinadas sustancias ambientales que podrían dañar la salud, comprobándose mediante datos estadísticos las probabilidades de afectación de una persona a una determinada enfermedad (enfermedades respiratorias en lugares donde hay exceso de polvillo⁷⁷; enfermedades alérgicas en lugares

⁷⁶ TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, p. 221, Editorial Trotta, Madrid, España, Año 2005.

⁷⁷ PARRA QUIJANO, Jairo, Manuel de Derecho Probatorio, p. 165, 17^o Edición, Librería Ediciones del Profesional Lda., Bogotá, Colombia, Año 2009.



húmedos); también admitiría aplicarse para establecer la casi absoluta improbabilidad de falsificación de un instrumento, cuando la misma contenga para su acceso la necesidad de pruebas biométricas (huellas dactilares, faciales), teniendo en cuenta que estadísticamente resulta comprobado que la identidad de huellas dactilares es casi imposible de falsear o, cuanto menos, con un valor probabilístico bajísimo⁷⁸.

10. DIFICULTAD DE IDENTIFICACIÓN DE LOS MODERNOS MEDIOS PROBATORIOS

10.1. Complicada tipificación integral

Difícil deviene tipificar los modernos medios probatorios, menos aún sistematizar integralmente a los mismos, porque discurren envueltos permanentemente en una vorágine incontenible que modula sus fronteras a cada paso. Es que la diversidad y multiplicidad de los campos en que surgen las nuevas coordenadas son cuantiosas, haciendo que las modificaciones se produzcan por doquier.

Aun así, se podría sostener la existencia de algunos grupos como ser aquellos referidos a captación

⁷⁸ TARUFFO, Michele, ob. cit., p. 222.



de sonidos, reproducción de imágenes, instrumentos informáticos en general, digitalización de la prueba, instrumentos de control o medición, aparatos registradores, derivados de la biología, biotecnología, etc.

Comporta una gama de alternativas que a cada momento van cambiando y ajustándose por tanto se vuelve complicada su sistematización.

10.2. Resumen

En resumen, el derecho probatorio se exhibe ante nóveles coordenadas que van mutando vertiginosamente, resta saber si la teoría general de la prueba se acomodará o no a estos surcos innovadores que remozan y transfiguran lo tradicional.

Asumir el criterio que los cimientos deberán ser reforzados, no cambiados totalmente, pero sí reconsiderados porque no tiene sentido estar de espaldas a los nuevos tiempos que propician las nuevas tecnologías y al avance científico. Llegó la hora de legislar a futuro, con repertorios jurídicos procesales que avizoren la intromisión de la ciencia al campo del derecho, ajustando sus pilares especialmente en el escenario del derecho de las pruebas, solo así se augurará un proceso civil venturoso de cara al devenir jurídico, en ello yace la epopeya que se tendrá que ambicionar.



11. LA GESTIÓN JUDICIAL

De un tiempo a esta parte, viene recalándose la importancia de la denominada "*Gestión Judicial*", transmitiendo la noción de proveer las condicionales necesarias para que el diseño procesal tenga una funcionalidad adecuada. Reviste a todo aquello que responde a la organización del método de juzgamiento, pero con una mirada desde fuera del proceso. Es decir, la respuesta que genera el contorno judicial a los nuevos fenómenos propuestos por los cambios tecnológicos.

Agudos estudios demostraron que la mayoría de los sistemas donde fueron detectados grandes defectos de funcionamiento, naufragaron a consecuencia de una deficiente "gestión judicial". Subrayamos este hecho a propósito, tratando de explicitar claramente la cuestión, los procedimientos no fracasan por la forma de regulación o por la incorporación tecnológica o no al proceso, sino lo hacen por adolecer de defectos en la elaboración de soluciones que apuesten por la agilización del sistema.

La profesionalización de la gestión tribunalicia, actuando desde fuera de los juzgados para coadyuvar con el despacho judicial-administrativo debe destacarse, en todo tipo de litigación, cooperando para un mejor servicio. El rol de juzgar, no debería residir entremezclado con el rol que concierne a las actividades



de gestión⁷⁹, corresponde separarse, previendo que el juzgador solo obre para sentenciar.

La mayor cantidad de tiempo en el proceso se consume en la gestión, de modo que no deviene necesario acortar los plazos, sino mejorar la actuación de los tribunales en el quehacer *extra procesum*. Es un mito acelerar el procedimiento con la reducción de plazos.

Aún más, una vez mejorada la gestión no debe abandonarse, encadena un trabajo constante de modernización, anuda una obra permanente que no culmina (evitar dormirse en los laureles), solo así el servicio estará actualizado. Ir adaptando sin pausas los beneficios de la nueva tecnología, haciendo que las variables sean dinámicas, de lo contrario, se modernizará para en algún momento volver a saturarse, degenerándose reiteradamente en un diseño deficitario.

Corresponde agregar como condimentos para la eficiencia:

- a) Efectiva distribución de casos;
- b) Tecnificación de las audiencias;

⁷⁹ PEREIRA CAMPOS, Santiago, *El proceso civil ordinario por audiencias: la experiencia uruguaya*, publ. en *Libro Memorial del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, p. 1.004, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, Año 2010.



- c) Lograr la mayor desburocratización posible del proceso;
- d) Correcta selección de jueces y preparación de funcionarios judiciales;
- e) Optimización de soluciones alternativas de conflictos, como también la priorización de la autocomposición del litigio;
- f) Mejoramiento del sistema de notificaciones, previendo las notificaciones electrónicas;
- g) Establecer reglas e indicadores básicos para lograr parámetros de eficiencia en cada juzgado;
- h) Dotar de estructuras edilicias adecuadas, para el correcto funcionamiento del diseño de litigación propuesto;
- i) Incorporación de tecnología al proceso, en todos los órdenes, tanto en forma general como en el ámbito probatorio en particular.

12. CONCLUSIÓN GENERAL

La Cuarta Revolución Industrial (C4RI) no se parece en nada a los que la humanidad haya pasado con anterioridad, por cuanto la revolución que esta concibe en inaudita para el género humano. Nunca antes con tanta rapidez, los cambios se irán produciendo causando estragos en las distintas ciencias que no se adecúen a los nuevos tiempos. Es por ello se vuelve imperioso que la ciencia procesal rompa con la idea del pensamiento lineal



proyectando un repertorio procesal adecuado a las bisoñas circunstancias que moldean la realidad de una juridicidad en permanente estado de ebullición y cambio.

El derecho no puede estar de espaldas a la tecnología y a la era digital, el mundo se dirige hacia allí, sin retrocesos y por un sendero seguro, no se indica que esto se produciría, sino que ya está en el presente entre nosotros, es parte de nuestra vivencia diaria. Ante lo cual se referencia a revolución, dando la idea de un cambio abrupto, no paulatino, sino una transformación radical que permite avizorar la fusión de tecnología y los dominios físico, digital y biológico, conllevando que la realidad presentada sea totalmente diferente⁸⁰.

Las circunstancias irradiadas por la C4RI instan a una adecuación del contorno científico a las coordenadas de mutación propiciadas, del que el derecho no puede escapar. De no amoldar sus presupuestos a los nuevos cánones de protección, sencillamente será un mecanismo de resolver conflictos desfasado, de espaldas al futuro. Corresponderá a la ciencia procesal superar estas lúgubres sombras, ajustando sus arbotantes a condicionales de eficiencia.

⁸⁰ SCHWAB, Klaus, *ob. cit.*, p. 10.





MAPUCHE VS CHILE: CONTROVERSIAS DE LA LEY ANTITERRORISTA

Por **Gabriela Sienra, Iván Cabriza y Fabrizio Florentín**⁸¹

SUMARIO

1. Introducción. 2. Inicio de los conflictos. 3. Ley antiterrorista. 4. Derechos violados. 5. Consideraciones acerca de la ley antiterrorista 6. Delitos terroristas en Paraguay 7. Conclusión 8. Referencias.

RESUMEN

Este trabajo trata acerca del caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caratulado “Norín Catrimán y otros respecto de la República de Chile”. Los demandantes, entre ellos dirigentes, miembros y activistas del pueblo originario Mapuche, fueron condenados como autores de delitos calificados de terroristas por una serie de hechos producidos durante protestas entre los años 2001 y 2002, realizadas con el

⁸¹ Trabajo de investigación nivel pregrado, presentado en la I Jornada de Ponencias Estudiantiles de la Carrera de Derecho, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas en junio del 2019, obteniendo el Primer Lugar. Fue tutora del equipo de Investigadores la Abg. Rosalba Acosta.



afán de recuperar sus territorios ancestrales. Los mismos, alegan la violación de varios derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la protección de la familia, el derecho de la defensa a interrogar a testigos, el derecho de recurrir el fallo condenatorio ante juez o tribunal superior, entre varios otros.

La disputa entre integrantes del pueblo originario y el Estado chileno por la reivindicación de sus tierras es un problema que tiene más de un siglo de continuación y, luego de décadas de negociaciones sin éxito, derivaron en las protestas que tuvieron como resultado la condena de varios miembros y activistas mapuches.

El objetivo de esta investigación es determinar la existencia de motivos suficientes para la aplicación de la Ley N° 18.314 conocida como “Ley Antiterrorista”, cuya aplicación fue fundamental para que posteriormente se produzcan violaciones de múltiples derechos de los procesados, teniendo en cuenta las recomendaciones de las Naciones Unidas y comparando con la Ley vigente en Paraguay; y, además, analizar los derechos que les fueron violados a los integrantes del Pueblo Mapuche.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizamos los derechos que les fueron violados a los integrantes del pueblo



originario Mapuche condenados por delitos calificados como terroristas. Los hechos por los cuales se les acusa fueron producto de una serie de protestas realizadas por los mismos en busca de la devolución de sus tierras ancestrales entre los años 2001 y 2002.

Además, haremos énfasis en lo referente a la Ley Antiterrorista, determinando si su aplicación fue correcta en el caso en cuestión. Tal abordaje se justifica en que la aplicación de la ley mencionada anteriormente, derivó en la violación de múltiples derechos de los procesados, tales como el principio a la presunción de inocencia, el derecho de la defensa a interrogar a testigos, entre otros.

El propósito de este trabajo es analizar los derechos que les fueron violados a los integrantes del Pueblo Mapuche, así como también determinar la existencia de motivos suficientes para la aplicación de la Ley Antiterrorista y las consecuencias derivadas de la misma.

2. INICIO DE LOS CONFLICTOS

Los conflictos entre el Pueblo Mapuche y el Estado de Chile tuvieron sus inicios a mediados del Siglo XIX, época en la cual el ejército de dicho país comenzó a ocupar los territorios que pertenecieron por siglos a los Mapuches y, junto con eso, vino la colonización de los extranjeros, lo que derivó en que de forma progresiva se



fueran reduciendo las tierras de los Mapuches, hasta quedar con tan solo un 5% de todo lo que les pertenecía anteriormente.

De esta manera, y ya con los Mapuches poseyendo tan solo 500.000 hectáreas de las 10.000.000 que les pertenecían anteriormente, comenzaron las negociaciones entre los integrantes del pueblo y el gobierno, las cuales no pudieron llegar a buen puerto y derivaron en tomas de terreno como presión para la recuperación de tierras y solución de problemas.

Luego de décadas de negociaciones, a inicios de los años 2000 se produjeron una serie de acciones violentas, tales como la ocupación de tierras que nada tenían que ver con las reclamadas, la destrucción de equipos, maquinarias y cercados, cierre de vías, enfrentamientos con la fuerza pública, incendio de predios, entre otras, en las cuales fueron condenados 8 integrantes del pueblo Mapuche como autores de delitos calificados de terroristas conforme a la Ley N° 18.314.

3. LEY ANTITERRORISTA

La Ley N° 18.314, conocida como “Ley Antiterrorista”, tiene por objeto determinar conductas terroristas y fijar su penalidad, fue promulgada el 16 de mayo de 1984 por el entonces dictador Augusto Pinochet.



La Ley Antiterrorista fue aplicada por la justicia chilena para condenar a varios integrantes del pueblo originario Mapuche acusados de haber participado en diversas manifestaciones producidas entre los años 2001 y 2002, en las cuales se produjeron numerosos reclamos y protestas sociales por parte de sus integrantes con la finalidad de recuperar sus tierras ancestrales y, además de las movilizaciones sociales, se ejercieron otras medidas de presión, tales como el incendio de predios y enfrentamientos con la fuerza pública.

La palabra terrorismo, en primer lugar, debe ser asociada con una determinada acción y no con las personas que lo realizan, por lo tanto, el o los autores podrían ser tanto agentes del Estado como civiles. En segundo lugar, y según nos dice la Ley Antiterrorista, la acción debe generar una situación de temor en la población en general, estableciendo la misma en su artículo primero que serán considerados terroristas aquellos actos que se cometan para producir en la población temor justificado, ya sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas. En tercer lugar, la acción se vincula a un fin político, ideológico o religioso, al cual se busca llegar a través del temor creado.



La ley califica de terroristas los actos de homicidio, secuestro, lesiones, atentados contra medios de transportes, aquellos que pongan en peligro la vida, integridad corporal o salud de autoridades políticas, religiosas, militares, así como también colocar, activar, o arrojar bombas o artefactos explosivos incendiarios de poder destructivo, entre otros.

Luego de considerar la ley en sus diferentes aspectos, resulta difícil comprender el motivo por el cual las manifestaciones y protestas realizadas por los miembros Mapuche fueron, en muchos casos, calificadas de terroristas. Teniendo en cuenta como factor fundamental que en ningún momento las acciones ejercidas por los mismos buscaban otros fines más que la reivindicación de sus tierras ancestrales.

De igual manera, considerando que, si bien los actos realizados en forma de protestas por los manifestantes pudieron causar cierto temor en la sociedad, se debe analizar según como establece la ley, si dichos actos tenían como finalidad producir esa sensación en la sociedad, ya que ese es el punto de partida para poder llegar a calificar sobre si un acto es o no terrorista.

La distinción entre un delito de carácter “común” o uno terrorista puede generar mucha divergencia en caso de que la ley no establezca un parámetro que diga



en qué grado de afectación, manera o cantidad deben ser dañados los bienes jurídicos protegidos por la norma para que los actos sean calificados como terroristas. Por otra parte, el medio utilizado puede ser también un gran conflicto, porque cuando el acto es realizado con fines terroristas, este trae consigo también el mensaje adicional, además de demostrar a la sociedad en general la disconformidad con una situación en particular y se busca generar temor en ella.

4. DERECHOS VIOLADOS

En primer lugar, la Corte destaca la importancia de que en la investigación, juzgamiento y sanción de conductas penalmente ilícitas no se utilice la tipificación penal sobre terrorismo cuando el ilícito podría ser investigado y juzgado bajo el tipo penal ordinario por tratarse de una conducta de menor reprochabilidad.

Con respecto al caso en cuestión la aplicación de la ley antiterrorista resulta exagerada, debido a que las acciones ejercidas por los Mapuches no configuraban los supuestos requeridos por la norma aplicada, tales como perseguir un fin político, ideológico o religioso, o llevar consigo un mensaje para la población teniendo como finalidad causar un temor en la misma.

La aplicación de dicha ley por parte de las autoridades chilenas, derivó en la violación de múltiples



derechos y principios consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, los cuales serán analizados a continuación.

4.1. Principio de legalidad y presunción de inocencia

La Corte constató que los principios de legalidad y presunción de inocencia fueron vulnerados por la aplicación de la Ley Antiterrorista. En la misma, se establece como presupuesto la intención de causar temor general en la sociedad y, estudiando el caso, claramente no se contaban con suficientes elementos jurídicos que indiquen la intención de producir dicho temor en la población.

En el presente caso se privó a los condenados del derecho a la presunción de inocencia, aplicando la medida de prisión preventiva directamente al ser acusados de delitos terroristas y, la justicia chilena, en ningún momento permitió a los procesados demostrar su inocencia o ser juzgados por el tipo penal ordinario, el cual no concibe la inmediata aplicación de la prisión preventiva sin fundamentos suficientes.

4.2. Derecho de la defensa a interrogar a los testigos



En las audiencias públicas de dos condenados, a petición del Ministerio Público se decretó mantener en secreto la identidad de los testigos, fundándose en los artículos 15 y 16 de la Ley Antiterrorista, los cuales contemplan la medida de “testigos sin rostro” en caso de que exista un riesgo para la vida o integridad física de los mismos. En las audiencias, los testigos revelaron detalles que resultaron fundamentales en las penas de los condenados, hablando detrás de un biombo que ocultaba sus rostros de los asistentes con un distorsionador de voces.

Es evidente que la utilización de la medida de protección a testigos en este tipo de procesos resulta innecesaria, debido a que no se atenta contra la población en general ni ella es la finalidad de las acciones efectuadas y, además, los procesados no reúnen las características para suponer que la vida o integridad de los testigos podrían estar en peligro.

La Corte concluyó que Chile violó el derecho de la defensa a interrogar a testigos, e indicó que la resolución judicial que dispuso la reserva de identidad de los testigos no brindó criterios que razonablemente justificaran la necesidad de la medida, así como también que limita el ejercicio del derecho de la defensa puesto que impide realizar preguntas de posible enemistad, perjuicio y confiabilidad del declarante u otras que



permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada.

4.3. Derecho de recurrir del fallo penal condenatorio ante un juez o tribunal superior

En lo que respecta al presente derecho, dos condenados interpusieron recurso de nulidad contra la sentencia parcialmente condenatoria del Tribunal y, luego de dos meses, la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia, en la cual desestimó todos los agravios interpuestos por los recurrentes y mantuvo la sentencia condenatoria.

Posteriormente, se constató que en ninguna parte de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia se hizo un examen de los hechos ni de las consideraciones jurídicas para verificar que las afirmaciones en que se había basado la sentencia recurrida hubiesen estado basadas en pruebas convincentes.

Se concluyó en que la Corte Suprema de Justicia al no exponer argumentos que soporten su decisión y simplemente desestimando los agravios interpuestos por los condenados, violó el derecho de recurrir el fallo condenatorio.



En este caso, quedó claramente evidenciado otro menoscabo producido en los derechos de los condenados por parte de la justicia chilena, la cual no proveyó a los procesados esta garantía mínima consagrada en el Pacto de San José de Costa Rica.

4.4. Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión

Con relación a este derecho, varios de los acusados fueron inhabilitados por el plazo de quince años para desempeñar en medios de comunicación social funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones. Dicha inhabilitación afectó en gran medida a los dirigentes mapuches debido a que eran autoridades tradicionales del pueblo, es decir, eran la voz y rostro del pueblo originario, quienes se vieron restringidos de la posibilidad de participar en la comunicación de opiniones o informaciones que tengan que ver con los hechos acontecidos, sin que dicha inhabilitación cese al haber cumplido la pena privativa de libertad.

Esta medida adoptada por la justicia chilena parecería ser un medio para callar a los integrantes del pueblo originario más que una medida necesaria y que goce de justificación para ser aplicada.

4.5. Derechos políticos



Luego de la sentencia condenatoria, los mapuches fueron inhabilitados por el plazo de 15 años para ejercer sus derechos políticos, debido a que la Ley Antiterrorista utilizada para el caso contempla dicha inhabilitación.

La vulneración del presente derecho se fundamenta en primer lugar, en que la imposición de la pena que prohíbe a los procesados a ejercer sus derechos políticos tales como el derecho al sufragio, la participación en asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas, es contraria al principio de proporcionalidad de las penas, resulta exagerada en relación a los hechos sucedidos y constituye una afectación gravísima a los derechos políticos.

4.6. Derecho a la protección de la familia

En este caso, el afectado fue solamente el señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, quien era dirigente del pueblo Mapuche y se encontraba privado de su libertad en un centro penitenciario ubicado a más de 250 kilómetros de donde se encontraba su comunidad y familia, por lo que su esposa y representante legal plantearon la necesidad de trasladarlo a un centro penitenciario más cercano a su lugar de residencia, debido al gran perjuicio económico que ocasionaba a la familia, integrada por la madre y cinco hijos, viajar



constantemente a la ciudad en la que se encontraba recluido para visitarlo.

Sin embargo, la justicia no hizo a lugar a la petición de traslado sin importar que la Gendarmería de Chile indicó que no existían inconvenientes para que el interno sea trasladado. Por lo que el Tribunal concluyó que el Estado de Chile efectivamente violó el derecho a la protección a la familia porque el condenado fue recluido en un centro penitenciario muy alejado de su domicilio y se le negaron en forma arbitraria las reiteradas solicitudes de traslado a un centro penitenciario más cercano.

El problema en este caso en específico, fue la arbitrariedad en el actuar de la justicia, aun cuando una institución del Estado se encargó de dar la aprobación respecto al traslado del recluso, el cual en diferentes ocasiones fue desestimado por la justicia sin fundamentar la decisión.

5. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEY ANTITERRORISTA

El comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recomendó a Chile reformar la ley antiterrorista y abstenerse de aplicarla a la etnia mapuche. Asimismo,



expresó su preocupación por la amplitud y vaguedad de la tipificación de los delitos contenidos en la controversial ley.

El problema principal de la ley anteriormente citada, radica en que limita las garantías procesales de las personas, además de que su aplicación vulnera derechos consagrados en la Convención Americana.

La aplicación de esta norma denota el abuso que se produce por parte de la justicia chilena al procesar por terrorismo a personas acusadas de cometer acciones violentas que tuvieron como resultados daños contra la propiedad privada que, si bien son hechos ilegales, no merecen ser calificados como terroristas.

6. DELITOS TERRORISTAS EN PARAGUAY

En nuestro país se encuentra vigente la Ley N° 4.024, la cual consta de cuatro artículos y se encarga de castigar los hechos punibles de terrorismo, asociación terrorista y financiamiento del terrorismo.

La misma, en lo que se refiere a hechos terroristas, considera como tal la acción destinada a causar terror en la población en general y establece penas privativas de libertad que van de 10 a 30 años.



Con respecto a la asociación o el financiamiento terrorista, establece penas privativas de libertad que van desde los 5 hasta 15 años.

7. CONCLUSIÓN

El trabajo realizado demuestra las irregularidades ocurridas en el proceso condenatorio de los integrantes y activistas del pueblo Mapuche, debido a la aplicación de una ley tan compleja como la Ley Antiterrorista, teniendo en cuenta que tanto las acciones realizadas como los resultados producidos no requerían su aplicación.

También es necesario destacar que no existe proporcionalidad entre las conductas realizadas con la norma aplicada y, que de la aplicación de la misma, resultaron las múltiples violaciones de los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica analizados a lo largo del presente trabajo.

Además, queda demostrada la total arbitrariedad por parte de la justicia chilena, la cual no permitió a los condenados demostrar su inocencia mientras se desarrollaba el proceso, desestimando en varias ocasiones distintos pedidos de los procesados sin fundamentar sus decisiones de hacerlo.

Consideramos que el fallo de la Corte Interamericana resulta acorde a las circunstancias



sucedidas a lo largo del proceso, quedando demostrado la innecesaria aplicación de la Ley Antiterrorista. y la necesidad de modificación de la misma, de manera que su aplicación no vulnere los derechos y principios consagrados en la Convención Americana.

Concluimos en que la aplicación de leyes de este tipo denominadas antiterroristas resultan a la vez peligrosas por la amplitud que pueden presentar, considerando su finalidad es sancionar hechos terroristas y en muchos casos puede ser utilizada como un medio legal para criminalizar las protestas y manifestaciones sociales.

8. REFERENCIAS

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2014, 29 mayo). *CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) VS. CHILE RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_279_esp.pdf.
- Del Interior, M. (1984, 17 mayo). *Ley 18314 (17-may-1984) M. del Interior | Ley Chile. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. www.bcn.cl/leychile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29731>
- Arous, M. (2015, 16 enero). Pueblo mapuche vs Estado: las razones de una eterna disputa. *El Definido*.



<https://eldefinido.cl/actualidad/pais/4545/Pueblo-mapuche-vs-Estado-las-razones-de-una-eterna-disputa/>

- *Ley No 4024 / CASTIGA LOS HECHOS PUNIBLES DE TERRORISMO, ASOCIACIÓN TERRORISTA Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO.* Gov.py. Recuperado el 2 de abril de 2022, de <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/3557/ley-n-4024-castiga-los-hechos-punibles-de-terrorismo-asociacion-terrorista-y-financiamiento-del-terrorismo>
- Cámara de Senadores del Paraguay. (2010, 23 junio). *Ley Nº 4024 del 23 de junio de 2010. Que castiga los hechos punibles de Terrorismo, Asociación Terrorista y Financiamiento del Terrorismo.* <http://digesto.senado.gov.py/detalles&id=6942#:~:text=Ley%20N%C2%BA%204024%20del%2023,Terrorista%20y%20Financiamiento%20del%20Terrorismo.> <http://digesto.senado.gov.py/ups/leyes/6942%20.pdf>



ARTAVIA MURILLO VS COSTA RICA: ANÁLISIS DE CASO

Por Nancy Fernández, Mari Miltos y Camila Ubeda⁸²

SUMARIO

1. Análisis del caso. 2. Fertilización in vitro: Técnica revolucionaria en Costa Rica 3. Declaración de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029- S. 4. Denuncia ante la Comisión Interamericana de DD. HH. 5. Derechos vulnerados. 6. Derecho a la vida privada: Implicancias. 7. Conclusiones de la Corte. Reparaciones. 8. Principio De Legalidad: Alcance del Carácter Cuasiconstitucional de las resoluciones de la Corte IDH. 9. Referencias.

RESUMEN

Los hechos del presente caso se relacionan con la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica, el cual autorizó y reguló la práctica de la fecundación in vitro (F.I.V.) para

⁸² Trabajo de investigación nivel pregrado, presentado en la I Jornada de Ponencias Estudiantiles de la Carrera de Derecho, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas en junio del 2019, obteniendo el Segundo Lugar. Fueron tutoras del equipo de Investigadoras la Abg. Alicia Bartoncelo y la Abg. Fulvia González.



parejas conyugales 1995 y 2000. Al ser anulado en el año 2000 nueve parejas, que seguían el tratamiento y fueron afectadas por la suspensión del mismo, presentaron en 2001 una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En todos los casos se evidenciaron las causas de infertilidad y los tratamientos para combatir dicha condición; la interrupción del tratamiento para realizar la F.I.V. debido a la sentencia de inconstitucionalidad y los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento; resolviéndose que existió una violación de derechos por el Estado de Costa Rica.

En la presente investigación se analiza los fundamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para dictar resolución, así como la interpretación de este organismo del derecho a la vida y su alcance en los ordenamientos internos de los estados interamericanos.

1. ANÁLISIS DEL CASO

“Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” es uno de los casos más significativos de este tiempo, en razón a que dicha situación implicó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos redefiniera alcances de los derechos velados en la Convención Americana de Derechos Humanos, como única institución habilitada



para establecer la aplicación o no de las normas prescriptas en ella. En dicho fallo la Corte analizó los efectos de la declaración de inconstitucionalidad el decreto ejecutivo que regulaba el tratamiento de Reproducción Asistida por medio de la Fecundación In Vitro, prohibiéndose el desarrollo de dicho procedimiento y dejando sin respuestas a un total de dieciocho costarricenses que se sometieron al mismo.

Con la exposición de las circunstancias que derivaron en la resolución analizada se pretende determinar cuáles son los fundamentos por los cuales la Corte IDH consideró que existió una violación a los derechos humanos de las víctimas, así como también los efectos que la resolución generó sobre la vida de las víctimas, así como en los ordenamientos jurídicos internos de toda América.

"Ni esta Corte, ni ninguna otra va a decidir cuándo comienza la vida y eso no debería ser el centro de la discusión"

Estas fueron las palabras de la Señora Ileana Yamuni, quien, junto a su pareja, Miguel Yamuni, estaban haciendo su primer intento de embarazo a través del procedimiento in vitro y luego de dos intentos fallidos, uno en España y otro en Colombia, y con gastos por dólares americanos treinta y cinco mil (US\$35.000), decidieron abandonar su sueño de ser padres. Si lo



hubieran realizado en Costa Rica, los costos hubieran sido la mitad de lo efectuado, así como el tiempo que ya pasó.

2. FERTILIZACION IN VITRO: TÉCNICA REVOLUCIONARIA EN COSTA RICA

¿Cuál fue la polémica de la técnica de reproducción asistida de Fecundación in vitro (F.I.V.), en Costa Rica? ¿Qué situaciones fueron las que desencadenaron que nueve parejas decidieran acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a fin de encontrar protección a la violación de sus derechos?

El primer antecedente del caso fue la habilitación del procedimiento en Costa Rica, siendo el Instituto Costarricense de infertilidad el único centro en practicar la F.I.V. entre los años 1994 y 2000. Esta técnica fue regulada a partir de marzo de 1995, por medio del Decreto Ejecutivo N° 24029-S, emitido en la administración del presidente Figueres Olsen.⁸³

Antes de detallar el caso presentado es necesario definir algunos conceptos básicos especificados en la resolución, decreto mediante el cual el Poder Ejecutivo

⁸³ Presidente de Costa Rica de 1994 a 1998.



garantizaba los derechos reproductivos de las personas con infertilidad.

2.1. Infertilidad

El decreto define la infertilidad como la falla para concebir luego de 12 meses de relaciones sexuales frecuentes, sin utilizar métodos anticonceptivos en pacientes femeninos menores de 35 años; o luego de 6 meses de relaciones sexuales frecuentes sin uso de métodos anticonceptivos en mujeres de 35 años o mayores⁸⁴.

2.2. Fertilización In Vitro (F.I.V.) y Transferencia Embrionaria (T.E.).

La Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria refiere a la fecundación extracorpórea, entendiéndose por fecundación a la penetración de un espermatozoide al óvulo, y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un cigoto, que luego es implantado en la cavidad uterina de la mujer.⁸⁵

⁸⁴ Practice Committee of American Society for Reproductive Medicine. Definitions of infertility and recurrent pregnancy loss. *Fertil Steril*. 2008;90: S60.

⁸⁵ Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 10 de setiembre de 2015, publicado en La Gaceta No. 178 de 11 de setiembre de 2015 ***"Autorización para la realización de la técnica de***



Fueron quince los niños nacidos por medio del tratamiento de F.I.V.: las primeras embarazadas y esposos sometidos al procedimiento fueron los Sres. Irina Brenes con Alexander Kooper y Luz Elena Gambo con Álvaro Soto. El primer niño en nacer fue Esteban Cooper Brenes y el segundo Álvaro Soto Gamboa, habiendo el médico tratante expresado que *“la verdad tengo que reconocer que tocar con las manos a Esteban y ver materializado el producto de la tecnología en Costa Rica fue impactante para mí, para todo el equipo quirúrgico y en general para todo el personal del hospital.”*. En noviembre del 2000 nació el último niño fruto del procedimiento de fecundación in vitro.

3. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO EJECUTIVO N° 24029-S

En abril del año 1995 el abogado Hermes Navarro Delvalle interpuso un recurso de amparo en contra del Decreto N° 24029-S, ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. El argumento se centra en que la estimulación hormonal y la técnica en si plantean dificultades en la fertilización, así como la violación al derecho a la vida al

reproducción- asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”.



momento de que los embriones no implantados se desechan en el camino.

En consecuencia, la Sala IV de la Corte declaró en el año 2000 inconstitucional el decreto, argumentando que *“atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”*⁸⁶, estableciendo así sobre el derecho a la vida que *“en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico.”*⁸⁷.

Ante dicha situación se abrieron debates y cuestionamientos entre distintos grupos sociales, todos teniendo el mismo cuestionamiento: ¿Cuándo empieza la vida? ¿Desde la implantación en el útero materno o desde la unión de las células germinales?

Para algunos, el derecho a la vida estaba reconocido por la Constitución Política de Costa Rica, por lo que la técnica de la F.I.V. atentaba contra la vida de embriones humanos. Por otra parte, para la Iglesia Católica los niños concebidos en este procedimiento son

⁸⁶ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007 -CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 94).

⁸⁷ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007 -CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 92).



productos de un tecnicismo y no del amor de los esposos, por lo que lo consideraron moralmente reprochable.

Muchos científicos se encontraban a favor de la técnica científica, ya que sostenían que la F.I.V. da vida y que las pérdidas humanas son el producto de la selección natural. Así también intervinieron magistrados y abogados, quienes manifestaron que la F.I.V. es un medio para ejercer el derecho a crear una familia y el derecho a la autonomía reproductiva, de manera que es de gran impacto y cuestionamiento que el Estado haya intervenido en cuestiones tan privadas de la vida de las personas, como lo es el hecho de impedir a nacionales la posibilidad de procrear si en verdad lo deseaban, siendo el único medio para lograrlo la fecundación asistida.

4. DENUNCIA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DD.HH.

En enero del año 2001 nueve parejas infértiles demandaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Costa Rica por prohibir la F.I.V. El juicio se materializó a cabo en Setiembre de 2012.

4.1. Excepciones

Al correr traslado de la denuncia realizada por las víctimas, el 30 de abril de 2012 el estado de Costa Rica presentó tres “excepciones preliminares”, que posteriormente fueron desestimados.



4.1.1. La falta de agotamiento de recursos internos.

El Estado indicó que las víctimas aún podían acudir ante la jurisdicción constitucional y a la jurisdicción contencioso-administrativa del país, a los efectos de discutir la posibilidad de que los servicios de salud atendieran su condición de infertilidad.

4.1.2. La extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez.

Costa Rica manifestó que dichas víctimas no pueden considerarse incluidas en la petición del 19 de enero del 2001 debido a que, para ese momento, no sabían de su condición de infertilidad y que dicha petición se presentó debido a la dilación que tuvo la Comisión en analizar la admisibilidad de las otras solicitudes presentadas con anterioridad.

4.1.3. La incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición.



El Estado expuso que ninguno de los hechos denunciados por los representantes está incluido dentro de los hechos alegados por la Comisión y tampoco pueden considerarse como derivados de los hechos principales o sobrevinientes de los mismos”.

5. DERECHOS VULNERADOS

5.1. Derecho de la vida. Alcance de su protección

¿Qué interpretación determinó el alcance del derecho a la vida?

La declaración del Decreto Ejecutivo N° 24029 como inconstitucional tuvo lugar en la consideración de que, a pesar de ser la F.I.V. un procedimiento eficaz para lograr un embarazo, las condiciones en las cuales los embriones que eran desechados implicaban una violación a los derechos de esas vidas, en contraposición a la protección absoluta establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.) al derecho a la vida, incluyendo la protección del embrión. La Corte, para determinar si existió una verdadera violación al derecho a la vida⁸⁸, refiere a que existen diversos medios de interpretar la situación.

⁸⁸ **Art. 04 - Derecho a la vida:** “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general,



En consideración al término “concepción”, es necesario destacar que la práctica de la F.I.V. demuestra científicamente que existe un periodo de tiempo para la concreción de la unión del óvulo y el espermatozoide, y de la implantación de embrión en el útero de la mujer. En esta línea natural es notable que la definición de “concepción” adoptada al momento de redactarse la C.A.D.H. es distinta a la realidad del caso, en razón a que en el pasado no sería siquiera imaginable la posibilidad de que la vida pudiera iniciar en un tubo de ensayo, y menos fuera del cuerpo de la mujer.

A pesar de existir distintas consideraciones respecto a cuándo inicia la vida, la Corte considera definir el término “concepción” diferenciando dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. La Corte asume que, solo al cumplirse la implantación se puede entender que existe vida puesto que, si bien el óvulo fecundado es una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas.

En consideración a una interpretación evolutiva, es pertinente analizar dos aspectos: el status legal del

a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”



embrión, y las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la F.I.V.

¿Merece o no protección el embrión? ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

Conforme resolvió la Corte IDH, las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida, ni si quiera las previstas para las personas por nacer. La mayoría de los Estados de la región permiten que la F.I.V. se practique dentro de sus territorios, teniendo cada uno su propia interpretación de los alcances del Art. 04 del C.A.D.H., ya que, si se permiten técnicas de reproducción asistida, o, particularmente, la F.I.V., la protección al embrión no se asemeja a la magnitud de la protección al ser humano.

En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental, y no absoluta, de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.



6. DERECHO A LA VIDA PRIVADA: IMPLICANCIAS

El derecho a la vida privada reconoce la esfera del individuo, creada libremente con base en su personalidad, en la que nadie, particular o institución estatal, se debe entrometer sin autorización⁸⁹. Dicho derecho se encuentra velado en el Artículo 11 de la C.A.D.H., el cual determina la obligación del estado de proteger al individuo ante acciones, particulares o estatales, que afecten su vida privada.

La privacidad de la esfera individual del ser humano incluye una macro configuración de derechos protegidos, destacándose entre ellas la del Art. 07 del C.A.D.H. que vela del derecho de la libertad, implicando el mismo la facultad de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad es un derecho fundamental, propio de los atributos de la persona, que dota a todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente el rumbo de su vida, siempre que no afecte el orden público.

⁸⁹ *Ulisse, Andrea y Coria, Vanessa*. "El derecho a la vida privada: de la Independencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo". Revista Dfensor N° 09 "Estado de la democracia y los derechos humanos a 200 años" 21 de septiembre de 2010.



En estos términos, la protección de la vida privada supera a las limitaciones del derecho a la privacidad, sino abarca aspectos relacionados con la dignidad del individuo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. Incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y su decisión de proyectarse hacia los demás, lo cual es una condición primordial para el libre desarrollo de la personalidad.

En el caso de las mujeres, la maternidad es parte esencial del libre desarrollo de su personalidad. La decisión de ser o no madre es un factor incluido en el derecho a la vida privada, razón por la cual la intervención arbitraria del estado en la decisión del individuo en ser o no padre configura, sin duda alguna, un agravio a la protección del derecho a la vida privada de las personas.

¿Qué incluye el derecho a la vida privada? La misma resolución de la CIDH determina que el fortalecimiento del núcleo familiar en el marco de la vida privada incluye *“la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”*⁹⁰, aspecto directamente vinculado a dos aspectos fundamentales: *“a) la autonomía reproductiva, b) el acceso a servicios de salud*

⁹⁰ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Supra nota 19, párr. 143.



*reproductiva, y c) el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.*⁹¹.

En el caso presentado se observa que la intervención del estado en la libre decisión de las parejas costarricenses, que fueron afectadas por la suspensión del tratamiento de la F.I.V., implica una vulneración a los derechos que se les reconoce como a la integridad física y mental, la de fundar una familia y los derechos reproductivos, todos ellos directamente vinculados al derecho a la vida privada.

Así mismo, en la C.A.D.H. se pretende velar por el derecho de todos los individuos a decidir de manera responsable y libre *“el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”*⁹². Ello implica que, si existen obstáculos en los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad, están violando su autonomía reproductiva: el derecho de la mujer y el hombre a ser informados, tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

⁹¹ Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Supra nota 19, párr. 146.

⁹² Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.3 (1995).



El derecho a la libertad reproductiva, nuevamente, está estrechamente relacionado con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, lo que implica el acceso a mejores servicios de salud respecto a técnicas de asistencia reproductiva, y consecuentemente en la prohibición de restricciones innecesarias para las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

7. CONCLUSIONES DE LA CORTE. REPARACIONES

Al ser la violación al derecho a la vida el aspecto central que originó la prohibición de la F.I.V., la Corte debía sentar una postura respecto a si los embriones son seres objeto de protección jurídica o no. Resuelve que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos de la convención, así como la protección del derecho a la vida con arreglo a esa misma disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según la posibilidad de desarrollo, que no constituye un deber absoluto e incondicional.

Al considerar que no existe una violación del derecho a la vida con la práctica de dicho tratamiento, y que los órganos estatales lesionaron derechos humanos al prohibir la continuación de los tratamientos ya



iniciados, la Corte analiza los efectos de dicha situación, concluyendo que la decisión de tener hijos biológicos a través de la F.I.V. forma parte de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. En estos términos, existió una violación a los derechos de las nueve parejas costarricenses, razón por la cual se determinaron un total de diez reparaciones a ser cumplidas por el estado de Costa Rica.

Entre dichas reparaciones se establecen el dejar sin efecto la prohibición de practicar la F.I.V. de manera que quienes quieran hacer uso de la técnica no encuentren impedimentos, así como la obligación de regular los aspectos necesarios para la implementación de dicho tratamiento.

En otro aspecto, si consideramos a la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, las personas con infertilidad en Costa Rica, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, eso incluye el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva y lograr el desarrollo la autonomía reproductiva, razón por la cual otra reparación es la disponibilidad de la F.I.V. dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en su atención en salud.-



La prohibición de la F.I.V. impactó en la intimidad de las personas, siendo uno de los efectos indirectos de la prohibición la necesidad de acudir a un tratamiento médico en el extranjero, implicando exponer aspectos que hacían parte de la vida privada de los afectados.

Con respecto a la autonomía personal su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la F.I.V., después incluso de haber intentado concebir por más de 12 meses sin éxito.

Esta situación implicó una afectación a la integridad psicológica de estas personas, al negarles la posibilidad de desplegar la libertad de procrear y de haber generado una intervención desproporcionada en decisiones sobre la vida privada, familiar y los demás derechos involucrados. Es por ello que una de las reparaciones establecidas refiere a brindar una atención psicológica a las víctimas, ya que el presente caso no se limita al derecho de tener hijos o de acceder al F.I.V.

8. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ALCANCE DEL CARÁCTER CUASICONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE IDH

El Art. 21 de la Constitución de Costa Rica establece la inviolabilidad de la vida, razón por la cual se



dictó la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo que regulaba el tratamiento médico de F.I.V.

Al momento que la Corte IDH declaró que, efectivamente, el estado costarricense violó los derechos de las víctimas, dicho organismo determinó el levantamiento de la prohibición de la F.I.V. Sin embargo, los fundamentos de la inconstitucionalidad, la consideración del embrión como una vida que merece protección seguían vigentes, entonces ¿cómo es posible que el ordenamiento interno pueda admitir un tratamiento que, necesariamente, implica la contraposición de la voluntad establecida en la ley suprema de esa nación?

¿Existe un límite para los derechos fundamentales?

El imperio de la ley interna como un límite a los derechos humanos se encuadra dentro de lo que se conoce como el Principio de reserva de ley: "los derechos fundamentales pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de una nación". Ello implica que no es suficiente la declaración de la protección de los derechos de los individuos para que los principios de legalidad y de reserva de ley sean aplicados, sino es menester que exista un mecanismo que garantice su aplicación y control en la labor de los órganos involucrados.



El estado de Costa Rica realizó una serie de cambios a fin de lograr el cumplimiento de la sentencia en el presente caso, pero conforme se observa en la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el año 2016, el segundo decreto que tenía por objeto restablecer el procedimiento de F.I.V. fue declarado inconstitucional en base a los mismos fundamentos, suspendiendo nuevamente los tratamientos que se habían iniciado, presumiéndose así que, nuevamente, se produjo una violación a los derechos de los usuarios afectados.

En base a estos antecedentes es claro que la sentencia de *“Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”* no fue suficiente para lograr una adecuación del sistema jurídico interno a las nuevas líneas de pensamiento de la Corte, lo que nos lleva a concluir que no existen verdaderos mecanismos para hacer cumplir las resoluciones de los tribunales internacionales, provocando una situación de perpetua y constante violación a derechos fundamentales, pudiendo incluso generar daños irreversibles en las personas que requieran acceder a estos métodos de reproducción.

La realidad americana es que nos encontramos en un proceso de modernización y progreso permanente, en la cual los avances de la tecnología generan nuevas situaciones que no se encuadran perfectamente a las normas jurídicas de los



ordenamiento jurídicos, razón por la cual al existir una resolución de un organismo supranacional que establece una interpretación distinta a la clásica protección del derecho vulnerado, se origina un desajuste en la protección de los derechos, obligación que cae completamente sobre los estados y sus dependencias.

8.1. Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica: ¿y si fuera en Paraguay?

Tras el análisis del presente caso surge una interrogante, ficticia, pero necesaria:

¿Y si existiera un caso semejante contra el estado paraguayo?

Es necesario recordar el Art. 137 de la Constitución de la República del Paraguay, el cual establece que *“La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, 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.”* Dicha norma establece que las enunciaciones hechas en la constitución tienen prelación a instrumentos internacionales, razón por la cual la



protección a la vida es garantizada y protegida por el estado paraguayo⁹³.

Pero, ¿cuál es el alcance de dicha protección constitucional a la vida? ¿Qué alcance tendrá el concepto de concepción, en nuestro ordenamiento y en relación al procedimiento de la F.I.V., si es que la sola existencia de un embrión no es vida para la Corte IDH?

En la actualidad existe un caso paraguayo de importante vinculación, tratándose de un Amparo promovido por María Cecilia Gamarra Gómez en contra de Pedro Pablo Guanes. En dicho caso, en diciembre del año 2018 el Tribunal de Apelación de Niñez y Adolescencia falló a favor de la actora en su solicitud de continuar con el tratamiento de F.I.V., a pesar de que el demandando, ex pareja de la actora, no desea continuar con el procedimiento iniciado. El tribunal defiende el derecho a la vida de los embriones y los derechos productivos de la mujer, ya que en caso de no hacerse lugar al amparo se mataría a un embrión. En estos

⁹³ **Art. 04 - “Derecho a la vida:** *El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la liberta de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos.”*



términos, ¿qué pasaría si el presente caso llegara ante la Corte IDH?

Respecto a la consideración del inicio de la vida, ¿se adecuarían los fundamentos del Tribunal paraguayo a las líneas establecidas por la Corte?

Más allá de este caso, ¿qué haría Paraguay si tuviera que enfrentarse a una resolución de naturaleza similar al caso costarricense? ¿Adecuar su legislación interna a los lineamientos de la Corte Interamericana o imponer su Constitución Nacional?

Después de todo, el derecho y los sistemas jurídicos no deben ser esquemas estrictos y rígidos que pretendan ser vigentes eternamente, así como tampoco regulan conductas de una realidad invariable.

El derecho fluye de acuerdo a los cambios que el tiempo genera en una sociedad, ya sea paraguaya o latinoamericana, reescribiendo los alcances de la protección a derechos fundamentales como lo son la libertad, la igualdad y la vida.

“Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” es un claro ejemplo de cómo las necesidades del ser humano obligan a los estados a estar alertas en la protección de sus derechos y a redefinir los conceptos en los cuales se cimientan las normas que pretenden imponernos.



Costa Rica interfirió ilegítimamente en la libre determinación de los sujetos. Tras diecinueve años de gestiones legales y políticas, aún no se logró que el tratamiento sea implementado en todo país. Pero para nuestras víctimas costarricenses ya es tarde.

9. REFERENCIAS.

- *"Fallo de apelación da luz verde a fecundación in vitro"*. (04 de Diciembre de 2018). Obtenido de Última Hora: <https://www.ultimahora.com/fallo-apelacion-da-luz-verde-fecundacion-in-vitro-n2782998.html>
- *"Fue sentenciado a ser padre"*. (03 de Diciembre de 2018). Obtenido de ABC Color: <http://www.abc.com.py/nacionales/justicia-autoriza-implantacion-de-embrión-pese-a-oposición-del-padre-1765316.html>
- *"Reproducción asistida: ¿Con lagunas legales en Paraguay?"*. (04 de Diciembre de 2018). Obtenido de Última Hora: <https://www.ultimahora.com/reproduccion-asistida-con-lagunas-legales-paraguay-n2783099.html>
- Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica - Supervisión de sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2016 de Febrero de 2016).
- Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2012).
- Cordero, M., & Araya, J. (22 de enero de 2019). *"A partir de junio de este año se harán procedimientos de FIV"*.



Obtenido de Semanario Universidad:

<https://semanariouniversidad.com/bloque1/a-partir-de-junio-de-este-ano-se-haran-procedimientos-de-fiv/>

- Cota Schwarz, I. (05 de Septiembre de 2012). *"Reto a Costa Rica por vetar la fecundación in vitro"*. Obtenido de BBC Mundo: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/09/120905_in_vitro_costa_rica_prohibicion.shtml
- Gialdino, R. (2017). "INCUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema argentina". *Estudios Constitucionales. Volumen 15*.
- Londoño Lázaro, M. C. (2010). "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Boletín mexicano de derecho comparado*.
- *"Fallo de apelación da luz verde a fecundación in vitro"*. (04 de Diciembre de 2018). Obtenido de Última Hora: <https://www.ultimahora.com/fallo-apelacion-da-luz-verde-fecundacion-in-vitro-n2782998.html>
- *"Fue sentenciado a ser padre"*. (03 de Diciembre de 2018). Obtenido de ABC Color: <http://www.abc.com.py/nacionales/justicia-autoriza-implantacion-de-embrión-pese-a-oposición-del-padre-1765316.html>
- *"Reproducción asistida: ¿Con lagunas legales en Paraguay?"*. (04 de Diciembre de 2018). Obtenido de Última Hora: <https://www.ultimahora.com/reproduccion-asistida-con-lagunas-legales-paraguay-n2783099.html>



- Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica - Supervisión de sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2016 de Febrero de 2016).
- Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2012).
- Cordero, M., & Araya, J. (22 de enero de 2019). *“A partir de junio de este año se harán procedimientos de FIV”*. Obtenido de Semanario Universidad: <https://semanariouniversidad.com/bloque1/a-partir-de-junio-de-este-ano-se-haran-procedimientos-de-fiv/>
- Cota Schwarz, I. (05 de Septiembre de 2012). *“Reto a Costa Rica por vetar la fecundación in vitro”*. Obtenido de BBC Mundo: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/09/120905_in_vitro_costa_rica_prohibicion.shtml
- Gialdino, R. (2017). "INCUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema argentina". *Estudios Constitucionales. Volumen 15*.
- Londoño Lázaro, M. C. (2010). "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Boletín mexicano de derecho comparado*.
- Pellet Latra, S. J. (2015). *“Breve reflexión en torno al fallo “Artavia Murillo vs. Costa Rica”*. Obtenido de Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/breve-reflexion-fallo-murillo.pdf>



- Tommasi, M. S., & Marrama, S. (18 de septiembre de 2017). Después de "Artavia Murillo". *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia.*, págs. 1 - 4.
- Ulisse, A., & Coria, V. (2010). "El derecho a la vida privada: de la Independencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo". *Revista Dfensor*, 1- 4.
- Zelada, C., & Bertoni, E. (2013). *Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Academia:
https://www.academia.edu/34833668/Apuntes_sobre_la_vida_privada_desde_la_jurisprudencia_de_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos



VIOLACIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: CASO CURUGUATY

Por Marisol Medina, Fabián González y Luján Luzko⁹⁴

SUMARIO

1. Antecedentes de la tierra en Paraguay. 2. Breve descriptiva del caso Curuguay 3. Control de convencionalidad en el caso Curuguay 4. Independencia Judicial 5. Entrevista realizada al doctor Arnaldo Martínez Prieto, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la república del Paraguay, enjuiciado por el caso Curuguay. 6. Referencias.

RESUMEN

La presente investigación refiere a la masacre ocurrida en Curuguay departamento de Canindeyú, República del

⁹⁴ Trabajo de investigación nivel pregrado, presentado en el Concurso para investigadores nivel pregrado en el Marco del IV Coloquio de Valencia, España realizado en Octubre del 2019 en representación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Campus Itapúa que resultara ganador, obteniendo el Primer Lugar. Fue director del equipo de Investigadores el Dr. Pablo D. Villalba Bernie



Paraguay en el año 2012. La misma inició cuando campesinos ocuparon un inmueble propiedad de una empresa cuyo mayor accionista es un renombrado político y empresario paraguayo.

Este valiéndose de la fuerza pública utilizando una orden de desalojo. En este procedimiento judicial se produjo un enfrentamiento sangriento entre la fuerza pública y la organización de campesinos denominados “sin tierra”, que dejó como saldo diez y siete vidas que lamentar, entre ellas seis agentes policiales y once campesinos.

La situación mencionada desencadenó un proceso judicial, plagado de irregularidades evidenciando la condición pésima del servicio de la justicia y en especial la carencia de independencia de los magistrados al momento de garantizar el acceso a la justicia y la tutela jurídica efectiva mediante un fallo justo.

Estos hechos sociales tienen como primer antecedente la mala distribución de la tierra y la desigualdad social, que afecta a la mayoría de los países subdesarrollados latinoamericanos, donde se violan derechos humanos y las garantías constitucionales, como así mismo el principio derivado de la independencia judicial.

De esta forma constatamos la carencia de la independencia Judicial, que afectó y sigue aquejando a la República del Paraguay al igual que en otros países,



pudiendo significar que es un objetivo aún no logrado en las democracias del continente.

1. ANTECEDENTES DE LA TIERRA EN PARAGUAY

El antecedente que desencadena todos los hechos que seguidamente se expondrán más abajo, es el problema de la tierra en Paraguay. Un país donde el 2,6% de la población es dueña del 85,5% de la tierra cultivable⁹⁵, donde el negocio en expansión es el de la soja y la producción de carne vacuna para exportación, excluyendo de los beneficios económicos a la población campesina, privándoles de la posibilidad de salir de la calamitosa pobreza, a más de ocasionarles daños ambientales con el uso indiscriminado de sustancias tóxicas.

La situación se remonta a la adquisición de grandes extensiones de terreno por parte de empresas trasnacionales después de la Guerra de la Triple Alianza. Una de ellas ha sido “LA INDUSTRIAL PARAGUAYA S.A” (LIPSA), que acumuló dos millones seiscientas mil hectáreas en Paraguay. Parte de esta cantidad exorbitante de terreno, corresponde a la denominada colonia Marina Cué, que contaba con dos mil hectáreas,

⁹⁵ Carbone, Rocco y Clyde Soto (2016), Curuguay. De masacres, juicios y sentencias, Buenos Aires/Asunción. Centro de Documentación y Estudios.



que la firma las había donado al Estado paraguayo. El gobierno aceptó la donación, pero nunca realizó la titulación correspondiente. La Armada Nacional ocupó dichas tierras entre los años 1967 y 1999 (de allí su nombre). En el año 2004 el gobierno las destinó a la reforma agraria, transfiriéndolas al INDERT⁹⁶ (Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra), finalmente en el año 2005 gestionaron las mensuras correspondientes para la titulación y entrega a los campesinos

En el mismo año “Campos Morombí S.A.”, empresa de agronegocios de la familia Riquelme (poderosa en Paraguay, de cuna stronista), inició una demanda por usucapión alegando que había ocupado las tierras de manera ininterrumpida por treinta y cuatro años (cuando en verdad la Armada Nacional la había ocupado por treinta y dos años, desde 1967 al 1999). El juez interviniente falló a favor de la empresa “Campos Morombí”, impidiendo al Estado utilizar estas tierras y dando amplias facultades a la empresa reclamante para explotarlas.

Entre los años 2006 y 2012 el Estado paraguayo inicia los procesos correspondientes pidiendo mensura y solicitando la nulidad, alegando que no se le había dado

⁹⁶ Instituto Nacional de Desarrollo Rural: tiene como objetivo promover la integración armónica de la población campesina al desarrollo económico y social de la Nación, conforme a mandato de la Constitución Nacional.



la participación en el juicio como parte afectada, violando así el debido proceso.

A consecuencia de estas circunstancias, es que los campesinos ingresaron al inmueble de Marina Cué en la creencia que esas tierras eran destinadas a la reforma agraria.

2. BREVE DESCRIPTIVA DEL CASO CURUGUATY

En fecha 15 de junio de 2012, fuerzas policiales y militares ingresaron al inmueble conocido como Marina Cue, con una orden de desalojo orientada a aproximadamente setenta personas denominadas como “campesinos sin tierra”, que estaban ocupando el predio en reclamo de las tierras cuya propiedad era del Estado.

Esta intervención dio lugar a una balacera que duró aproximadamente de treinta a cuarenta minutos, según algunos los disparos fueron efectuados por personas que tenían la plena intención y desprecio de acabar con la vida de los policías, dejando como saldo once campesinos y seis efectivos policiales muertos, numerosos heridos y familias víctimas de las pérdidas.

Este incidente generó una situación de violación de derechos humanos que rápidamente se convirtió en una crisis política de efectos perdurables que, como



consecuencia inmediata, conllevó a la destitución del Presidente Constitucional del Paraguay don Fernando Lugo Méndez, mediante un impeachment⁹⁷ irregular y exprés⁹⁸ (en menos de 24 horas), generando el quiebre del orden democrático constitucional instaurado en el año 2.008, tras la victoria electoral de una alianza política compuesta por sectores democráticos de centro derecha y de izquierda, al que se sumaban otras organizaciones sociales.

Es un derecho de la sociedad paraguaya conocer la verdad de lo sucedido, es una obligación jurídica del Estado esclarecer el caso y saldar la deuda con todas las personas que murieron y con sus familiares, con todas las que fueron heridas, torturadas o detenidas injustamente por este caso. Es una obligación jurídica del Estado garantizar a todas las personas un juicio justo, sin perseguir arbitrariamente a personas inocentes. E inclusive constituye un mandato convencional propiciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el acceso a la verdad.

3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL CASO CURUGUATY

⁹⁷ Se puede traducir como “acusación”, “proceso de destitución” o “juicio político”

⁹⁸ Que se realiza o se desarrolla con una rapidez mucho mayor de lo habitual.



El control de convencionalidad es una consecuencia directa del “principio de convencionalidad”, este principio consiste en la obligación que tienen los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos de adoptar en el derecho interno todas las disposiciones necesarias para asegurar a los ciudadanos el ejercicio pleno de sus derechos y libertades consagradas en ella. Específicamente el “control de convencionalidad” derivado del principio ya mencionado, refiere a la obligación judicial que tienen los órganos jurisdiccionales internos de aplicar el Pacto de Derechos Humanos, incluso la de inaplicar las normas que la contravengan.

En el presente caso hemos tomado como punto de partida, que dos de los magistrados que entendieron la causa, sí han aplicado apropiadamente lo establecido en los artículos 81 y 29 de la Convención Americana de DD.HH, cumpliendo con el mandato que exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en cuanto a adecuar las resoluciones judiciales a lo establecido por las convenciones de derechos humanos, hasta el punto de dejar sin efecto las dos sentencias condenatorias y absolviendo a los condenados, mediante la declaración de nulidad de dichas resoluciones de condena.

En este sentido, como corolario de la sentencia definitiva dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, fueron



enjuiciados pidiendo su destitución ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, dos de los magistrados que votaron por la anulación de la condena de los once campesinos procesados en la masacre de Curuguaty; dejando de manifiesto la falta de la independencia judicial que subsiste en nuestro país.

El enjuiciamiento culminó con una sentencia de amonestación al Doctor Emiliano Rolón (quien continúa siendo parte del Tribunal de Apelación en lo Penal de Asunción), y con la renuncia del Doctor Arnaldo Martínez Prieto, quien alegó la falta de independencia para ejercer las funciones de magistrado judicial.

4. INDEPENDENCIA JUDICIAL

La independencia judicial es un principio básico derivado de la democracia y de la separación de poderes, que tiene como fin el libre ejercicio del derecho a la defensa y solidificar un proceso regular y confiable dentro de un Estado Social de Derecho, garantizando de esta forma los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

Este principio citado más arriba consta de dos facetas fundamentales: la primera, institucional abarcando todo el sistema del Poder Judicial y la segunda, la fase individual, específicamente la persona del juez. En cuanto a la faceta institucional de la



independencia judicial, comprende la obligación del Estado de abstenerse de realizar injerencias arbitrarias dentro del Poder Judicial o en sus integrantes. En su vertiente individual, comprende que el juez no debe encontrarse supeditado a políticos de turno, ni a presiones externas, debe actuar con vendas en los ojos en cada conflicto, sin tener en cuenta las partes en juicio, debiendo ajustarse a las consideraciones de hecho y de derecho.⁹⁹ De esta forma la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que: *“uno de los objetivos principales de la separación de los poderes públicos es la garantía de independencia de los jueces”. En términos generales puede iniciarse afirmando que un juez es independiente si toma sus decisiones basado solamente en el caso, sin estar influido por consideraciones particulares relativas a las partes que no resulten relevantes para el asunto concreto, y si decide libre de consideraciones relacionadas con su propio interés o con intereses de la persona o cuerpo que lo nombró*¹⁰⁰

Por otro lado, la independencia del Poder Judicial respecto del poder político puede concebirse como uno

⁹⁹ Corte IDH, caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo Indígena Mapuche) vs Chile, Sentencia 29 de Mayo de 2.014. Voto Razonado de Ventura Robles y Ferrer Mac Gregor, párr. 16.

¹⁰⁰ Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador, Sentencia 28 de Agosto de 2013.



de los mecanismos constitucionales que impiden u obstaculizan el ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder, y dificultan o frenan el abuso o su ejercicio judicial.¹⁰¹

Así, tiene sentido asegurar que el servicio de justicia no deba ser nunca una manifestación del poder político, ni quedar supeditada de manera alguna a los órganos del Estado que ejercen dicho poder, pues de nada serviría dictar normas que limiten la actividad de los gobernantes si después, en la fase contenciosa del derecho, pudieran influir en la resolución de los litigios.

En la Constitución Nacional de la República del Paraguay en los artículos 1° al 3° se consagra la forma de gobierno del estado paraguayo, así como se referencia a la separación e independencia de los poderes entre sí.

En su artículo 248 establece expresamente la independencia del Poder Judicial¹⁰², en concordancia con

¹⁰¹ VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío. Jurisdicción Supranacional. Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Pág. 628. Editorial Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia. Año 2019.

¹⁰² Constitución Nacional de la República del Paraguay. – Art. 248 De la Independencia del Poder Judicial. “Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas. Los



lo establecido en los artículos 8.1 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que la independencia judicial “constituye una garantía institucional en un régimen democrático que va unido al principio de separación de poderes.

También la Carta Democrática Interamericana llama a garantizar el Estado Social de Derecho, la separación e independencia de los poderes públicos.¹⁰³

A raíz de todo lo desarrollado precedentemente podemos evidenciar la crisis de la idea de independencia del Poder Judicial en la mayoría de los países, que se refleja a través de las sentencias de primera y segunda instancia en el caso Curuguaty, derivado de un proceso jurídico lleno de irregularidades, manejo indebido, ocultamiento de pruebas, contradicciones y afirmaciones sin sustento. Donde se puede soslayar como otro factor coadyuvante la pobreza social de los imputados y luego

que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley.”

¹⁰³ Carta Democrática Interamericana – Art. 3. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.



condenados (campesinos sin tierra), ya que, al no gozar de recursos económicos, no se garantizó la correcta e imparcial tutela jurídica efectiva. Corresponde aclarar que el Ministerio de la Defensa Pública, que es el órgano encargado de representar a las personas que no cuentan con el sustento económico debido, se encuentra colapsado por la cantidad de casos en los que tiene que intervenir, por lo que los condenados no tuvieron una adecuada y eficaz defensa.

Hemos tomado como línea de investigación el Caso Curuguay, por la palpable violación a la independencia judicial, por la gran inclinación política que había en proteger los intereses de una poderosa familia stronista (Riquelme).

Como lo hemos desarrollado desde sus inicios el proceso estuvo sujeto al afán de beneficiar a la mencionada familia dejando de lado, un proceso justo que finalmente violó la independencia judicial, así como los derechos humanos del acceso a la tierra y la alimentación consagrados en el artículo 11.1 en adelante del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, tenemos las dos sentencias que condenaron a los once campesinos por la masacre ocurrida en Curuguay, tanto el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal así como el Tribunal de Apelación



Penal llevaron a cabo un proceso plagado de pruebas falaces, con argumentos sin sustento y contradicciones, no pudiendo comprobar siquiera que los campesinos condenados efectuaron los disparos que acabaron con la vida de los seis policías, tampoco se investigó de manera acabada a los policías que tuvieron participación en la masacre, no se agregaron las pruebas producidas por la defensa de los campesinos, no fueron tomados en cuenta las declaraciones testimoniales efectuadas por las personas que huyeron a tiempo de la balacera, basándose únicamente en las afirmaciones emitidas por los policías. Es incongruente la decisión adoptada por los magistrados de primera y segunda instancia, teniendo en cuenta que los peritajes realizados de los proyectiles extraídos del cuerpo de los policías no coinciden con las “armas” con las que supuestamente contaban los campesinos, dejando en manifiesto la injerencia política que rodeó al caso Curuguay.

El caso generó el juicio político al Presidente Fernando Lugo Méndez, que duró menos de veinte y cuatro horas, dándole la posibilidad de defenderse en diez y siete horas, cuando este caso que generó la destitución presidencial, a posteriori fue nulificado, absolviendo a los campesinos condenados dejando reflejada la presión política existente.

El colmo de la situación se presentó con el premio otorgado a la fiscal que intervino en el desalojo de los



campesinos ascendiéndola a un cargo más elevado dentro del Ministerio Público, así mismo degeneró en el enjuiciamiento de los magistrados integrantes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que nulificaron las sentencias condenatorias. Se aclara que los miembros titulares de la Corte Suprema de Justicia se habían apartaron de la causa por temor, dejando al desnudo la falta de independencia judicial, así como las innumerables contradicciones que se fueron presentado a lo largo del proceso con el único fin de satisfacer los intereses políticos de un determinado sector y violando por completo el principio de justicia.

Concluimos en esta investigación que se ha violentado la independencia judicial, evidenciando que es una situación extendida a la mayoría de los países latinoamericanos.

Como algunas posibles alternativas para la solución de los problemas planteados, corresponde indicar la necesidad de una política de Estado apuntalando a la independencia, en la que los jueces gocen de garantías institucionales, citando entre ellas la inamovilidad en el cargo, una remuneración intangible, el modo y forma de nombramientos y cese en sus funciones. En cuanto a la persona del juez, sería imprescindible una moralización de la judicatura, la independencia judicial que en su vertiente individual abarque la garantía contra presiones externas, de tal



forma que el Estado deba abstenerse a realizar afrentas indebidas al Poder Judicial o en sus integrantes.

En el caso Curuguaty no se respetó la independencia judicial desde sus inicios. Somos de la idea que se lograría una mayor independencia judicial, sobre todo en materia de justicia constitucional, con la existencia de un Tribunal Constitucional. No sería ecuánime admitir, que para el desarrollo de la jurisdicción constitucional se tenga como condición la existencia de tribunales especializados, pues tampoco podríamos precisar si serían independientes o no. Sin embargo, creemos que de optar por estos Tribunales deberán tenerse en cuenta cuestiones como su conformación, si están ubicados o no dentro del Poder Judicial, su expansión y extensión, refinarse sus competencias orgánicas, etc. Con el fin de garantizar la independencia, la estructura judicial del Paraguay, con la Corte Suprema de Justicia al frente deviene en una organización sumida en la carencia de independencia, al contrario, sumerge a todos los jueces de la República en un alto grado de dependencia.

Uno de los mayores males de la judicatura es la politización de la justicia, que puesta al servicio de gobiernos de turno, abandona a los seres humanos a quienes debe proteger, de allí la relevancia del respeto y logro de la independencia judicial. La democracia se



construye sobre la base jueces valientes e independientes.

5. ENTREVISTA REALIZADA AL DOCTOR ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MIEMBRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, ENJUICIADO POR EL CASO CURUGUATY

a) ¿Se respetó la independencia judicial en el caso Curuguay?

Este aspecto habría que tenerlo presente en varios puntos; propios del proceso o relacionados con el proceso, sin perder de vista que la independencia del Poder Judicial también abarca varios sesgos, a saber: la circunstancia cierta de que no se haya respetado el escenario natural donde se produjeron los hechos por parte de quienes debieron hacerlo denota una falta de respeto al Poder Judicial y por ende al existir intromisión de otras entidades en dicho escenario denota la poca independencia que goza el Poder Judicial en el criterio de la gente. Me explico: la zona de los hechos “Campos Morombí” y sus adyacencias donde debían ser



apreciadas las evidencias desde el momento de los hechos, fue alterado y viciado por policías, periodistas y vecinos, sin que la Fiscalía –“dueña del terreno”- hiciera algo por preservarlo como único continente de las pruebas.

A lo largo del proceso, la inexistencia de nexos entre los hechos y los condenados denota también una absoluta falta de independencia, pues amén de la notoria presión por la fiscalía, (otra visión de la dependencia del Poder Judicial) es la incapacidad racional y académica de los jueces. Esta falta de independencia proviene del Consejo de la Magistratura en cuyo seno existen miembros de la Corte que no hacen algo para elevar el nivel de los ternados y luego su pleno al momento de la nominación final. Ambas sentencias tienen vicios de coherencia y valoración palpables que no pueden ser tolerados en procesos de estas condiciones y menos cuando todas las valoraciones y decisiones confluyen en la privación de libertad.

La falta de independencia continúa con la admisión de la denuncia ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados promovida por la Fiscalía General del Estado contra magistrados que actuaron como miembros de la Corte Suprema de Justicia. La denuncia está plagada de excesos, como ser el desconocimiento de la autoridad de la Convención Americana de Derechos Humanos y continúa con la desvinculación de uno de los



jueces sentenciantes “porque se apegó a la ley ordenando el reenvío”, o sea el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados determina como debe interpretar la ley el magistrado.

La violación de la independencia del Poder Judicial y la inmunidad de sus magistrados (art. 248 y 255 de la Constitución Nacional) generó mi renuncia, dado que la Corte Suprema de Justicia hasta hoy en un proceso iniciado en noviembre de 2018 no ha podido integrar el órgano para considerar la inconstitucionalidad del trámite. El tercer miembro fue apercibido, sanción inexistente en la norma del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados como posibilidad punitiva. La admisión de la denuncia fue avalada por dos miembros de la Corte Suprema de Justicia TORRES KIRMSER Y BAREIRO DE MODICA, en manifiesta sujeción a la orden de los demás miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

b) ¿Qué Derechos Humanos fueron violados?

Fueron violados el debido proceso por falta de motivación congruente (no coinciden las pruebas con las decisiones condenatorias), el plazo razonable (7 años de proceso, en la Corte Suprema de Justicia estuvo creo 2 años hasta que la Dra. Pucheta renunció sin votar e ingresé yo), lo cual implica violación al derecho a la libertad (varios condenados fueron liberados vía Hábeas



Corpus que dictamos de inmediato), se corrompió el principio de igualdad pues los miembros de la policía no fueron investigados, lo cual presupone una sumisión al Estado, el principio hermenéutico “pro homine” y tal vez otro que debiera pensar.

c) ¿Cómo se aplicó el control de convencionalidad en el caso Curuguay?

Cuando accedo a la composición de la Sala Penal de la Corte, ante un proceso casacional debo verificar la procedencia o admisibilidad del mismo. La ley dice que para admitirlo se requiere que la pena en recurso debe ser de diez años o más, lo cual quiebra el principio de igualdad del que habla la Convención Americana de Derechos Humanos cuando se refiere al derecho al recurso que por dicha vía se viola. Con este argumento se concedió el recurso a todos los procesados. Luego de la cuestión de fondo en que los tres jueces coincidimos se planteó el reenvió a lo que me opuse pues si no se obtuvieron pruebas suficientes de inicio menos podrían acceder a ellas luego de tanto tiempo, además el reenvío exponía a los procesados a una nueva privación de libertad. Esta circunstancia volvería a quebrar el debido proceso ya quebrado por el Estado a través de sus funcionarios fiscales incapaces de obtener las pruebas.



d) ¿Sintió usted personalmente como magistrado que avalaba su independencia judicial?

Por supuesto, he desconocido la autoridad inconstitucional del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y planteé una acción de inconstitucionalidad –como dije- que hasta hoy ni se ha integrado el órgano por cobardía de la mayoría de los miembros de la Corte Suprema de Justicia a quienes advertí reiteradamente que no me sometería a la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por lo que debían ordenar la suspensión del trámite o declarar su inconstitucionalidad para el momento en que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados pudiera procesalmente dictar sentencia al no hacerlo así se produjo el plazo y renuncié por falta de garantías el 31 de Mayo de 2019, el ex colega Rolón Fernández fue apercebido por no reenviar.

Seamos claros, renuncié reclamando la independencia del Poder Judicial que no se garantiza desde la Corte Suprema de Justicia.

e) ¿Cómo integró la Corte Suprema de Justicia en el caso Curuguay?



Por la manifiesta y reiterada cobardía de los miembros de la Corte Suprema de Justicia en atender este y muchos juicios importantes. En el caso ingresé a raíz de la renuncia de la Dra. Pucheta (última integrante natural de la CSJ) y de otros de 2da. Instancia. Para entonces la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ya estaba integrada por Rolón y Sánchez. Por este sistema he integrado en su oportunidad procesos civiles y penales, como camarista o miembro de Corte.

f) Realice comentarios respecto a la independencia del Poder Judicial en el Paraguay.

El Poder Judicial no es independiente en el Paraguay, por raíces muy profundas que anteceden al proceso de selección. Tenemos en el Paraguay cincuenta y siete universidades, la mayoría tienen Facultad de Derecho que se multiplican creando sedes en cualquier punto de la República, en que se carece de docentes medianamente formados, la institución te remueve si ejerces la función docente con mínima exigencia pues sus propietarios ven la educación como una actividad comercial.

El Consejo de la Magistratura, supuesta formadora de ciudadanos para el servicio de la justicia percibe altas sumas como cualquier entidad privada y los concursantes se creen con el derecho de exigir, lo que se



traduce en que disponen de la presencia y nombramiento de los profesores cuando no son evaluados de acuerdo a sus conveniencias (es mi caso personal que también me hizo renunciar a dicha institución). El Consejo de la Magistratura (CM) es una entidad controlada por los intereses personales y partidarios de sus miembros que cuentan con la sumisión y/ o favores de los demás miembros por razones lucrativas o de alguna otra índole y los miembros de la Corte también se encuentran sujetos a sus órdenes.

g) ¿Qué reflexión podría dejarnos a partir de este caso sobre la independencia judicial en nuestro país?

Debería reverse de inmediato este sistema perverso y corrupto evitando la intervención de senadores y diputados que carecen de formación académica, moral, ética y patriótica.

El Estado debería empeñarse en seleccionar a los mejores egresados y sin cargo para los mismos y con cargo para el Estado de invertir en su formación, esto es una remuneración adecuada para que no piensen en otra posibilidad que la de formarse hasta que llegue el momento de ingresar, becas no solo de contenido jurídico, sino de idiomas, convivencia y administración de conflictos, pero como lamentablemente el Estado está



también formado por la misma gente que pervierte el sistema y necesita para su supervivencia jueces que les sometan, la solución no es solo difícil, sino, además, imposible, y lo mío no es una sensación o un criterio fatalista o de mero pesimismo.

6. REFERENCIAS

- Coordinadora de los Derechos Humanos en Paraguay (Codehupy). Informe de derechos humanos sobre el caso Marina Cué. Asunción – Paraguay. Año 2012.
- Carbone, Rocco y Clyde Soto, Curuguaty. De masacres, juicios y sentencias, Buenos Aires/Asunción. Centro de Documentación y Estudios. Año 2016.
- Vidallet, Julio Benegas. La masacre de Curuguaty, golpe sicario en el Paraguay. Asunción – Paraguay. Año 2015.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío. Derecho Procesal Constitucional, Contenidos Esenciales. Copyright by LA LEY S.A. – Asunción, Paraguay. Año 2017.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío. Jurisdicción Supranacional. Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Pág. 628. Editorial Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia. Año 2019.





MARICRUZ HINOJOZA Y OTROS VS. LA REPÚBLICA DE FISCALANDIA

Por Gloria Camila Ubeda Cortti y Macarena Morel¹⁰⁴

SUMARIO

1. Abreviaturas 2. Bibliografía. 3. Exposición de hechos. 3.1. Trámite ante el SIDH 4. Análisis legal del caso. 4.1. Análisis de aspectos de admisibilidad. 4.1.1. Competencia Contenciosa de la Corte IDH. 4.1.2. Oposición a los cuestionamientos de falta de agotamiento de recursos internos. 4.2. Asuntos legales en relación a la CADH. 4.2.1. R.I. de la República de Fiscalandía por la violación del Artículo 08 de la CADH. 4.2.2. R.I. de la República de Fiscalandía por la violación del Artículo 25 de la CADH. 4.2.3. R.I. de la República de Fiscalandía por la violación del artículo 13 de la CADH. 4.2.4. R.I. de la República de Fiscalandía por la violación del Artículo 24 de la CADH. 4.2.5. R.I. de la República

¹⁰⁴ El presente artículo refiere al Memorial presentado por el equipo de la Universidad Católica “Nuestra Sra. de la Asunción” – Campus Universitario de Itapúa en el 25° Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University, Estados Unidos. El mismo consistió en el estudio de un caso hipotético de presunta violación de derechos humanos, situación que debe ser analizada y argumentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforme la legislación internacional. En el marco de la representación de las víctimas del caso, el equipo obtuvo el Segundo Lugar en dicha categoría.



por la violación del artículo 23 de la CADH. 5. Petitorio. 5.1. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

RESUMEN

En el presente caso se estudia y argumenta la violación de los derechos humanos de cuatro ciudadanos de la “República de Fiscalandia”. Las violaciones alegadas derivan de temas como la Independencia Judicial, la autonomía de los funcionarios judiciales, las reformas a la justicia en procesos de transición democrática y el estudio de las reelecciones presidenciales; todos ellos en el marco de un Estado Social de Derecho.

Al tratarse de víctimas que se desempeñaban como funcionarios del estado y como particulares, se analizó y encuadró la plataforma fáctica en los estándares establecidos por la Legislación Internacional, a fin de determinar las reparaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debía imponer al estado.

1. ABREVIATURAS

- **CADH:** Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- **CIDH:** Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- **CJI:** Comité Jurídico Interamericano.
- **Corte IDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- **CSJ:** Corte Suprema de Justicia de Fiscalandia.
- **P.A.:** Pregunta Aclaratoria.
- **R.I.:** Responsabilidad Internacional.



- **SIDH:** Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2. BIBLIOGRAFÍA

2.1. Instrumentos Internacionales

- Carta Democrática Interamericana.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.
- Reglamento Corte IDH.
- Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

2.2. Libros, documentos y artículos científicos

- Faúndez Ledesma, Héctor. *“El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.”* Revista IIDH Vol. 46. 2007.
- CIDH. (2007) *“El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.*
- CIDH. (2013) *“Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”.* 2013.
- CIDH. (2012) *“Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión”.*
- Fundación para el Debido Proceso. *“Lineamientos para la selección de altas autoridades del Sistema de*



Procuración de Justicia Fiscal o Procurador General". 2017.

- González, Marianne y Nash, Claudio (editores). *"Transparencia, Lucha contra la corrupción y Sistema Interamericano de Derechos Humanos"*. Chile. 2011.
- CIDH. (2019) *"Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos"*.

2.3. Casos Legales

2.3.1. Informes y Resoluciones de la CIDH.

- CIDH. Informe 65/11. Caso 12.600. *"Hugo Quintana Coello y otros "Magistrados de la Corte Suprema de Justicia", Ecuador*. 31 de marzo de 2011.
- CIDH. Informe 84/06. Caso 12.489. *"Demanda ante la Corte IDH en el caso de Ana María Ruggeri Cova, Perkinings Rocha Contreras y Juan Carlos Aritz contra la República Bolivariana de Venezuela"*. 29 de noviembre de 2006.
- CIDH. Informe 38/97. Caso 10.548. *"Hugo Bustíos Saavedra. Perú"*. 16 de octubre de 1997.
- CIDH. (2018) Resolución 01/18. *"Corrupción y Derechos Humanos"*.

2.3.2. Opiniones consultivas de la Corte IDH.

- Opinión Consultiva OC-9/87. *"Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)"*. 1987.
- Opinión Consultiva OC-5/85. *"La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos)"*. 1985.



- Opinión Consultiva OC-18/03. "*Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*". 2003.

2.3.3. Casos contenciosos ante la Corte IDH.

- Caso Brewer Carías vs. Venezuela. 2014. Serie C278.
- Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. 1988. Serie C4.
- Caso Perozo vs. Venezuela. 2009. Serie C 195.
- Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. 2009. Serie C197.
- Caso Castillo Patruzzi y otros vs. Perú. 1999. Serie C52.
- Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. 2001. Serie C71.
- Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. 2001. Serie C72.
- Caso Quintana Coello y otros vs. Ecuador. 2013. Serie C266.
- Caso López Lone y otros vs. Honduras. 2015. Serie C302.
- Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. 2008. Serie C182.
- Caso De la Cruz Flores vs. Perú. 2004. Serie C115.
- Caso Rico vs. Argentina. 2019. Serie C383.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. 2006. Serie C154.
- Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. 2006. Serie C51.
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 2004. Serie C107.
- Caso López Álvarez vs. Honduras. 2006. Serie C141.
- Caso Castañeda Gutman vs. México. 2008. Serie C184.



2.3.4. Casos contenciosos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- The Sunday Times case vs. The United Kingdom. 1979. Series A 30.

2.3.5. Observaciones Generales de Naciones Unidas.

- Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. *"Observación General N° 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia"*. 23 de agosto de 2007.

2.3.6. Resoluciones del CJI.

- CJI. (2008). Resolución 147/18. *"Principios sobre el derecho de acceso a la información"*.

3. EXPOSICIÓN DE HECHOS

1. La República de Fiscalandia es un estado unitario, democrático y descentralizado, con régimen presidencialista. Se rige por la Constitución Política, vigente desde el año 2007 tras un golpe de estado contra la dictadura de casi veinte años del ex Presidente Ramiro Santa María. En la misma se reconoce el principio de la independencia judicial, la dignidad de la persona humana y el respeto de sus derechos humanos como fin supremo del Estado, y prohíbe la reelección presidencial, de forma



absoluta. Así mismo, reconoce la división de poderes, estructurándose en el Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Contralor.

2. El actual Presidente de Fiscalandia, Javier Alonso Obregón, fue electo por un periodo de cinco años en el año 2017. En abril de dicho año promovió una demanda de amparo contra la prohibición de reelección presidencial establecido en el Art. 50 de la Constitución, ante el Primer Juzgado Constitucional de Berena, a cargo del Juez Mariano Rex, quien rechazó el amparo. Tras la apelación de la resolución, la CSJ determinó la procedencia del amparo promovido por el Presidente, disponiendo la investigación y posterior destitución del a quo del cargo.

3. Paralelamente, en junio del año 2017, la investigación periodística “META correos” reveló coordinaciones y negociaciones entre el asesor presidencial con miembros de una Junta de Postulación para la elección de magistrados de la Corte de Cuentas, en las cuales existían recomendaciones de personas “idóneas” que tenían la misma visión del gobierno de turno y que posteriormente fueron elegidas. Así mismo, se procedió al archivo de procedimientos de control abierto contra el hermano del Presidente, respecto a contratos de servicios públicos durante su gestión como Alcalde de Berena, capital de Fiscalandia.



4. Esta revelación dio origen, en junio de 2017, a la creación inmediata de la Unidad Especial para investigar los posibles delitos derivados de los META Correos, a cargo de Magdalena Escobar, Fiscal General de la República. Dos meses después, el 13 de agosto de 2017, la Fiscal denunció formalmente al asesor presidencial, al ex Alcade de Berena, entre otros, por delitos de corrupción y tráfico de influencias.

5. Tras la creación de la Unidad Especial, el Presidente emitió el Decreto Presidencial Extraordinario del 14 de junio del mismo año, a los efectos de crear la “Junta de Postulación para la elección del Fiscal General de la República de Fiscalandia”. Ante la inminente conformación de la Junta de Postulación, la Fiscal General promovió un proceso de nulidad contra el acto administrativo, así como la suspensión del proceso como medida cautelar. Tras el levantamiento de las medidas, el proceso de selección culminó el 15 de septiembre de 2017 con la designación de Domingo Martínez como fiscal general, quien era jefe de Control Interno de la Fiscalía General y aportante del mismo partido político del presidente.

6. Durante el proceso de selección, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro eran las candidatas con el mayor puntaje en las evaluaciones. Sin embargo, las mismas no conformaron la terna de elegibles remitida al Presidente, siendo seleccionados candidatos con menor puntuación



que las fiscalas. Tras su elección, el Fiscal General dispuso la sustitución de los fiscales de la Unidad Especial, sin que a la fecha exista información pública sobre el progreso de la investigación.

3.1. Trámite ante el SIDH

7. El 15 de diciembre de 2017, Mariano Rex presentó la petición P-255-17 a la CIDH por violación de sus derechos a gozar de garantías judiciales. La Comisión declaró admisible la petición el 08 de agosto de 2018 y emitió su Informe de Fondo el 14 de febrero de 2019, atribuyendo responsabilidad al Estado por violación a los derechos contenidos en los artículos 08 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 02 del mismo instrumento legal.

8. El 01 de agosto de 2017, Magdalena Escobar interpuso la petición P-110-17 ante la CIDH, por violación a diversos derechos de la CADH. La comisión declaró la petición admisible el 30 de diciembre de 2018 y el 1 de agosto de 2019 emitió su Informe de Fondo 12/19. En la misma atribuyó responsabilidad internacional al Estado por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 24 y 25 de la CADH, todos en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

9. El 01 de abril de 2018, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro interpusieron la petición P-209-18. La CIDH la declaró admisible el 30 de diciembre de 2018, y el 12 de



agosto de 2019 emitió su Informe de Fondo 13/19, en el cual atribuyó responsabilidad internacional al Estado por la violación de los derechos consagrados en los artículos 08, 13, 24 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 02 del mismo instrumento.

10. Ante el incumplimiento de las recomendaciones de la Comisión, y cumplido el plazo establecido, las peticiones fueron acumuladas y sometidas ante la jurisdicción de la Corte IDH el 15 de diciembre de 2019.

4. ANÁLISIS LEGAL DEL CASO

4.1. Análisis de aspectos de admisibilidad

11. Bajo el amparo de las disposiciones contenidas en los artículos 25, 40 y 42 del Reglamento de la Corte IDH, comparecemos ante esta Honorable Corte Interamericana, en representación de las víctimas de este caso, en ejercicio del derecho a la defensa a fin de interponer el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.

12. No obstante, antes de esgrimir la defensa técnica con relación a los aspectos de fondo, relacionados a las violaciones de los derechos humanos cometidos por el Estado de Fiscalandia, esta representación se pronunciará, en primer lugar, sobre la competencia de la Corte Interamericana para conocer esta causa, para acto



seguido, hacer referencia a las cuestiones de admisibilidad planteadas por el Estado.

4.1.1. Competencia contenciosa de la Corte IDH.

13. Esta Corte Interamericana, es plenamente competente para conocer el presente caso en virtud a las siguientes consideraciones:

14. Posee competencia *ratione personae* puesto que, con respecto al artículo 61.1 de la CADH, la Comisión posee legitimación activa para someter casos de violaciones de derechos humanos ante la Corte IDH, y con respecto al artículo 62.1 del mismo instrumento citado, Fiscalandía reconoció como obligatoria de pleno derecho y sin ningún tipo de convención especial la competencia contenciosa de la Corte el 20 de setiembre de 1980.

15. Así mismo, posee competencia *ratione materiae* debido a que las violaciones a los derechos humanos contenidos dentro de los informes de fondo emitidos por la CIDH versan sobre derechos consagrados y protegidos por la CADH.

16. Por último, con referencia a las competencias *ratione loci* y *ratione temporis*, la Corte IDH es competente porque, por una parte, las violaciones de derechos humanos consagrados dentro de la CADH fueron cometidas con posterioridad a la ratificación de este



instrumento y del reconocimiento por Fiscalandía de la competencia contenciosa de la Corte IDH; y por otra parte, las violaciones fueron cometidas dentro de los límites territoriales del Estado demandado en el presente caso.

4.1.2. Oposición a cuestionamientos de falta de agotamiento de recursos internos.

17. Cuando un Estado alega la falta de agotamiento de recursos internos como un medio para objetar el ejercicio de la jurisdicción de la Corte IDH, ésta ha indicado que para su procedencia y validez es necesario que se cumplan con ciertos requisitos¹⁰⁵, los cuales son: a) presentación de la excepción en el momento procesal oportuno¹⁰⁶; b) indicación de los recursos que debían ser agotados y, en su caso, demostrar que éstos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos¹⁰⁷.

19. Teniendo en cuenta estas consideraciones generales, se esgrimirán los motivos por las cuales las excepciones de falta de agotamiento de recursos internos planteadas

¹⁰⁵ Corte IDH. Caso Brewer Carías vs. Venezuela. Sentencia 26 de mayo 2014. Párr. 76.

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia 29 de julio 1944. Párr. 88.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Párr. 88 y 91.



por la República de Fiscalandia resultan improcedentes con relación a Mariano Rex, Magdalena Escobar, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

20. Con relación a la petición formulada por Mariano Rex, el Estado alegó la falta de agotamiento de recursos internos sin individualizar los recursos que, específicamente, debían de ser agotados por la víctima, razón por la cual, la falta de determinación de los recursos por parte del Estado conlleva a sostener la improcedencia de la excepción planteada, y ello, en atención a que la carga de la prueba recae sobre el Estado que alega esta defensa procesal¹⁰⁸; y que al decir de la Corte IDH, no corresponde a los órganos del SIDH identificar *ex officio* los recursos internos pendientes de agotamiento, así como no les compete subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado¹⁰⁹.

21. No obstante, esta representación pone de manifiesto que, conforme al ordenamiento jurídico interno de Fiscalandia, la CSJ es la encargada de aplicar, en única instancia, las sanciones de suspensión y destitución contra jueces de todos los niveles y especialidades, y el único recurso que se podría haber planteado es el

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso Perozo vs. Venezuela. Sentencia 28 de enero 2019. Párr. 42.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio 2009. Párr. 23.



recurso de reconsideración ante el Pleno del mismo órgano que decidió la destitución de la víctima.

22. Este hecho conlleva a afirmar que, en este caso, se aplica la excepción contenida en el artículo 46.2, literal b) de la CADH debido a que, dentro del debido proceso legal, se requiere que el órgano jurisdiccional, que decidirá sobre la acción planteada a nivel interno, goce de imparcialidad, entendiéndose que, en este caso, no se puede determinar que la CSJ sería imparcial al resolver la acción formulada por la víctima, ya que el Pleno de esa misma Corte decidió la destitución de la víctima del cargo.

23. Por otra parte, con respecto a Magdalena Escobar, el Estado alegó que la víctima no había agotado los recursos de jurisdicción interna, en virtud a que aún se encontraba pendiente la emisión de la sentencia de fondo en el proceso de Nulidad iniciado ante el Décimo Juzgado Contencioso Administrativo de Berena.

24. En este sentido, la Corte Interamericana ha indicado que no debe confundirse *“el recibo de una denuncia, que deriva de un acto del denunciante, con la admisión y tramitación de aquélla, que se concreta en actos específicos de la propia Comisión, como lo es la resolución que admite la denuncia, en su caso, y la*



*notificación al Estado acerca de ésta*¹¹⁰. En el mismo sentido, Héctor Faúndez Ledesma ha señalado que la disposición prevista en el art. 46.1 literal a) de la CADH no exige que los recursos de jurisdicción interna se hayan agotado antes de la presentación de la petición ante la CIDH, sino más bien, antes de que la CIDH haya declarado la admisión de la misma¹¹¹.

25. En el presente caso, la CIDH declaró la admisibilidad de la petición el 30 de diciembre de 2018, fecha en la cual Domingo Martínez ya ocupaba el cargo de Fiscal General de la República, tornándose absolutamente inefectivo el proceso de nulidad iniciado por Magdalena Escobar en contra del Decreto Presidencial Extraordinario y posicionándola en un estado de absoluta indefensión.

26. Así mismo, el Estado no ha mencionado oportunamente la existencia de recursos que tenía a su disposición la víctima, ni la idoneidad de los mismos dentro de la situación particular de violación de derechos humanos alegada.

27. Por último, y con relación a Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro, el Estado alegó que las víctimas no habían recurrido al proceso de nulidad que, conforme lo

¹¹⁰ Corte IDH. Caso Castillo Patuzzi y otros vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo 1999. Párr. 54.

¹¹¹ Faúndez Ledesma, Héctor. "El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos". 2007. Pág.49.



plantea, sería la vía adecuada para impugnar las decisiones del Poder Ejecutivo y de la Junta de Postulación.

28. En este punto, es necesario destacar que las víctimas han presentado una acción de amparo contra la totalidad de acuerdos adoptados por la Junta de Postulación hasta el 15 de setiembre de 2017, así como el nombramiento realizado por el Presidente Obregón mediante un tweet ese mismo día, recurso rechazado por improcedente por el Segundo Juzgado Constitucional de Berena bajo el argumento de que el nombramiento del Fiscal General es una potestad soberana del Poder Ejecutivo, que no puede ser objeto de control mediante el proceso de amparo, señalándose que en todo caso, debían proceder contra cualquier irregularidad mediante el proceso de Nulidad, lo cual fue confirmada por la Segunda Sala de Apelaciones de Berena bajo los mismos fundamentos.

29. Conforme al ordenamiento jurídico de Fiscalandia, Maricruz Hinojosa y Sandra del Mastro presentaron un Recurso Extraordinario ante la CSJ, también rechazado bajo dos fundamentos: 1) la designación del Fiscal General era un acto político del Presidente de la República no regulado por el derecho y, por tanto, la imposibilidad de cuestionar su validez no podía generar un estado de indefensión a la parte demandante y, 2) las Juntas de Postulación eran “entidades intermedias” que no formaban parte de la Administración Pública, por lo



que sus actos no podían ser cuestionados mediante el proceso de Nulidad.

30. En consideración con las fundamentaciones señaladas anteriormente, es posible afirmar que el proceso de Nulidad no sería un recurso adecuado, idóneo, ni efectivo para dar una solución a la vulneración de los derechos de las víctimas, toda vez que quedarían en estado de indefensión con respecto a sus pretensiones.

30. Por lo tanto, y en atención a los argumentos argüidos por esta representación, con relación a las excepciones formulada por el Estado respecto a las peticiones de Mariano Rex, Magdalena Escobar, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro, se solicita a la Honorable Corte IDH que las declare improcedente al no reunir los estándares legales exigidos para su validez.

4.2. Asuntos legales en relación a la CADH

4.2.1. R.I. de la República de Fiscalandia por la violación del Artículo 08 de la CADH.

31. Los órganos del SIDH han expresado de forma constante que, las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 08 de la CADH no son aplicables únicamente a los procesos penales, sino que se extienden a todo tipo de procesos, cualquiera sea la



naturaleza de los mismos¹¹². Así mismo, han señalado que las garantías establecidas en el Art. 8.2 de la Convención se aplican en los procesos sancionatorios¹¹³.

4.2.2.1. Vulneración con relación a Mariano Rex.

32. Mariano Rex, fue destituido de su cargo de Juez del Primer Juzgado Constitucional de Berena, como consecuencia del proceso disciplinario iniciado en su contra, por haber rechazado el recurso de amparo, promovido por el Presidente de Fiscalandia, en contra del Art. 50 de la Constitución. En consideración a la naturaleza y a los efectos del procedimiento, y atendiendo a que el proceso disciplinario tenía como objetivo la valoración de su conducta, su idoneidad y desempeño en el cargo, resultan plenamente aplicables las garantías establecidas en el art. 8.1 y 8.2 de la CADH.

33. Así mismo, además de las garantías aplicables en un proceso sancionatorio, en este caso, y en atención al cargo que ejercía la víctima, es relevante tratar sobre las

¹¹² CIDH, Informe N° 65/11, Caso 12.600. "Hugo Quintana Coello y otros "Magistrados de la Corte Suprema de Justicia", Ecuador. 31 de marzo de 2011, párr. 102. Corte IDH. "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú". Sentencia del 31 de enero 2001. Párr. 69-70.

¹¹³ CIDH. "El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". 07 de septiembre 2007. Párr. 98 - 123. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia del 02 de febrero de 2001. Párr. 126 - 127.



garantías reforzadas que disponen los jueces y juezas, con el fin de garantizar y preservar la independencia del Poder Judicial, que en palabras de la Corte IDH es *“esencial para el ejercicio de la función judicial”*¹¹⁴.

34. El objetivo que persigue la protección particular de jueces y juezas dentro de un Estado de Derecho es evitar que, tanto el sistema judicial como las personas que lo integran puedan verse afectados en el ejercicio de sus funciones por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o, incluso por magistrados que cumplen funciones de revisión o apelación de las resoluciones dictadas por los órganos inferiores¹¹⁵.

35. En atención a estas circunstancias, la Corte IDH, de conformidad con los *“Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura”*¹¹⁶, indicó que las garantías que derivan de la independencia judicial son un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas¹¹⁷.

36. Con respecto a la inamovilidad en el cargo, la Corte Interamericana señaló que esta *“se traduce en el derecho*

¹¹⁴Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009. Párr. 67.

¹¹⁵ Corte IDH. Caso Quintana Coello y otros vs. Ecuador. Sentencia del 23 agosto 2013. Párr. 144.

¹¹⁶ Asamblea de las Naciones Unidas. “Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura”. 1985.

¹¹⁷ Corte IDH. Caso Quintana Coello y otros vs. Ecuador. Sentencia del 23 agosto 2013. Párr. 144.



subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato”¹¹⁸ y que, cuando de forma arbitraria, se afecta la permanencia de jueces y juezas en su cargo “se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención”¹¹⁹.

37. En relación a las causales de destitución de jueces, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos indicó ciertas pautas sobre las razones válidas por las cuales procedería la suspensión o remoción de los mismos, entre los que se encuentran la mala conducta, la incompetencia del magistrado y por motivos de incapacidad¹²⁰. En este sentido, todo proceso disciplinario que se inicie en contra de magistrados, de cualquier grado o especialidad, deben necesariamente ajustarse a los estándares internacionales, a fin de resguardar la independencia judicial.

38. Es así que, la garantía de la estabilidad reforzada en el cargo y, por consiguiente, la prohibición de la libre remoción de jueces y juezas, forma parte del principio de

¹¹⁸ Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Sentencia del 05 de octubre 2015. Párr. 192.

¹¹⁹ *Ibidem*. Párr. 192.

¹²⁰ Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, “Observación General N° 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia”. 23 de agosto de 2007. Párr. 20.



independencia judicial consagrado en el Art. 8.1 de la Convención. La Corte indicó que, en caso de incumplimiento de estas garantías por parte de un Estado, este se encontraría actuando en contravención a su obligación de garantizar la independencia judicial¹²¹.

39. Es decir, la prohibición de la libre remoción sería parte inexcusable de la garantía mencionada y fomentaría la salvaguardia del principio de la independencia judicial en sociedades democráticas, toda vez que la falta de esta prohibición *“podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos (...) Dicho temor también podría afectar la independencia judicial, ya que fomentaría que los jueces sigan las instrucciones o se abstengan de controvertir tanto al ente nominador como al sancionador”*¹²².

40. En el presente caso, la víctima fue destituida por la CSJ, por considerar que incurrió en la causal de “incumplimiento grave de la obligación de motivar debidamente sus decisiones”. No obstante, es necesario destacar que el rechazo del amparo ha sido debidamente motivado por parte del magistrado, el cual estableció que el derecho a elegir y ser elegido no es absoluto y, por lo tanto, puede ser limitado por otros principios constitucionales, como el principio de la alternancia en el

¹²¹ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio 2009. Párr. 79.

¹²² *Ibíd.* Párr. 81.



poder. Luego de aplicar la técnica de la ponderación, concluyó que la prohibición de reelección presidencial era una limitación (i) idónea, (ii) necesaria y (iii) proporcionada¹²³.

41. Al revisar la sentencia, la CSJ consideró que la ponderación respecto al punto (iii) era incorrecta ya que, a su criterio, el juez no había considerado la “máxima gravedad” que revistió esta limitación al derecho del actual Presidente a ser reelegido, por dos motivos: 1) la edad del afectado, y 2) la popularidad presidencial; motivo por el cual la decisión dictada por la víctima no se encontraba debidamente motivada¹²⁴.

42. Atendiendo a dichas circunstancias, esta representación sostiene que, en este caso, existió una diferencia razonada y razonable de interpretaciones jurídicas sobre el derecho a elegir y ser elegido, motivo por el cual la destitución de la víctima obedeció únicamente a la interpretación jurídica que adoptó al momento de rechazar el amparo, y no condice con la falta de motivación alegada por la CSJ.

43. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que *“los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior. Ello preserva la*

¹²³ P.A. N° 01.

¹²⁴ P.A. N° 01.



*independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva, sólo ejerce una función judicial diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario*¹²⁵, motivo por el cual los argumentos esgrimidos por la CSJ no resultan válidos para fundar la destitución de la víctima, y vulnera el derecho de fallar libremente y conforme a derecho, así como el principio de independencia judicial.

44. Por otra parte, la autoridad disciplinaria no justificó razonadamente el carácter “grave” e “inexcusable” del supuesto incumplimiento imputado al juez Rex, incumpliendo el deber de motivar los fallos, al cual la Corte IDH ha señalado como una de las garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

45. La motivación de la decisión es de vital importancia en todo tipo de proceso, ya que permite conocer y comprender la manera en que los hechos se convirtieron en sustento del procedimiento, y vigilar que se adecuen a las causales invocadas para la aplicación de la sanción, de acuerdo a cada caso en particular. Al respecto, la Corte IDH señaló que es imperioso que, en toda decisión

¹²⁵ Corte IDH. *Caso Aritz Barberay* otros (“Corte Primera de lo Contencioso. Administrativo”) vs. *Venezuela*. Sentencia del 05 de agosto 2008. Párr. 84.



sancionatoria, exista un nexo entre la conducta imputada a la persona y la disposición que fundamenta la decisión¹²⁶.

46. La importancia de la consagración y vigencia de esta garantía radica en que la misma permite controlar la correcta administración de justicia por parte de los órganos que cumplen este rol dentro del Estado, y con ello evitar que las decisiones que adopten en ejercicio de sus funciones sean arbitrarias y contrarias a derecho. Así mismo, la motivación de las decisiones adoptadas por el juzgador, en cada caso concreto, le concede credibilidad en el marco de una sociedad democrática¹²⁷.

47. En este sentido, esta representación señala que la falta de motivación de la decisión adoptada afectó las posibilidades de conocer con claridad los hechos que el juzgador consideró acreditados, y las razones por las que dichos hechos se encuadran en la causal que se estima probada, y que fundamentan la aplicación de la sanción más dura dentro del ordenamiento que rige la materia.

48. Así también, el Estado vulneró el derecho de Mariano Rex a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior al que decidió *ab initio*, lo que conforme al literal h) del artículo 8.2 de la Convención, forma parte de las

¹²⁶ Corte IDH. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Sentencia del 18 de noviembre 2004. Párr. 84.

¹²⁷ Corte IDH. Caso Rico vs. Argentina. Sentencia del 02 de septiembre 2019. Párr. 74.



garantías mínimas que deben observarse en la realización de cualquier tipo de procedimiento. En este mismo sentido, los “Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura” de la ONU establecen que *“las decisiones que se adopten en los procesos disciplinarios, de suspensión o separación del cargo estarán sujetos a una revisión independiente”*¹²⁸.

49. Conforme al ordenamiento jurídico del Estado, el único recurso que procede contra las sanciones de suspensión y destitución, impuestas por el Pleno de la CSJ, es el recurso de reconsideración, que es resuelto por el mismo órgano¹²⁹. Es decir, si bien existe un recurso que permita cuestionar las sanciones, el mismo no se ajusta a los estándares de la CADH porque los mismos establecen que debe ser entendido y resuelto por un órgano distinto al que dictó la resolución impugnada.

4.2.2.2. Vulneración con relación a Magdalena Escobar.

50. Con relación a Magdalena Escobar, el Decreto Presidencial Extraordinario, del 14 de junio del 2017, surge casualmente dos días después de la creación de la Unidad Especial, por la Fiscal General, para investigar posibles delitos derivados de los META correos, disponiendo implícitamente la remoción del cargo de la

¹²⁸ ONU. “Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura”. Principio 20.

¹²⁹ P.A. N°51.



víctima sin que operen las causales establecidas en la Ley Orgánica de la Fiscalía General.

51. En estos términos, al no existir una remoción formal de la víctima de su cargo, existe una violación al derecho a la defensa en un debido proceso, conforme al Art. 8.1 de la CADH. En ese sentido, incluso la CIDH ha destacado que existen situaciones donde, tras un acto que tiene “*un velo de legalidad*”, puede existir una sanción implícita, razón por la deben darse dos presupuestos: 1) El análisis de la motivación del acto legal de separación, para verificar si existe desviación de poder en represalia a las actuaciones del operador de justicia afectado¹³⁰; y 2) la consideración de la prueba indiciaria, especialmente ante las denuncias de desviación de poder.¹³¹

52. Con estos criterios, es necesario destacar que el Presidente es el responsable de nombrar al titular de la Fiscalía General, así como de removerlo en caso de configurarse una causal grave y justificada. En el presente caso, la investigación META correos implicó un procedimiento de control abierto contra el círculo personal y familiar del Presidente, así como una red de

¹³⁰CIDH. “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”. 2013. Párr. 230.

¹³¹CIDH. Informe 84/06, Caso 12.489. “Demanda ante la Corte IDH en el caso de Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz contra la República Bolivariana de Venezuela”. 29 de noviembre de 2006. Párr. 129.



corrupción y tráfico de influencias entre funcionarios públicos, políticos y empresarios, lo que derivó a la creación de la Unidad Especial por la Fiscal General, quien posteriormente fue destituida del cargo.

53. Con esta serie de indicios, se deduce que la convocatoria y selección del candidato a Fiscal General, si bien están establecidas en las leyes y en la Constitución, en el presente caso tuvieron como fin evitar el progreso de las investigaciones iniciadas, y entorpecer las actuaciones judiciales, generando un clima de corrupción y tráfico de influencias, afectando directamente el derecho de la víctima a la inamovilidad en el cargo, a un debido proceso, al trabajo y la garantía de la autonomía de la Fiscalía General de la República.

4.2.2.3. Vulneración con relación a Maricruz Hinojoza y Sandra Del Mastro.

54. Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro eran las postulantes con mejores puntajes de la lista de candidatos para Fiscal General de la República, razón por la cual, su exclusión sin una justificación debida las colocó en un estado de indefensión. Por ese motivo, impugnaron, por la vía del amparo, el proceso de selección y nombramiento a fin de salvaguardar sus derechos vulnerados.



55. La demanda fue rechazada en primera instancia, en razón a que el nombramiento del Fiscal General es una potestad soberana del Poder Ejecutivo y, por lo tanto, no puede ser objeto de control mediante el proceso de amparo, debiendo cuestionar las irregularidades por el proceso de Nulidad. Incluso tras la apelación, esta decisión fue confirmada por la Segunda Sala de Apelaciones de Berena, por los mismos argumentos.

56. Ante el rechazo en doble instancia del amparo, las víctimas opusieron Recurso Extraordinario ante la CSJ, remedio excepcional que procede contra sentencias de segunda instancia que violen gravemente el derecho al debido proceso, el cual fue rechazado, por razones de fondo, el 17 de marzo de 2018.

57. En base a estos hechos, se afirma que la selección de los candidatos, a cargo de la Junta de Postulación, fue un proceso que no se ajustó a principios y garantías básicas aplicables a la selección de altas autoridades del sistema de justicia, así como vulneró los derechos de las víctimas a un debido proceso, conforme lo determina el Art. 08 de la CADH.

58. En estos términos, las condiciones mínimas que deben regir los procesos de selección y nombramiento de operadores de justicia son: 1) Igualdad de condiciones y no discriminación; 2) Selección con base al mérito y capacidades; 3) Publicidad y transparencia; y 4) Duración



en el nombramiento¹³². Dichos presupuestos fueron vulnerados en el caso de marras, en razón a que las víctimas cuestionaron las irregularidades de la selección a través de los procesos judiciales, sin que existan resultados favorables.

59. Con estas consideraciones, es pertinente destacar que todo proceso adecuado de nombramiento y selección de operadores de justicia constituye un presupuesto esencial para garantizar la independencia judicial, existiendo criterios mínimos establecidos en el Derecho Internacional para la verificación de un régimen independiente para el acceso a la justicia. La razón principal para la consideración de estos criterios radica en la posibilidad de seleccionar personas no idóneas al facilitar un alto grado de discrecionalidad de las autoridades involucradas¹³³.

60. Tomando en consideración estos puntos, el presente proceso de selección vulneró todos los presupuestos mínimos para que sea efectiva, y se ajuste a los estándares internacionales para la existencia de independencia judicial en el proceso.

¹³² CIDH. “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”. 2013. Párr. 56 al 85.

¹³³ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009. Párr. 74.



61. Por los motivos expuestos anteriormente, esta representación sostiene que Fiscalandía violó el artículo 08 de la Convención, en relación a los artículos 1.1 y 02 del mismo instrumento legal, en perjuicio de Mariano Rex, Magdalena Escobar, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

4.2.2. R.I. de la República de Fiscalandía por la Violación del Artículo 25 de la CADH.

62. El artículo 25 de la Convención obliga a los Estados partes de la misma a ofrecer, a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, recursos adecuados y efectivos contra actos violatorios de sus derechos establecidos en la Convención o en las leyes internas.

63. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que, para reputar la existencia de un recurso efectivo no basta con la previsión formal del mismo o que sea formalmente admisible, sino que sea idóneo para establecer si existe o no una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla¹³⁴. Conforme a la jurisprudencia de la Corte, no pueden calificarse como efectivos aquellos recursos que, por las condiciones

¹³⁴Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" 6 de octubre de 1987. Párr. 24. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio 1988. Párr. 66 a 68.



generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso determinado, resulten ilusorios¹³⁵, razón por la cual estos deben dar "*resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes*"¹³⁶.

64. Con relación a Mariano Rex, el mismo no interpuso recurso judicial alguno contra la destitución ordenada por la CSJ, en razón a que, aún en el supuesto de que la acción de amparo u otro recurso pudiera considerarse como adecuado y efectivo para cuestionar la destitución y vulneración de los derechos, la resolución de los mismos le hubiera correspondido, en última instancia, al mismo órgano que ya decidió sobre la destitución de la víctima, por lo que no se aseguraría la independencia e imparcialidad del mismo para resolver los recursos que eventualmente podrían ser planteados.

65. Con base a los anteriores elementos, esta representación considera que los recursos no son idóneos para impugnar los efectos particulares de dicha resolución, por no ajustarse a los estándares establecidos en el Art. 25 de la CADH.

¹³⁵ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Párr. 111.

¹³⁶Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)". 6 de octubre de 1987. Párr. 23.



66. Considerando el caso de Magdalena Escobar, la misma promovió una acción de nulidad contra el Decreto Presidencial Extraordinario, en razón a que dicho acto administrativo generó los mismos efectos que una remoción del cargo y vulneró derechos reconocidos por la CADH.

67. Dicha demanda fue declarada improcedente por el máximo estamento del Poder Judicial, en razón a que la elección de Domingo Martínez, como Fiscal General, había generado una situación de hecho imposible de revertir mediante el presente proceso, pues ello afectaría derechos de terceros que no han tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

68. El rechazo por la CSJ, tres meses y dieciséis días después del reemplazo de la víctima, demostró que el recurso disponible era abiertamente ineficaz y fue resuelto en un plazo irrazonable, en atención a que prevaleció la designación, viciada e ilegal, de un nuevo representante antes que la debida separación de Magdalena Escobar del cargo.

69. Finalmente, en el caso de Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro, tanto en primera como en segunda instancia se señaló que la vía del amparo no era la adecuada para la protección de sus derechos, debiendo recurrir al proceso de Nulidad, con el fin de ejercer un control judicial de los actos u omisiones realizados por la Administración Pública, así como la protección efectiva



de los derechos e intereses de las personas administradas.

70. Sin embargo, tras la tramitación del recurso extraordinario contra el rechazo del amparo, la CSJ sostuvo que la calidad de entidades intermedias de las Juntas de Postulación implica que sus actos no pueden ser cuestionados mediante la nulidad, lo que lleva a concluir que las víctimas no contaban con un recurso adecuado, rápido y eficaz que permitiera incluso la consideración de sus reclamos.

71. Así mismo, al establecer que no se generó una situación de indefensión por la “naturaleza” de la decisión del Presidente, su decisión e interpretación sobre materia constitucional son vinculantes para todos los poderes públicos, lo que implica que, incluso si las víctimas hubieran recurrido al proceso de nulidad, hubieran obtenido los mismos resultados, sin que la vulneración de sus derechos sea resuelta.

72. Con estas consideraciones, las víctimas no tenían una posibilidad real de acceder a un recurso judicial, ante una autoridad realmente competente y capaz de emitir una decisión respecto a las violaciones alegadas. Esa posibilidad es el sentido de la protección otorgada por el Art. 25 de la CADH, en razón a que el órgano que debe entender el recurso es quien determinará la existencia o no de la violación de derechos, así como establecerá el



recurso para restituir el goce del derecho y su reparación¹³⁷.

73. Por los motivos expuestos anteriormente, esta representación sostiene que Fiscalandía violó el artículo 25 de la Convención, en relación a los artículos 1.1 y 02 del mismo instrumento legal, en perjuicio de Mariano Rex, Magdalena Escobar, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

4.2.3. R.I. de la República de Fiscalandía por Violación del Artículo 13 de la CADH.

74. La protección y fomento de la libre circulación de información e ideas de toda índole incide en el fortalecimiento de los sistemas democráticos, pluralistas y deliberativos¹³⁸, motivo por el cual la libertad de expresión ha sido calificada como la piedra angular de una sociedad democrática, indispensable para la formación de la opinión pública.¹³⁹ A esta libertad se le asigna un rol instrumental en el centro del SIDH, razón

¹³⁷Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87. "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" 6 de octubre de 1987. Párr. 24.

¹³⁸ CIDH. "Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión". 2012. Párr. 08.

¹³⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. "Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos) 13 de noviembre de 1985. Párr. 47-48.



por la cual su carencia contribuiría al irrespeto de los otros derechos humanos¹⁴⁰.

75. Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión abarca, por un lado, el derecho y la libertad de expresar los pensamientos propios y, por el otro, el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole¹⁴¹.

76. Con relación al caso que nos ocupa, el objeto de análisis de estos alegatos se centrará en el segundo contenido de este derecho, es decir, se referirá a los derechos de buscar y recibir informaciones de Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro. Las mismas encabezaban la lista de candidatos con mayores puntajes en el proceso de selección para Fiscal General, pero fueron excluidas de la terna final sin que, al momento de buscar justificación, recibieran información por parte de la Junta de Postulación.

77. Con respecto a este punto, los órganos del SIDH han indicado que el Art. 13 de la CADH protege el derecho de acceso a la información y obliga a los Estados partes a suministrarla, a fin de que las personas puedan acceder a la información requerida o, en su defecto, reciban una respuesta fundada cuando por algún motivo permitido

¹⁴⁰ CIDH. Informe N° 38/97. Caso N° 10.548. "Hugo Bustíos Saavedra. Perú". 16 de octubre de 1997, Párr. 72.

¹⁴¹ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Párr. 76.



por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso en concreto¹⁴².

78. Así mismo, la Carta Democrática Interamericana indica que el acceso a la información es un elemento fundamental para el ejercicio de la democracia, para lo cual se requiere la participación de la ciudadanía, por lo que los Estados deben promoverla para fortalecer el régimen democrático¹⁴³. En este sentido, dicha participación se logra mediante el acceso a la información en poder del Estado.

79. A su vez, el acceso a la información es esencial en la lucha contra la corrupción, toda vez que *“el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública”*¹⁴⁴. Esto implica que la garantía del acceso a la información disminuye la posibilidad de adoptar decisiones discrecionales o la comisión de actos contrarios a los fines dispuestos normativamente en beneficio propio o de terceros.

¹⁴² Corte IDH. *Caso Claude Reyes* y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Párr. 77. CIDH. Relatoría para la libertad de expresión. “Declaración de Principios sobre la libertad de Expresión. 2000. Principio N° 04.

¹⁴³ OEA. Carta Democrática Interamericana. 11 de septiembre de 2001. Artículos 04 y 06.

¹⁴⁴ Corte IDH. *Caso Claude Reyes* y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Párr. 87.



80. Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en sus artículos 10 y 11, señala que el acceso a la información se instituye en una de las medidas que los Estados partes deben de adoptar a fin de combatir la corrupción, promover la transparencia en la administración pública y la activa participación de las personas y grupos de personas que no pertenecen al sector público.

81. No obstante, los órganos del SIDH dispusieron que el acceso a la información reconoce ciertos límites, conforme lo indica el Art. 13 de la CADH, pero que el ejercicio del derecho de acceso a la información debe encontrarse regido por el principio de máxima divulgación.

82. Con estas consideraciones previas, esta representación argumentará la violación del Art. 13 de la CADH por el Estado de Fiscalandia, en perjuicio de Hinojoza y del Mastro, dividiendo la argumentación en dos secciones: en primer lugar, versará sobre la calidad de las informaciones solicitadas por las víctimas, para luego tratar de forma acabada los estándares que deben cumplir las limitaciones impuestas por el Estado al derecho de acceso a la información.

a) Calidad de las informaciones solicitadas por las víctimas

83. Las víctimas han solicitado una justificación de los motivos por los cuales no fueron incluidas en la terna



remitida al Presidente por parte de la Junta de Postulación, siendo que, hasta el momento de la calificación de los antecedentes, las mismas ocupaban la primera y segunda posición de la lista de puntuación y, quienes fueron propuestos en la terna, hasta ese mismo momento, ocuparon los lugares 18, 21 y 25.

84. En cuanto al presupuesto de búsqueda y acceso de información, un requisito esencial es que sea el Estado el custodio y responsable de la información solicitada, razón por la cual su denegación, sin justa causa, por cualquiera de sus órganos dependientes implica la violación al derecho de libertad de pensamiento y de expresión.

85. En el caso de marras, la Junta de Postulación tenía la obligación de entregar la información solicitada por las víctimas, ya que es una entidad intermedia creada por la Ley 266/1999, cuyos integrantes ejercen la función de preseleccionar candidatos para cargos de jerarquía en la función pública. En este sentido, la Resolución 147 del Comité Jurídico Interamericano acerca de los "Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información", indica que, la obligación de suministrar información se extiende "*a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas*".



86. Además, la información solicitada era de interés público, ya que refería al proceso de selección de candidatos a Fiscal General, cargo de vital importancia dentro de un Estado de Derecho. A su vez, el pedido de la información guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de la Junta de Postulación, órgano que aun siendo de carácter temporal, cumple un rol esencial dentro del Estado, ya que le corresponde realizar la preselección de las y los operadores de justicia de alta jerarquía dentro del mismo.

87. Con respecto a ello, para los procesos de selección de operadores de justicia de altos rangos, como el de Fiscal General, existen criterios que los Estados deben de tener en cuenta al momento de realizar la selección y nombramiento; entre los cuales se encuentran los principios de publicidad, transparencia y participación ciudadana, aspectos no velados por Fiscalandía conforme al secretismo imperante en las sesiones de la Junta de Postulación.

88. La Fundación para el Debido Proceso, en su texto “Lineamientos para la selección de altas autoridades del Sistema de Procuración de Justicia Fiscal o Procurador General”, establece, entre los principios mínimos para la selección, que dicho proceso debe ser público y transparente, a fin de reducir la arbitrariedad y las influencias indebidas en los nombramientos.



89. En esta línea argumentativa, los requisitos mínimos del perfil, las reglas del procedimiento de selección, los antecedentes de los candidatos y los documentos que disponga el órgano evaluador deben ser publicitados previamente y deben permanecer accesibles en todo momento a la ciudadanía y a los postulantes, a fin de facilitar el escrutinio público e incluso su cuestionamiento. Así mismo, las sesiones de la Junta de Postulación deben ser públicas, a fin de garantizar que las decisiones tomadas se encuentran debidamente motivadas y respondan a criterios objetivos.

90. Ante estas consideraciones, el proceso de selección no cumplió con los principios señalados, lo que a su vez implica una contradicción a la Ley 266/1999, cuyo Art. 02 establece los principios de transparencia y participación ciudadana en la preselección de candidatos.

b) Límites al derecho de acceso a la información impuestas por el Estado.

91. Conforme al principio de máxima divulgación, los ordenamientos jurídicos de los Estados deben estar diseñados en torno a la transparencia y libre acceso a la información, lo que implica que las limitaciones deben interpretarse de forma restrictiva y motivada, correspondiendo que, ante la duda o falta de claridad en las restricciones, el derecho al acceso a la información prevalezca sobre las limitaciones.



92. Con relación a las limitaciones, la Corte IDH exige que las mismas estén fijadas por ley, respondan a un objetivo permitido por la CADH y que sean necesarias en una sociedad democrática.

b.1) Las restricciones deben estar fijadas por ley.

93. En materia de restricciones, el primer recaudo que se exige es que las limitaciones deben estar contenidas en una ley, a fin de "asegurar que no queden al arbitrio del poder público" y que se dicten "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas"¹⁴⁵. Además, ha precisado que "la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa"¹⁴⁶.

94. En el caso de marras, y a pesar de que la Ley N°266/1999 establece, entre otros, los principios de transparencia y participación ciudadana en la preselección de candidaturas, la Junta de Postulación actuó con un secretismo cuasi absoluto en el proceso de selección de candidatos. En ese sentido, al no poder acceder a documentos ni justificaciones, por las cuales las víctimas fueron excluidas de la conformación de la terna, es claro que existió una restricción que no se encuentra justificada por una ley anterior, no pudiendo

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Párr. 89.

¹⁴⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. "La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos)." 13 de noviembre de 1985. Párr. 47- 48.



el Estado fundamentar la legitimidad de la restricción, conforme lo exige el estándar de legalidad.

b.2) Las limitaciones deben responder a un objetivo permitido por la CADH.

95. El Art. 13.2 de la Convención señala que las limitaciones al ejercicio de este derecho deben tener como fin asegurar “*el respeto a los derechos humanos o a la reputación de los demás*” o, “*la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*”.

96. En consideración a los objetivos permitidos por la CADH, el Estado no justificó la inaccesibilidad de la información, sino que, al momento de resolver los recursos planteados por las víctimas, los órganos del Poder Judicial alegaron que eran potestades propias de la Entidad, restringiendo de manera infundada el derecho de acceso a la información y, finalmente, la libertad de pensamiento y expresión.

97. En este sentido, y atendiendo a que la falta de acceso a la información no responde a uno de los objetivos autorizados por la Convención, el Estado no puede ampararse en dicha excepción.

b.3) Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática

98. Los Estados que establezcan limitaciones a los derechos consagrados en el Art. 13 de la CADH están



compelidos a demostrar que las mismas son estrictamente necesarias en una sociedad democrática para el logro de los objetivos imperiosos que persiguen.¹⁴⁷

99. Al respecto, la Corte IDH ha hecho suya la interpretación realizada por la Corte Europea de Derechos Humanos con respecto al término “necesarias” del art. 10 de la Convención Europea, la que según este Tribunal *“implica la existencia de una necesidad social imperiosa y que para que una restricción sea necesaria no es suficiente demostrar que sea útil, razonable u oportuna”*¹⁴⁸. Por lo tanto, una restricción podrá calificarse como legal cuando, además de cumplir los demás estándares, se encuentre orientada a satisfacer un interés público imperativo dentro de una sociedad democrática.

100. Así mismo, se requiere que las limitaciones que adopte un Estado con relación al acceso a la información sean proporcionales, es decir, que sea la menos lesiva entre varias opciones, siendo la más idónea para que el objetivo imperioso que se pretende resguardar sea

¹⁴⁷ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004. Párr. 120 – 123. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos) 13 de noviembre de 1985. Párr. 46.

¹⁴⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. 13 de noviembre de 1985. Párr. 46. Corte EDH. “The Sunday Times case vs. The United Kingdom”. Judgment 26 April 1979. Párr. 59.



velado, lo cual se extiende no sólo a las leyes, sino también “a toda manifestación del poder estatal”¹⁴⁹.

101. En el presente caso, la Junta de Postulación no respondió la solicitud de las víctimas y, por lo tanto, este silencio afectó el derecho de acceso a la información y no obedece a los estándares de necesidad y proporcionalidad. Con su silencio, el Estado no indicó cuál es el objetivo imperioso que pretende resguardar, así como no justificó el motivo por el cual no entregó la información solicitada.

102. En base a los argumentos señalados ut supra, Fiscalandía no puede acogerse a las limitaciones permitidas por la Convención para la legal restricción del derecho objeto de análisis, motivo por el cual esta representación sostiene que la República de Fiscalandía violó el Art. 13 de la CADH, en consonancia a las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 02 del mismo cuerpo legal, en perjuicio de Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

4.2.4. R.I. de la República de Fiscalandía por Violación del Artículo 24 de la CADH.

¹⁴⁹ Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Párr. 165.



103. El Art. 24 de la CADH consagra el principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación, que conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH son elementos esenciales de *“un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.”*¹⁵⁰ Así mismo, dicho principio forma parte del ius cogens, en virtud a que *“sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”*¹⁵¹.

104. Con respecto a ello, los Estados tienen la obligación de asegurar, a todas las personas que se encuentren en su territorio, la igualdad ante la ley y la igual protección de la misma sin discriminación, para lo cual deben poner en marcha todo el aparato estatal a fin de que dicha previsión legal se materialice en el plano fáctico de manera efectiva.

105. Uno de los obstáculos que impide la materialización de este principio es la corrupción, acto que afecta al principio de igualdad y no discriminación¹⁵², planteados en los artículos 24 y 1.1 de la CADH, toda vez que *“la obtención de cualquier ventaja o beneficio mediante un*

¹⁵⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC 18/03. “Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. 17 de septiembre de 2003. Párr. 83.

¹⁵¹ *Ibidem*. Párr. 101.

¹⁵² CIDH. “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos”. 06 de diciembre de 2019. Párr. 120.



*acto corrupto constituye una forma de trato arbitrario, es decir, una forma de discriminar o excluir a otras personas de dicha ventaja o beneficio, sin una justificación objetiva y razonable*¹⁵³.

106. En este sentido, la CIDH, en su Resolución 1/18, señaló que la corrupción es un *“complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integridad (...) así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad.”*

107. La CIDH ha indicado que la corrupción se caracteriza *“(...) por el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales.”*¹⁵⁴ Por lo tanto, los actos de corrupción presuponen la existencia de una situación de poder; la obtención de un beneficio privado de cualquier índole con la ejecución de ese acto y; tal como lo reitera la CIDH, el daño que produce se expresa en la institucionalidad

¹⁵³ González, Marianne y Nash, Claudio (editores). “Transparencia, Lucha contra la corrupción y Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Chile. 2011. Pág. 23.

¹⁵⁴ CIDH. Resolución 01/18. “Corrupción y Derechos Humanos”. 2018. Pág. 01.



democrática, en el Estado de Derecho y en los derechos humanos¹⁵⁵.

108. Asimismo, los actos de corrupción se constituyen en medios que potencian las discriminaciones en contra de grupos históricamente discriminados, tal como es el caso de las mujeres; en razón a que impactan gravitadamente sobre el goce y ejercicio de los derechos y libertades de estos grupos en situación de vulnerabilidad dentro de una determinada sociedad¹⁵⁶.

109. Con estas consideraciones *de iure*, esta representación fundamentará la violación del Art. 24 de la CADH por parte del Estado en perjuicio de Magdalena Escobar, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

110. En primer lugar, la remoción de Magdalena Escobar del cargo constituyó un acto de desviación de poder, en razón a que se aprovechó una facultad presidencial para la conformación de la Junta de Postulación como un manto de legalidad respecto a las verdaderas intenciones del Presidente, las cuales eran afectar las investigaciones realizadas por la Unidad Especial contra su entorno personal y familiar, involucrados en el caso META correos.

¹⁵⁵CIDH. “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos”. 06 de diciembre de 2019. Párr. 90.

¹⁵⁶ González, Marianne y Nash, Claudio (editores). “Transparencia, Lucha contra la corrupción y Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Chile. 2011. Pág. 23.



111. De acuerdo a la Corte IDH, el propósito o motivo de la ejecución de un acto determinado por parte de las autoridades de un Estado *“cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o desviación de poder”*¹⁵⁷.

112. En este sentido, es necesario destacar que el Decreto Presidencial Extraordinario fue emitido dos días después de la conformación de la Unidad Especial, para la creación de la Junta de Postulación para la elección de Fiscal General, afectando directamente las investigaciones a cargo de la Fiscal General sobre la denuncia de la posible existencia de una red compleja y organizada de corrupción y tráfico de influencias, en la cual estarían involucrados funcionarios públicos de varios niveles, políticos y empresarios, que buscaría controlar e influir algunos procesos de elección de altos funcionarios, incluidos jueces y fiscales, para luego usar tales influencias en la resolución de los casos que afectan sus intereses.

113. Ahora bien, conforme a la Constitución de Fiscalandía, el Presidente tiene la facultad de *“dictar decretos extraordinarios en materia económica,*

¹⁵⁷ Corte IDH. Caso Quintana Coello y otros vs. Ecuador. Sentencia del 23 agosto 2013. Párr. 173.



financiera o de seguridad interna o externa, cuando se trate de asuntos de interés nacional y con la obligación de informar a la Asamblea Legislativa”, siendo la seguridad interna el fundamento del Decreto Extraordinario.

114. Sin embargo, la fundamentación de dicho acto resulta genérica y abstracta y, no permite subsumir los hechos por los cuales se alega una cuestión de “seguridad interna” para la remoción del cargo de Magdalena Escobar. Es más, con la designación de Domingo Martínez como Fiscal General, se demostró la intención de evitar las investigaciones en el marco del caso META correos. Esto se evidencia ya que, días después de asumir el cargo, sustituyó a todos los fiscales que estaban investigando este caso, no obteniéndose hasta la fecha ninguna resolución judicial al respecto.

115. Por otra parte, en el caso de Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro, las mismas fueron discriminadas en razón de su género al conformarse la terna para Fiscal General, en virtud a que, aun habiendo ocupado los dos primeros lugares en la lista de calificaciones de los antecedentes, no fueron incluidas luego de una deliberación reservada de la Junta de Postulación, sin obtener información alguna sobre los criterios por los cuales han sido excluidas.

116. Todo este secretismo imperante en la selección de los candidatos y candidatas a ocupar el cargo de Fiscal



General facilita actuaciones con un alto grado de discrecionalidad, lo que no asegura que, en el proceso de selección de la terna remitida al Presidente y la posterior designación del Fiscal General, se hayan evitado intereses particulares.

117. En este caso, esta representación considera que el trato discriminatorio a la que fueron sometidas las víctimas quedó evidenciado con la selección de los veintisiete aspirantes al cargo de Fiscal General, quedando solamente dos mujeres seleccionadas para las entrevistas, las víctimas.

118. Las mismas encabezaban la lista de postulantes, con puntajes de 89 y 85/100 puntos, respectivamente, a diferencia de los candidatos de la terna remitida, quienes ocuparon los lugares 18, 21 y 25. El Fiscal General elegido, Domingo Martínez, obtuvo la calificación 60/100 puntos en los antecedentes, puntaje que no se ajusta siquiera al mínimo establecido en el Acuerdo Rectificador del 22 de agosto de 2017, el cual era de 65 puntos, al igual que el segundo miembro de la terna, que alcanzó 57 puntos.

119. Ante estas evidencias concretas, se demuestra que existió desviación de poder al momento de la conformación de la terna, excluyendo arbitrariamente a dos candidatas que, en todas las evaluaciones del proceso, demostraron tener un perfil idóneo para el cargo.



120. Por los motivos expuestos anteriormente, esta representación sostiene que Fiscalandía violó el artículo 24 de la Convención, en relación a los artículos 1.1 y 02 del mismo instrumento legal, en perjuicio de Magdalena Escobar, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

4.2.5. R.I. de la República de Fiscalandía por la Violación del Artículo 23 de la CADH.

121. En lo que respecta al derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, dispuesto en el literal c) del art. 23.1 de la CADH, la Corte precisó que se relaciona con la protección del acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través del ejercicio de las funciones públicas, y que en este caso, se aplica para los que acceden a la función pública por elección popular, por nombramiento o designación¹⁵⁸.

121. Así mismo, la Corte dispuso que *“la garantía de protección abarca tanto el acceso como la permanencia en condiciones de igualdad y no discriminación respecto a los procedimientos de suspensión y destitución. Como se observa, el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la*

¹⁵⁸ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Párr. 150.



*permanencia en aquello a lo que se accede*¹⁵⁹. Por lo tanto, se protege no sólo el acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, sino también, la permanencia en el ejercicio de las mismas.

122. Los estándares establecidos por la Corte IDH para asegurar el respeto y garantía del derecho a acceder a un cargo público en condiciones generales de igualdad de las y los operadores de justicia, se relacionan con los criterios y procedimientos de nombramiento, ascenso, suspensión y destitución de los mismos, para los que se exigen que sean razonables; objetivos; y que las personas no sean objetos de discriminación en el ejercicio del derecho¹⁶⁰.

123. Así mismo, la Corte IDH señaló que, al afectar arbitrariamente la permanencia de los jueces y juezas en su cargo, se vulnera el derecho contenido en el artículo 23.1.c)¹⁶¹ de la CADH, por lo que esta representación considera que Fiscalandía es responsable por la violación de los derechos políticos del señor Mariano Rex, el cual ha sido destituido en forma arbitraria de su cargo de Juez del Primer Juzgado Constitucional de Berena.

¹⁵⁹ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009. Párr. 138.

¹⁶⁰ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Párr. 206.

¹⁶¹ Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Párr. 192.



124. Así también, esta vulneración alcanzó a Magdalena Escobar, debido a la afectación del derecho de permanencia en el cargo a consecuencia de la remoción arbitraria, en virtud a que las garantías reforzadas de estabilidad de los jueces también son aplicables a fiscales, a fin de garantizar la independencia en el ejercicio de sus funciones.

125. Por otra parte, el Estado vulneró el derecho a acceder a un cargo público en condiciones de igualdad de Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro, en razón a que los criterios de selección de los candidatos a Fiscal General no fueron publicados por el Estado, por lo que no puede determinarse que los mismos cumplan con los criterios de razonabilidad y objetividad, contraviniendo los estándares relacionados a los criterios mínimos para la selección de altas autoridades.

126. Por los motivos esgrimidos *ut supra*, esta representación afirma que la República de Fiscalandia es responsable internacionalmente por la violación del literal c) del artículo 23.1 de la Convención, en relación a los artículos 1.1 y 02 del mismo instrumento legal, en perjuicio de Mariano Rex, Magdalena Escobar, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

5. PETITORIO.



127. Por los argumentos *de facto* y *de iure* esbozados anteriormente, esta representación solicita a la Corte IDH que declare que:

1) La República de Fiscalandia es responsable internacionalmente por la violación de los derechos contenidos en los artículos 08, 23 y 25 de la Convención Americana, en relación a los artículos 1.1 y 02 del mismo instrumento legal, en perjuicio de Mariano Rex, Magdalena Escobar, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

2) La República de Fiscalandia es responsable internacionalmente por la violación de los derechos contenidos en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación a los artículos 1.1 y 02 del mismo instrumento legal, en perjuicio de Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

3) La República de Fiscalandia es responsable internacionalmente por la violación de los derechos contenidos en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación a los artículos 1.1 y 02 del mismo instrumento legal, en perjuicio de Magdalena Escobar, Maricruz Hinojoza y Sandra del Mastro.

128. Por consiguiente, se solicita la adopción de las siguientes medidas de reparación en base al Art. 63.1 de la CADH:



5.1. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición

5.1.1. Con relación a Mariano Rex.

1) Reincorporar a la víctima a su cargo de Juez, que tendría de no haber sido destituido por decisión de la Corte Suprema de Justicia. En caso de que esa no sea la voluntad de la víctima o que existan razones objetivas que impidan la reincorporación, que el Estado abone una indemnización por este motivo.

2) Adecuar las disposiciones de derecho interno a los estándares de la Convención, a fin de asegurar que los procesos sancionatorios contra jueces y juezas en Fiscalandía cumplan con los estándares respectivos.

5.1.2. Con relación a Magdalena Escobar.

1) Reincorporar a la víctima al cargo de Fiscal General que ocuparía en el caso de no haber sido separada del mismo. En caso de que esa no sea la voluntad de la víctima o que existan razones objetivas que impidan la reincorporación, que el Estado abone una indemnización por este motivo.

2) Llevar adelante los procesos penales, administrativos o de cualquier índole que sean necesarios, de manera imparcial, efectiva y dentro de un plazo razonable, con el objeto de determinar posibles interferencias indebidas en las investigaciones penales que motivaron la



separación de la víctima su cargo, así como para establecer las responsabilidades que correspondan.

3) Adecuar las disposiciones de derecho interno a los estándares de la Convención para asegurar que el nombramiento, permanencia y remoción de los y las operadores de justicia en Fiscalandía cumplan con los estándares respectivos.

5.1.3. Con relación a Maricruz Hinojoza Y Sandra Del Mastro.

1) Publicar toda la documentación original relativa al proceso de selección de Fiscal General en el que participaron las víctimas, incluyendo todos los acuerdos adoptados por la Junta de Postulación, los lineamientos de evaluación, las calificaciones otorgadas, los expedientes de evaluación de la totalidad de las personas candidatas, las actas de deliberación, entre otras, de manera completa y accesible para la ciudadanía.

2) Reparar el daño económico y moral ocasionado a las víctimas mediante el pago de una indemnización, al existir razones objetivas que impiden la reintegración del proceso de selección.

3) Garantizar la realización de los procesos penales, administrativos o de cualquier índole que sea necesaria, de manera imparcial, efectiva y dentro de un plazo razonable, con el objeto de determinar posibles



irregularidades en la conformación de la terna, en el proceso de selección de Fiscal General, así como para establecer las responsabilidades que correspondan.

4) Adecuar las disposiciones de derecho interno a los estándares de la Convención, mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que los procesos de selección de altas autoridades del Estado cumplan con los estándares respectivos.



EL ROL DE LA FAMILIA ACOGEDORA EN PARAGUAY

Por Ruth I. Domínguez Kallus y Darcy M. Cabral Sosa¹⁶²

SUMARIO

1. El rol de la Familia Acogedora en Paraguay. 2. Referencias.

RESUMEN

Las familias acogedoras son las personas que integran la familia ampliada; del entorno afectivo cercano o terceras personas no parientes que asumen el cuidado alternativo de uno o más niños, niñas o adolescentes, dispuesto por guarda judicial, acreditadas en el marco del programa de cuidado alternativo en la modalidad de acogimiento familiar; habilitado por el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia.

¹⁶² Investigación desarrollada por estudiantes del Cuarto Año de la Carrera de Derecho, en el marco de la materia de Consultorio Jurídico I en el año 2021.



En Paraguay existen diversos niños, niñas y adolescentes en instituciones de abrigo a la espera de ser reintegrados con sus familias, otros con pérdida de la patria potestad a los efectos de ser adoptados y otros simplemente a la espera de familias acogedoras o transitorias en tanto se resuelva su condición que los llevaron a ser separados de sus familias nuclear por varias razones.

1. EL ROL DE LA FAMILIA ACOGEDORA EN EL PARAGUAY

Se podría definir al Derecho de la niñez y la adolescencia como un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta alcanzar tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarlo armónica y plenamente a la sociedad. (Raul & Irma, 2007).

Partiendo de esta definición podemos observar la importancia de la protección y promoción de este derecho por parte del Estado y la sociedad; ya que el mismo parte como base para la formación humana del individuo en la sociedad.

La legislación nacional vigente, a fin de alcanzar la protección y promoción del Derecho de la Niñez y Adolescencia crea diversas instituciones destinadas a ese fin con un carácter protectorio y prevaleciente para los niños y adolescentes; la Constitución Nacional hace



referencia a la protección del niño/a o adolescente al establecer en el Artículo 54 *“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”*.

De esta forma el Código de la Niñez y Adolescencia establece en el Artículo 3° DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR que *“Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente **se respetarán sus vínculos familiares**, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo.”*

El principio del interés superior del niño establece una prioridad a la satisfacción justa de los derechos del mismo y constituye el principio fundamental y jerárquico



alrededor del cual deben girar la aplicación e interpretación de las leyes referidas a la minoridad.

A fin de promover y garantizar los derechos, obligaciones y los distintos principios consagrados en la Legislación Nacional, el Estado a través de la Ley N° 6486 / DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN FAMILIA, QUE REGULA LAS MEDIDAS DE CUIDADOS ALTERNATIVOS Y LA ADOPCIÓN pretende promover la protección integral de los niños y adolescentes a través de la reglamentación de una de las diversas instituciones primordiales y/o esenciales para el desarrollo del mismo.

La mencionada ley pretende asegurar el derecho de niños, niñas y adolescentes de vivir y desarrollarse en su familia o en un entorno familiar, a través de políticas públicas dirigidas al fortalecimiento familiar de prevención de la separación garantizando el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Se encuentra destinada hacia la población considerada más vulnerable en el Paraguay, que serían los niños y adolescentes propiamente, así también aquellos que se encuentran en situaciones precarias.

La Ley N° 6486/20 establece las siguientes definiciones relacionadas al ámbito familia del niño/a y adolescente; primeramente, establece que la familia nuclear es aquella conformada por la madre y el padre o



uno de ellos, quienes ejercen la patria potestad, y sus hijos e hijas; seguidamente establece que la familia ampliada es la conformada por las personas con vínculos de parentesco con el niño, niña o adolescente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; luego menciona que el acogimiento familiar es una medida de protección dentro de la modalidad de cuidado alternativo, por la cual el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia otorga la guarda transitoria del niño, niña y adolescente a uno o más integrantes de la familia ampliada, del entorno afectivo cercano o a una familia acogedora, que integra el programa autorizado por el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia, para que asuma su cuidado hasta que se defina su situación jurídica; para finalmente definir a la familia acogedora como aquellas personas que integran la familia ampliada; del entorno afectivo cercano o terceras personas no parientes que asumen el cuidado alternativo de uno o más niños, niñas o adolescentes, dispuesto por guarda judicial, acreditadas en el marco del programa de cuidado alternativo en la modalidad de acogimiento familiar; habilitado por el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia. (Ley N° 6486/20 PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN FAMILIA, QUE REGULA LAS MEDIDAS DE CUIDADOS ALTERNATIVOS Y LA ADOPCIÓN)

Las familias acogedoras, son familias que podrían ser llamadas “comunes” de la sociedad. Si bien pueden tener



la práctica informal de recibir a personas externas al grupo familiar dentro de sus casas y sus vidas, las familias acogedoras son acreditadas luego de un proceso de evaluación y capacitación. Se busca que complementen a las familias de los niños, y si bien el acogimiento familiar se enmarca dentro de las disposiciones del Artículo 103 del Código de la Niñez y la Adolescencia, de ninguna manera buscan sustituirla; su cuidado es temporal y transitorio y colaboran activamente durante el mantenimiento del vínculo que realiza el equipo técnico, informándose sobre el mismo y cuidando integralmente al niño mientras se dan los pasos dentro del proceso. En Paraguay, el acogimiento familiar continúa siendo en su gran mayoría un servicio voluntario (no remunerado), aunque las familias acogedoras cuentan con el apoyo de un equipo humano para el acompañamiento terapéutico al proceso de acogimiento y la cobertura de los gastos necesarios para el cuidado de los niños en las áreas que requiera (salud, educación, identidad, entre otros), por el programa del que forman parte. (Alejandra & Leticia, 2018)

Si bien, el rol de la familia acogedora resulta sin dudas de destacada labor en la sociedad; la misma es utilizada de ultima ratio con relación al orden de prioridad que establece la ley. Ya que siempre se busca que el niño permanezca en su familia nuclear o ampliada a fin de salvaguardar su desarrollo íntegro dentro de la sociedad; por lo que en caso de que esto último no sea



posible, el Estado prevé a través de la normativa legal vigente una familia acogedora acreditada, de manera transitoria, en la modalidad de acogimiento familiar.

En 2017, un estudio reveló que el 40% de la población paraguaya se basa en niños adolescentes, en el cual el 45% se encuentra en situaciones precarias y de pobreza; de esta forma el Estado y la sociedad civil inicia un trabajo con diversos Programas de Acogimiento Familiar, donde se amplía el perfil de los niños que podrían acceder a dichos programas. Por lo que se crea tres ejes estratégicos para el trabajo con niños, niñas y adolescentes separados de sus familias que consisten en lo siguiente. (Justicia, 2018)

En el primer eje, se plantea el mantenimiento del vínculo como principio orientador, con la finalidad de que los niños, niñas y adolescentes no sean separados de sus familiares sin antes trabajar con ellos un plan de vida familiar a corto plazo, que incluya como primera medida de reinserción con su familia de origen, o cuando esto no es posible, la inserción en otra familia a través de la adopción. (Justicia, 2018)

En el segundo eje, se plantea al acogimiento familiar como modelo de protección, donde los niños, niñas y adolescentes separados de sus familias deben tener como primera opción de acogimiento, alternativas de cuidado familiar y cuando esto no es posible formas de cuidado residencial en pequeños grupos. Los modelos de



cuidado institucional deben ser desestimados. (Justicia, 2018)

En el tercer y último eje, se utiliza la desinstitucionalización como estrategia, al promover el mantenimiento del vínculo y la reinserción de los mismos con sus familias de origen, siempre y cuando esto garantice su protección integral. (Justicia, 2018)

Actualmente en el Paraguay existen 1.187 niños, niñas y adolescentes en cuidados alternativos, que fueron separados de sus grupos familiares a partir de la vulneración de sus derechos y que esperan la regularización de las medidas decretadas por los juzgados de la niñez y la adolescencia, ya sea para retornar con sus familias o finalmente formar parte de una familia adoptiva. (Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación, 2019)

La labor de una familia acogedora posee un fin totalmente altruista y desinteresado debido a que no se busca lograr la adopción del niño o adolescente, sino que es temporal, mientras se le prepara para que vuelva a su familia biológica o ingrese al proceso de adopción; de esta forma se podrá lograr la concientización y sensibilización de la población en torno a la problemática que presentan muchos niños, niñas y adolescentes del Paraguay y en qué medida el acogimiento en familias contribuye a paliar su situación de riesgo y desamparo, además de lograr una cultura de acogimiento, donde la



sociedad se entienda corresponsable en la consolidación de los derechos de la niñez y la adolescencia. (Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación, 2019)

Es vital para el desarrollo del niño o adolescente que crezca en un ambiente sano, seguro y familiar, debido a que los niños y niñas que se desarrollan dentro de una familia estable y protectora, y una comunidad solidaria tienen mayores probabilidades de desarrollar mejor las destrezas básicas para la vida como comunicación, cooperación, resolución de problemas y fijación de metas personales. Es importante tener en cuenta que para ser familia acogedora se necesitan requisitos básicos como ser antecedente, judicial, policial, la evaluación técnica por parte del equipo de la Dirección de Cuidados Alternativos, DICUIDA y por sobre todas las cosas que para convertirse en familia acogedora es la de ser consciente de que la idea es ayudar y no adoptar al niño/a, en tanto se resuelva su situación judicial que lo llevó a ser separado de su familia nuclear, y no menos que importante mucho amor y cariño.

Conforme a lo anteriormente expuesto resulta fundamental destacar que la instauración de las familias acogedoras en el Paraguay representa un verdadero avance para el cumplimiento de los Derechos Humanos consagrados en diferentes cuerpos legales internacionales ratificados en el país. Ya que a través de esta institución se busca asegurar en su máxima



expresión la aplicación del principio del “Interés Superior del Niño”, brindando a aquellos que se encuentran vulnerados en sus derechos la posibilidad de desempeñarse en un entorno seguro, sano que le permita desenvolverse con mayor facilidad el día de mañana en la sociedad. Porque si bien no se busca la adopción del niño o adolescente, se le asigna el acogimiento familiar en la modalidad de cuidado alternativo hasta tanto se subsane el factor que los privaba del desarrollo pleno de sus derechos y los dejaba en un estado de vulnerabilidad.

Con el paso de los años, la institución de familias acogedoras ha ido evolucionando al punto de resultar indispensable en nuestra legislación; debido a que se constituyeron en testigos del proceso y grandes colaboradores del trabajo conjunto. Porque las mismas constituyen el ejercicio de las garantías establecidas en la Constitución Nacional con relación a la protección de niños y adolescentes.

Actualmente para el Estado resulta una necesidad y obligación establecer políticas destinadas a la protección integral de los derechos que ayuden al desarrollo óptimo de los niños y adolescentes, como así también de la correcta y efectiva aplicación de las legislaciones vigentes establecidas para las mismas. Por lo que resulta indiscutible e imprescindibles la labor de las familias acogedoras en el refugio de niños y adolescentes que se



encuentran en situación de abandono y desamparo, ya que las mismas contribuyen al desarrollo integral del niño/a y adolescente para la reinserción de los mismos en la sociedad para un futuro mejor.

Asimismo, resulta fundamental que el Estado cree y aplique políticas destinadas a la promoción de las familias acogedoras ya que actualmente según datos del Ministerio de la Defensa Pública, son muchos niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad a la espera de una familia acogedora que los reciba por un tiempo, sin embargo, son pocas las familias inscriptas en el programa de acogimiento alternativo.

2. REFERENCIAS

- *Adolescencia, Código de la Niñez y la Adolescencia.* (2001). Asunción.
- Alejandra, R., & Leticia, R. (2018). Acogimiento familiar, medida de protección transitoria con miras a la reintegración familiar. *Corte Suprema de Justicia - Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) - Lecciones para la Defensa Legal de los Derechos Humanos de la Infancia y la Adolescencia.*
- *Constitución Nacional de la República del Paraguay.* (1992). Asunción.
- Justicia, C. S. (2018). *Lecciones para la Defensa Legal de los Derechos Humanos de la Infancia y la Adolescencia.* Asunción.
- *Ley N° 6486/20 PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A VIVIR EN*



FAMILIA, QUE REGULA LAS MEDIDAS DE CUIDADOS ALTERNATIVOS Y LA ADOPCIÓN. (s.f.).

- *Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación.* (25 de enero de 2019). Obtenido de <https://mediosdigitales.mitic.gov.py/acogimiento-familiar-fundamental-para/>
- Raul, B. A., & Irma, A. d. (2007). *Derecho de la Niñez y la Adolescencia Marco Jurídico Aspectos Esenciales.* Asunción.

FACTIBILIDAD DE GOBERNAR POR DECRETOS EN PANDEMIA: EL CASO PARAGUAYO

**Por Laura Araujo Lopoja, Katherine Carmagnola Martínez,
Ruth Domínguez Kallus, Patricia Hahn Gómez,**



Esther Pereira Rivas y Milena Rodríguez Coronel¹⁶³

SUMARIO

1. Introducción. 2. Contextualización de la República del Paraguay conforme al ordenamiento jurídico. 3. Pandemia y crisis sanitaria en el Paraguay. 4. Gobierno por decreto: ¿Es factible un gobierno por decretos? 4.1. Inconstitucionalidad de los Decretos. 4.2. Inconvencionalidad del actuar estatal. 5. Conclusión. 6. Referencias.

RESUMEN

La presente investigación se desarrolla en el marco de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los decretos y resoluciones dictados a raíz de la pandemia del COVID-19 en Paraguay, en donde se identifica la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

En consecuencia, se presenta un estudio sobre los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad de las restricciones de derechos en situaciones

¹⁶³ Trabajo de investigación presentado en el II Concurso Internacional Junior de Justicia Constitucional, realizado en el marco del V Congreso Mundial de Justicia Constitucional y organizado por la Asociación Mundial de Justicia Constitucional en Noviembre del 2021, en representación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Campus Itapúa, obteniendo el Primer Puesto. Fueron tutoras del equipo de investigadoras la Mg. María Haydee Closs Pedrozo y la Abg. Gloria Camila Ubeda Cortti.



excepcionales, analizando la aplicación del principio pro persona, el orden de prelación de leyes y el recíproco control que debe existir entre los distintos poderes del Estado.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado paraguayo ha pasado por distintos momentos históricos que implicaron modificaciones a su sistema político y social. En los años comprendidos entre 1954 y 1989 vivió el gobierno dictatorial cívico - militar más largo de América del Sur, caracterizado por la declaración constante de estado de excepción que facultaba al Poder Ejecutivo a gobernar de manera autoritaria, violando derechos humanos. Dentro de esta coyuntura, en el año 1992 la Asamblea Nacional Constituyente sanciona la primera constitución democrática del Paraguay, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

El último evento histórico refiere a la situación vivida por la pandemia del COVID-19, el cual paralizó al mundo por su letalidad y rápida propagación. En este contexto, el Estado paraguayo, por medio de decretos y resoluciones, adoptó medidas preventivas con el fin de proteger la vida de las personas y mitigar los posibles efectos de un inminente colapso sanitario. Las mencionadas medidas consistieron, en su mayoría, en la restricción del goce de Derechos Humanos, dictadas en



su totalidad por un solo Poder del Estado, centralizando todas las atribuciones en un solo órgano.

En consecuencia, se busca determinar la viabilidad del gobierno por decreto y la inconstitucionalidad e inconveniencia del mismo, a través de un análisis de las medidas adoptadas por el Estado Paraguayo para hacer frente a la pandemia del COVID-19 y sus posibles repercusiones en la sociedad.

2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY CONFORME AL ORDENAMIENTO POSITIVO

Paraguay a lo largo de su historia vivió diversos momentos que significaron modificaciones sustanciales en la vida de las personas, uno de ellos fue la adopción de la primera Constitución democrática en 1992, producto de la concretización de un nuevo pacto social, vigente hasta hoy. Esto fue así ya que, durante 35 años, el pueblo paraguayo vivió en una dictadura cívico - militar, caracterizada por la supremacía del Poder Ejecutivo y la violación de Derechos Humanos.

El quiebre del régimen dictatorial derivó en la constitución de una República democrática, representativa, participativa y pluralista, cuya forma de



Estado es unitario, indivisible y descentralizado¹⁶⁴. En ese sentido, el Estado se divide en tres Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y se realiza un mutuo control del desempeño de sus funciones, asimismo, impide la atribución de facultades extraordinarias a los mismos¹⁶⁵.

Esta nueva legislación se funda en el reconocimiento de la dignidad humana, la cual implica la posibilidad de que el ser humano viva con la libertad de autodeterminarse, lleve una vida digna, y no sufra discriminaciones que dañen su integridad física, moral y social¹⁶⁶.

El Estado paraguayo es soberano e independiente, estableciendo como norma suprema la Constitución¹⁶⁷. Sin embargo, los tratados, convenios y acuerdos internacionales integran su derecho positivo, admitiendo el orden jurídico supranacional con el fin de garantizar la vigencia de los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo en lo político, económico, social y cultural¹⁶⁸. En este orden, Paraguay ha suscrito numerosos tratados internacionales en

¹⁶⁴ Constitución Nacional de la República del Paraguay, Artículo 1, Año 1992.

¹⁶⁵ Constitución Nacional de la República del Paraguay, Artículo 3, Año 1992.

¹⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 291 - 16, Año 2016.

¹⁶⁷ Constitución Nacional de la República del Paraguay, Artículo 137, Año 1992.

¹⁶⁸ Constitución Nacional de la República del Paraguay, Artículo 141, Año 1992.



materia de Derechos Humanos, formando parte tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos como también del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aceptando a su vez la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. PANDEMIA Y CRISIS SANITARIA EN EL PARAGUAY

El primer caso positivo se registró en Paraguay el 07 de marzo de 2020, generando un ambiente de incertidumbre. En consecuencia, tres días después, el Estado paraguayo estableció las medidas restrictivas a los efectos de evitar la expansión del virus en el territorio nacional, a través de una resolución del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social¹⁶⁹. En ese sentido, dispuso la suspensión de cualquier tipo de evento y/o actividad social y educativa que implique la aglomeración de personas por un plazo de 15 días.

El 16 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo declaró Estado de Emergencia Sanitaria fundado en la Ley N° 836/1980 del Código Sanitario¹⁷⁰. A través de este

¹⁶⁹Resolución SG N° 90 del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social Por la cual se establecen medidas para mitigar la propagación del coronavirus de fecha 10 de marzo de 2021.

¹⁷⁰ Decreto N° 3456 Por el cual se declara estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional para el control del cumplimiento de las medidas sanitarias dispuestas en la implementación de las



decreto, el Ministerio de Salud Pública dispuso el aislamiento preventivo general de la población en cuarentena sanitaria, con restricción de circulación en determinados horarios.

Posteriormente, el 20 de marzo de 2020, tras la confirmación de la circulación comunitaria del virus, se declaró la cuarentena total, lo cual implicó la restricción absoluta de la libre circulación de las personas, a excepción de los casos de emergencia expresa y taxativamente dispuestos por el Poder Ejecutivo; a partir de ese momento se aplicaron sanciones por inobservancia de las medidas¹⁷¹. Cuatro días después, Paraguay se aisló completamente con el cierre de fronteras.

Una de las medidas adoptadas por Paraguay fue la promulgación de la Ley N° 6524/20 que otorgó al Poder Ejecutivo la facultad de hacer cambios presupuestarios y la contratación de empréstitos hasta el monto de mil seiscientos millones de dólares americanos (US\$ 1.600.000.000)¹⁷², con el fin de poner en condiciones el

acciones preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19) de fecha 16 de marzo de 2020.

¹⁷¹ Decreto N° 3478 Por el cual se amplía el Decreto N° 3456/2020 y se establecen medidas sanitarias en el marco de la emergencia sanitaria ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional de fecha 20 de marzo de 2020.

¹⁷² Ley 6524/20 Declara estado de emergencia en todo el territorio de la República del Paraguay ante a pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud a causa del COVID-19 o Coronavirus y se establecen



sistema de salud ante el inminente colapso. Contrario a su fin, al momento de distribución de los fondos, el Ministerio de Salud recibió solo el 7%, utilizándose gran parte de lo restante en el pago de salarios y otras cuestiones ajenas al sistema de salud¹⁷³.

Ante la ineffectividad de las soluciones brindadas por el Gobierno, las medidas restrictivas se tornaron insostenibles, por lo que el 03 de mayo de 2020 el Estado dispuso la flexibilización de las medidas a través de cuatro fases de la denominada “Cuarentena inteligente”; que pretendía el levantamiento paulatino y gradual de las restricciones e incorporaba parcialmente a los diversos sectores de la sociedad a sus funciones y actividades¹⁷⁴. Asimismo, las diversas fases fueron habilitándose de forma normal, lo cual implicó un avance en el reintegro de las actividades cotidianas de las personas. Sin embargo, fue el principio del colapso del deficiente sistema sanitario.

medidas administrativas, fiscales y financieras; de fecha 25 de marzo de 2020.

¹⁷³ ÚLTIMA HORA, (Marzo 12, 2021), “Gobierno utilizó USD 538 millones de los USD 1.600 para pago de salarios: <https://www.ultimahora.com/gobierno-utilizo-usd-538-millones-los-usd-1600-pago-salarios-n2931756.html>

¹⁷⁴ Decreto N° 3576 por el cual se establecen medidas en el marco de la emergencia sanitaria declarada en el territorio nacional por la pandemia del coronavirus (COVID-19) correspondiente a la fase 1 del plan de levantamiento gradual del aislamiento preventivo general (cuarentena inteligente) de fecha 03 de mayo de 2020.



El Ministerio de Salud registró un ascenso desmesurado de contagios como consecuencia del deficiente sistema de salud debido a la malversación de fondos que estaban destinados a abastecerlo, así también, la falta de políticas públicas para responder a las necesidades de las personas ante la limitación y restricción de los derechos. Cabe resaltar, que la disconformidad de la sociedad ante la gestión estatal, derivó en protestas sociales que exigían condiciones mínimas que garanticen el goce de sus derechos fundamentales para subsistir.

En esta coyuntura, el gobierno paraguayo dictó un total de 129 decretos, desde el 09 de marzo de 2020 hasta el 12 de octubre de 2021, por los cuales se establecieron medidas para mitigar la propagación del COVID-19 pero que impactaron en el goce y disfrute de derechos. De esta manera, durante diecinueve meses, el Estado se caracterizó por contar con una forma particular de gobernar: el gobierno por decretos.

4. GOBIERNO POR DECRETOS: ¿ES FACTIBLE UN GOBIERNO POR DECRETOS?

Durante la pandemia del COVID-19, el Poder Ejecutivo fundó sus actuaciones en la Constitución Nacional y en el Ley N° 836/80 "Código Sanitario",



pronunciándose a través de decretos y resoluciones que, si bien poseían carácter excepcional, vulneraron derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Carta Magna y los convenios internacionales.

4.1. Inconstitucionalidad de los decretos

En este contexto, el artículo 238 de la Constitución Nacional faculta a quien ejerce la Presidencia de la República a dirigir la administración del país¹⁷⁵. Así mismo, la norma concede al Presidente la facultad de dictar decretos que, para su validez, requieren el refrendo del Ministro del ramo¹⁷⁶.

Todos los decretos dictados en Pandemia se fundan en estas atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, estando facultado el Presidente de la República a adoptar este tipo de decisiones para la mejor administración y dirección del Estado, conforme a las directivas dadas por el Ministro de Salud, al tratarse de una situación que ponía en peligro la vida y salud de las personas en general.

Por el otro lado, las actuaciones del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social se enmarcaron en la Ley 836/1980 “Código Sanitario”, en razón a que la norma

¹⁷⁵ Constitución Nacional de la República del Paraguay, Artículo 238, inciso 1, Año 1992.

¹⁷⁶ Constitución Nacional de la República del Paraguay, Artículo 238, inciso 5, Año 1992.



reconoce la potestad de dicha institución de ordenar todas las medidas sanitarias necesarias que tiendan a la protección de la salud pública¹⁷⁷, y que para ello arbitrará las medidas para disminuir o eliminar los riesgos de enfermedades transmisibles, mediante acciones preventivas, curativas y rehabilitadoras, que tiendan a combatir las fuentes de infección en coordinación con otras instituciones¹⁷⁸.

A su vez, la misma legislación faculta al Poder Ejecutivo a que, en caso de epidemias o catástrofes, declare en Estado de emergencia sanitaria la totalidad o parte afectada del territorio nacional, determinando su carácter y estableciendo las medidas procedentes, pudiendo exigir acciones específicas extraordinarias a las instituciones públicas o privadas, así como a la población en general¹⁷⁹.

Estos fundamentos jurídicos fueron utilizados como base y sustento de las medidas adoptadas y las restricciones de derechos. Sin embargo, para legitimar aún más dichas actuaciones, tanto los Decretos como las Resoluciones se basaron en el artículo 68 de la Constitución Nacional, el cual dispone que el Estado es el principal garante en la protección y promoción de la salud de las personas como un derecho humano

¹⁷⁷ Ley 836/80 "Código Sanitario", Artículo 25, Año 1980.

¹⁷⁸ Ley 836/80 "Código Sanitario", Artículo 26, Año 1980.

¹⁷⁹ Ley 836/80 "Código Sanitario", Artículo 13, Año 1980.



fundamental para el individuo y en interés de la comunidad, motivo por el cual expresamente se dispone que todas las personas estarán obligadas al acatamiento de las medidas sanitarias que se establezcan por ley, dentro del respeto de la dignidad humana.

Sin embargo, a pesar de haber fundado las actuaciones estatales en pos de la defensa del derecho a la salud, la propia Constitución Nacional claramente determina la forma en que debe proceder el Estado: el propio artículo 68 de la Ley Suprema de la República del Paraguay dispone que las medidas sanitarias deben ser formuladas en una Ley, más no de la manera como se ha descrito en los antecedentes y el contexto de la presente investigación.

En estas condiciones, se debe traer a colación el principio pro persona, según el cual ante la necesidad de restringir derechos, se debe aplicar una interpretación restringida de la norma¹⁸⁰, por lo cual debe entenderse que el término “LEY” hace alusión a aquella que es adoptada por el Poder Legislativo dentro de la configuración que presenta el Estado paraguayo.

Así mismo, al analizar la forma en que el Estado Paraguayo debía proceder para debidamente restringir los derechos, se debe traer a colación el orden de

¹⁸⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos comentado, Konrad Adenauer Stiftung, Año 2014.



prelación de las leyes, conforme el artículo 137 de la Constitución Nacional.

En la configuración normativa de la Constitución Nacional se establece que la misma tiene primacía sobre las demás leyes que conforman el ordenamiento jurídico. Por ende, un decreto o una resolución no pueden restringir derechos garantizados en la Carta Magna al ser de un orden jerárquico inferior, considerando además que no cumple con el procedimiento establecido para tal efecto.

Con estos presupuestos, desde el 09 de marzo del 2020 la República del Paraguay restringió derechos constitucionales al gobernar a través de decretos y resoluciones ministeriales. Desde ese momento se puede afirmar con fundamento que el actuar estatal es sencillamente inconstitucional.

A esta premisa se le debe sumar que el poder constituido del Estado tiene límites y siempre debe ser objeto de control y fiscalización. En estos términos, el artículo 3 de la Constitución Nacional paraguaya establece la división de poderes, determinando claramente que el ejercicio se realizará en *“un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control”*¹⁸¹. En este sentido, el Dr. Juan Carlos Mendonca

¹⁸¹ Constitución Nacional de la República del Paraguay, Artículo 3, Año 1992.



(1998) expresa que *“la distribución proporcionada del poder, pueden ejercer el poder de modo efectivo y sin obstáculos, pero de manera controlada y limitada ninguna predomina sobre la otra pero cada una se ejerce hasta su mismo límite”*¹⁸².

Con estas consideraciones, durante la pandemia del COVID-19 las resoluciones restrictivas fueron emanadas, en su totalidad, por un solo Poder del Estado, el Poder Ejecutivo, sin que se haya observado un control y pronunciamiento de los otros Poderes respecto a las normativas que rigieron la vida de los paraguayos y paraguayas por diecinueve meses. Esta situación demuestra la carencia de mecanismos adecuados para la consolidación del sistema de división y control recíproco de poderes, contexto que debe ser analizado bajo el debido control de constitucionalidad.

Según lo expresa el Dr. Palacios Fantilli (2014), el control constitucional constituye *“la principal herramienta de equilibrio y conservación del sistema político-constitucional en pos de la preservación de la supremacía de la Constitución”*.¹⁸³ En estos términos, es el mecanismo por el cual todo acto u norma debe necesariamente ajustarse a la Constitución Nacional,

¹⁸² Mendonca J.C.; El Equilibrio del Poder, p. 28, Año 1997.

¹⁸³ Palacios Fantilli J.M.; Control Constitucional en el Paraguay, Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales, en Derecho Procesal Constitucional Garantías Fundamentales, Constitución y Proceso, p. 204, Año 2014.



reafirmando su supremacía en función al respeto y protección de los derechos humanos (Villalba Bernié, 2021)¹⁸⁴.

Conforme a la plataforma fáctica desarrollada, y en el caso del control de los poderes del Estado paraguayo, se puede determinar que no existió un estudio y ajuste del contenido de los decretos presidenciales, así como en la normativa legal nacional no se establece un medio efectivo de impugnación y declaración de inconstitucionalidad a disposición de otro poder estatal.

Por ende, si los poderes del Estado paraguayo no cuentan con los medios necesarios para observar, controlar y corregir aquellas actuaciones que se separan de lo establecido por la Constitución, no es viable que el citado equilibrio de poderes se sostenga, habiéndose constituido por casi dos años una suerte de dictadura presidencial.

4.2. Inconvencionalidad del actuar estatal

El Estado paraguayo, con la ratificación e incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a su ordenamiento positivo interno, reconoce y acepta el control de convencionalidad como

¹⁸⁴ Villalba Bernié P.D.; Derecho Procesal Constitucional Contenidos Esenciales, p. 91, Año 2021.



mecanismo de regulación de sus actuaciones y decisiones.

En este contexto, el artículo 141 de la Constitución Nacional integra al ordenamiento positivo interno aquellos tratados aprobados por ley. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, debidamente ratificada, forma parte del ordenamiento jurídico interno, dando pie al estudio del control de convencionalidad. A través de este mecanismo se busca el pleno ejercicio y la correcta implementación de las políticas estatales para el desarrollo pleno de los derechos que consagra, existiendo la posibilidad de ser sometido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Considerando la situación mundial provocada por la pandemia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, haciendo uso de sus facultades consultivas y apuntando siempre al cumplimiento de la Convención, estableció estándares y recomendaciones para los Estados ante la pandemia del COVID - 19, a fin de evitar la propagación del virus y proteger los Derechos Humanos. Así mismo, establece que, en caso de darse la suspensión de garantías u obstaculización del desarrollo



pleno de algún Derecho, la medida debe justificarse en la preservación del derecho a la salud y concordantes¹⁸⁵.

Es menester señalar que, para la suspensión de garantías convencionales, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos faculta expresamente a los Estados partes suspender las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, cuando por casos de guerra, peligro público u otra emergencia se encuentre bajo amenaza la independencia o seguridad del Estado¹⁸⁶.

Dicha facultad se ajusta a lo expresado por el Dr. Pedro Nikken (1994), quien claramente explica que los derechos humanos no tienen un carácter absoluto, sino que pueden ser limitados o restringidos, ya sea en circunstancias normales como también en situaciones extraordinarias, tal como fue la pandemia del COVID-19¹⁸⁷.

Sin embargo, las limitaciones deben obedecer y ajustarse a estándares exigidos en esta materia¹⁸⁸: el Estado Paraguayo, como miembro de la Organización de los Estados Americanos, notificó la suspensión de

¹⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2020, de fecha 10 de abril de 2020.

¹⁸⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 27, 1989.

¹⁸⁷ Nikken Pedro, Estudios Básicos de derechos humanos, 1994.

¹⁸⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 27, 1989.



garantías a las instancias correspondientes¹⁸⁹. Sin embargo, no se debe ceñir el estudio del control de convencionalidad a este hecho, sino debemos traer a colación el artículo 30 de la Convención, el cual establece que toda restricción estatal debe aplicarse conforme a la ley aplicada para el caso excepcional¹⁹⁰.

En estos términos, nos encontrábamos ante una situación excepcional actual, razón por la cual el gobierno paraguayo emitió de forma periódica decretos y resoluciones con las medidas sanitarias y las restricciones correspondientes, a fin de evitar el contagio y las graves consecuencias de la circulación comunitaria del COVID-19.

Sin embargo, y como ya se ha expuesto en los argumentos de la inconstitucionalidad del actuar estatal, el Estado paraguayo no ajustó su actuación a los parámetros del artículo 30 de la Convención Americana, en razón a que las restricciones no se encontraban en una ley, en concordancia al artículo 68 de la Constitución Nacional.

Por ende, se concluye que, ante la situación derivada de la pandemia, el Estado violó la Constitución y tratados internacionales, sin aplicar los mecanismos

¹⁸⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores, Nota de Comunicación N° 242-20/MPP/OEA, de fecha 08 de mayo de 2020.

¹⁹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 30, 1989.



establecidos para el control de las actuaciones; vulnerando irreparablemente derechos humanos: 16.247 personas pagaron con su vida la inoperancia del gobierno.

5. CONCLUSIÓN

Atendiendo a los hechos y análisis argüidos en la presente investigación, se puede considerar que, conforme a los deberes y atribuciones de los distintos poderes del Estado, así como las obligaciones asumidas por Paraguay en el ámbito internacional, existen mecanismos nacionales e internacionales a fin de salvaguardar la supremacía de la Constitución y la garantía y vigencia de los Derechos Humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales.

A raíz de lo acontecido por la pandemia, el gobierno paraguayo dispuso medidas sanitarias y restricciones irreflexivas a través de decretos y resoluciones que aislaron a las personas, con el fin de evitar la propagación del virus COVID-19 por todo el territorio nacional. Si bien las medidas restrictivas pretendían un fin legítimo y constitucional, la forma en la que fueron dictadas derivó en la vulneración de derechos fundamentales.

En Paraguay, según la normativa estudiada, es válido afirmar que los decretos dictados por el Poder



Ejecutivo son inconstitucionales e inconventionales. Según los hallazgos de la presente investigación, el Estado no dispone de mecanismos efectivos para el recíproco control entre poderes, suponiendo una gran problemática que evidencia la fragilidad y riesgo del sistema político-constitucional del mismo.

A fin de consolidar la aplicación efectiva del recíproco control que señala el artículo 03 de la Constitución Nacional, como una de las posibles soluciones a esta problemática se propone la imperiosa necesidad de otorgar mayor competencia a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a fin de analizar y declarar de oficio la constitucionalidad y convencionalidad con efecto erga omnes de normas, actos o repertorios legales que vulneran derechos humanos.

De todo lo expuesto se concluye que, si el Estado hubiera aplicado a las medidas restrictivas los controles de constitucionalidad y convencionalidad exigidos para esta situación excepcional, habría analizado los alcances de las restricciones y, consecuentemente, ajustado su actuar a los estándares constitucionales y convencionales. Por el contrario, la República del Paraguay no garantizó la dignidad humana y no evitó que más de dieciséis mil personas paguen el precio más alto que pudiese existir: la vida.



6. REFERENCIAS

- Constitución Nacional de la República del Paraguay, 1992, Paraguay.
- DUARTE RECALDE, Liliana Rocío y FILARTIGA CALLIZO, Camilo; *La Política Paraguaya en Cuarentena: Regresión Autoritaria en contexto de Pandemia*. En CODEHUPY Derechos Humanos en Paraguay 2020, Asunción, Paraguay, ARANDU Editorial, 2020.
- FRANCO MANCUELLO, Shirley Diana, Los amparos constitucionales para internaciones en terapia intensiva en Paraguay: ¿activismo judicial o judicialización de políticas?, Agenda Estado de Derecho, 1, junio-2021, <https://agendaestadodederecho.com/los-amparos-constitucionales-para-internaciones-en-terapia-intensiva-en-paraguay/>
- Ley N° 836/1980 del Código Sanitario, 1980, Paraguay.
- MENDONCA BONNET, Juan, *El equilibrio del poder* en la Constitución Nacional de 1992, en, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Comentario a la Constitución, Asunción, Servicios Gráficos del Poder Judicial, 1998.
- PALACIOS FANTILLI, Juan Martín, Constitución: Garantías Fundamentales, Constitución y Proceso, 2014.-
- Resolución S.G. N° 90, Asunción, 10 de marzo de 2020, Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, Poder Ejecutivo, Paraguay.
- San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)



- STIFTUNG, Konrad Adenauer, Convención Americana sobre Derechos Humanos comentado, 2014.
- ÚLTIMA HORA. Noticias de Paraguay las 24 horas en Última Hora. Gobierno utilizó USD 538 millones de los USD 1.600 para pago de salarios. <https://www.ultimahora.com/gobierno-utilizo-usd-538-millones-los-usd-1600-pago-salarios-n2931756.html>
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo, Derecho Procesal Constitucional Contenidos esenciales, 2a. ed., Asunción, LA LEY, 2021.







★
Universidad
— Católica
Nuestro Señor de la Asunción
CAMPUS ITAPÉA



CAMPUS ITAPÉA
Facultad de Educación



ACTIO