

COMENTARIO A LA CONSTITUCIÓN

TOMO II



Homenaje al Décimo Aniversario

EMILIO CAMACHO
LUIS LEZCANO CLAUDE
(COMPILADORES)



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**COMENTARIO A LA
CONSTITUCIÓN**

TOMO II

Homenaje al Décimo Aniversario

**EMILIO CAMACHO
LUIS LEZCANO CLAUDE
(COMPILADORES)**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**Año 2002
Asunción - Paraguay**

© Corte Suprema de Justicia. "Comentario a la Constitución. Tomo II. Homenaje al Décimo Aniversario". Asunción - Paraguay.

DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa.

Primera edición: 1.000 ejemplares.

D342 COMENTARIO A LA CONSTITUCIÓN. TOMO
 II. HOMENAJE AL DÉCIMO ANIVERSARIO

COR

Corte Suprema de Justicia

Asunción - Paraguay

Edición 2002. p. 524

COORDINACIÓN

Emilio Camacho

Luis Lezcano Claude

COMPAGINACIÓN

División de Investigación, Legislación y Publicaciones (CIEJ)

Luis Lezcano Claude, Director

Geraldine Cases, Investigadora

Rosa María Giagni de Scavone, Investigadora

Carmen Montanía de Ruiz, Investigadora

Silvia Ramírez Cardozo, Asistente de Investigación

Impresión: EDITORA LITOCOLOR S.R.L.

Telefax: 203 741 - -213 691 - Asunción

ÍNDICE GENERAL

Índice de abreviaturas	11
Presentación	13
DEL SISTEMA PRESIDENCIAL AL SISTEMA PARLA- MENTARIO. Juan Carlos Mendonça Bonnet	19
1. Introducción	19
2. Diferencias entre ambos sistemas	20
3. Desventajas del sistema presidencial	22
4. Los partidos políticos en nuestro sistema presidencial	30
5. Ventajas del sistema parlamentario	33
6. Conclusión	39
Bibliografía	41
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO PRO- CESO PENAL. LA PRESUNCIÓN O ESTADO DE INO- CENCIA. Jorge Enrique Bogarín González	45
1. Introducción	45
2. Las garantías básicas del proceso penal	48
3. Principio del juicio previo	48
4. Principio de inocencia o de no culpabilidad	51
5. La reprochabilidad	55
6. Conclusión	60
Bibliografía	61
LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ANTE LA PROTEC- CIÓN DE LA SOCIEDAD Y DEL PATRIMONIO PÚBLICO. Emilio Camacho	65
1. Introducción	65
2. 1. La presunción de inocencia en la legislación penal	67
2. 2. La presunción de inocencia: concepto institucional y ámbi- to de eficacia	70
2. 3. El ámbito de protección de la presunción de inocencia. Su relación con la prisión preventiva y otras medidas cautelares	72
3. El Decreto N° 448. El enriquecimiento ilícito en el derecho paraguayo. Su constitucionalidad	78

INDICE GENERAL

4. Conclusión.....	85
Bibliografía	87

DECLARACIÓN DEL IMPUTADO, EVOLUCIÓN, SITUACIÓN ACTUAL, PROYECCIÓN. ART. 18 DE LA CONSTITUCIÓN. Pedro Mayor.....

1. Introducción	91
2. La inquisición.....	92
3. El humanismo.....	94
4. El Derecho europeo continental	107
5. La declaración del imputado, ¿medio de defensa o medio de prueba?.....	108
6. El derecho a guardar silencio	112
7. Del juramento al imputado.....	115
8. ¿Eficacia versus garantía?.....	117
Bibliografía	121

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL NUEVO SISTEMA PENAL. Víctor Manuel Núñez Rodríguez

1. Introducción	127
2. Derecho Penal y Constitución	129
3. Principios constitucionales de la materia penal.....	136
4. El nuevo proceso penal	146
5. El juicio oral y público.....	148
6. El Código de la Niñez y la Adolescencia.....	151
7. Conclusión.....	152
Bibliografía	153

INSTITUCIONES DE LA REFORMA AGRARIA Y EL DERECHO AMBIENTAL PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN. Carlos Fernández Gadea.....

1. Línea política de la Constitución en defensa de los recursos naturales y ambientales	157
2. Instituciones agrarias y ambientales consagradas en la Constitución	158
2. A. Reforma agraria.....	158
2. B. De la propiedad privada.....	161
2. C. Cooperativas	164
2. D. De los pueblos indígenas.....	165

3. El ambiente	167
4. La tributación y la ecología.....	171
5. Conclusión	177
Bibliografía	178

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU ALCANCE CONSTITUCIONAL. María

Elodia Almirón Prujel.....	181
1. Cuestiones generales.....	181
2. Jerarquización, balance e interpretación sistemática de la Constitución	185
3. Interacción entre los sistemas internacionales de protección y el ámbito interno	187
4. El sistema constitucional paraguayo	199
5. Gráfico sobre normativa paraguaya	207
6. Cuadro con instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por la República del Paraguay (referenciales).....	208
Bibliografía	209

LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA Y ALGUNAS CONQUISTAS DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. Soledad Villagra de

Biedermann.....	213
1. Introducción.....	213
2. La internacionalización de los derechos humanos.....	214
3. La Constitución de 1992 y su adecuación a la normativa internacional de derechos humanos	216
4. La jerarquía de instrumentos internacionales de derechos humanos en la Constitución paraguaya.....	226
5. Las obligaciones asumidas por el Estado paraguayo al ratificar instrumentos de derechos humanos.....	230
6. Derechos reconocidos e instituciones creadas en la Constitución que han devenido en avances positivos para la defensa de los derechos humanos	233
7. Del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas	234
8. El derecho a la objeción de conciencia	237
9. La garantía del hábeas data	241

Bibliografía	245
 LIMITACIONES CONSTITUCIONALES AL PODER TRI- BUTARIO. Sindulfo Blanco	
1. Introducción	251
2. Garantías constitucionales. El principio de capacidad contri- butiva.....	254
3. Prohibición de los impuestos confiscatorios	256
4. La presión fiscal total como posible fundamento de lesividad constitucional	258
5. Igualdad ante la carga pública	259
6. Anterioridad e irretroactividad de la norma (eficacia de la ley en el tiempo).....	264
7. Los elementos de la obligación tributaria como condición esencial de validez de la norma fiscal	267
8. Libertad de prensa y tributos.....	269
9. Indisponibilidad excluyente de los recursos municipales	284
10. Inmunidad recíproca entre entes públicos.....	285
11. Conclusión general.....	287
Bibliografía	288
 FUEROS O INMUNIDADES PARLAMENTARIOS. Rodrigo Campos Cervera	
1. Introducción	293
La Constitución de 1967	296
La Constitución paraguaya vigente (1991/1992)	298
2. Inmunidades parlamentarias en el Derecho Constitucional Comparado y la doctrina	301
- Constitución de Argentina	302
- Constitución de Bolivia de 1967.....	302
- Constitución de Brasil de 1988.....	302
- Constitución de Colombia de 1991.....	303
- Constitución de Costa Rica de 1975	304
- Constitución de Chile de 1991	304
- Constitución de Ecuador de 1983	304
- Constitución de Guatemala de 1985	305
- Constitución de Nicaragua de 1987	305
- Constitución de Panamá de 1983	306
- Constitución de Perú de 1979	306

- Constitución de Uruguay de 1967	306
- Constitución de Venezuela de 1999	307
- Constitución de Alemania de 1949.....	307
- Constitución de España de 1978.....	308
- Constitución de Italia de 1947.....	308
- Constitución de Francia de 1958	309
- Constitución de Portugal de 1976.....	309
Características singulares sobre el tema en el Derecho Constitucional Comparado	310
3. Inmunidad parlamentaria. Origen histórico y cuestionamiento doctrinario	311
4. Concepto de los fueros parlamentarios	313
5. Naturaleza jurídica y alcance según la doctrina y el Derecho Pretoriano.....	314
Derecho Pretoriano	316
6. Los fueros o inmunidades en el Derecho Constitucional paraguayo.....	318
Los suplentes: tienen inmunidades?.....	319
Pérdida de inmunidad o desafuero en las Constituciones paraguayas y en la Carta Política.....	320
La Constitución de 1870.....	320
La Carta Política del 40	320
La Constitución de 1967	321
La Constitución de 1992	321
7. Desafuero	322
8. Naturaleza y efectos del desafuero	322
Suspensión de los fueros en el art. 191 de la Constitución paraguaya.....	324
Senadores vitalicios. Antecedentes.....	325
Fueros o inmunidades de los senadores vitalicios	325
9. Conclusiones	329
Bibliografía	331

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS Y DESAFUERO.

Evelio Fernández Arévalos	337
1. Tutelas funcionales	338
2. Inmunidades parlamentarias	339
a) Antecedentes nacionales	340

b) Antecedentes internacionales.....	341
3. Caracteres generales y clases de inmunidad parlamentaria.....	342
Inmunidad de opinión	343
Inmunidad de detención	343
Inmunidad de proceso penal.....	343
4. Desafuero	362
4.1. Introducción	362
4.2. Derecho Comparado.....	362
4.3. Finalidad.....	364
4.4. Excepción a una regla	365
4.5. Quiénes pueden ser desaforados	365
4.6. Facultad exclusiva de cada Cámara	365
4.7. Carácter relativo (no absoluto) del desafuero.....	366
4.8. Otras características del desafuero	366
4.9. Situación y recaudos procesales antes de haberse resuelto el desafuero	369
4.10. Requisitos y procedimiento para provocar la decisión de la Cámara sobre el desafuero	372
4.11. Sujetos del desafuero.....	374
4.12. Resolución otorgando o denegando el desafuero	375
4.13. Efectos del desafuero	376
4.14. Ulterioridades.....	377
Bibliografía	379

INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS MIEMBROS DEL CONGRESO.

Luis Lezcano Claude.....	383
1. Inhabilidades	383
2. Incompatibilidades	395
3. Pérdida de investidura	401
Bibliografía	405

PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD JUDICIAL. Marcos Riera

Hunter.....	409
1. Conceptos generales.....	409
2. Naturaleza de la inamovilidad judicial.....	410
3. Alcance funcional de la inamovilidad judicial	411
4. Sistemas de inamovilidad.....	414
4.1. Sistema de inamovilidad temporal	415

4.2. Sistema de inamovilidad permanente	419
4.3. Sistema mixto	426
5. La inamovilidad judicial en el Paraguay.....	430
5.1. Alcance funcional de la garantía.....	432
5.2. Sistemas de inamovilidad	433
5.3. Confirmación e inamovilidad de magistrados	436
5.4. Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia	443
Bibliografía	449

EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS.

Manuel Ramírez.....	455
1. Introducción.....	455
2. Concepto	455
2.1. Antecedentes de la institución en el Derecho Comparado.....	455
2.2. Inglaterra.....	456
2.3. Estados Unidos de América	456
2.4. Argentina	457
2.5. Brasil.....	458
3. Antecedentes nacionales	460
3.1. Código de Procedimientos Penales de 1890	460
3.2. Ley N° 325/18: Ley Orgánica de los Tribunales	461
3.3. Ley N° 391/20: De Enjuiciamiento y Remoción de Magistrados.....	461
3.4. Ley N° 879/81: Que establece el Código de Organización Judicial.....	462
4. Naturaleza del Jurado.....	464
5. El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en el derecho vigente.....	468
5.1. El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en la Constitución	468
Características.....	469
Composición	471
Funciones.....	473
6. El procedimiento para el enjuiciamiento y la remoción de los magistrados	474
6.1. Denuncia	475
6.2. Órganos habilitados para denunciar	476

ÍNDICE GENERAL

6.3. Acusación.....	480
6.4. Causales de enjuiciamiento de magistrados.....	481
6.5. Recusación de los miembros del Jurado.....	489
6.6. Clases de procesos.....	489
7. Recursos.....	490
7.1. Acción de inconstitucionalidad.....	490
Bibliografía.....	491

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: ALGUNAS CONSIDERACIONES, NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL. LEGISLACIONES COMPARADAS. LA ESCUELA JUDICIAL. SU FUNDAMENTO E IMPORTANCIA. Federico

Callizo Nicora.....	495
1. Introducción.....	495
2. El Consejo de la Magistratura.....	496
2.1. Naturaleza.....	496
2.2. Denominación.....	498
2.3. Jerarquía constitucional.....	498
2.4. Funciones.....	499
2.5. Conclusión parcial.....	503
2.6. La Constitución y la integración del Consejo de la Magistratura.....	503
3. La escuela judicial.....	510
3.1. Finalidad.....	512
3.2. Fundamento.....	514
Bibliografía.....	518
Datos de los autores.....	519

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art. / art.:	Artículo
CE:	Constitución española
Cf.:	Compárese
CGR:	Contraloría General de la República
CIDSEP:	Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política
CN:	Constitución Nacional
CNC:	Convención Nacional Constituyente
CONAM:	Consejo Nacional del Ambiente
CP:	Código Penal
CPP:	Código Procesal Penal
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
Ed.:	Editorial
Ej.:	ejemplo
inc.:	Inciso
num.:	Numeral
op. c.:	Opus citada
op. cit:	Opus citada
P.E.:	Poder Ejecutivo
Par / pfo.:	Párrafo
PIDC y P	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
p.:	Página
Pp. / pp.:	Páginas
SEAM:	Secretaría del Ambiente
STF:	Supremo Tribunal Federal
T:	Tomo
Vol.:	Volumen

PRESENTACIÓN

Hace diez años los paraguayos lográbamos pactar una Constitución en medio de la vigencia plena de las libertades públicas, con la participación irrestricta de los partidos políticos y, por primera vez, sin presos políticos y sin proscripción ideológica de ningún tipo.

Desde entonces, la Constitución ha servido de marco rector a todo el proceso de transición política y fue sometida, en más de una ocasión, a pruebas de fuego por la intolerancia política y la incompreensión entre los paraguayos. En 1996 un alzamiento militar intentó truncar el régimen de libertad y en 1998, en menos de una semana, manos asesinas ultimaron al Vice Presidente de la República y a ocho jóvenes inocentes que defendían en la algarabía de la plaza pública, justamente, el régimen constitucional; incluso la sucesión presidencial tuvo que dirimirse con la interpretación y aplicación del derecho, que manda el art. 247 de nuestra ley suprema.

En todos estos casos, la Constitución resistió y echó a andar su mecanismo para asegurar el régimen democrático.

En ese estado de cosas, la producción bibliográfica sobre temas constitucionales, los fallos de la Corte Suprema de Justicia, los acalorados debates generados por los grandes litigios judiciales y el inusitado interés demostrado por los hombres de derecho, comenzó a gestar una Doctrina Constitucional paraguaya que lentamente comienza a echar raíces. Este fenómeno no fue posible en el marco de las Constituciones de 1940 y 1967, fundamentalmente porque el régimen autoritario hacía inútil cualquier esfuerzo jurídico de relevancia, pues siempre la voluntad autoritaria se imponía, marginando los derechos fundamentales. Hoy día, sin embargo, estos años de libertad decididamente apuntan hacia una nueva realidad en el campo del derecho, donde la ciudadanía puede comprobar que a veces el amparo de la justicia sirve para frenar los excesos del poder y que, en otras ocasiones, esa justicia no llega. Es la lucha por el derecho.

La aparición del **“Comentario a la Constitución. Tomo II. Homenaje al Décimo Aniversario”**, dando continuidad a la publicación por el quinto aniversario, busca aportar en la construcción de una doctrina constitucional y al mismo tiempo, es un reconocimiento al apoyo encontrado en la edición de 1997, que tuvo favorable acogida y se agotó rápidamente.

Los temas, cuya selección ha sido de exclusiva responsabilidad de los colaboradores, abarcan las más variadas cuestiones: la eventual conveniencia de un sistema parlamentario, la presunción de inocencia, la prohibición de declarar contra sí mismo, el nuevo sistema penal, la cuestión agraria, los derechos humanos en el sistema internacional. También se abordan temas de innegable actualidad como el régimen de inmunidades parlamentarias, las limitaciones al poder tributario, la pérdida de investidura de los miembros del congreso, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, el Consejo de la Magistratura, la inamovilidad de los magistrados, etc. El lector podrá comprobar que todos estos puntos fueron objeto de intenso debate en algún momento durante estos diez años; algunos temas permanecen abiertos, sin que se haya sentado postura definitiva.

La obra se ha estructurado siguiendo el orden establecido en la misma Constitución, lo cual sirve como esquema general, y está dirigida a estudiantes y profesionales del Derecho, a investigadores y a toda persona que se interese en profundizar sus conocimientos jurídicos.

En esta edición, se buscó mayor rigor en la edición del libro. Para facilitar la consulta del lector, se incluye un sumario en cada artículo y un índice de autores, gracias al invaluable aporte de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del CIEJ, órgano dependiente de la Corte Suprema de Justicia. De hecho, esta edición es posible gracias al apoyo de la Corte Suprema de Justicia, la cual en el marco del más absoluto respeto a la libertad de pensamiento, se hizo cargo de la publicación.

Dicen que al Estado de Derecho hay que merecerlo y que uno de los signos de la democracia frente a la autocracia, es hacer al poder visible, estimulando el diálogo, el respeto mutuo, la tolerancia entre los paraguayos. Esta reflexión crítica sobre la Constitución de 1992 aparece en momentos en que muchas voces se alzan pidiendo su reforma, mientras otras la defienden invocando que ha sido capaz de construir el periodo más largo de libertad de los últimos años. Justamente la disparidad de criterio de los autores y su distinta procedencia política e ideológica habrán de contribuir positivamente para una correcta valoración y así tomar la decisión que más convenga a la ciudadanía.

Queremos también que sea útil para el trabajo diario del hombre de derecho, que sirva a los estudiantes y que el ciudadano sepa encontrar en sus páginas una invitación al conocimiento de la Constitución. Si algo de esto se logra, estaremos plenamente satisfechos.

Nuestro sincero y especial agradecimiento a Rosa María Giagni Scavone, Geraldine Cases, Carmen Montanía y Silvia Ramírez Cardozo del Centro Internacional de Estudios Judiciales. Gracias a la eficaz colaboración y encomiable puntualidad de las mismas, este trabajo está en manos del lector.

Los compiladores

DEL SISTEMA PRESIDENCIAL AL SISTEMA PARLAMENTARIO

Juan Carlos Mendonça Bonnet

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS SISTEMAS. 3. DESVENTAJAS DEL SISTEMA PRESIDENCIAL. 4. LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN NUESTRO SISTEMA PRESIDENCIAL. 5. VENTAJAS DEL SISTEMA PARLAMENTARIO. 6. CONCLUSIÓN

DEL SISTEMA PRESIDENCIAL AL SISTEMA PARLAMENTARIO

Juan Carlos Mendonça Bonnet

1. INTRODUCCIÓN

“... ya no debemos limitarnos al análisis de las instituciones establecidas por la Constitución y los textos que la completan, sino que debemos también estudiar su funcionamiento concreto e incluir en ese estudio las instituciones de hecho no previstas en los textos. Algunos lamentan que se hayan mezclado de esta forma dos enfoques muy diferentes de los fenómenos políticos: el enfoque jurídico y el enfoque sociológico.”

Maurice Duverger

Debo confesar que cuando me propuse sostener la tesis de la necesidad de pasar de un sistema de gobierno presidencial a uno parlamentario, sabía que el análisis que iba a emprender significaba abandonar una perspectiva exclusivamente jurídica de la cuestión. Esto va en contra de mi naturaleza y de la ideología que he profesado por mucho tiempo, que me imponen mantener la pureza del análisis jurídico. La solución a mi dilema personal pasa por admitir, simplemente, que no se trata de un trabajo jurídico sino sociológico, con algún componente jurídico (a la ciencia de la sociología no le exigimos la pureza que le pedimos a la ciencia jurídica). Resuelto mi dilema me enfrenté a un problema quizá todavía más grave: mi ignorancia en materia sociológica y política. Así, este trabajo sería, pues, un atrevimiento si no fuera porque las ideas que expongo en su mayoría no son originalmente mías sino de otros que han pensado el tema con profundo conocimiento. Con la debida excusa por ello, creo importante proponer un debate que en nuestro país nunca se ha dado con la necesaria seriedad y profundidad.

A diez años de la Constitución del 92, y con la posibilidad de una reforma total de la misma, deberíamos pensar con serenidad acerca de la conveniencia del paso de un sistema presidencial a un sistema parlamentario. Ya oigo las voces que dicen que nuestra tradición es eminentemente presidencial; que no estamos preparados para un cambio tan radical; que nuestros representantes en el Congreso no son lo suficientemente buenos para un régimen parlamentario; que ese cambio implica también un cambio de estructura política y psicológica de nuestro electorado, etc. Para ser sincero, creo que las objeciones obedecen, en realidad, a que toda transformación importante produce temor y que es más cómodo mantener una actitud conservadora y tratar de resolver los problemas de manera más simple. He llegado a la convicción, sin embargo, de que nuestros graves conflictos políticos obedecen de manera muy importante al sistema de gobierno presidencial y que, en la relación costo – beneficio, es preferible asumir los inconvenientes que acarrea el cambio y no mantenernos en una situación que se volverá crónica (si ya no lo es) y con visos de empeorar todavía más.

2. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS SISTEMAS

“El sistema presidencial lleva consigo frenos muy poderosos, pero su motor es débil y no tiene acelerador”

Maurice Duverger

Para poder desarrollar convenientemente mi propuesta entiendo importante recordar, resumida y brevemente, las diferencias más relevantes entre los sistemas presidencial y parlamentario¹.

El sistema presidencial presenta las siguientes características básicas: el Presidente es elegido directamente por el pueblo; él designa sus ministros sin intervención del Congreso; representa al país y es su administrador general (es jefe de estado y jefe de gobierno al mis-

¹ Reservaremos la palabra “Congreso” para referirnos al Poder Legislativo en el sistema presidencial, y la palabra “Parlamento” para referirnos al Poder Legislativo en el sistema parlamentario.

mo tiempo); no depende del voto de confianza del Congreso y sólo puede ser destituido por Juicio Político; carece de la potestad de disolver el Congreso.

Por su parte, el sistema parlamentario se caracteriza sustancialmente por: la jefatura del estado y la jefatura del gobierno se hallan separadas en dos funcionarios diferentes (el Presidente o el Rey, y el Primer Ministro); quien gobierna realmente es el Primer Ministro y el Presidente (o el Rey) adquiere una función casi simbólica; el Primer Ministro no es elegido directamente por el pueblo, sino por el Parlamento; el Primer Ministro puede ser destituido en cualquier momento por el Parlamento a través de un voto de censura; el Gabinete Ministerial requiere la conformidad del Parlamento; el Primer Ministro puede disolver el Parlamento.

De la caracterización que antecede puede advertirse claramente la separación rígida que existe entre los dos poderes del Estado en el sistema presidencial. La justificación teórica de esta separación se encuentra en el hecho de que tanto el Presidente como el Congreso tienen la misma legitimidad democrática emanada de una elección popular, por lo que ambos se encuentran en un mismo nivel (políticamente hablando); el Presidente de la República no le debe su cargo al Congreso sino al electorado. Por el contrario, en el sistema parlamentario la separación entre el Poder Ejecutivo (Primer Ministro) y el Poder Legislativo (Parlamento) resulta no ser tan rígida en razón de que el Primer Ministro le debe el cargo al Parlamento; es más, el Primer Ministro debe necesariamente ser un parlamentario. Esta circunstancia crea una relación más estrecha entre ambos poderes y la división se hace más flexible y muchos menos nítida. De aquí se sigue también que el Parlamento pueda destituir en cualquier momento al Primer Ministro y a su Gabinete Ministerial por virtud del voto de censura. Para mantener el equilibrio, en compensación, se otorga al Primer Ministro la facultad de disolver el Parlamento y convocar a nuevas elecciones.

Sin duda que los diversos sistemas contienen matices que a los efectos de este trabajo no merecen ser remarcados. Sin embargo, quiero señalar que en nuestro sistema presidencial es notoria la su-

premacía del Congreso por encima del Poder Ejecutivo. En efecto, en la Constitución de 1992 se ha producido un evidente desplazamiento de poder a favor del Poder Legislativo en detrimento del Poder Ejecutivo, dejando a éste en una situación de cuasi subordinación que en nada favorece al régimen presidencial². Esto, entre otros elementos de juicio que se desarrollarán, nos induce a pensar que es mejor el paso al sistema parlamentario.

3. DESVENTAJAS DEL SISTEMA PRESIDENCIAL

“Paradójicamente las constituciones presidenciales incorporan dos premisas y principios opuestos. Por un lado se proponen crear un Ejecutivo estable y poderoso, con legitimidad popular y con una tendencia hacia legitimaciones plebiscitarias capaces de oponerse a los intereses particularistas representados en el Congreso, ... Por otro lado, estas mismas constituciones se basan en un temor a la personalización del poder y en la memoria del caudillismo, ... y, por lo tanto introducen un gran número de mecanismos para limitar ese poder que podría convertirse en arbitrario ...”

Juan J. Linz

El temor –fundado en atendibles antecedentes históricos– hizo que la Constitución de 1992 exacerbara los mecanismos de limitación de poder del Presidente de la República, de tal manera que el sistema ha quedado tan desnaturalizado que resulta poco menos que ineficaz como sistema de gobierno. A esto hay que agregar las características de nuestro sistema de partidos, que en nada favorece a la elección de los mejores candidatos y a la estabilidad y gobernabilidad de la República.

² Juan Carlos Mendonca Bonnet, *El equilibrio de poder en la Constitución de 1992*, Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude (comp.) Comentario a la Constitución – Homenaje al Quinto Aniversario, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1997.

Como señala Juan J. Linz, para que el sistema presidencial resulte equilibrado y eficiente es necesario tener un Presidente estable y políticamente fuerte (lo cual no significa ni autoritario ni arbitrario), si esto se ha perdido, creo que es mejor desistir del modelo. En el caso nuestro entiendo que la situación del Poder Ejecutivo es prácticamente irreversible, ya que no será posible garantizarle por medios institucionales ni la estabilidad ni la fortaleza que requiere, puesto que esto sería considerado, a la vista de la opinión pública, como un retroceso inconcebible. Así, recuperar esas dos características sólo podrá hacerse por medios no institucionales, lo cual me parece inadmisibles. En otras palabras, resulta un contrasentido tener un sistema presidencial con un Ejecutivo inestable y débil, política e institucionalmente hablando, cuya legitimidad está permanentemente puesta en entredicho. Esto es, precisamente, lo que sucede con nuestro sistema presidencial. Ante esta situación fundó mi opinión de que resulta mejor apelar al modelo parlamentario que, de por sí tiende a una mayor estabilidad y fortaleza del Poder Ejecutivo, dentro de un marco de absoluta institucionalidad democrática.

El sistema presidencial, con un ejecutivo unipersonal, implica lo que se ha dado en llamar un “régimen de suma cero”³ o de “ganador único”, ya que quien obtenga la mayoría (aunque ésta no sea absoluta o aunque la diferencia sea mínima), se lleva íntegramente todo un poder del estado: el Ejecutivo. En el régimen presidencial el Ejecutivo no se comparte. Esta característica aumenta de manera dramática la tensión y la polarización de las fuerzas políticas, dificultando enormemente la posterior gobernabilidad y, en algunos casos, la misma estabilidad del gobierno.

Ciertamente que en el régimen presidencial el pueblo elige directamente a quien lo va a gobernar y el Presidente, supuestamente, tiene un mandato directo del pueblo. Pero la verdad es que en regímenes donde no existe segunda vuelta (ballotage), como el nuestro,

³ Juan J. Linz, *Democracia: Presidencialismo o Parlamentarismo ¿Hace alguna diferencia?*, Oscar Godoy Arcaya (ed.) “Hacia una Democracia Moderna”, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990, pp. 52/53.

se puede dar el caso de que quien gana las elecciones no tenga la mayoría absoluta y que, además tenga un margen muy pequeño de ventaja frente al candidato que le sigue, por lo que la legitimidad de su mandato podría no tener tanto sustento como el que se pretende. En las próximas elecciones presidenciales casi con toda seguridad que ningún candidato habrá de obtener el cincuenta por ciento del total de votos, dada la cantidad de candidatos que es de presumirse competirán en ellas y considerando, además, las divisiones que han sufrido recientemente la ANR y el PEN. De acuerdo con la situación actual, podemos suponer que participarán en la contienda candidatos de la ANR, del PLRA, de PAIS SOLIDARIO, del movimiento independiente PATRIA QUERIDA y, tal vez, del PEN y de UNACE⁴. No es de esperarse, pues, un Presidente de la República con alto grado de legitimidad de origen, y mucho menos, un escenario de tranquila gobernabilidad.

El sistema presidencial presenta, además, la característica de su extrema rigidez en los períodos de crisis, lo cual lleva a una necesaria ruptura o quebrantamiento de la paz política de la República, y hasta de su misma institucionalidad. En efecto, resolver una crisis importante significa resolverla por medios traumáticos, ya que el sistema no tiene la suficiente flexibilidad para hacerlo de manera fácil y carece de los mecanismos aptos para facilitar una salida civilizada. Ejemplos muy recientes en Latinoamérica nos recuerdan esta situación, ya que un número considerable de presidentes elegidos en elecciones democráticas han terminado cayendo como producto de revueltas populares con intervención de las fuerzas de seguridad y con costo de vidas humanas inclusive. Recordamos, por ejemplo, los casos de Mahuad en Ecuador, Cubas en Paraguay, De la Rúa en Argentina y Chavez en Venezuela (si bien este último volvió a recuperar el poder en cuarenta y ocho horas). El tiempo es demasiado corto y el número demasiado grande para atribuirlo a una mera coincidencia, más justo sería considerar seriamente la posibilidad de que el sistema

⁴ Llamamos ANR a la Asociación Nacional Republicana (Partido Colorado), PLRA al Partido Liberal Radical Auténtico, PEN al Partido Encuentro Nacional, UNACE a la Unión Nacional de Ciudadanos Éticos (partido en formación).

tuviese una grave carencia. Hay que agregar que los siguientes presidentes también concluyeron su mandato antes del término: Collor de Mello, Alfonsín, Bucaram, Fujimori y Banzer (aunque éste por razones de salud). Lo apuntado indica, sin lugar a dudas, que el sistema presidencial en Latinoamérica no se caracteriza, precisamente, por su estabilidad. Hablando de la sustitución del presidente en el sistema presidencial, dice Linz: *“Es difícil concebir que el problema se resuelva entre los líderes políticos sin que entre el pueblo en el debate y sin hacer uso de la amenaza de instituciones no democráticas, como los tribunales y, con mayor frecuencia, la intervención política de las fuerzas armadas”*⁵.

Se suele decir que el sistema presidencial tiene un “reaseguro de permanencia”, el cual está dado por el doble mecanismo de: 1) la duración fija del mandato por cinco años (el número de años puede variar), y; 2) por la destitución a través —exclusivamente— del juicio político. Sumados estos dos factores existe una aparente estabilidad del Presidente de la República que, como se ha visto, está lejos de ser verdad en la práctica; es más, los factores señalados resultan en extremo importantes para entender la rigidez del sistema presidencial de la cual hablábamos antes y sobre la cual volveremos más adelante. Esta dificultad del cambio durante el lapso que dura el período es lo que lleva a soluciones altamente traumáticas, sobre todo atendiendo a que dicho cambio usualmente contiene, además, un componente “conspirativo”. Como se puede ver, el “reaseguro de estabilidad” del sistema presidencial se funda exclusivamente en la legitimidad de origen del Presidente ya que no se puede destituir al Presidente durante cinco años más que por juicio político, en razón de que él ha sido elegido democráticamente por el pueblo. Así, la legitimidad de origen prima por sobre la legitimidad de ejercicio, puesto que ésta sólo puede ser restaurada por medio del juicio político, con las consabidas dificultades que el mismo representa por la alta mayoría exigida⁶. Por

⁵ Juan J. Linz, op. cit., p. 64/65.

⁶ La Constitución en su artículo 225 exige dos tercios de votos de los presentes en la Cámara de Diputados para que proceda la acusación, y dos tercios de votos del total de miembros de la Cámara de Senadores para que prospere el juicio político y la consiguiente destitución del funcionario.

el contrario, en el sistema parlamentario la legitimidad de ejercicio tiene clara prevalencia por sobre la legitimidad de origen en razón de que, siendo ésta indirecta por no emanar de una votación popular, cede fácilmente ante la otra y así, cuestionada la legitimidad de ejercicio, ella puede ser restaurada sin mayores obstáculos. Es importante hacer notar que en los países latinoamericanos los Presidentes tienen el hábito de atentar frecuentemente contra la legitimidad de ejercicio; y, al volverse difícil su restauración por medios institucionales, se produce la crisis traumática del sistema.

Debemos insistir en que el “reaseguro de permanencia” puede favorecer la continuidad en el poder, pero no es necesariamente sinónimo de estabilidad política. Paradójicamente, ese “reaseguro de permanencia” puede ser causa, en muchos casos, de un estado de inestabilidad. Creo que en nuestro país esta situación puede verse con bastante claridad. El Presidente González Macchi ha enfrentado en menos de un año dos pedidos de juicio político, lo cual significa un estado de permanente inestabilidad política que no puede ser superada por culpa del “reaseguro de permanencia”. Es de suponer que la oposición seguirá insistiendo en el juicio político (que no prosperará) y que la inestabilidad continuará hasta el fin del período.

Por el contrario, en el sistema parlamentario el Primer Ministro puede no permanecer en el poder por cinco años si es destituido por un voto de censura; pero su tiempo de permanencia en el poder se caracterizará por su estabilidad, ya que apenas pierda estabilidad perderá también la permanencia. En el sistema parlamentario hay, pues, una relación directa entre permanencia y estabilidad, que no se da en el presidencial. En otras palabras, en el sistema parlamentario difícilmente pueda darse la situación de inestabilidad prolongada e indefinida de un gobernante, que es harto frecuente en los sistemas presidenciales. Al respecto dice Valenzuela: *“Por definición, un primer ministro y su Gabinete tienen más poder que un Presidente y el suyo —hasta perder el apoyo mayoritario en el Parlamento—, generándose*

*en breve tiempo una solución para el impasse político*⁷.

Es importante señalar que la estabilidad política está en directa relación con la gobernabilidad. En efecto, un sistema inestable conduce a un estado de ingobernabilidad, ya que la estabilidad es un factor fundamental —aunque no el único— de la gobernabilidad.

Por si todo fuera poco, parece recurrente la situación de que en presencia de un Presidente con liderazgo débil, éste pierda el apoyo en el Congreso con sus partidarios desvinculándose de él “*sin pagar el precio de provocar una crisis de gobierno como en un sistema parlamentario*”⁸, para prepararse para las elecciones legislativas y la próxima elección presidencial. Asimismo, el fenómeno del “abandono” es muy común en nuestro sistema, y se da de manera inexorable hacia el final del período presidencial, en el que todos los grupos toman distancia del Presidente, dejándolo prácticamente casi sin apoyo y sumiendo al sistema político en un estado de agravada ingobernabilidad, sin consecuencia importante para el Congreso, a diferencia de lo que ocurre en el sistema parlamentario, tal como se verá más adelante.

El sistema presidencial, según muchos autores, lleva “congénito” el conflicto, en razón de que tanto el Presidente como el Congreso gozan de la legitimidad propia que les confiere el hecho de haber sido ambos elegidos por el pueblo, así: “*Los conflictos entre los poderes se fundan, en última instancia, sobre el mismo principio, a*

⁷ Arturo Valenzuela, “Partidos Políticos y Crisis Presidencial en Chile: Proposición para un Gobierno Parlamentario” en *Hacia una Democracia Moderna*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 183.

⁸ Juan J. Linz, op. cit., p. 58.

saber, el mandato que ambos poderes han recibido del pueblo”⁹.

Esta “competencia” entre los dos poderes democráticos —a la que algunos autores han dado en llamar “la democracia dividida”— no presentaría mayores problemas si no fuera porque en algunas circunstancias el Poder Ejecutivo se ve en la necesidad de gobernar con un Congreso mayoritariamente opositor, que frecuentemente obstaculiza su programa de gobierno así como la adopción de medidas importantes que requieren de su aprobación. En nuestro caso tal situación puede resultar de ribetes dramáticos ya que el Congreso, según tenemos dicho, ha adquirido poderes que pueden llegar a neutralizar la labor del Ejecutivo. Este es, señala Lijphart: “... uno de los problemas básicos del presidencialismo: el problema de un Presidente en oposición a una mayoría legislativa hostil, que es probable que guíe hacia el inmovilismo y el estancamiento”¹⁰.

En el sistema presidencial generalmente se da alguna de estas dos alternativas: se tiene un Presidente fuerte (que no es sinónimo de autoritario) o un Presidente débil. En el primer caso “*el sistema es demasiado de mayoría*”¹¹, ya que el Presidente impone su criterio a través de la mayoría con la que cuenta en el Congreso, sin necesidad del consenso y con muy pocas concesiones. En el segundo, muy frecuentemente “*la regla de mayoría no es reemplazada por el consenso sino por el conflicto, la frustración y el estancamiento*”¹². La última alternativa señalada es de gran importancia en nuestro caso, ya que en el Paraguay se tiene un Presidente débil, sin que el sistema conduzca al consenso (ni siquiera ante la posibilidad del cogobierno posterior a marzo de 1999), tal como era previsible, sino al conflicto, la frustración y el estancamiento, como bien señala Lijphart.

⁹ Oscar Godoy Arcaya, “El Régimen Parlamentario: una opción política para Chile”, en Oscar Godoy Arcaya (ed.) *Hacia una Democracia Moderna*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990, p. 17.

¹⁰ Arend Lijphart, “Presidencialismo y Democracia de Mayoría” en Oscar Godoy Arcaya (ed.) *Hacia una Democracia Moderna*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990, p. 118.

¹¹ Arend Lijphart, op. cit., pp. 124 y sigtes.

¹² Arend Lijphart, op. cit. p. 128

Recordemos que la mejor democracia requiere de la participación de todos y no solamente de la mayoría en la toma de decisiones, en esto generalmente flaquea el sistema presidencial de “presidente fuerte”. Para que la democracia de mayoría tenga legitimidad es necesario, además, que garantice una verdadera alternancia del poder, y que permita que la minoría pueda efectivamente llegar a ser mayoría en un futuro próximo¹³. Mientras que el sistema de “presidente débil”, como lo tenemos dicho, lleva generalmente al conflicto y al estancamiento. En nuestro país hemos tenido la experiencia de ambas alternativas, con los resultados ampliamente conocidos por todos.

Otro elemento importante que suele señalarse se relaciona con el efecto que produce la prohibición de reelección que tienen algunos sistemas presidenciales como el nuestro. Esta circunstancia, se ha dicho, con frecuencia provoca que llegado un momento los presidentes cuentan con escaso apoyo en el Congreso, e incluso con una oposición declarada. Los partidos pierden interés en prestar apoyo activo al Presidente. Como el Presidente no puede ser reelegido, carece de la autoridad política que nace de esa posibilidad. En cierto momento hasta su propio partido puede estimar más ventajoso apartarse del Presidente y sus problemas y preparar la próxima candidatura¹⁴. La situación no parece desconocida en el Paraguay¹⁵.

De auténtica gravedad resulta la situación de un presidente sin apoyo en el Congreso. Así, Valenzuela señala: “*El dramático caso de Brasil y Argentina, donde los presidentes perdieron el poder real al perder su apoyo parlamentario, demuestra el peligro de un mandato presidencial minoritario que se prolonga sin posibilidades reales de dimitir antes de completar su período constitucional*”¹⁶. Lamentablemente en nuestro país ésta ha sido la constante en los últimos

¹³ Oscar Godoy Arcaya, op. cit., p. 36.

¹⁴ Arturo Valenzuela, op. cit., p. 181

¹⁵ Conviene recordar que el Ministro de Educación del Presidente González Macchi renuncia al cargo para lograr la presidencia de la Junta de Gobierno de la ANR y llegar por este medio a la candidatura presidencial, llevando luego a su partido a una posición crítica frente al gobierno.

¹⁶ Arturo Valenzuela, op. cit., p. 183.

tiempos. En efecto, los tres últimos presidentes han tenido que gobernar con un Congreso, en la práctica, mayoritariamente opositor, en razón de la composición de los partidos políticos.

Algunos autores cuestionan, sin embargo, las críticas hechas al sistema presidencial, confiando en la posibilidad de recuperarlo para Latinoamérica, sin necesidad de pasar al sistema parlamentario. En este sentido Dieter Nohlen propone el estudio de reformas para su adecuación funcional¹⁷.

4. LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN NUESTRO SISTEMA PRESIDENCIAL

“En lo que atañe al sistema de partidos, el hecho de que la presidencia sea la mayor recompensa política a ganar, y que sólo los partidos más grandes tengan posibilidad de obtenerla, representa un impulso fuera del multipartidismo y en dirección a un sistema bipartidista”

Arend Lijphart

Sin ánimo de hacer un análisis profundo de nuestro sistema de partidos, podemos sí indicar algunas de sus características más relevantes en cuanto guardan relación con este trabajo.

En primer lugar, hay que señalar que el nuestro fue durante bastante tiempo, en la práctica, un régimen de partido único, luego pluripartidista con tendencia al bipartidismo¹⁸, para convertirse en claramente pluripartidista desde la aparición del PEN; y con más

¹⁷ Dieter Nohlen "Sistemas de gobierno: perspectivas conceptuales y comparativas", en Dieter Nohlen y Mario Fernández B. (ed.), *El Presidencialismo Renovado*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998.

¹⁸ Aparte de la ANR y el PLRA existían otros partidos políticos que fueron perdiendo fortaleza de manera progresiva hasta carecer de toda relevancia electoral, tal como aconteció con el Partido Revolucionario Febrerista (PRF), la Democracia Cristiana (DC) y otros de todavía menor importancia.

razón ahora que se han incorporado a la arena política el partido PAÍS SOLIDARIO y el partido UNACE (en formación).

Asimismo, se trata de un régimen de “partido dominante”, ya que la ANR ha sido durante largo tiempo un partido mucho más fuerte que los demás, con una importante desproporción tanto en el caudal electoral como en los espacios de poder ocupados (Presidencia de la República, Congreso, Gobernadores, Intendentes, Juntas Municipales, Juntas Departamentales, etc.). Se trata de un partido electoralmente muy fuerte frente a otros partidos hasta ahora condenados a la oposición. Durante aproximadamente medio siglo la ANR no ha podido ser separada del poder, sin embargo los demás partidos mantienen una oposición, una discusión, un control, una crítica, un pluralismo¹⁹.

Es, también, un régimen de partidos “elásticos”, en cuanto es usual que los miembros de un mismo partido voten de manera diferente y hasta en contra sus propios partidarios, incluso en la composición de la mesa directiva de las Cámaras. En este sentido -creo no equivocarme- el más “elástico” de todos ha sido la ANR, al punto que se ha comportado en el Congreso no como un partido, sino como dos o tres partidos diferentes. Baste recordar que en la Cámara de Diputados la ANR ha tenido en el último período nada menos que cuatro bancadas, el PLRA ha tenido dos bancadas y el PEN dos bancadas desde la escisión de PAÍS SOLIDARIO²⁰. Si fuésemos a atender al número de bancadas deberíamos concluir que en la práctica existen ocho partidos diferentes en el Congreso. Esto no favorece al régimen presidencial que funciona mejor con el sistema bipartidista. Creo importante detenerme por un momento en la situación de la ANR. Este partido ha funcionado ejemplarmente (salvo una vez) como máquina electoral ya que usualmente recauda el voto disciplinado de sus simpatizantes; sin embargo, producida la elección, en el Congreso no se revela la misma unidad e inmediatamente después aparecen dentro de él una o más facciones que sistemáticamente se convierten en la

¹⁹ Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Editorial Ariel, 1980, p. 149.

²⁰ Diario ABC Color, Domingo 7 de abril de 2002, p. 4

oposición más fuerte al Presidente de la República, que pertenece su propio partido²¹. Dada esta circunstancia ningún presidente colorado ha podido gobernar en los últimos tiempos con su propia mayoría en el Congreso. La actual situación interna dentro de la ANR no nos hace pensar que éste estado de cosas vaya a cambiar luego de las próximas elecciones. Es más, la cúpula partidaria usualmente pertenece a una facción opositora, por lo que el Presidente ni siquiera cuenta con el apoyo de su propio partido. Que la ANR sea un solo partido ha sido en los últimos tiempos una mera ilusión que ahora parece desvanecerse finalmente con la aparición del partido UNACE²². Desde cierto punto de vista, la escisión parece saludable para el sistema político, desde que no hace sino sincerar una situación de hecho de larga data. Debemos recordar que la disciplina electoral de la ANR terminó por quebrarse en las últimas elecciones para Vicepresidente de la República, en las que parte del Partido Colorado (perteneciente al UNACE) votó por el candidato del PLRA. Si la división termina por concretarse, tendrá importante incidencia en la conformación del Congreso y acentuará todavía más la “democracia dividida” que vive nuestro sistema político desde hace casi una década.

En suma, como los Presidentes pertenecientes a la ANR no han podido gobernar con mayoría en el Congreso, esto los pone en la categoría de presidentes políticamente “débiles”, agréguese a esto las debilidades institucionales impuestas por nuestra Constitución y se comprenderá por qué el sistema presidencial resulta en un evidente fracaso.

Hablando de debilidades, también el sistema de partidos lo es. En efecto, aparte de su poder electoral y prebendario, los partidos carecen de la fortaleza necesaria para disciplinar a sus miembros en el Congreso, para imponer programas de gobierno, para fijar un ideario que los identifique claramente, para educar cívicamente a sus partidarios, para concitar la confianza de los electores, para influir decisiva-

²¹ La situación señalada se ha dado con Wasmosy, con Cubas y con González Macchi.

²² La división se advierte, incluso desde la época de Stroessner, en que ya existían los irreconciliables “tradicionalistas” y “militantes”.

mente en el gobierno de las autoridades locales y nacionales que pertenecen a su partido, para depurar sus cuadros directivos, para moralizar la administración pública, para colaborar en la solución de problemas nacionales, para resolver situaciones de crisis intrapartidaria, etc. En suma, nuestros partidos políticos están muy lejos de cumplir con sus funciones²³ y de ser verdaderos instrumentos de la democracia. Cuando Duverger caracteriza a los partidos de Latinoamérica señala los siguientes defectos, en mi opinión, generalmente aplicables a los nuestros: 1) recibir influencias de otras partes, como ejército, grupos de interés o de presión, sindicatos, etc.; 2) no tener una organización fuerte, articulada y permanente; se manifiestan con ocasión de elecciones y sólo sus jefes y directivos garantizan su continuidad; 3) la falta de homogeneidad y de cohesión que lleva a frecuentes disidencias y escisiones²⁴.

Para concluir con nuestro análisis del sistema de partidos, quiero agregar que se señala usualmente que el régimen presidencial lleva al elector al empleo del "voto útil", ya que al ser uno solo el ganador, no puede desperdiciar su voto en aquel que tiene pocas oportunidades de ganar. Esto produce, obviamente, una distorsión de la voluntad de voto de una parte del electorado, que se ve en la necesidad de votar no por el candidato de su preferencia, sino por el "menos malo". Esta situación no se da en un sistema parlamentario —o al menos se da en mucho menor medida—, puesto que el elector puede votar por un partido minoritario en conocimiento de que éste puede llegar al poder a través de alianzas parlamentarias.

Como puede advertirse, el escenario de los partidos políticos resulta de por sí malo y todavía peor para un régimen presidencial.

5. VENTAJAS DEL SISTEMA PARLAMENTARIO

"Si tuviéramos que resumir la diferencia básica entre el sistema presidencial y el parlamentario podríamos decir que es la rigidez que el presiden-

²³ Constitución, art. 124.

²⁴ Maurice Duverger, op. cit., p. 618.

cialismo introduce al proceso político y la mayor flexibilidad de este proceso en los sistemas parlamentarios. ... La búsqueda de un poder fuerte y la predictibilidad parecen favorecer al presidencialismo, pero, paradójicamente, eventos inesperados, que van desde la muerte del titular a serios errores de juicio, especialmente cuando se enfrentan con situaciones cambiantes, hacen el mandato presidencial menos predecible y muchas veces más débil que el del primer ministro, quien siempre puede imponer su autoridad y su legitimidad democrática solicitando un voto de confianza. Las incertidumbres de un período de transición y consolidación de régimen hacen, sin duda, la rigidez de la Constitución presidencial más problemática que la posibilidad de respuestas flexibles a una situación de cambio en sistemas parlamentarios”

Juan J. Linz

Dadas las características actuales de nuestro escenario político y constitucional, creo sinceramente que un sistema parlamentario puede contribuir enormemente a mejorar la situación, otorgándole al sistema un mayor grado de estabilidad y de gobernabilidad, así como una mayor fortaleza a un Ejecutivo extremadamente debilitado. Asimismo, considero que influirá decisivamente para un mejoramiento en el Poder Legislativo y un fortalecimiento de los partidos políticos. Podemos empezar por decir que una mayor responsabilidad política de cada uno de éstos hará que necesariamente tengan un mejor rendimiento. En efecto, al estar tanto el partido como el Parlamento “pegados” al Poder Ejecutivo, sufrirán las consecuencias electorales de un mal gobierno, y no como ahora que resulta extremadamente fácil tomar distancia del Presidente, aislarlo y cargar en él la exclusiva responsabilidad de los errores cometidos, en realidad, por toda la clase política. No cabe duda de que el paso a un sistema parlamentario requerirá, asimismo, un cambio institucional que permita elegir mejor a los miembros del parlamento y que permita, asimismo, una depuración de los cuadros de los partidos políticos, ya que ambos tendrán una relevancia desconocida en el sistema presidencial. Al

respecto dice Godoy: “*Se comprende fácilmente que tal interacción es muy diferente cuando el jefe de gobierno es elegido por el mismo Parlamento. En este caso, opera otro tipo de responsabilidad y de lealtad, porque los compromisos que los atan están enmarcados en el éxito de la gestión gubernativa misma, y no solamente en los intereses coyunturales de los grupos parlamentarios*”²⁵.

De cualquier manera, con o sin sistema parlamentario, el Congreso y los partidos políticos no pueden seguir funcionando como lo han hecho hasta ahora. Algún cambio importante deberán sufrir a corto plazo, so pena de que su creciente desprestigio los lleve a una crisis verdaderamente grave que repercutirá en todo el sistema político.

Dado que el Primer Ministro depende del Parlamento en cuanto a su elección y permanencia en el poder, resulta evidente que desaparece toda posibilidad de aquella falta de apoyo mayoritario que debilita enormemente nuestro sistema político presidencial. Así se soluciona el primer gran problema: el de la constante oposición al Presidente desde el Congreso. Si un partido político quiere ser gobierno, no le queda más alternativa que apoyar a su Primer Ministro desde el Parlamento, dado que la falta de apoyo significaría su inmediata caída. La parálisis gubernamental y el enfrentamiento entre los dos poderes queda necesariamente superada, dando lugar a un gobierno más eficiente y ágil²⁶.

Ya hemos dicho que el sistema parlamentario tiene las características esenciales de que el Poder Ejecutivo surge a partir del apoyo mayoritario que logra en el Parlamento y de que responde permanentemente ante él, de manera que si el apoyo le es retirado a través de un voto de censura debe elegirse un nuevo Primer Ministro. Así, el cambio en la mayoría parlamentaria incide inmediatamente en el Poder Ejecutivo con el nombramiento de un nuevo Gabinete Ministerial o con un llamado a elecciones para elegir un nuevo Parlamento en razón de su disolución por el Ejecutivo. De este mecanismo surge el

²⁵ Oscar Godoy Arcaya, op. cit., p. 30.

²⁶ Arturo Valenzuela, op. cit., p. 183.

"reaseguro de permanencia" del Primer Ministro. En efecto, si el Parlamento quiere destituir al Primer Ministro éste tiene la posibilidad, en contrapartida, de disolver el Parlamento y convocar a nuevas elecciones parlamentarias. Esto tiene la consecuencia de que el Parlamento no se atreverá a destituir al Primer Ministro sino por causas muy serias y cuando el partido gobernante tiene la semi plena certeza de que logrará nuevamente la mayoría en caso de ir a elecciones. Es importante señalar la circunstancia de que el abandono al Primer Ministro por el Parlamento produce casi necesariamente la disolución del mismo, por lo que dicho abandono resulta extremadamente difícil de darse. El régimen parlamentario contiene de su propio "reaseguro de permanencia" (y de gobernabilidad), más racional que el del sistema presidencial, porque abandonar al Primer Ministro significa casi con toda seguridad la disolución del Parlamento, con la consiguiente pérdida del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, situación que muy pocos partidos pueden estar dispuestos a afrontar. *"Así la disolución desempeña el papel del arma atómica en la teoría de la disuasión: es un 'disuador' destinado a impedir las crisis ministeriales"*.²⁷.

En cambio, abandonar al Presidente no significa la pérdida del Poder Legislativo, y como el juicio político exige una mayoría extremadamente alta, tampoco significará necesariamente la caída del Ejecutivo, pero sí una situación de estancamiento y de falta de gobernabilidad.

La mutua dependencia de Parlamento y Primer Ministro produce la necesaria colaboración que no se advierte en el sistema presidencial. En efecto, la imposibilidad del Presidente de la República de disolver el Congreso, priva al Poder Ejecutivo de un medio de presión altamente efectivo sobre aquél cuando requiere de la aprobación de una cuestión que el Presidente considera de vital importancia. Diferente es lo que sucede en el sistema parlamentario en el que *"plantear una cuestión de confianza sobre un proyecto permite a un gobierno parlamentario compeler a los diputados a votarlo para evitar una crisis ministerial, bien porque seguiría una disolución que ellos*

²⁷ Maurice Duverger, op. cit., p. 146.

*no quieren, bien porque el estado de la opinión pública no permite derribar el gobierno*²⁸.

La disolución del Parlamento por el Poder Ejecutivo es uno de los elementos más importantes del entramado parlamentario porque importa el contrapeso a la influencia del Parlamento sobre el Gabinete Ministerial. El Primer Ministro sin la posibilidad de la disolución se encontraría en una situación de inadmisibles desventaja ante un Parlamento que podría sustituirlo a su talante. Así, la disolución resulta ser el factor de equilibrio entre los dos poderes. Frente a un voto de censura contra el Gabinete, éste disolverá el Parlamento y será el pueblo quien decida el conflicto, en atención a sus intereses. En semejante situación resultan ser los electores los árbitros de la contienda entre Ejecutivo y Legislativo. *“El arbitraje del pueblo por medio de las elecciones generales es así la piedra angular del régimen parlamentario”*²⁹.

Como lo tenemos dicho, en el sistema parlamentario se da la situación de una mayor fortaleza del Ejecutivo —aunque parezca paradójico— que en un sistema presidencial de “presidente débil” como el nuestro. En efecto, aquél sistema contribuye altamente a la estabilidad del Ejecutivo y a la concreción de sus políticas públicas porque *“... en cada votación importante, los legisladores deben emitir su voto no sólo sobre los fundamentos del asunto en particular, sino también sobre mantener el gabinete en ejercicio: el hecho de que la mayor parte de los legisladores no quieran derribar el Gabinete muy frecuentemente otorga a éste un poder muy fuerte sobre el proceso legislativo”*³⁰.

Quiero hacer notar que nuestro sistema político se ha caracterizado por numerosas crisis muy graves en los últimos tiempos, que no han podido ser resueltas de manera satisfactoria, fundamentalmente porque no se contempla la posibilidad de que la ciudadanía medie en la situación. El Ejecutivo y el Congreso no han sido capaces de dar

²⁸ Maurice Duverger, op. cit., p. 151.

²⁹ Maurice Duverger, op. cit., p. 143.

³⁰ Arend Lijphart, op. cit., p. 121.

solución a los problemas, por lo que encuentro en la participación del elector una válvula de escape que nos proporciona el sistema parlamentario y del cual nosotros carecemos actualmente. Este es otro motivo muy importante a considerar al tiempo de reflexionar sobre el paso al sistema parlamentario.

El sistema parlamentario tiene, además, la ventaja de la no limitación en el tiempo del ejercicio del gobierno por el Gabinete Ministerial, en el sentido de que no existe prohibición de reelección, la cual conspira no solamente contra la gobernabilidad, ya que bastante tiempo antes de la finalización del período el Presidente va perdiendo poder de manera progresiva y evidente, sino también contra la consecución de un buen programa de gobierno que difícilmente pueda concluir en el breve lapso de cinco años que dura el período presidencial. Por el contrario *“un primer ministro que puede esperar que su partido o la coalición que lo apoya gane la próxima elección, es improbable que esté bajo ese tipo de presión; hemos visto a primeros ministros que han permanecido en el cargo en el transcurso de muchos períodos parlamentarios sin ningún temor a que esto constituyera un paso en dirección a la dictadura, porque existía la creencia que su remoción tendría lugar en cualquier momento sin recurrir a medios inconstitucionales. El límite de tiempo y el principio de no reelección, cuyo valor no puede ser cuestionado, significa que el sistema político tiene que producir un líder capaz y popular cada cuatro años, y que el capital político acumulado por un líder exitoso no puede ser usado más allá de ese punto”*³¹.

Finalmente, quiero indicar que el sistema parlamentario conduce, mucho más que el presidencial, a una democracia de consenso y de pactos, que resulta tan útil en los períodos de crisis y de transición. Ese consenso surgirá, en primer lugar, al tiempo de constituir gobierno, toda vez que ningún partido (o grupo) tenga en el Parlamento la mayoría necesaria para hacerlo solo. El consenso deberá seguir vigente ya que, de no darse, ello significaría la caída del gobierno. Por otra

³¹ Juan J. Linz, op. cit., p. 67.

parte, la misma “...naturaleza colegiada de las operaciones ejecutivas parlamentarias las conducen a tales pactos”³².

6. CONCLUSIÓN

Creo que nuestra Constitución de 1992 ha dado lugar a un sistema de “presidente débil” desde el punto de vista institucional, con facultades muy limitadas y sometido a mecanismos de control tan poderosos que lo convierten en un instrumento ineficaz para gobernar. A esto debemos sumar nuestro sistema de partidos y su composición en el Congreso que hace que el “presidente débil” tenga, por si fuera poco, que gobernar con un Congreso opositor. Hay que agregar el estado de crisis que se ha instalado en el sistema político y que no puede resolverse de manera civilizada y sin traumas importantes. Pero lo que es más grave aun, no puede ser resuelto por los dos poderes democráticos (el Ejecutivo y el Legislativo), lo que ha llevado a la necesidad de buscar un árbitro en el Poder Judicial. No me opongo a que el Poder Judicial oficie de árbitro en algunas pocas situaciones eminentemente políticas y cuando ya no queda otra alternativa, pero no es sano que este método se instale. Los conflictos políticos tienen que ser resueltos por los poderes políticos -entre los que está el mismo electorado-, y no por los jueces, aunque menos aun por las Fuerzas Armadas.

Recuperar el equilibrio, la estabilidad, la gobernabilidad y superar el estado de crisis creo que puede lograrse con relativa facilidad a través del sistema parlamentario. Como tenemos dicho, el Primer Ministro le devolverá al Poder Ejecutivo la fortaleza perdida; la relación de fuerzas entre Parlamento y Gabinete hará que se recupere la gobernabilidad y la estabilidad, a través de un régimen de consenso y de pactos, y; para el final lo no menos importante, el sistema parlamentario convertirá al elector en el árbitro final de cualquier crisis entre el Ejecutivo y el Legislativo, ejerciendo un eficaz mecanismo de control sobre ambos poderes, que hoy no se tiene por parte del pueblo.

³² Arend Lijphart, op. cit., p. 121.

El origen de las crisis políticas no guarda relación necesaria con el sistema de gobierno, aunque éste puede tener su influencia, lo que sí tiene estrecha relación con el sistema de gobierno es la forma de solución de esas crisis políticas y es aquí donde se advierten las flaquezas del sistema presidencial y las ventajas del sistema parlamentario. El sistema presidencial por su falta de flexibilidad y por el sistema de “democracia dividida”, muchas veces conduce a una solución no civilizada del conflicto, que concluye en enfrentamientos traumáticos no siempre exento de víctimas fatales, tal como se ha visto últimamente en nuestro continente.

BIBLIOGRAFÍA

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Editorial Ariel, 1980.

GODOY ARCAJA, Oscar, "El Régimen Parlamentario: una opción política para Chile", en Oscar Godoy Arcaya (ed.) *Hacia una Democracia Moderna*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990.

LIJPHART, Arend, "Presidencialismo y Democracia de Mayoría" en Oscar Godoy Arcaya (ed.) *Hacia una Democracia Moderna*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990.

LINZ, Juan J., "Democracia: Presidencialismo o Parlamentarismo ¿Hace alguna diferencia?", en Oscar Godoy Arcaya (ed.) *Hacia una Democracia Moderna*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990.

MENDONCA BONNET, Juan Carlos, "El equilibrio de poder en la Constitución de 1992", en Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude (comp.) *Comentario a la Constitución – Homenaje al Quinto Aniversario*, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1997.

NOHLEN, Dieter y FERNÁNDEZ B., Mario (ed.), *El Presidencialismo Renovado*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998.

THURBER, James, *La Democracia Dividida – Cooperación y Conflicto entre el Presidente y el Congreso*, Bs. As. Editorial Heliasta, 1995.

VALENZUELA, Arturo, "Partidos Políticos y Crisis Presidencial en Chile: Proposición para un Gobierno Parlamentario" en Oscar Godoy Arcaya (ed.) *Hacia una Democracia Moderna*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990.

**GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL
NUEVO PROCESO PENAL. LA PRESUNCIÓN O
ESTADO DE INOCENCIA**

Jorge Enrique Bogarín González

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. GARANTÍAS BÁSICAS DEL NUEVO PROCESO PENAL. JERARQUÍA CONSTITUCIONAL. 3. EL PRINCIPIO DEL JUICIO PREVIO. 4. LA PRESUNCIÓN O ESTADO DE INOCENCIA. 5. REPROCHABILIDAD O CULPABILIDAD. 6. CONCLUSIÓN.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO PROCESO PENAL. LA PRESUNCIÓN O ESTADO DE INOCENCIA

Jorge Enrique Bogarín González

1. INTRODUCCIÓN

El proceso penal es el producto de un sistema político. Si hablamos de un sistema político autoritario se tiene preferencia por un Sistema Inquisitivo. Si nos referimos a un sistema democrático, el mismo tiende a un sistema acusatorio.

El sistema autoritario hace del respeto a la autoridad el centro de sus objetivos. Se castiga la apariencia de falta de obediencia; "parece" que existe desobediencia y hay que castigarla conforme a este sistema. El proceso penal en ese sentido, es una herramienta, es la respuesta de la autoridad a la mera sospecha, a la apariencia que un ciudadano se ha atrevido a desobedecer a la autoridad. En este orden de cosas, el proceso en si mismo es un castigo. Podemos hablar, en consecuencia, que en estas condiciones la justicia penal destruye todo lo que toca, destruye al ciudadano y conculca sus derechos humanos esenciales.

La prisión preventiva es otra herramienta en manos del sistema autoritario. El que "parece" que lo hizo debe estar preso. He ahí la mentalidad imperante en el sistema autoritario. Predominan ideas tales como... que la justicia pasa exclusivamente por las medidas restrictivas de libertad. Constituye en dicho sistema un elemento cultural incorporado a la forma de ser y de pensar.

Por eso, cuando se habla de reforma, se hace una apuesta al cambio cultural a un cambio de mentalidad. Un estado democrático no puede tener un proceso con características autoritarias. Se habla de un cambio de sistema penal y de mentalidad. el nuevo modelo es propio de un estado democrático, el centro de todo ya no lo constituye precisamente el respeto a la autoridad.

En un sistema acusatorio tampoco se desea que existan delitos y en caso de producirse los mismos, deben ser castigados, pero deben ser castigados los delitos probados, no la mera o simple sospecha. El proceso penal no concibe al proceso como un castigo en sí mismo, sino como un espacio para averiguar si se puede castigar, no puede tener sentido, ni contenido punitivo; por tanto, es una condición para entender el cambio, que el proceso no debe ser sanción en sí mismo.

La prisión preventiva en este sistema es una medida de cautela procesal en manos de los jueces. A cargo de los mismos está su imposición, su no imposición, su revocación o sustitución. Esta medida debe ser utilizada conforme a los nuevos criterios. La ley en este sistema no impone cuando debe dictarse una prisión preventiva, sino lo deja a criterio del juez y le da unas pautas; el juez, por tanto, debe dictarla sólo cuando están dadas las causales.

En concreto, la prisión preventiva debe ser dictada y mantenida sólo en casos esenciales conforme a la ley fundamental, art. 19 C.N.; en consecuencia, es una medida cautelar, personal, provisoria y excepcional. El objetivo es asegurar el éxito de la investigación y que la persona se encuentre a disposición de los mandatos de la justicia. Obviamente, la prisión preventiva puede ser sustituida por otros mecanismos que pueden cumplir con la misma eficiencia dichos objetivos. En consecuencia, la prisión preventiva nunca puede ni debe tener el carácter de Pena Anticipada; pues ello sería inconstitucional. La comprensión de esta circunstancia es fundamental en un país que ostenta el triste récord de más del 90 por ciento de los reclusos en estado de prisión preventiva, los denominados “presos sin condena”.

Debe variar, por tanto, la actitud de los jueces; en primer lugar, no actuar como si nada haya cambiado y en segundo lugar, dictar medidas cautelares sólo cuando están dadas las pautas establecidas expresamente por el código ritual.

No debemos caer en el “facilismo” que algunas personas sostienen *“éste es un código hecho para la impunidad”* o *“es un*

código maldito". El cambio de sistema requiere un cambio profundo en la mentalidad de los miembros de la sociedad y en la actitud de los jueces a la hora de dictar medidas cautelares de carácter personal en relación a los imputados de la comisión de un delito, cuando haya suficientes pruebas y no exista otro medio de asegurar la presencia del encausado en el juicio.

Es indudable que existe una resistencia al cambio. Algunos jueces creen que esta ley los transforma en una especie de sellos de goma. El erróneo preconceito que los mismos van a convertirse en meras figuras decorativas en el nuevo proceso. Eso no es cierto; los jueces siguen siendo un elemento esencial dentro del proceso y teniendo actividad jurisdiccional sobre: medidas cautelares tales como: detenciones o prisiones, dictamiento de órdenes de allanamiento, modos de terminación de procesos, tales como sobreseimientos y si el proceso llega a juicio, el dictamiento de sentencias condenatorias o absolutorias. lo que se le descarga a los jueces son las atribuciones policiales y las cargas investigativas, las cuales, según veremos, irán sobre las espaldas de los cuerpos policiales y el ministerio público, representado por los agentes fiscales.

En consecuencia, el Estado de derecho no tolera un sistema inquisitivo. el único modelo que tolera es el acusatorio. Cabe preguntarse lo que algunos sostienen.... el sistema acusatorio genera impunidad ? Es ineficaz ?

La respuesta, a mi criterio, es un rotundo no. El estado de derecho que no tenga un sistema eficaz para luchar contra el delito no es tal. No hay estado de derecho si hay impunidad. Se modifica la "cabeza" de la responsabilidad del éxito de la persecución penal, pero la misma no debe lograrse a cualquier precio, por ejemplo a costa de la barbarie contra el imputado, el triunfo no puede lograrse a cualquier costo.

2. LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL PROCESO PENAL

La Constitución Nacional establece los Principios Fundamentales del ordenamiento jurídico-penal, es decir, los presupuestos jurídicos del “ ius puniendi” del estado y como límite, los derechos y garantías del ciudadano. En ese sentido, los derechos procesales y las Garantías del debido proceso, son principios que tienen jerarquía constitucional, a través de los distintos artículos contenidos en el título II de la Primera parte de la Ley Fundamental ¹.

3. PRINCIPIO DEL JUICIO PREVIO

Art. 17 inc. 3ro. de la C.N ... en el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a...que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso.

Art. 1° CPP... nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la constitución, el derecho internacional vigente y a las normas de este código.

¹ La inspiración de esta Constitución reposa inicialmente en el respeto a los derechos fundamentales del individuo frente al Estado, reconocidos internacionalmente a través de declaraciones, Pactos y Convenios que han servido de inspiración desde el inicio mismo del texto constitucional, y que caracteriza al constitucionalismo moderno. Prueba de ello ya es la declaración del primer artículo UNA DECLARACION DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO... la República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en ESTADO SOCIAL de derecho, unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana. Se declara asimismo que LA SOBERANIA RESIDE EN EL PUEBLO y que el PUEBLO ejerce el PODER PUBLICO por medio del SUFRAGIO.

Del principio de Juicio Previo se desprende: la legalidad del proceso por el cual toda persona tiene derecho a que se le juzgue conforme a una ley que disponga con anterioridad el procedimiento a seguir, de legalidad del delito y de la pena, por el cual la ley penal debe ser anterior a toda sanción (*nullum crimen nulla poena sine lege, stricta et previa*) y de la necesidad del proceso previo.

La idea de un poder limitado estuvo siempre ligada al principio de que ninguna persona podía ser castigada sin juicio previo. Cabe destacar el carácter eminentemente político de la garantía del juicio previo. Se refiere fundamentalmente al hecho que la imposición de un castigo, el ejercicio del poder penal del estado, está limitado por una forma, pero no “cualquier forma”. El juicio en ese sentido significa concretamente, juicio oral, público y por jurados.

El mismo art. 1º del nuevo cuerpo legal nos habla de que en el procedimiento se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración.

JUICIO, por tanto, significa oral, público y por jurados y así como el juicio tiene un contenido preciso, debe existir un proceso que conduzca al juicio. cuando la garantía constitucional hace referencia a una “*ley anterior al hecho del proceso*” no sólo nos está dando pautas concretas acerca de que ley se debe utilizar para juzgar el caso, sino que nos indica que debe existir necesariamente “un proceso” y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto. Además, así como el juicio termina necesariamente en la sentencia, el “proceso” debe preceder, también necesariamente al juicio.

El juicio debe ser preparado y controlado. La preparación del juicio (investigación preliminar—etapa preparatoria) y procedimiento intermedio o control de la acusación (etapa intermedia) así como el control de la sentencia (sistema de recursos) conforman, junto con el juicio, la totalidad del procedimiento, en sentido estricto y en un sentido amplio el proceso de ejecución de la sentencia también conforma el proceso penal y carecería de sentido establecer la garantía de juicio

previo si él no cumpliera un efecto reflejo sobre el conjunto del proceso.

El Prof. Binder² afirma que cuando se quiere mencionar el juicio republicano se habla de juicio oral, aunque la oralidad solo sea el mecanismo o el instrumento del juicio republicano. La oralidad, representa fundamentalmente un medio de comunicación: la utilización de la palabra hablada, no escrita como medio de comunicación entre las partes y el juez y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba.

En este contexto, la inmediatez se manifiesta como la condición básica que hace que esos actos y esas relaciones efectivamente permitan llegar a “la verdad” del modo más seguro posible, ya que la comunicación entre ellas y la información que ingresa por diversos canales se realiza con la máxima presencia de esas personas y en especial, con la presencia obligada de las personas que deberán dictar una sentencia luego de observar la prueba. En concreto, la oralidad, es un mecanismo que genera un sistema de comunicación entre el juez, las partes y los medios de prueba, que permite descubrir la verdad de un modo más eficaz y controlado.

Los sistemas escritos, obviamente no garantizan la presencia del juez ni la personalización de la tarea, ya que esos sistemas reproducen como una especie de vicio, la denominada delegación de funciones, teniendo en cuenta que en ellos gran parte de la actividad jurisdiccional, es realizada por funcionarios auxiliares, con lo cual se registra una escasa observancia de las Garantías Constitucionales.³

De este postulado, en consecuencia, resultan los siguientes principios: a. el juicio previo, que se exige como requisito procedi-

² Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*.

³ Debe tenerse en cuenta que en el antiguo proceso, los Jueces de Primera Instancia en el fuero penal tramitaban entre 5 mil y 10 mil expedientes cada uno, lo cual hacía prácticamente imposible el elemento INMEDIACIÓN. Los mismos sólo tomaban algunas declaraciones, prácticamente no veían a los procesados y mucho menos a testigos, peritos, etc., salvo los casos más relevantes.

mental ineludible para sanciona a una persona. Como juicio debería entonces entenderse no sólo la etapa procesal relativa al juicio oral, sino a todo acto o estado procesal, incluso a los procedimientos especiales. Por ello, la necesidad del proceso previo a la resolución definitiva que establece una condena (*nulla poena sine iudicio*), y b. ley anterior al hecho, que sustenta la legalidad del proceso, por el cual toda persona tiene derecho a que se le juzgue conforme a una ley que determine las reglas procesales aplicables. Este postulado es concordante con los principios del Derecho Penal sobre la legalidad del Delito y de la pena, por el cual la ley penal (la que describe tanto el hecho punible como la sanción aplicable) debe ser anterior al hecho (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)⁴.

4. PRINCIPIO DE INOCENCIA O DE NO CULPABILIDAD

Art. 17 inc. 1º de la Constitución: *en el proceso penal o en cualquier otro del cual pueda derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a que sea presumida su inocencia*

Art. 4º CPP: *se presumirá la inocencia del imputado, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su punibilidad. Ninguna autoridad pública presentará a un imputado como culpable o brindará información sobre el en ese sentido a los medios de comunicación social.*

Sólo se podrá informar objetivamente sobre la sospecha que existe contra el imputado a partir del auto de apertura a juicio.

El juez regulará la participación de esos medios, cuando la difusión masiva pueda perjudicar el normal desarrollo del juicio o exceda los límites del derecho a recibir información.

Es muy frecuente escuchar a Profesionales del Derecho o personas acusadas de la comisión de algún hecho punible...voy a DEMOSTRAR la inocencia de mi defendido... o “voy a presentarme a DEMOSTRAR mi inocencia”. Esto es técnicamente incorrecto des-

⁴ José Ignacio González M., *Comentarios al Código Procesal Penal*, Programa Tribunal Modelo, p. 13.

de el momento en que la Carta Magna garantiza un Estado o Presunción de Inocencia.

Los ciudadanos acusados no tienen, en principio, absolutamente nada que demostrar, ya que poseen un Estado o Presunción de Inocencia hasta que una sentencia firme declare su reprochabilidad y punibilidad, y quienes deben DEMOSTRAR LA CULPABILIDAD de dicho ciudadano son las partes acusadoras, las cuales tienen la carga de la prueba. Resulta claro, por tanto, que conforme al principio básico de que la norma es la juridicidad de las conductas y que la excepción es el obrar antijurídico y culpable y que la sanción punitiva sólo puede imponerse válidamente cuando un pronunciamiento jurisdiccional entiende reunidos los extremos típicos de la infracción punible, es que la actividad procesal parte del estado jurídico de inocencia, que sólo cesará ante la decisión de condena que implica el juicio positivo de responsabilidad penal.

La primera derivación de esta garantía, es el mandato constitucional que nadie puede ser considerado culpable sin una sentencia, obtenida en un juicio, que lo declare como tal. Por imperio constitucional, toda persona es inocente y así debe ser tratada, mientras no se declare en una sentencia judicial su culpabilidad. el juicio previo y el principio de inocencia son dos caras de una misma moneda y por tal razón las destacamos como garantías básicas del proceso penal.

El principio de presunción de inocencia o el derecho a ser tratado como inocente durante el proceso, se origina históricamente en las ideas del iluminismo. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la revolución francesa; se ha afirmado fundamentalmente que a todo hombre se lo presume inocente hasta que haya sido declarado culpable, posteriormente se extiende el principio en la declaración universal de los derechos humanos de las naciones unidas del 10 de diciembre de 1948, en formulación análoga, la Convención Americana sobre Derechos Humanos la ratifica.

La Constitución la garantiza en el art. 17 inc. 1º. Este artículo proscrib el tratamiento procesal de un imputado como culpable y prohíbe a toda autoridad pública presentarlo como tal.

Por otra parte, el Juez para condenar debe tener certeza de la autoría y responsabilidad del imputado. Si sólo tiene un conocimiento probable del hecho que se investiga o de quien fue su autor, debe absolver, aún cuando no esté íntimamente convencido de la inocencia del imputado, pues éste goza del derecho a que se presuma ese estado jurídico. Si uno vincula la obligación que tiene el juez de averiguar la verdad con el estado jurídico de la inocencia, advierte claramente que si el órgano jurisdiccional no acredita el delito que se le recrimina al imputado, el estado jurídico de inocencia permanece inalterable, y por ende, corresponde la absolución del mismo. Por tanto, en caso de duda debe estarse siempre a lo más favorable al imputado.

En este sentido, el art. 5º del nuevo Código Procesal Penal establece que... *en caso de duda los jueces decidirán siempre lo que sea mas favorable para el imputado.*

El principio “*in dubio pro reo*” aplicado a la valoración de la prueba o a la construcción de la sentencia es una de las consecuencias directas y mas importantes del principio de inocencia. la construcción o declaración de la culpabilidad exige precisión y esta precisión se expresa en la idea de certeza. Este precepto conocido desde los tiempos clásicos es consecuencia, del estado jurídico de inocencia. Aparece, expresamente consagrado en el artículo 5º del Código y dada su redacción, aparece como un mandato general para los juzgadores. Destacar este aspecto es de suma importancia ya que una errónea línea interpretativa del pasado limitaba la aplicación de la norma a la apreciación de las circunstancias fácticas al momento de la sentencia. Sin embargo, las propias palabras de la ley indican que no es ése el sentido de la disposición, ya que se refiere a que los jueces, en supuestos de duda, decidirán SIEMPRE lo que resulte más favorable al imputado, lo que obviamente refiere a los innumerables supuestos que pueden presentarse a lo largo de los procedimientos y que impliquen decisiones jurisdiccionales.

El imputado no tiene que probar su inocencia, tarea que corresponde a los órganos de persecución penal. El imputado no puede ser tratado como culpable, es una persona sometida a proceso para

que pueda defenderse esto significa que no se le puede anticipar la pena, que es la consecuencia directa de la comprobación de la culpabilidad⁵.

El nuevo Código, en consecuencia, prohíbe el tratamiento procesal de un imputado como culpable e incluso a toda autoridad a presentarlo como tal, hasta que la sentencia declare su punibilidad. La norma va dirigida a funcionarios policiales, a fiscales, jueces, eventualmente defensores y autoridades de establecimientos de reclusión preventiva. Por otro lado, establece un momento procesal desde el cual el acusado puede ser presentado como tal. Es una de las reglas del Juicio Público, que el imputado se presente al juicio como acusado, ante todas las partes y el público, con todos los derechos inherentes a él⁶.

Un Estado social y democrático de derecho debe garantizar la presunción o Estado de Inocencia del ciudadano hasta que una Sentencia declare su reprochabilidad y punibilidad. Se presumirá la inocencia del imputado, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su punibilidad. En consecuencia, quien debe probar la reprochabilidad de una persona es precisamente la parte acusadora, quien tiene a su cargo la demostración de los extremos de su acusación⁷.

⁵ La ley que previene y reprime el Enriquecimiento Ilícito establece el Principio de Inversión de la carga de la Prueba; vale decir, es el acusado quien debe probar en el proceso que ha obtenido bienes que forman parte de su patrimonio en forma legítima. Existen autores que sostienen la dudosa constitucionalidad de dicha medida teniendo en cuenta el Principio de Presunción de Inocencia, cuya derivación es precisamente la carga de la prueba a cargo de las partes acusadoras.

⁶ José Ignacio González M., op.cit. pp. 18, otros principios consecuentes con el derecho a ser considerado inocente durante el desarrollo del proceso penal, son: la interpretación favorable del beneficio de la duda, la interpretación restrictiva en la aplicabilidad de medidas preventivas de carácter personal, la carga de la prueba a costa de la acusación y la inviolabilidad del derecho a la defensa.

⁷ Constitución, art. 1º: Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y

5. LA REPROCHABILIDAD

El éxito de la política criminal moderna depende decididamente de si sus conceptos fundamentales también se imponen en la práctica penal. La medida de la pena o de la medida de corrección o seguridad es, de por sí, una decisión que incumbe a la responsabilidad del juez. No obstante, la parte general del código penal contiene en el art. 65 algunas disposiciones que señalan al juez nuevos caminos.

El Código Penal la define en el art. 14 diciendo “.....*la reprochabilidad es la reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuridicidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento*”⁸.

En los propios fundamentos de la Comisión de Legislación del Parlamento Nacional podemos apreciar que la nueva terminología se debe a las necesidades de precisión. Por ejemplo, el término “reprochabilidad” reemplaza al término “culpabilidad”, no sólo para evitar confusiones entre culpa, en el sentido de un reproche emergente de la “capacidad de motivarse según la norma”, requisito de toda punición y culpa en el sentido de una clase de delitos que se distinguen de los dolosos por ser “culposos”. La nueva Constitución consagra la presunción de inocencia en el art. 17 numeral 1 tiene su campo de aplicación en primer lugar en el procedimiento penal. Sin embargo, la regla constitucional señala también la necesidad de un presupuesto material de cada pena: la reprochabilidad.

La pena se distingue de otras formas de reacción estatal porque es expresión del reproche ético social más grave posible, que precisamente por este contenido, se puede hacer sólo a un individuo y sólo con motivo de la lesión de una norma de conducta. Por más grave que sean la naturaleza y las consecuencias de esta lesión, la razón de ser, la justificación y el contenido del REPROCHE PERSONAL

las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la DIGNIDAD HUMANA...”

⁸ Código Penal paraguayo, art. 14 inc. 1° num. 5.

SON: el hombre no ha respondido a los deberes a él impuestos por las prohibiciones y mandatos del Derecho a pesar de haber podido responder. Reaccionar con una pena sin respetar la barrera establecida por la incapacidad de motivarse según la norma lesionada significaría castigarse al ciego por no haber visto, degradaría a la persona humana al status de irresponsabilidad genérica y a ser mero objeto de la fuerza estatal. Por eso, el principio de "nulla poena sine culpa" es otra concreción de la dignidad humana que debe ser respetada por el Código Penal.

La prohibición de imponer penas sin reprochabilidad se extiende también a la imposición de una pena que excede el grado de reproche existente. Toda la tarea ardua de fijar marcos penales (y de medir una pena concreta) no sería posible sin este punto de referencia. La existencia de los presupuestos de un reproche y el "peso" del grado del reproche son los límites absolutos de cada pena.

La importancia de la reprochabilidad se puede advertir muy fácilmente al consultar el Código Penal de Teodosio González. Este código define en su art. 51 la pena como el mal que se impone al culpable y utiliza esta palabra en varios otros contextos, como, por ejemplo, en los artículos 4, 6, 17, 30 inc. 6º, 31 inc. 11 y 13 y 61. Además se refiere en algunas disposiciones como, por ejemplo en el art. 21 inc. 2º. A obstáculos insuperables para la motivación correcta; de esta manera reconoce, en principio, la existencia y necesidad de la reprochabilidad como presupuesto de la punibilidad de una conducta antijurídica. Sin embargo, no existe en el citado código ninguna definición coherente de la culpabilidad o sea reprochabilidad. En cuanto a los detalles de la reglamentación se aprecia una terminología poco homogénea que implica gran inseguridad respecto a contenido y consecuencias de este elemento. Además se encuentran disposiciones en clara discordancia con los requisitos de la capacidad de motivación según la norma lesionada. Por ejemplo, el art. 17 CP parece permitir hablar de un culpable en caso de un error de prohibición o mandato absolutamente invencible. Y para dar otro ejemplo, el art. 18 inc. 3º exime de responsabilidad criminal a una persona que comete un delito bajo la influencia de una enfermedad mental que le ha privado del uso de sus facultades intelectuales. Esto significa, que no hay lugar

para tal exención si la enfermedad ha quitado a la persona el uso de sus facultades volitivas, es decir, de la capacidad de extraer la consecuencia para su conducta de un conocimiento intelectualmente todavía posible.

Es claro, por tanto, que el principio *nulla poena sine culpa*, ha sido el norte para la reforma del Código Penal y para este código: en ese sentido, podemos apreciar los siguientes artículos art. 2 inc. 1 y 2, la reglamentación del error de prohibición art. 22, la diferenciación de los casos de un hecho antijurídico, pero sin reproche arts. 22, 23, de una mera renuncia al reproche posible, arts. 24, 256, la posibilidad de optar, por razones supra-individuales de la política criminal, por una mera eximición de la pena sin apartarse del juicio de la reprochabilidad individual de la conducta por ejemplo inc. 4 del art. 187 y naturalmente, toda la dicotomía de penas y medidas.

La reprochabilidad es una cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor, porque no la ha omitido. Se le reprocha al agente haber obrado de un modo distinto de aquel que estaba obligado, obligación que surge de la existencia de una norma de conducta, pero como esta obligación de comportarse de un cierto modo tiene calidad de imperativo, como surge de la ley, al autor que ha cometido el hecho, se le pudo haber exigido que se comportara de un cierto modo. Por no hacerlo, se le reprocha su acción, y este reproche, que es una valoración, constituye el núcleo central de la culpabilidad.

En cuanto a la *reprochabilidad* podemos decir, citando a Kaufmann, quien identifica los términos “culpabilidad” con “reprochabilidad”: “*Es reprochable el que pudiendo obrar de otra manera lo ha hecho en forma típica y antijurídica, es decir, el que tuvo capacidad para obrar de acuerdo a derecho*”⁹.

Siguiendo las enseñanzas del citado doctrinario penalista, debe entenderse que la capacidad de obrar de acuerdo a derecho, a su

⁹ Armin Kaufmann, citado por Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, pp. 79 y sgtes.).

vez, depende de los presupuestos que la condicionan: a) capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho y capacidad de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión; b) posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho.

También Muñoz Conde, se refiere al tema diciendo: "...la culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de esas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad..."¹⁰.

La Reprochabilidad tiene un fundamento intelectual y un elemento volitivo. En primer lugar, el fundamento intelectual, el autor conoce o puede conocer la antijuridicidad del hecho y, en segundo lugar el elemento volitivo, no obstante ese conocimiento, lo realiza. En síntesis, el principio significa que una persona puede ser reprochada, por no haber actuado conforme a la norma, habiendo podido hacerlo. La consecuencia es clara; si no existe Reprochabilidad no puede haber pena para la conducta. La capacidad de motivarse según la norma, es pues, un presupuesto básico. De este principio, esencialmente garantista, se deduce una serie de consecuencias prácticas en la aplicación de la ley.

Una consecuencia práctica del principio de reprochabilidad para la configuración de la parte especial es la ausencia de penas absolutas que no permiten fijar la pena concreta de acuerdo con el grado de reproche individual. En otras palabras, las disposiciones sobre las conductas delictivas prevén marcos penales que se adecuan, en primer lugar, al ilícito en general y que, además, indican máximos y mínimos que permiten al juez cumplir con el principio establecido en el art. 2 determinando la pena concreta de acuerdo con el grado de reproche individual.

¹⁰ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, *Derecho Penal. Parte General*, p. 365.

El que el fin y la justificación de la pena no resida en la retribución, es decir, en el saldo de la culpabilidad, constituye una idea básica teórico criminal. Maurach escribe al respecto que la retribución, es decir, el saldo de la culpabilidad no constituye el fin de la pena y no puede legitimar su imposición. La imposición de una pena debe basarse exclusivamente en necesidades de prevención general o especial.

La adopción del principio de culpabilidad y por ende, la distinción entre pena y medida de seguridad, hace que fundamentalmente la función político criminal del citado principio resida en la limitación del poder estatal. Con ello se sigue la tradición alemana que continua dominando la ciencia de la jurisprudencia. Dicha tradición sin embargo, no carece de defectos. Así, en no pocas ocasiones se deja de exigir la misión del concepto de culpabilidad, porque no es empíricamente verificable y porque a causa de su tradicional vinculación con la pena retributiva parece dudoso. Varios autores en Alemania, tales como los discípulos de Kaufmann, Ellscheid y Hassemmer, pretenden sustituir el principio de culpabilidad mediante el de proporcionalidad. Asimismo, algunos autores españoles como Gimbernat.

El principio de culpabilidad establece un límite a la pena excesivamente larga en la medida en que ésta sobrepasa, atendiendo a su fin de intimidación o tratamiento, el "beneficio" que le atribuyen los parámetros de la sicología social. Si todo ello, no se hace constar en la ley, se corre siempre el peligro de que el juez confunda la prevención correcta con la falsa y vaya demasiado lejos al imponer la pena. En consecuencia, la pena nunca puede superar la medida de la culpabilidad. Cualquier código penal que se precie de ser moderno no puede prescindir de ella¹¹.

La culpabilidad del reo es el fundamento de la individualización penal. En esta declaración básica se reconoce expresamente el principio de culpabilidad y se señala que en todo caso, el sentido de la pena ha de

¹¹ Claus Roxin, *El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo*.

verse también en la compensación de la culpabilidad. No se trata aquí de la culpabilidad como concepto sistemático de la estructura del delito (la culpabilidad como base de la pena) sino del injusto culpable en su totalidad (la culpabilidad en la individualización penal).

6. CONCLUSIÓN

Los derechos y garantías contenidos en la Constitución, los adoptados por ratificación de instrumentos internacionales, consagrados en este nuevo código, son verdaderos límites al uso arbitrario del poder juzgador, y por tanto, no pueden hacerse valer en perjuicio de los sujetos de tales derechos.

El Estado a través de la administración de justicia no debe destruir al ciudadano, sino protegerlo y brindarle garantías, y para ello debemos efectuar un cambio radical y revolucionario de mentalidad. Estamos, por tanto en presencia de una revolución cultural en cuanto a todo el sistema penal, un cambio de mentalidad y una nueva actitud frente al derecho.

Nos encontramos en medio de una transformación histórica de nuestro sistema penal. A partir de noviembre del 98 tiene vigencia un nuevo código de fondo y desde julio del 99 hemos ingresado a la transición de un nuevo proceso penal. La Ley N° 1286, cuya vigencia plena la tenemos desde marzo del 2000, cuerpos legales que nos llevan a nuevas formas en el procedimiento. Un procedimiento penal mucho más garantista, mucho más eficiente, que se adapta plenamente a un Estado Social y Democrático de Derecho, pero también mucho mas humano.

BIBLIOGRAFÍA

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, Ministerio Público, Editorial EL FORO, Asunción, Paraguay, Año 1995.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, con Exposición de motivos y fundamentos del anteproyecto, INECIP, Editorial El Foro, Año 1998.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, Edición 1999.

MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hamurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989.

VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner Editora S.R.L., Córdoba Argentina, 1986.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina.

PESSOA, Nelson R., *Exención de Prisión y Excarcelación*, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, Argentina, Año 1992.

VIVAS USSUER, Gustavo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomos 1 y 2, Alveroni Ediciones, Argentina, 1999.

Manual del Tribunal Modelo, Comisión Mixta, Poder Judicial.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile.

BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Edit. Astrea. Bs. As., 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Segunda edición, Edit. Tirant lo blanch libro, Valencia, 1996.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ANTE LA PROTECCIÓN DE LA SOCIEDAD Y DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Emilio Camacho

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2.1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL. 2.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: CONCEPTO CONSTITUCIONAL Y ÁMBITO DE EFICACIA. 2.3. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. SU RELACIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES. 3. EL DECRETO 448. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL DERECHO PARAGUAYO. SU CONSTITUCIONALIDAD.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ANTE LA PROTECCIÓN DE LA SOCIEDAD Y DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Emilio Camacho

Dado que la democracia es por naturaleza profunda libertad y libertad significa tolerancia, no existe forma alguna de gobierno más favorecedora de la ciencia que la democracia. La ciencia solo puede desarrollarse cuando es libre

1. INTRODUCCIÓN

En estos agitados diez años de vida de la nueva constitución, han surgido permanentemente problemas de gran incidencia en la vida institucional del país que, aparentemente, evidenciaron deficiencias o lagunas en el texto constitucional, lo que automáticamente llevó a muchos a profundizar la crítica contra la misma, como si todos los problemas fueran consecuencia de su mejor o peor redacción.

Esta situación nos obliga previamente a realizar algunas precisiones, señalando que es cierto que existen numerosas deficiencias, tanto de orden gramatical como técnico. La falta de sistematicidad en muchos casos evidencia contradicciones reales y aparentes, lagunas inadmisibles en un trabajo serio y riguroso. También cabe recordar los cuestionamientos sobre la extensión de la misma, hasta aquellas que atacan de fondo, al señalar, por ejemplo, la excesiva competencia que se concede al Congreso y a los nuevos órganos creados, tales como el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, etc. Como puede apreciarse, arrecian las objeciones, muchas veces con fundamento técnico, otras directamente como consecuencia de las pasiones políticas o personales, y otras directamente de carácter ideológico.

Después de todo, la Constitución de 1992 fue el gran pacto político de los paraguayos cuando dejaban atrás décadas de intoleran-

cia y persecución¹. La pluralidad de los representantes, la calidad esencialmente política de los mismos, las férreas instituciones que habría que desmontar para sustituirlas por otras modernas, sin que los sectores dominantes se sientan avasallados, exigía una gran capacidad de diálogo, concesiones y acuerdo, reduciéndose el espacio para la creación de calidad técnica. Como contrapartida, la nueva norma ha servido de marco al periodo democrático más largo vivido por la sociedad paraguaya en las últimas décadas, donde las libertades ideológicas, de reunión, expresión y prensa es plena, como nunca antes en nuestra historia.

Tiempo habrá para acometer las reformas y ajustes requeridos, lo que exigirá un gran esfuerzo de toda la sociedad. Por eso, es muy importante ir diferenciando las necesidades reales para el desarrollo del país, de aquellas producto directamente de la manipulación política o profesional y, al mismo tiempo, iniciar una lectura de la manera en que son interpretados y desarrollados los grandes principios constitucionales a través de las leyes, de la doctrina y la jurisprudencia.

En este artículo queremos ocuparnos de algunos puntos fundamentales para el desarrollo constitucional, donde juega un papel decisivo la formación cultural e intelectual de los operadores jurídicos² en la aplicación de los principios de nuestro ordenamiento normativo y que tienen directa relación con la calidad de nuestra vida jurídica, dada la enorme influencia que ejerce sobre la sociedad y la percepción que esta tiene, lo que afecta a la legitimidad misma del sistema democrático.

Es enorme la dificultad para escoger los primeros temas, atendiendo a la diversidad de problemas de gran importancia que se presentan, vitales para el desarrollo institucional de nuestro país. Queremos iniciar esta tarea, ocupándonos desde una perspectiva

¹ Sobre el pasado político autoritario y la incapacidad de pactos institucionales, puede verse: Euclides Acevedo y José Carlos Rodríguez, *Manifiesto Democrático*; Emilio Camacho, *Constitución y Estado de Excepción*.

² Pablo Lucas Verdú, *Sentimiento Constitucional*.

constitucional del principio de presunción de inocencia, conforme es entendido y aplicado actualmente, incluyendo el enriquecimiento ilícito y su investigación, requiriendo la justificación de los bienes por parte del afectado¹ y su confrontación con las garantías procesales.

2. 1. La presunción de inocencia en la legislación penal

A nadie escapa que la sanción del nuevo Código Penal significa un avance importante en la protección de los derechos individuales y que se trata de una puesta al día del Paraguay en el concierto de las naciones modernas², estableciendo un criterio garantista, esencialmente protector del individuo: "Código Procesal Penal. Art. 4. PRINCIPIO DE INOCENCIA. Se presumirá la inocencia del imputado, quién como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su punibilidad", disposición que viene a recoger lo dispuesto en el art. 17.1 de la Constitución "En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1) que sea presumida su inocencia", abriéndose un camino irreversible y que debe ser razonablemente encausado

La introducción en nuestra ley fundamental de varios artículos que asegura a los ciudadanos una tutela judicial efectiva podría considerarse como un exceso, una tautología, especialmente por parte de quienes defienden la tesis de una norma jurídica más breve, que se ocupe de la esencia del problema, dejando para el legislador ordinario el desarrollo posterior. Sin embargo, la experiencia demuestra que el capítulo de las garantías constitucionales es justamente el que mejor ha cumplido su finalidad y desempeña un papel relevante en el proceso de las grandes transformaciones jurídicas que estamos viviendo, acompañando la reforma judicial y permitiendo frenar las diversas argucias a que suele recurrir el poder para restringir libertades.

En esa perspectiva, considero que más allá de las conductas que impidieron un debate ilustrativo, esclarecedor de la nueva legis-

¹ Francisco José Ferreira, *Delitos contra la administración pública*, p. 119.

² F. Casañas Levi, *Lecciones de Derecho Penal*.

lación que hubiera servido para corregir defectos y darle aún más fortaleza al proceso de reforma³, es el momento de iniciar un intercambio de ideas serio, responsable y riguroso sobre los problemas que se van presentando, al menos aquellos que más afectan e interesarán a la sociedad, al tan menoscabado "interés general" consagrado en el artículo 128 de nuestra ley suprema y al sentimiento ciudadano.

Decimos esto, pues en los prolegómenos de la sanción del Código Penal las respuestas de algunos proyectistas a los diversos cuestionamientos más bien apuntaban a descalificar al adversario, tildándolo de "irracional", de profano en materia penal, etc. antes que responder la crítica y generar un debate. Nada más dañino para el desarrollo de cualquier ciencia que las descalificaciones arbitrarias, más aún cuando se trata de una legislación de indudable impacto social, de aplicación directa sobre la sociedad. Los efectos lo estamos notando actualmente, con cuestionamientos a la policía, al ministerio público, a algunas medias judiciales, el reclamo por falta de seguridad, cuando tal vez el problema no esté únicamente en la ley sino en la forma que la misma es aplicada.

Puede decirse que es natural el nivel de conflictividad en un cambio tan radical, y estamos de acuerdo con esta aseveración, pero por eso mismo debemos contribuir a determinar los principales obstáculos para la correcta aplicación de la ley penal, diferenciar de los problemas intencionadamente creados o manipulados y avanzar decididamente hacia el objetivo constitucional en materia penal: la rehabilitación del individuo y la protección de la sociedad (art. 20 CN), sin que esto sea interpretado indebidamente, olvidando el carácter eminentemente social de nuestra ley fundamental. Especialmente que la Constitución es de obligatoria aplicación para todos los magistrados, conforme lo estipula el art. 137 CN, el Código Civil, el Código Procesal, el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código de Organización Judicial. Al magistrado le está prohibido la aplicación aislada de una ley, y si surgen dudas sobre la constitucionalidad, incluso está obligado a someter a conocimiento de la Corte Suprema de

³ Los comentarios de conocidos juristas fueron publicados en Noticias y Ultima Hora, sin que hayan recibido respuesta positiva alguna.

Justicia, como lo dice el art. 562 del Código Procesal Civil y la Ley N° 609.

Valgan estas consideraciones, para indicar que el magistrado debe aplicar las normas procesales subordinándolo siempre a la normativa suprema, así como las medidas sustitutivas de prisión, la excarcelación, la prisión preventiva, etc. y aquí resulta de capital importancia señalar que el magistrado al mismo tiempo que busca la rehabilitación del individuo, debe preocuparse también de la protección de la sociedad⁴, porque así lo manda el art. 20 CN cuando dice “Del objeto de las penas. Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad”, utilizando la conjunción copulativa Y, lo que indica que no puede privilegiarse la rehabilitación en detrimento de la protección de la sociedad, ni aplastar al individuo so pretexto de proteger al colectivo social. Las garantías establecidas en la normativa suprema, tanto las individuales como las sociales, configuran un punto de referencia ineludible para todo el ordenamiento procesal, como categóricamente lo expone en un reciente trabajo el Prof. Joan Picó y Junoy⁵, debiendo ser la jurisprudencia y la doctrina muy cuidadosa en el examen de las distintas consecuencias que para el sistema procesal se desprende de la normativa suprema. La evolución del derecho pasó por diversas etapas, desde una concepción estrictamente punitiva a incorporar el concepto de rehabilitación y protección, de manera que en doctrina se sostiene que “la pena es un instrumento hoy por hoy fundamental en la lucha contra el delito y en pro de la seguridad ciudadana, pero no lo es tanto porque sea el medio más eficaz de control social imaginable, sino, en cierto modo, al revés, porque constituye una forma limitada de prevención, sometida a garantías ya irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho”⁶.

El carácter social del Estado determinado en nuestra norma suprema obliga a que el magistrado considere globalmente los dere-

⁴ Cándido Conde Pumpido, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 516 y ss.

⁵ J. Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 15.

⁶ Santiago Mir Puig, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 128.

chos en conflicto, tanto entre particulares como de estos con la sociedad: *“El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos- bienes no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales- y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos”*⁷.

También es importante recordar que está íntimamente vinculado a su forma de aplicación en el contexto internacional, al ser la República del Paraguay signataria de acuerdos y convenios internacionales que garantizan un debido proceso. El Pacto de San José de Costa Rica establece claramente en su art.8.2.Garantías Judiciales: *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad las siguientes garantías mínimas:.....*⁸ y sigue una serie de normas procesales. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 9, se ocupa del problema, contribuyendo a conformar así un poderoso escudo protector.

2.2. La presunción de inocencia: Concepto constitucional y ámbito de eficacia

La Constitución contiene varias disposiciones que se ocupan de la presunción de inocencia y que deben ser leídas en el contexto de los capítulos en que se encuentran⁹, es más, deben ser entendidas en el contexto general de la norma suprema y de los derechos que esta protege. Así, el art. 17 De los derechos procesales, dice que “En el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a : 1) que sea presumida su ino-

⁷ Santiago Mir Puig, *bid.*, p 37.

⁸ Pacto de San José de Costa Rica, art. 8.

⁹ M. Balaguer Callejón, *Op. cit.*, pp 75 y 76.

cencia, el art. 22 “la publicación sobre procesos judiciales en curso debe realizarse sin prejuzgamiento”.

Resulta evidente que la naturaleza jurídica del derecho de presunción de inocencia lo presenta como un derecho fundamental, que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, como lo tiene definido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español¹⁰ y que en forma sostenida se viene afirmando en los fallos de tribunales locales¹¹, como se evidencia con el voto del Dr. O. Paciello, “Concuerdo con la defensa en que las sentencias aquí dictadas se resienten del vicio de la arbitrariedad, por la sencilla razón de que no se fundan en probanzas que de manera firme, categórica y asertiva concluyan en la demostración de la culpabilidad de los procesados”¹². Esto se desprende de que la libertad es un valor sustantivo del ordenamiento jurídico y que su privación sólo puede darse “mediando justificación seria y pruebas inequívocas de la existencia de hechos que permitan responsabilizar al procesado de los mismos...”, pues en caso contrario la garantía se convertiría en letra muerta¹³.

En este sentido, el concepto de presunción de inocencia puede entenderse como “*el derecho a no ser condenado sin pruebas de culpabilidad o sin una actividad probatoria realizada con las debidas garantías que en alguna forma pueda entenderse de cargo*”¹⁴ y el tratamiento que en consecuencia recibe la persona., a lo que debe sumarse el especial énfasis puesto por los constituyentes para proteger las libertades individuales. Hasta aquí nada que pudiera preocupar en demasía, pues en cierta manera la Constitución del 92 no hizo otra cosa que actualizar al Paraguay en esta materia, ajustándose al proceso iniciado tras la Segunda Guerra Mundial, en la Europa Occidental, marcada por la trágica experiencia de regímenes totalitarios. La cons-

¹⁰ STC 31/84, 109/86.

¹¹ Fallo Mayor, Cámara Benítez Riera.

¹² CSJ. Ac. y S. N110/18/may/98.

¹³ Josefina Sapena, *Jurisprudencia Constitucional*, p. 588.

¹⁴ Manuel Ayo Fernández, *Jurisprudencia Constitucional Penal del art. 24 de la Constitución Española*.

titucionalización minuciosa de los derechos fundamentales se extendió al campo del proceso judicial, buscando evitar que en el futuro el legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos con un doble escudo.

El problema se presenta una vez que se contrastan estas disposiciones con las contenidas en la nueva legislación penal y la aplicación que se realiza de las mismas, especialmente en el uso de las medidas sustitutivas de prisión, en los delitos de gran repercusión social, como el robo de vehículos, las violaciones y los asesinatos caracterizados por su barbarie y alevosía. Algunos magistrados conceden fundamental importancia a las condiciones que deben darse para dictar la prisión preventiva, consagrado en el art. 19 de la CN: “La prisión preventiva solo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho, efectuada en el auto respectivo”, utilizando con especial fuerza frente a los demás principios que rigen el proceso penal¹⁵ y también reconocen garantías individuales y colectivas: protección de la sociedad (art. 22), protección de la libertad individual (art. 9º), olvidando que las medias cautelares “no suponen por sí mismas una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues ésta se asienta sobre la idea esencial de que toda condena o sanción se funde en una actividad probatoria suficiente que, practicada con las debidas garantías, lleve a la convicción racional de culpabilidad del imputado”¹⁶. Pero antes de ocuparnos de la jurisprudencia que se va formando en nuestro país, es necesario precisar el alcance de la institución en estudio.

2. 3. El ámbito de protección de la presunción de inocencia. Su relación con la prisión preventiva y otras medidas cautelares

¹⁵ A.I. N° 153-31-may-00, para constatar el criterio con que algunos magistrados aplican.

¹⁶ J. Picó i Junoy, Ob. Cit., p 164.

La presunción de inocencia consagrada en la Constitución tiene una gran proyección, que alcanza al Poder Legislativo, actuando como límite cuando este legisla¹⁷ y, a su vez, como criterio de interpretación de las normas vigentes. Especialmente, puede decirse que la eficacia se proyecta en dos planos diferenciados pero en permanente contacto en la actualidad: a) En el ámbito procesal implica que: 1) toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria, 2) las pruebas que sirvan de base a la sentencia deben ser producidas legalmente y 3) la carga de la prueba corresponde a los acusadores (fiscalía y querellantes) y b) En las situaciones no procesales, el derecho consiste en el trato de no autor o participe de los hechos, en la consideración recibida, como los prescribe la Constitución Nacional en su art. 17 sobre la publicación de los procesos judiciales.

También deben evitarse confusiones que pueden entorpecer la investigación de los hechos y la aplicación de la sanción justa, la que verdaderamente corresponda. No puede exigirse que, en virtud de la inocencia presunta el Juez quede obligado a calificar los hechos de una determinada forma, pues la calificación jurídica de los hechos queda excluida del ámbito de la presunción de inocencia, puesto que dicha calificación supone un juicio de valor y tampoco sirve de cobertura a la circunstancias eximentes y atenuantes¹⁸.

Ahora bien, lo que debemos preguntarnos es sobre el alcance de esta institución en un Estado Social de Derecho, que entre sus principios obviamente debe respetar de forma clara e ineludible las garantías individuales, pero al mismo tiempo debe proteger a la sociedad¹⁹, buscando promover la igualdad, el acceso a los servicios de salud, educación, a la vivienda propia, etc. y, especialmente porque nos atañe, a la protección de toda la sociedad, como bien lo establece la Constitución en numerosos artículos: 9, 10, y 11 y cc..- El estudio de las garantías constitucionales, y en particular la presunción de

¹⁷ Así, algunos autores consideran que el Decreto N° 448 que invierte el cargo de la prueba, viola el art. 17.1 C.N. Casañas Levi, Op. cit., p.175.

¹⁸ Alfredo Fernández Rancaño, *Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva*, Monografía inédita, p.7.

¹⁹ Daniel Mendonca, *El Estado Social de Derecho*, p. 35.

inocencia y su vertiente procesal, debe necesariamente incorporar los elementos de la realidad nacional, la feroz precarización de la vida humana, la miseria creciente y el nulo crecimiento en los últimos diez años²⁰ que elevan verdaderos muros que impiden la construcción de una democracia que supere el campo de las libertades públicas. Como bien lo señalan D. Borda y F. Masi: “La postergación de las necesarias reformas ha provocado el estancamiento económico, la creciente exclusión social e inseguridad ciudadana, que sumados a una tradición de una sociedad sin cultura democrática reciente, establece los límites a la transición y amenaza llevar a la misma al pasado autoritario o prolongar de nuevo el fin de la transición. El desafío ahora, tanto para la sociedad civil como para la clase política, es extender los beneficios de la democracia a la construcción del Estado eficiente y al desarrollo económico con equidad social; es el nuevo 2 y 3 de febrero que el país aún aguarda”²¹.

En una sociedad que aún no ha logrado consolidar su democracia, con escasa fortaleza institucional, los problemas de seguridad ciudadana se agravan aún más y la tentación de asociar este fenómeno a la forma republicana de gobierno es una constante en importantes capas de la población. Esta realidad, hace que una lectura excesivamente mecánica de las leyes procesales, olvidando la necesidad de proteger a la sociedad y aplicando en forma desigual las medidas sustitutivas de prisión, resulte equivocada y hace que pueda hablarse de una concepción pre-constitucional en la mentalidad de muchos magistrados. Invocando incorrectamente un excesivo garantismo que desnaturaliza y pervierte la inocencia presunta se presentan muchas veces casos racionalmente inexplicables de libertades provisionales o medidas sustitutivas que incluso echan un manto de dudas sobre la honestidad del magistrado.

Las frecuentes resoluciones de los Tribunales de Apelación revocando las medidas sustitutivas de prisión dictada por los jueces de primera instancia evidencia que no existe un tratamiento uniforme

²⁰ Dionisio Borda y Fernando Masi, *Los límites de la transición*.

²¹ *Ibid.*, pp 17 y ss.

y ecuaníme. En otras ocasiones, son las resoluciones de los tribunales de alzada los que generan desconcierto en la opinión pública.

En un sonado caso en que un ganadero última en forma aleva a un joven en el marco de una disputa por límites y la inmediata "prisión domiciliaria" concedida por el magistrado²², generando el repudio ciudadano y la casi inmediata revocación por la Cámara, refleja la gran disparidad de criterio existente, y si bien es cierto que el principio de la libre apreciación de las pruebas suele generar este tipo de situaciones, no es menos cierto que tampoco existe equidad en el tratamiento dispensado, más aún si recordamos que las cárceles se encuentran hacinadas por procesados de escasos recursos económicos y que no tienen los medios económicos para garantizarse una eficaz defensa. En el caso de referencia, la fiscalía se había opuesto a la medida invocando que existía peligro de fuga y de obstrucción de la investigación, el Juzgado consideró suficiente el arraigo y la voluntad de sujeción a la justicia demostrada al entregarse voluntariamente (¿ y la afrenta a la sociedad?) mientras la Cámara justamente consideró el poderío económico y social del procesado como un potencial riesgo sobre la voluntad de los testigos, entre otras consideraciones.

El mismo concepto y alcance del arraigo sufre una importante variación cuando se trata de investigar la comisión de delitos en perjuicio del patrimonio público, estando en juego miles de miles de millones de guaraníes, pues justamente el disponer de mucho dinero o influencia política puede servir para la fuga. También está el caso de reincidentes, de personas que tienen encima dos o más procesos por robo de vehículos, violación, asesinato, que están gozando de medidas sustitutivas pues aún está pendiente la sentencia definitiva, y entonces se invoca la presunción de inocencia, el trato justo, etc. y se concede la libertad, confundiendo institutos jurídicos claramente diferentes entre sí o evitando el análisis de la protección social. En estos casos deben buscarse otros datos que construyan la convicción del Juez, pues tampoco se trata de inutilizar una garantía individual, pero

²² A.I. N° 153/31/may/2.000 del Juez Penal de Garantías.

no puede desconocerse la existencia de delitos que se han convertido en un verdadero flagelo para la sociedad.

A modo de simple ejemplo, podemos citar el crecimiento del robo de vehículos y las quejas existentes en contra de la facilidad con que estos delincuentes se benefician con la libertad provisional. En otros países, se ha precisado una mejor tipificación de delito, hablando de los que "causan alarma social" y permitiendo un tratamiento más riguroso de los mismos. En el Paraguay, el robo de vehículos acompañado de asesinatos, la violación, el tráfico de drogas, el asalto a las arcas públicas debe juzgarse con especial celo, recordando que la sociedad también debe ser protegida, que nuestra ley suprema no solamente se ocupa de la rehabilitación del individuo sino también de la protección de la sociedad. Especial mención merece el riguroso tratamiento recibido por una conocida modelo involucrada en la compra y tenencia de un vehículo denunciado como robado: la mujer fue detenida en dos ocasiones, en medio de una espectacular cobertura periodística y cuando llegaba al aeropuerto. Era el mismo momento en que conocidos personajes de la farándula local eran investigados por el mismo tipo de delitos y ni siquiera pisaron la cárcel²³; poco tiempo después un conocido periodista deportivo también se vio afectado por un problema parecido y tampoco fue detenido.

En estos casos incluso se encuentra en entredicho la igualdad ante la ley, la falta de equidad en el tratamiento procesal, en momentos en que la sociedad evidencia una gran desconfianza cuando se investiga a los poderosos y observa ciertas o supuestas discriminaciones en la apreciación de la ley. Muchas veces se recurre a argucias o a rituales procesales para impedir el cabal conocimiento de los hechos y la correspondiente aplicación de la ley. Si bien este mecanismo es comprensible en los abogados litigantes, en los magistrados resulta inadmisibles y su utilización constituye un grave daño para la justicia, pues como lo ha señalado la Corte Suprema " *Los juzgadores tienen la obligación de buscar la realidad de los hechos, ya que el Derecho*

²³ El procesado ni siquiera recibió el arresto domiciliario, mientras la mujer recibió un riguroso tratamiento, fue convocada a los tribunales y remitida a la cárcel de mujeres.

no opera sobre falsedades sino sobre los hechos comprobados como ciertos..."²⁴. Postergar la aplicación de los derechos protegidos por la Constitución invocando cuestiones procesales es simplemente invertir el ordenamiento jurídico, bastardear el derecho.

Es cierto que el ambiente corruptor de las prisiones puede ser negativo para los delincuentes ocasionales y para los pequeños delincuentes, que la penitenciarías son un verdadero "cementerio de vivos", razón por la cual el constituyente dispuso que solamente en casos imprescindibles se recurra a la prisión preventiva, y coincidimos plenamente con esta tesis. Justamente la Corte Suprema ha establecido que "*Toda persona humana constituye un fin en sí misma. Por eso, una orden de privación de libertad individual solamente puede dictarse cuando la conducta de ésta entre en colisión con otros valores que permitan la convivencia en sociedad.....* resulta inconstitucional y antidemocrático la constitución en prisión de una persona sin saberse cuales son los actos o la conducta observada..."²⁵, pero es aquí donde debemos señalar con toda claridad que la prisión preventiva no significa ningún desmedro de la presunción de inocencia, que ambas medidas son perfectamente compatibles y que debe estudiarse con atención "cuando entra en colisión con otros valores".

Por ejemplo, debe admitirse que el magistrado debe necesariamente considerar la gravedad y generalización de ciertos delitos, el trato igualitario a todos los procesados y vincularlos con la protección de la sociedad, después de todo, la igualdad es también una garantía, como expresamente lo dispone la ley suprema: "Art. 47. De las garantías de la igualdad.....". Solo una aplicación mecánica de la ley puede conducir a excesos que posibilitan a ciertos procesados deambular libremente y reincidir en la comisión de delitos, o ensañarse con quienes no tienen la capacidad económica para contratar buenos profesionales, mientras poderosos vinculados a intentos golpistas o asesinato masivos de personas disfrutan plenamente de su libertad, prácticamente desde el inicio mismo del proceso y notorios vendedores

²⁴ Josefina Sapena, *Jurisprudencia Constitucional*, A. y S. N° 117/14/Marz/97, p 353.

²⁵ Ibid. CSJ. A y S. N160/ 8/Ag/97.

de autos robados ni siquiera llegan a pisar la prisión. Queremos ser bien claros en este punto: no cuestionamos una vigorosa aplicación de la ley en beneficio de estas personas, pero si resulta imprescindible que la actuación judicial sea estrictamente igualitaria y no generar odiosas discriminaciones.

La sociedad puede ser perfectamente protegida sin que ello implique la violación de garantías individuales; cuando se dicte un arresto domiciliario y la obligación policial de custodiar al procesado, invariablemente debe evaluarse la precariedad de recursos humanos de la Policía: destinar xx policías a vigilar a procesado significa xx número de policías que dejan de cuidar la seguridad de la población; la libertad de delincuentes reincidentes procesados por delitos que se han convertido en un verdadero flagelo: violación, asesinato y robo de vehículos, de poderosos involucrados en crímenes masivos, etc. mientras las cárceles se hacinan con procesados por delitos menores, violenta la igualdad ante la ley, la protección de la sociedad y agreda la conciencia de la ciudadana, que es donde reside la soberanía popular.

3. El Decreto N° 448. El enriquecimiento ilícito en el derecho paraguayo. Su constitucionalidad.

La legislación paraguaya es especialmente frágil en materia de protección de los bienes públicos, más aún en el marco del régimen garantista de la Constitución y considerando que las normas destinadas a la protección prácticamente no han sido desarrolladas. Así, mientras el art. 106 de la Constitución consagra la responsabilidad del funcionario público y el art. 136 la responsabilidad de los magistrados, el desarrollo legislativo en estos años ha sido muy escaso. El Código Penal no hace otra cosa que repetir las figuras de cohecho pasivo y agravado, soborno pasivo y agravado, justamente los delitos de casi imposible comprobación. También se ocupa de prevaricato, traición a la parte, etc. (arts. 300 y ss), sin detenerse en una mayor tipificación de los actos que causan daño patrimonial el Estado.

Tal vez por esto es que los fiscales recurren masivamente a la figura de la Lesión de confianza (art. 196 Código Penal), que está demostrando ser muy eficaz para perseguir la corrupción pública, aunque habrá que esperar las resoluciones judiciales definitivas²⁶, pues justamente es aquí donde las garantías individuales del proceso jugarán un papel decisivo como medio de defensa. Si amplio es el art. 196 para formular acusaciones, más amplio puede ser el argumento de la defensa.

Este vacío genera una enorme dificultad para el estudio de la institución, pero resulta imprescindible ocuparse del mismo, más aún cuando diariamente se comprueba el avance de los delincuentes sobre el erario público y las enormes dificultades con que se tropieza para aplicar justicia. Incluso en países con mayor desarrollo jurídico, la polémica es lo primero que aflora cuando se trata de investigar el acrecentamiento patrimonial: *“La dificultad que el estudio del enriquecimiento injusto conlleva ha determinado que todo o casi todo lo que concierne a la institución que nos ocupa sea objeto de discusión y controversia...incluso en países donde ha sido codificado y reglamentado...”*²⁷. Confrontada con las garantías consagradas en nuestra ley suprema y ampliamente desarrolladas en la nueva legislación penal, la dificultad se vuelve aún mayor.

No obstante, en el derecho paraguayo existe el Decreto N° 448/40. “Por el que se previene y reprime el enriquecimiento ilegítimo”, que adquirió rango de ley con la sanción de la Ley N° 9/48, que en su artículo 1 dice: *“Apruébase todos los Decretos leyes dictados por el Poder Ejecutivo desde el 18 de febrero de 1940 hasta el 31 de marzo de 1948”*. Ya en esa época los juristas especializados avizoraban la indefensión de la administración pública en materia de protección patrimonial y se ocuparon de su reglamentación y recobró fuerzas con la apertura política del año 89, cuando la opinión pública se vio favorablemente impactada con la invocación y utilización

²⁶ En ese sentido, el fallo del Juez Jorge E. Bogarin González en el caso Banco de Desarrollo significa un paso decisivo para dar claridad al caso.

²⁷ Luis Diez Picazo y Manuel de la Cámara, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, p.139.

pública de esta norma, que hizo posible algunas penas y recuperaciones a favor de la administración. Como el debate sobre su validez continuaba, el Congreso sancionó la Ley N° 61/89 "Por la cual se modifican los artículos 5, 13 inc. c) y 16 del Decreto con fuerza de ley N° 448 por el cual se previene y reprime el enriquecimiento ilegítimo, aprobado por Ley N° 9 del 31 de marzo de 1948".

El considerando del decreto es bastante ilustrativo cuando dice: *"El enriquecimiento ilegítimo del funcionario mediante el ejercicio deshonesto del cargo o de la influencia derivada de él, debe incorporarse a nuestra legislación en calidad de delito, a fin de que la sociedad no sólo castigue a quienes se amparan en sus posiciones para cohonestar la dignidad y el decoro de las funciones públicas, sino también para defender a quienes por su probidad merecen todas las consideraciones que se deben a quienes ha servido al país con lealtad y patriotismo"*. Lúcidamente, afirma que el Código Penal tipifica los delitos que pueden realizarse en perjuicio de la res pública, validos fundamentalmente en la influencia y en la posición que puedan ocupar los autores, pero que existen hechos que afectan a la moral, escapando a la "órbita legal", en abierta contradicción con los principios rectores de la administración pública.

El texto de la ley es categórico cuando castiga con uno a diez años de prisión al funcionario o empleado de cualquier clase o jerarquía que se enriquezca por el ejercicio ilegal y deshonesto de su cargo, de la influencia proveniente del mismo.

La constitucionalidad de este decreto es controvertida en la doctrina paraguaya, debiendo señalarse que ha sido publicada por la actual Corte Suprema de Justicia²⁸, en una edición concordada y anotada, donde se señalan algunos artículos "derogados" por otras leyes, pero sin que se cuestione la validez del resto de la norma, especialmente los arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 6. El Prof. Óscar Paciello cuestionó su vigencia en un opúsculo publicado antes de asumir como Ministro de la Corte, mientras el Prof. Francisco Bazán la considera plenamente

²⁸ Corte Suprema de Justicia, *Compilación de leyes penales especiales complementarias al Código Penal*, T II, V° I, p.11.

vigente y válida; el Abog. Casañas Levi también opina que la mayor parte de este Decreto ha perdido vigencia, especialmente por la inconstitucionalidad del art. 3º: “La prueba de que el enriquecimiento ilícito proviene de las causas mencionadas incumbe siempre al funcionario o empleado”. Fundamentalmente se afirma que el citado art. 3 viola el art. 17.1 “presunción de inocencia”, al invertir la carga de la prueba.

Por nuestra parte, opinamos que el citado decreto está plenamente vigente, pudiendo en consecuencia aplicarse la pena de hasta diez años por el delito de enriquecimiento ilegítimo. Cuando se trata de analizar como se ve afectada la presunción de inocencia, es importante resaltar que cuando se trata de los bienes públicos, adquiere relevancia la supremacía del interés general, como bien lo señala el Prof. Villagra Maffiodo: “*En lo que respecta a la administración pública, ella es consustancial con el interés general. Existe para este fin y sólo para él...*”, concluyendo que se reafirma como regla absoluta la primacía del interés general en la administración pública²⁹. Si no contamos con datos documentados, la lectura de tan brillante instrumento jurídico para combatir la corrupción pública es sugerente y nos empuja a pensar que en la redacción (1940. Gobierno Estigarribia) tuvo destacada participación el Prof. Villagra Maffiodo.

El decreto es especialmente valioso con la tipificación que realiza, cuando por ejemplo dice que se considera enriquecimiento ilegítimo el aumento patrimonial que no proviniera de: “*a) emolumentos legales del cargo, b) del ejercicio de la profesión, oficio o trabajo lícito compatible con la función pública, c) del aumento o acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al iniciarla o que se adquirieran lícitamente después, de acuerdo con las declaraciones juradas prescriptas por el art. 8 de esta ley³⁰, d) de herencia, legado o donación, por causas extrañas a la función, probada por escritura pública; e) de hechos fortuitos lícitos debidamente comprobados*”.

²⁹ S. Villagra Maffiodo, *Principios de derecho administrativo*, p 379.

³⁰ El art. 8º de la ley hablaba de la declaración jurada de bienes, al estar vigente lo dispuesto por el art. 104 de la CN. y el art. 9º de la Ley N° 276/93 Orgánica de la CGR.

*Donde aparentemente la inconstitucionalidad se presenta manifiesta es cuando invierte la carga de la prueba, pues el derecho a la inocencia presunta "sólo puede ser desvirtuado cuando el juicio de culpabilidad se apoya en pruebas lealmente practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación. Esto constituye la actividad probatoria suficiente para poder condenar a una persona"*³¹.

Sin embargo, últimamente y ante los escándalos de público conocimiento que ponen en duda la estabilidad misma del sistema democrático en todo el continente, la doctrina ya no es partidaria de aplicar tan mecánicamente dicha garantía y avanza la idea de que el funcionario público debe efectivamente demostrar el origen de sus bienes y si no prueba su legalidad, se estaría demostrando su culpabilidad, rescatando ideas difundidas hacia los años 30 a 60, cuando juristas de la talla de Rafael Bielsa, Sebastián Soler y otros, hablaban del delito de omisión, o de que nadie obligaba a una persona a aceptar un alto cargo, etc. para obligar al denunciado a demostrar el origen de su fortuna. La legislación penal argentina, Ley N° 16.648/48 dice que: "*Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años*". Previamente ya existían disposiciones análogas, cuestionadas por no respetar "el principio de legalidad ni el derecho penal de actor, viola el principio de inocencia y desconoce el principio "*nemo tenetur*", pilares, todos, del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho"³².

³¹ J. Picó i Junoy, Op. cit., p.166.

³² Marcelo Sancinetti, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, p.16.

Para responder a aquellos que se aferran dogmáticamente a un procesalismo mecánico postergando la aplicación integral y sistemática de la ley suprema, cabe recordar que en numerosos países, de una u otra forma es posible exigir la demostración del origen legal de la fortuna, sin que se haya declarado inconstitucional. En Colombia, existe una rica normativa en la materia, a tal punto que *"teniendo en cuenta el estado de descomposición por el que atravesamos, el gobierno erigió en hecho típico el enriquecimiento ilícito de particulares....cuando están vinculados a funcionarios acusados de corrupción"* y la Corte Suprema de Justicia³³ ha establecido que *"Ante la frecuencia del enriquecimiento económico, considerable e inexplicable de algunos funcionarios y empleados públicos se fue formando en el seno social la conciencia de que era necesario y conveniente tipificar como ilícito penal esta conducta no prevista en el Código Penal de 1936. Varios proyectos que acogían esta tendencia fueron presentados al Congreso de la República, pero desgraciadamente, ninguno de ellos alcanzó a culminar con éxito su itinerario. Sólo al entrar en vigencia el Código Penal actual, pudo satisfacer este anhelo"*. En el caso comentado, se va aún más lejos: *"la consecuencia de una sentencia condenatoria por delito de enriquecimiento ilícito es la extinción del derecho de dominio sobre bienes adquiridos mediante el incremento patrimonial no justificado,..."*³⁴ contando incluso con una base constitucional.

Se trata de un tema que merece mayor debate para su esclarecimiento, recordando que el principio de la supremacía del interés general y la protección del patrimonio público, deben ser incorporado en el análisis sobre la legitimidad de este tipo de disposiciones. Tampoco puede olvidarse el terrible daño que causa a toda la sociedad y a la democracia representativa el saqueo sistemático a que es sometido el patrimonio público, donde la mala voluntad de algunos investigadores y la insuficiencia legislativa instalan un terrible sentimiento de impunidad. El objeto de la tutela jurídica no se limita a la protección del erario público, sino *"lo que se pretende es tutelar la moral pública, que es también importante patrimonio del Estado. Decía al res-*

³³ Francisco José Ferreira, *Delitos contra la administración pública*, p. 120.

³⁴ *Ibid.*, p. 123.

*pecto Sebastián Soler, en la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para América Latina, que la moralidad del empleado público es un deber inherente a su investidura y a las funciones que con ella tiene, lo que resulta bueno recordar en estas épocas, porque de ello depende la excelencia de nuestra dignidad en la administración pública*³⁵. Resulta totalmente incomprensible como los redactores del nuevo Código Penal no incluyeron figuras capitales del derecho contemporáneo como el enriquecimiento ilícito y el tráfico de influencia, postergando indefinidamente la inclusión de estas necesarias instituciones, que incluso ya existían en el antiguo Código.

Y decimos que resulta difícil comprender porque el mismo fue redactado ya cuando en la mayoría de los países del continente se habían incorporado disposiciones destinadas a combatir este terrible flagelo y el reclamo social era fácilmente perceptible.

Por esas consideraciones, a la que debe sumarse la concepción del enriquecimiento ilícito como un delito diferente, que atenta contra la sociedad, el Estado y el orden económico y social, es que debe actuarse con mucha prudencia cuando se analiza la vigencia del Decreto 448.

De todos modos, es importante resaltar que aún dentro del nuevo marco constitucional, el Decreto N° 448/40 continua vigente en sus articulados esenciales: la tipificación del enriquecimiento ilícito, la pena y la acción que corresponde al Ministerio Público y al denunciante, con lo cual se tiene un arma formidable para combatir el saqueo a que es sometido el erario público. Lo que sí ninguna ley podrá producir es el coraje moral, la valentía y la probidad necesarias para aplicar la ley a los poderosos, sin odiosas discriminaciones. Eso siempre estará determinado por la condición humana del magistrado y los valores dominantes de la sociedad, más aún cuando el magistrado dispone del principio de la libre valoración de las pruebas³⁶, ganando un gran protagonismo en la lucha contra la impunidad y a favor de la legitimación del Poder Judicial.

³⁵ *Ibid.*, p. 121.

³⁶ J. Pico i Junoy, *Op. cit.*, p 162.

4. CONCLUSIÓN

a. Las garantías fundamentales consagradas en la Constitución Nacional significan una conquista relevante en la lucha de los paraguayos por la vigencia de las libertades públicas. El debido proceso y los derechos consagrados en los arts. 15, 16 y ss. merecen todo el apoyo de la sociedad y de los encargados de administrar justicia, de manera a consolidarlos definitivamente.

b. El derecho a la presunción de inocencia se proyecta objetivamente como límite de la potestad legislativa, como condicionante de las interpretaciones de las normas vigentes y su eficacia comprende tanto situaciones procesales como extraprocesales³⁷, generando además un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras, a quienes corresponde probar los hechos constitutivos de delito.

c. En materia de protección del patrimonio público, del patrimonio social y, por qué no decirlo, de la legitimidad misma del sistema democrático, al investigarse un delito y al tener en cuenta las garantías procesales, debe considerarse el principio de la primacía del interés general sobre el de los particulares, consagrado en el art. 129 de la Constitución Nacional.

Los derechos individuales deben ser protegidos en el marco del Estado social de Derecho vigente en nuestro país y, respetando escrupulosamente las garantías individuales, también los magistrados deben recordar que uno de los objetos de las penas es la protección de la sociedad.

d. Las medidas cautelares no constituyen una pena anticipada ni suponen por sí mismas una violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues esta descansa sobre la idea de que toda condena o sanción se funde en una actividad probatoria suficiente.

³⁷ J. García Morillo, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, p. 47.

Por otra parte, delitos especialmente difundidos en nuestro país y que causan una gran indignación social: la violación, el robo de vehículos acompañado de asesinato, y el atentado contra los bienes públicos, requieren una legislación dirigida a proteger mejor a la sociedad³⁸.

e. La igualdad ante la ley debe ser intensamente buscada por la administración de justicia. La ostensible desigualdad en el trato que se ha presentado en varios casos, especialmente en materia de medidas sustitutivas y en la persecución de algunos delitos económicos, debe ser superada lo antes posible. La ciudadanía debe percibir claramente que la justicia no discrimina entre ricos y pobres, débiles y poderosos.

f. Una doctrina constitucional moderna y progresista debe hacer posible este anhelo de protección de las garantías individuales sin sacrificar la protección de la sociedad, la tutela judicial efectiva para ricos y pobres, débiles y poderosos, sin discriminaciones.

El derecho constitucional contemporáneo así lo ha entendido y ya se ha materializado en la legislación de países vecinos. En Paraguay se ha iniciado esa tarea; depende del esfuerzo de las personas comprometidas en el fortalecimiento de las instituciones democráticas no cejar en el esfuerzo.

³⁸ El Código Penal vigente no ha tipificado el tráfico de influencia y el enriquecimiento ilícito, lo que dificulta aún más una adecuada protección de los bienes públicos en un régimen garantista.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, Euclides y RODRÍGUEZ, José Carlos, *Manifiesto Democrático*, Asunción, 1987.
- AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Jurisprudencia constitucional penal del art. 24 de la Constitución Española*, Madrid, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN, M., *Los delitos en contra de la administración pública*, Madrid, 1989.
- BORDA, Dionisio y MASI, Fernando, *Los límites de la transición*, Asunción, 1997.
- CAMACHO, Emilio, *Constitución y Estado de Excepción*, Asunción, 1990.
- CASAÑAS LEVI, F., *Lecciones de Derecho Penal*.
- CONDE PUMPIDO, Cándido, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1988.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Compilación de leyes penales especiales complementarias al Código Penal*, T II, Vol. I.
- DIEZ PICAZO, Luis y DE LA CÁMARA, Manuel, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ RANCAÑO, Alfredo, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, Monografía inédita.
- FERREIRA, Francisco José, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, 1998.
- GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1985.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Sentimiento constitucional*, Madrid, 1988.
- MENDONCA, Daniel, *El Estado Social de Derecho*, Asunción, 2001.
- MIR PUIG, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1997.
- Pacto de San José de Costa Rica.
- PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1988.
- SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Buenos Aires, 1988.
- SAPENA, Josefina, *Jurisprudencia Constitucional*, Asunción, 2001.
- VILLAGRA MAFFIODO, S., *Principios de Derecho Administrativo*, Asunción, 1982.

Fallos judiciales:

A.I. N° 153/31/may/2.000, Juez de Penal de Garantías.

CSJ. Ac. y S. N110/18/may/98.

Fallo Tribunal de Apelación en lo Criminal, Cámara Benítez Riera.

STCE 31/84, 109/86.

**DECLARACIÓN DEL IMPUTADO, EVOLUCIÓN, SITUACIÓN ACTUAL, PROYECCIÓN.
ART. 18 DE LA CONSTITUCIÓN**

Pedro Mayor

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INQUISICIÓN. 3. EL HUMANISMO. 4. EL DERECHO INGLÉS. 5. EL SISTEMA EUROPEO-CONTINENTAL. 6. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO ¿MEDIO DE DEFENSA O DE PRUEBA? 7. EL DERECHO AL SILENCIO. 8. DEL JURAMENTO AL IMPUTADO. 9. ¿EFICACIA VERSUS GARANTÍA?

DECLARACIÓN DEL IMPUTADO, EVOLUCIÓN, SITUACIÓN ACTUAL, PROYECCIÓN. ART. 18 DE LA CONSTITUCIÓN

Pedro Mayor

1. INTRODUCCIÓN

La investigación de un hecho punible, el juzgamiento, y posterior sanción de la conducta, son poderes delegados por los ciudadanos en el Estado, para que a través del Poder Judicial, en su sentido amplio –Ministerio Público y los Jueces-, este los administre. Surge así un monopolio que implica directamente la sustitución de la venganza particular por la del establecimiento y uso de reglas que protejan los intereses de las partes, intentando con ello restablecer la paz social, con el dictado de una resolución definitiva.

El individuo, inicialmente sindicado como el presunto responsable del hecho, es conocido por nuestra legislación como “imputado”¹. Históricamente, y durante mucho tiempo fue considerado como objeto de un proceso inquisitivo del derecho común, que tendía a la averiguación de la verdad, a cualquier costo, sobre todo por la idea imperante de la época que un delito agraviaba no solo la conciencia de los hombres sino a Dios mismo, siendo comunes las prácticas de la tortura, la obligación de declarar y de hacerlo bajo juramento, dejando al individuo indefenso ante el estado. Estas prácticas dieron luego lugar a la aparición de corrientes humanistas, que lograron suavizarlas, originando dos modelos procesales básicos, el anglosajón y el europeo continental, dando forma a una nueva concepción del imputado, la de sujeto del proceso, dotado de derechos garantizados expresamente en la normativa procesal y en la ley suprema.-

La persona del imputado, su naturaleza, para el derecho procesal moderno, sin embargo aún está en discusión. El consenso se da en la concepción acerca de que el mismo puede ser objeto de prueba, a través de la coacción estatal, debiendo soportar si así se le exige, como: 1) reconocimiento de personas, 2) examen grafológico, 3) hue-

¹ Art. 74 del Código Procesal Penal, Ley N° 1286/98.

llas digitales, 4) extracciones de sangre y fluidos etc. Pero en lo que respecta a ser "sujeto de prueba" ya la situación es diferente.

Para un sector de la doctrina —europeo continental— (mayoritaria), la declaración del imputado, solo puede ser considerada, en su producción y valoración, como un "medio de defensa". Para otros en minoría, esta tiene una triple naturaleza, ser medio de defensa, fuente de prueba y medio de prueba.

El derecho a prestar declaración, contenida en la normativa procesal penal es el anverso de la misma moneda "el derecho a la defensa". En el reverso se encuentran el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, conocido también como derecho al silencio, o autoincriminación forzada, que a su vez se hallan íntimamente ligados a otros derechos como el de "la presunción de inocencia" y "la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes". Todos ellos interactúan al momento de la aparición de elementos de sospecha sobre una persona por la comisión de un hecho punible.

Intentaré con una breve mirada a la historia de la *declaración del imputado*, su evolución, las tendencias ideológicas, encontrar los fundamentos que sostienen que la misma debe ser considerada en su triple naturaleza, siempre y cuando hayan estado presentes al momento de decidir declarar, —además de su abogado defensor—, los elementos constitutivos de su voluntad: discernimiento, intención y libertad. La ausencia de cualquiera de ellos, nos llevaría a suponer la obtención ilícita de la misma, lo que implicaría una autoincriminación forzada, la que no es admitida con toda lógica por la normativa procesal sea esta nacional o internacional. De la misma manera expondré los beneficios e eliminar la ambigüedad en la que actualmente se encuentra dicha declaración y sobre todo, que la misma es un derecho y como tal, el sujeto pasivo del proceso es el que debe decidir, cuando lo ejercitará.

2. LA INQUISICIÓN

El Concilio de Tolosa, durante el reinado del Papa Gregorio IX (1227-1241) fue el que dio lugar a la creación de los llamados "inquisidores de la fe" en 1229 que convergería posteriormente en el Tribunal del Santo Oficio, constituyéndose en un instrumento desti-

nado a la defensa de la fe y la sociedad, para reprimir la acción de los herejes, destruyendo cualquier signo que fuera contra la religión católica, llegando a convertirse en una fuerza policial más crueles y severas de la época, alimentada permanentemente por informaciones - muchas de ellas falsas- de personas que pretendían ser rigurosamente fieles a las prácticas y costumbres del catolicismo de la época viendo en aquellos que no compartían su fe como los enemigos de Dios y en consecuencia suyos. Estas informaciones también procedían de los círculos de poder políticos, económicos, sociales y científicos, como una manera de desprenderse de sus eventuales adversarios u opositores.

Herejía es por definición, todo aquello que va contra los dogmas las tradiciones, las enseñanzas, los sacramentos, los ritos y las creencias católicas. Antes de su estructuración como mecanismo investigador, juzgador y ejecutor, la vigilancia de los obispos y de otros prelados de la iglesia había sido suficiente para contener y reprimir la herejía.

Desde un punto de vista teológico, la Iglesia Católica vio en los herejes un grave peligro para su propia existencia. Pero los reales alcances del delito de herejía se explican no solamente por factores estrictamente teológicos, sino también políticos sociales, jurídicos y económicos. La organización de la Inquisición no fue la obra de un solo Papa, sino más bien la resultante de un largo proceso, iniciado durante la gestión de Lucio III, continuado durante la gestión de Inocencio III y que alcanzó su forma definitiva con Gregorio IX. Él fue quien, a través de tres diferentes bulas, entre los años 1231 y 1233, le dio sus trazos definitivos.

La presente investigación no pretende referirse a la Inquisición como su objeto principal sino tratarla de manera tangencial. No pretendemos realizar juicios de valor sobre la misma, pero sí referirnos a los métodos utilizados por ella para la consecución de sus fines, entre los que se encuentra el de *obligar a las personas a declarar en su contra, bajo juramento más allá de la verdad, con el fin supuesto de expiación de sus pecados*, observándose además en esa práctica una clara advertencia a los "enemigos de la iglesia".

Más allá de nuestra concepción actual sobre los procedimientos utilizados para obtener información por parte de los inquisidores – los que indudablemente son rechazados- históricamente la valoración en aquellos tiempos de esta institución fue otra. Observemos que en la mentalidad medieval no existía la separación del orden civil y eclesial. Este era un todo que no conocía de límites precisos, ocasionando permanentemente colisiones de poder. Al establecerse la Inquisición se logra regularizar, legalizar y humanizar a “otros más bárbaros y terribles suplicios”, a los que eran sometidos los brujos y brujas y cualquier enemigo de los reyes y de un “buen católico”. En este sentido, el historiador Menéndez Pelayo, al hablar de los excesos que Pedro el católico había decretado contra los herejes, afirma que la Inquisición, con todos sus errores y excesos, era un evidente progreso al lado de semejante legislación.

En España, el Consejo de la Suprema y General Inquisición fue creado, previa autorización del Papa Sixto VI, en 1478. Dos años después inició sus acciones en la ciudad de Sevilla, para expandirse posteriormente por el resto de España.

En América, el Tribunal del Santo Oficio se estableció por primera vez en la isla de Santo Domingo, llamada en ese entonces La Española, gracias a que el cardenal Adrián de Utrech, regente del reino e inquisidor general de España, extendió el nombramiento de inquisidor de todas las tierras descubiertas y a descubrir a Don Pedro de Córdoba, residente de Dominicana.

3. EL HUMANISMO

Existe un consenso generalizado a la hora de afirmar que sólo se puede hablar de humanización del Derecho penal a partir del siglo XVIII. Hasta ese entonces los intelectuales de la época no se cuestionaban sistemática y articuladamente acerca de la respuesta penal a los conflictos vinculados a la delincuencia que se suscitaban en ese momento. Se podría llegar a decir que “el pensamiento precedente se mostró escasamente crítico con las instituciones penales del antiguo

régimen o, al menos, su crítica careció de una orientación global y totalizadora².

El humanismo renacentista reafirma la dignidad, autonomía y libertad de los seres humanos. La quiebra de la unidad de la Iglesia y la nueva mentalidad determinaron una progresiva secularización de la sociedad. Finalmente, el pluralismo religioso desembocó en la defensa de la tolerancia que, a partir de entonces, se constituye en uno de los valores fundamentales para la configuración del pensamiento moderno. Por consiguiente, parece que las condiciones eran propicias para someter a crítica los principios básicos de un Derecho penal caracterizado, entre otras cosas, por su extrema crueldad. Sin embargo, tal crítica no se produjo durante los siglos XVI y XVII. Puede decirse que la mayoría de los autores juristas, filósofos, teólogos e incluso literatos) no cuestionan en ningún momento —al menos de un modo total— la legitimidad de un sistema decididamente represivo, brutal y despiadada que debía repugnar a las nuevas conciencias. Como ha dicho Bloch “el proceso penal discurría completamente aparte del mundo exterior, siniestro, pavoroso, lleno de horribles abusos, desembocando en la mutilación o la muerte, y sólo por milagro en la absolución”³.

Es indudable que la época estaba marcada por profundas diferencias sociales y económicas, a su vez, respecto a la aplicación del derecho, por supuesto no es igual para ella un rico que un pobre en este sentido se ha dicho ciertamente “la ley no era igual para el noble y para el plebeyo en ninguno de los sectores del Derecho, y lógicamente lo mismo habría de suceder con el penal. Tan sólo al final del antiguo régimen surgen algunas voces que consideran injusta tal situación; pero aún entonces es éste un punto casi unánimemente admi-

² L. Prieto Sanchiz, “La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio”, Anuario de derechos humanos, 1985, p. 289, Citado por Manuel Segura Ortega, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I*.

³ E. Bloch., “Derecho Natural y Dignidad Humana”, Madrid, Aguilar, 1980, trad. de F. González Vicén, pp. 249-250 Citado por Manuel Segura Ortega, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I*.

tido por el legislador y los juristas —a juzgar por las escasas quejas— por la mayoría de las personas ilustradas, a excepción de aquellos más próximos a la línea liberal, que apunta ya en algunos en los últimos años del XVII”⁴ En este sentido por ejemplo la nobleza era tratada de manera privilegiada al momento de la investigación de los delitos, su juzgamiento y la ejecución de la sanción.

En lo que respecta a la obtención de la información —que para el caso de los plebeyos era simple y no producía inquietudes de algún tipo— respecto a la aristocracia de la época, sus integrantes podían eludir fácilmente el proceso poseían influencia sobre los juzgadores, ejercían presión sobre los reyes por ende la ley no les alcanzaba en la medida que llegaba a la “clase menos favorecida”. “Los nobles estaban exentos del tormento salvo en delitos extremadamente graves. En otro orden de cosas tampoco se les podían aplicar ciertas penas corporales como los azotes, las mutilaciones o las galeras. Los ejemplos que acaban de citarse no constituyen una mera anécdota puesto que tales exenciones representan en buena medida el núcleo central de la justicia penal de la época. ...”; “...la extremada severidad que caracterizaba los sistemas penales de entonces no afecta —o afecta en menor medida— a ciertos estamentos. Esta circunstancia permite comprender por qué las clases dirigentes se muestran poco críticas con un sistema que les reconoce una situación de privilegio y que impide que las penas más crueles les sean aplicadas. En definitiva, estamos en presencia de una legislación discriminatoria que se ceba —como sucede siempre— con los más débiles”⁵.

Otra característica típica de la época, consistía en la ambigüedad de las normas jurídicas —que si bien ya se hallaban mejor sistematizadas—, dejaban grandes vacíos y al momento de juzgar procedimientos o sanciones la discreción judicial era amplísima, la que por

⁴ F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, ref. 5, p.318.

⁵ Manuel Segura Ortega, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I*, p. 462.

lo general y para confirmar la norma, afectaba más gravemente al pobre que al rico.

Otro rasgo típico, era el fuerte componente religioso, presente en la regulación penal. En esa época se consideraba que el que comete un delito, afrenta a Dios, a sí mismo y a la sociedad. Por lo tanto era merecedor de una sanción. Pues lo más grave consistía en ofender a Dios lo que se producía al cometer un delito. “*La cercanía entre las ideas de delito y pecado existente en las mentes y las obras de teólogos, juristas y legisladores hacía ver en el delincuente un pecado. La violación de la ley penal, justa ofende a Dios en todo caso, según enseñaban los teólogos castellanos del siglo XVI. Desde estos supuestos, la pena era principalmente el castigo merecido por el delincuente, y su imposición tenía muchos visos de una justa venganza*”⁶.

Una de las características más comunes de la época -siglos XVI y XVII, herencia eficientista de la historia negra de la humanidad, afinada y perfeccionada durante la inquisición, consistía en el tormento judicial.⁷ Debemos decir, a fuerza de los elementos históricos que la tortura fue concebida preferentemente como un medio de prueba pero por supuesto su carácter de pena durísima tampoco se excluye, como un ejemplo de lo dicho, se encuentra la obra de un jurista del siglo XVII Antonio Quevedo y Hoyos (1603) Libro de indicios y tormentos, citado por Manuel Segura Ortega; que contiene toda la práctica criminal, y el procedimiento paso a paso de cómo descubrir el delito y al delincuente y ponerlos en situación de evidencia para obtener su condena o su absolución. “Si los argumentos esgrimidos durante los siglos XVI, XVII y primera mitad del XVIII contra el tormento no lograron ni la supresión ni la simple reforma de esta institución, fue por que se dirigían aisladamente contra ésta y no contra todo un sistema procesal-penal del que la tortura era una pieza

⁶ Introducción a la obra de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, p. 30.

⁷ P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*. En España, F. Tomás y Valiente, *La tortura en España*; G. Martínez Díez. “La tortura judicial en la legislación histórica española”, en *Anuario de historia del Derecho español*, pp. 223-300.

básica y consustancial”⁸ Es así los caracteres del proceso penal de la época propiciaban la utilización de la tortura cuya finalidad básica era obtener la confesión del inculcado. En este sentido es que la confesión se constituye en una de las pruebas fundamentales que fundamentan las sentencias, tranquilizando las conciencias, pues el reo había confesado y con ello se había descubierto al delincuente y este habría de purgar por ellos su condena. Pero como podemos suponer la confesión no solía producirse de manera voluntaria y por eso el tormento aparecía como un instrumento sumamente eficaz para doblegar la voluntad rebelde del inculcado. El sufrimiento, el dolor se constituye así como un medio que pretende además de aclarar que sucedió históricamente, lo fundamental consistía en obtener una “autoincriminación del reo” lo que facilitaba el procedimiento de investigación y por supuesto allanaba el camino para dar por concluido el proceso a través de la sentencia condenatoria⁹.

El problema de tortura para lograr la autoinculpación fue la constante en dicha época, y por supuesto que esta afectaba por igual a culpables e inocentes. Con esta postura no se justifica dicha práctica, pero muy pocas personas (intelectuales de la época), plantearon cuestionamientos en contra de la misma. “El resultado, pues, de la tortura es un asunto de temperamento y de cálculo, que varía en cada hombre en proporción a su robustez y sensibilidad; tan es así que con este método un matemático resolvería mejor que un juez este problema: dada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de los nervios de un inocente, encuéntrase el grado de dolor que lo hará confesar culpable

⁸ F. Tomás y Valiente, *La tortura en España*, ref 23, p 123.

⁹ En este sentido Manuel Segura Ortega, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: “Los reos que eran sometidos a tortura y confesaban tenían que ratificar con posterioridad su declaración y si tal ratificación no se producía la confesión no era válida. Pero la negativa a ratificar la confesión suponía la posibilidad de ser torturado nuevamente –dos o tres veces más según las distintas legislaciones- lo que naturalmente colocaba al reo en una difícil posición. Es cierto que si el reo no confesaba a pesar del tormento debía ser declarado inocente pero superar con éxito el martirio del dolor exigía una capacidad de resistencia tan fuera de lo común que muy pocos podían superar la prueba”.*

de un delito determinado. El interrogatorio de un reo se hace para conocer la verdad; pero si esta verdad se descubre difícilmente en el aire, en el gesto en la fisonomía de un hombre tranquilo, mucho menos se descubrirá en un hombre en quien las convulsiones del dolor alteran todos los signos por los cuales del rostro de la mayor parte de los hombres se trasluce – a veces a pesar suyo- la verdad. Una extraña consecuencia que se deriva necesariamente del uso de la tortura es que al inocente se le coloca en peor posición que al culpable. Así, pues, mientras que el inocente no puede más que perder, el culpable puede ganar”¹⁰.

También se debe decir que la tortura como mecanismo para obtener una confesión obligada, muchas veces no rindió sus frutos. En efecto, ante el descontrol de esta práctica la falta de reglamentación, la discrecionalidad y la arbitrariedad motivaron a los sujetos pasivos del proceso a desarrollar técnicas, procesales para evitarlo, científicas o químicas para pasar el tormento, o mágicas para alejar el riesgo o en la creencia de que determinados conjuros convocarían a poderes sobrehumanos quienes brindarían al beneficiario, la fuerza necesaria para soportar el dolor. Así por ejemplo “no faltaban recursos a los profesionales del crimen: conjuros, encantamientos, drogas, contra los cuales la experiencia y picardía de los jueces encontró también los remedios. Los débiles, los inocentes, los que por primera vez se veían envueltos en las complejas redes de la administración de justicia, eran los que salían peor parados”¹¹.

La situación en este periodo, nos hacen ver la importancia que las autoridades, en especial las judiciales, otorgaban a la confesión obligada. Y la práctica del tormento era la pieza clave que movía el engranaje procesal, hacia una condena. En muchas oportunidades la confesión obtenida por tortura, era la única prueba con la que se contaba, y por supuesto esta en modo alguno era dejada de lado, sino que se constituía en la *probatio-probatissima*, -el hecho de que había sido obtenida por tortura era nada más que una circunstancia- y por supuesto, que ello más que neutralizar la prueba, le daba el mérito más alto, pues fue obtenida luego de haber sido vencidos todos los

¹⁰ C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, pp.98-99.

¹¹ M. P. Alonso, *El proceso penal en Castilla*, p.256.

límites del reo, hasta que por fin, la ley de los hombres y de Dios prevaleció, el delincuente, confesó. Lo cierto es que, “el proceso penal entregaba al inculpado sin ninguna protección a un funcionario que era, a la vez y de modo profundamente parcial, juez de instrucción y juez penal. El acusado era simplemente objeto del proceso, solo destinado a aportar pruebas contra sí mismo, y en caso de que se resistiera a ello o incluso de que tratara de defenderse, lo único que le esperaba era la tortura”¹².

Los métodos que se aplicaban durante los tormentos para extraer una confesión eran extremadamente crueles e inhumanos¹³. Las prácticas se realizaban en sótanos especialmente diseñados para ello, con calabozos rodeando la sala principal, la que podía ser observada por los reos cuyas confesiones eran solicitadas, -demás está decir que muchos de ellos, confesaban y firmaban lo que se les pusiera enfrente- de tal manera a que los tormentos que le estuvieran siendo aplicados a uno, producían en simultáneo efectos sobre los demás, contorsiones, muecas de dolor, desmembramientos, gritos y alaridos, lograban también efectos psicológicos muy útiles a quienes tenían que rendir cuentas del producido de su “labor”, al obtener rápidamente el resultado esperado.

Los tormentos como forma de obtener la confesión, perduraron en Europa hasta finales del siglo XVIII. Las ideas humanistas de la Ilustración, llevaron con el tiempo a la secularización del derecho en especial el penal y procesal extirpando todo tipo de resabio religioso-

¹² E. Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, p. 249.

¹³ Quevedo y Hoyos nos describe en su Libro de indicios y tormentos: “*El primero modo, pues, de afligir a los reos es echar agua al paciente por las narices, tapándole la boca; y este se tiene por peligroso. Otro llaman de ladrillo, que es poniéndole muy caliente a los pies del reo, dejándolos primero que estén bien fríos. Otro llaman del moxon, que es poniéndolo en el ombligo del paciente de forma que no se pueda ir, y este causa grandísimo dolor, porque casi orada las mismas tripas. Otro tormento ai que dicen de la cabra, que es teniéndola encerrada, y sin comer por algún tiempo. Y estando hambrienta untar con sal los pies del reo, y soltarla para que los lama, lo cual ella hace tan bien con el hambre y gusto de la sal, que se los rompe y despedaza, y le saca la sangre con tanto dolor del atormentado, que no tiene encarecimiento...*”

so que nutría la anterior concepción jurídica y por supuesto su normativa.

En Inglaterra, en época de los tribunales eclesiásticos, se aplicó el *jus jurandum de veritate dicenda* con el único requisito previo de que el acusado fuera de mala fama y la negativa a jurar le permitía considerarlo "*culpable proconfesso*". Las luchas religiosas del sigloXVI llevaron a la Corona a adoptar los métodos eclesiásticos con finalidades políticas pero chocaron con los tribunales de derecho común. Las prácticas que requerían la confesión jurada fue desapareciendo con el tiempo. Las objeciones al juramento inquisitivo se extendieron, fundándose entre otras cosas en que el procedimiento afectaba a la dignidad humana. En este sentido "La superación de las prácticas inquisitivas en Inglaterra puede entenderse completada hacia fines del siglo XIX época en que los prisioneros se encuentran totalmente resguardados de todo interrogatorio judicial, antes o durante el juicio"¹⁴

En Francia, con la Ordenanza de 1670, luego de recopilar toda la información referente a la existencia de un hecho delictual se le informa de esto al procurador del rey, quien luego de revisar el peso de la evidencia, ordena que el imputado sea escuchado. El interrogatorio no era voluntario sino obligado y era exigido en casos de crímenes, debe ser incesante e iniciarse antes de las 24 horas de su detención, debiéndosele tomar juramento, práctica que, según Hélie, citado por Hendler, proviene de los Merovingios¹⁵. Las prácticas inquisitoriales desaparecen recién en 1897, se estableció el derecho de abstenerse de declarar que debía ser advertido y cuyo ejercicio no acarrea consecuencias¹⁶.

Es indudable, luego de haber realizado una revisión rápida de la historia del sistema jurídico penal en los referentes históricos, en

¹⁴ Edmundo S. Hendler e Ignacio F. Tedesco, "La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: la Justicia Criminal en Francia e Inglaterra", en *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Edit. Ad-Hoc, 1999.

¹⁵ Conf. Hélie, M.F.

¹⁶ Conf. CHAMPCOMMUNAL, Giuseppe: "La riforma dell'instruttoria in Francia" en *Rivista Penale*, vol. XLVIII, 1898, pp. 5-19.

especial, del mecanismo para la obtención de una confesión forzada como sustento de una condena buscada y querida por una sociedad en la que las pautas religiosas y jurídicas se hallaban entrelazadas hemos establecido la punta del ovillo que hasta el día de hoy sigue dando de tejer a las ideas conservadoras y reformistas, a los eficientistas y garantistas, en un enfrentamiento que sigue generando debate, no ya sobre el tema principal “derecho del imputado al silencio” -es decir a no ser obligado a declarar- tema este consensuado por lo menos en el ámbito de Doctrina, sino sobre, otros aspectos que subyacen ese derecho, como el de no sacar conclusiones negativas de su ejercicio; o el derecho intrínseco a mentir, cuando decida voluntariamente declarar.

En un proceso histórico se va decantando la necesidad de considerar al tormento y a la confesión forzada, como prácticas inhumanas y degradantes, partiendo en primer lugar de la consideración del ser humano como sujeto y no ya como objeto del proceso penal, en el que no necesariamente se debe buscar la condena a todo costo, de la persona que inicialmente surja como responsable de un hecho punible, sino que se debe buscar reconstruir los hechos con una labor investigativa, que en un primer momento histórico, se adjudicó la obligación a las partes involucradas, para posteriormente encomendársela exclusivamente al acusador. Surgen en consecuencia dos corrientes jurídicas y doctrinarias, la europea continental y la anglosajona que tienen un origen común a -la declaración del imputado.

El derecho del imputado en un proceso penal enfoca dos aspectos: El primero de ellos conlleva el ejercicio de su defensa de una manera activa, es decir prestando declaración ante la autoridad facultada para tomarlo, una vez que esta le haya impuesto de la causa en la que se lo involucra, derecho este expreso que le acuerda la ley y el Segundo, cuando también decide hacer uso de su derecho de defensa pero de una manera pasiva, es decir guardando silencio, derecho que lo resguarda contra cualquier presión que afecte su voluntad, libre y consciente y que pueda perjudicarlo si declarase o incriminarlo¹⁷.

¹⁷ Garantía consagrada en la máxima “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, o ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo.

La libertad del imputado de prestar o no declaración si bien provino de un origen común, -cual era la practica del tormento y la confesión forzada y jurada- alcanzó un consenso histórico, pero con variantes en ambos lados del Atlántico. En una costa, por derecho al silencio se entendió la libertad que tenía una persona acusada de un delito para prestar declaración, permitiéndole no estar sujeta a un interrogatorio; mientras que al otro lado, se consideró que dicha libertad estaba dada para erradicar simplemente la práctica más inhumana que era consecuencia de la ausencia de este derecho: la tortura, y el juramento que la acompañaba. Debemos también, considerar más allá de lo expuesto que el derecho al silencio se encuentre también enmarcado en un principio de raíces muy antiguas¹⁸.

Ferrajoli¹⁹ señala que el interrogatorio del imputado es donde se han manifestado y se han medido las diferencias más profundas entre los métodos inquisitivo y acusatorio. Así, en el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba el “comienzo de la guerra forense”, es decir “el primer ataque” del acusador contra el reo para obtener de él por cualquier medio, la confesión.

Es importante también señalar que antes de que se extendiera la utilización de la tortura y la confesión como instrumentos del proceso, otros medios de prueba cumplían un rol central. Así, el juramento era el medio de prueba más simple y más importante en el proceso germano-acusatorio. Se exigía que el juramento de los litigantes fuese reforzado por el juramento adicional, posterior o precedente, de otras personas, los llamados consacramentales o conjurantes. Este juramento no versaba sobre el tema de la prueba, ni siquiera tenían que tener algún conocimiento propio de los hechos controver-

¹⁸ Esto surge en la afirmación de San Crisóstomo (ca. 400) en su comentario a la Epístola de San Pablo a los Hebreos cuando dijo: “*No te digo que descubras eso -tu pecado- ante el público como una condecoración, ni que te acuses delante de otros*”. Citado por Marquez Figueroa, Hector L., en su trabajo “La renuncia al privilegio de no autoincriminarse”, publicado en la *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. XLI, 1972, N° 2, pag. 385, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*; Trotta, *Teoría del garantismo penal*, p. 607.

tidos. Sólo confirmaban que el juramento de la parte a la cual asistían era “puro y no falso”, o sea que simplemente manifestaban estar convencidos de la credibilidad de esas personas²⁰. Asimismo, en caso de que un clérigo estuviera mal afamado, el sistema canónico obligaba a éste a “purificarse” mediante el procedimiento de los consagramentos²¹.

Decíamos anteriormente, que las cortes eclesiásticas habían introducido el *jusjurandum de veritate dicenda* o juramento inquisitivo, bajo la influencia del Papa Inocencio III. Este juramento, a diferencia del compurgatorio, implicaba la interrogación activa del acusado por parte del juez, además que aquel debía revelar —bajo esa presión— la totalidad de la verdad de lo que se estaba investigando. No obstante, las cortes eclesiásticas tenían ciertas limitaciones respecto al uso de este recurso; el acusado no podía ser expuesto a su juramento en la ausencia de alguna presentación (presentment), es decir sin el respaldo de la acusación bajo juramento hecha por cierto número de vecinos de la que ya hemos hablado. Sin embargo, en la práctica, el procedimiento significaba que un individuo podía ser llamado ante la Corte y tener que responder a un amplio interrogatorio sobre sus asuntos personales sin que interese la naturaleza o la fuerza de las acusaciones en su contra²².

El sistema anglosajón, a través de sus cortes, la Star Chamber y las Courts of High Commission adoptó esta práctica. Era exigido al imputado el juramento ex officio, aún cuando no existía en su contra imputación o cargo alguno. Se aguardaba el inicio del interrogatorio para obtener elementos de cargo, constituyéndose así su declaración en base de su propia inculpación. Cuando estas prácticas se enfrentan al derecho común sufren van sufriendo reveses. En efecto, hacia 1568 el juez Dyer, presidente de la Court of Common Pleas, otorgó una orden de habeas corpus liberando a un prisionero que había sido forzado a tomar un juramento. En dicha concesión, justificó la objeción al juramento con la máxima *nemo tenetur seipsum prodere*, esto

²⁰ Walter Gerhard, *Libre apreciación de la prueba*, p. 49.

²¹ Op. cit., p. 40.

²² Cf. McCormick on Evidence, pag 279, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

prodere, esto es: ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo²³.

El derecho a no autoincriminarse va cobrando forma con el caso de John Lilburn. Arrestado e interrogado en la Star Chamber en 1637-1638 por imprimir libros sediciosos en Holanda e importarlos a Inglaterra, Lilburn negó los cargos ante el interrogatorio del procurador general. Al ser preguntado sobre otros temas, se negó a responder. Al rehusarse a prestar el juramento que le exigía la Star Chamber dijo que éste era "...un pecaminoso e ilícito juramento... contrario a la práctica del mismo Cristo... contrario a la misma ley de la naturaleza, porque ésta tiende a preservarse a sí misma..."²⁴. Por dicha negativa fue multado y torturado. Luego fue liberado por el Long Parliament, en su primera reunión. Posteriormente La cámara de los Comunes resolvió el 4 de mayo de 1641, que "la sentencia de la Star Chamber contra John Lilburn es ilegal, y contraria a la libertad de la persona; y también sangrienta, cruel, malvada, bárbara y tiránica". La Cámara de los Lores, estableció posteriormente que dicha sentencia debía ser anulada "por ilegal y muy injusta, contraria a la libertad de la persona, a la ley del país y a la Carta Magna...y que el mencionado Lilburn será por siempre absolutamente libre y totalmente absuelto de dicha sentencia y de todos los procedimientos que de ella deriven, tan entera y ampliamente como si nunca hubieran existido"²⁵.

El parlamento inglés debido a los abusos de las prácticas del juramento ex officio, resuelve prohibirlo en 1641, para los casos penales. A partir de ese momento empezó a ser considerada de una manera especial la declaración del acusado. Esta ya no podría ser

²³ Cf. O'Reilly, Gregory W., "England Limits the Right to Silence and Moves Towards an Inquisitorial System of Justice", en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol 85, N° 2, 1994, p. 415, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

²⁴ Howell, "States Trials"; 1315-1367, citado por Bumbauld, Edward, *The Bill of Rights*, Univ. Of Oklahoma Press, pp. 79 y ss; citado a su vez por Gugeler, P.: p. 881, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

²⁵ P. Butteler, p. 879, citado por Hendler, ref. 16.

forzada, sino que solo podría ser lograda si el sujeto así lo solicitaba, entonces sí debía jurar. La innovación provino de una ley del Parlamento inglés de 1898: la Criminal Evidence Act en la cual se reconocía el derecho del imputado de ser testigo en causa propia, debiendo al igual que cualquier otro, prestar el correspondiente juramento.

Las ideas revolucionarias surgidas en Inglaterra, encuentran una vía de expansión hacia América, a través del "Mayflower", arraigándose bien en las nuevas tierras y en lo que conformaría la sociedad y el derecho anglo-norteamericano, Hendler citando a Pittman refiere que el privilegio contra la autoincriminación, que resguarda al acusado, fue bastante bien establecido antes de 1650 en las colonias de Nueva Inglaterra y en Virginia apenas después ²⁶.

Al tiempo de la formación de la Unión el principio de que ninguna persona pueda ser obligada a testificar contra sí misma estaba incorporado al common law como rasgo distintivo de otros sistemas jurídicos, Entonces como ahora se lo consideraba como un privilegio de gran valor, una protección para el inocente, aunque un refugio para el culpable, y una salvaguardia contra procesos temerarios, infundados y tiránicos. Cinco de los trece Estados originales (Carolina del Norte, 1776; Pennsylvania, 1776; Virginia, 1776; Massachusetts, 1780, y New Hampshire, 1784, habían ya entonces incluido el principio en sus Constituciones, para preservarlo de modificaciones legislativas o judiciales... y el resto de los Estados indudablemente recogían este principio por parte de sus tribunales. El principio tal como inicialmente fue formulado sirvió de base para su incorporación en la Actual Constitución Federal de los Estados Unidos de América que dice en su quinta enmienda "...Nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself" o "nadie será obligado en juicio criminal a ser testigo contra sí mismo", dejando con ello garantizado el derecho a la libertad del individuo por sobre cualquier intento de forzarla.

²⁶ Pittman, *The colonial and Constitutional History of de Privilege Against Self Incrimination in America*, 21 Virginia Law Re. 763, 781 (1935), citado en McCormick on Evidence, p 282; citado a su vez por Hendler, ref. 16.

4. EL DERECHO EUROPEO CONTINENTAL

En este lado del Atlántico, las cosas fueron por otros caminos, los excesos, de las prácticas inquisitivas de obtener forzosamente la confesión de los individuos perseguidos por diferentes motivos por el estado o la iglesia, a través de la declaración forzada, jurada y por torturas, fue suavizada como se mencionó por el advenimiento del iluminismo, pero no por ello desapareció enteramente. El desarrollo que tuvo para el derecho europeo continental la declaración del imputado, fue dispar a la del derecho anglosajón, situó al sujeto como el centro del proceso, y en un afán de desterrar definitivamente las prácticas crueles del tormento y el juramento divino, las suprimió manteniendo sí una convocatoria obligada del imputado, para que resuelva si prestará o no declaración, minimizando la libertad y el derecho de convertirse el acusado en medio de defensa y prueba cuando este lo decida por consejo de su defensor o sin él. El imputado pierde así su libertad de ser él quien lleve su declaración ante el Juez. Adoptando el sistema europeo continental, el criterio de que la declaración es un medio de defensa y de instrucción, en el que el imputado – “supuestamente” con el fin de exorcizar cualquier influencia inquisitiva, no está obligado a jurar de todo cuanto tenga que decir.

En octubre de 1789, La Asamblea Constituyente de la nueva Francia modificó la ordenanza de 1670 de manera provisional, para intentar con ello evitar los abusos en los que se había incurrido, proscribiendo el juramento del indagado²⁷.

En torno a estos dos sistemas ha girado la doctrina del derecho constitucional y procesal, optando desde mi punto de vista por el sistema anglosajón, pues es en definitiva quien atendiendo al fondo de la cuestión ha sido el que –aún manteniendo el juramento en la declaración, se ha apartado del modelo inquisitivo, poniendo al sujeto pasivo del proceso en el lugar exacto para el ejercicio de sus derechos en igualdad de trato que los demás, garantizándole la especial naturaleza de testigo especial, aquél que no podrá ser obligado a declarar, y que solo lo hará en el momento en así lo crea conveniente. Es decir,

²⁷ Cf. A. Vélez Mariconde, pp. 135 y ss., citado a su vez por Hendler, ref. 16.

“El juramento inquisitivo supone por un lado la forma, es decir el juramento mismo y por el otro, el fondo, es decir las interrogaciones insistentes en búsqueda de la confesión. Al consagrar el derecho a no declarar como manera de desterrar esa práctica, los reformadores franceses prestaron atención a lo primero y suprimieron el juramento sin prohibir totalmente las interrogaciones voluntariamente hechas. Los anglosajones en cambio centraron la atención en el interrogatorio mismo pero dejaron vigente la obligación del juramento de quienes declaran por propia voluntad. La explicación podría ir todavía un paso más notando que en el sistema mixto de procedimiento (o inquisitivo reformado) la declaración del imputado tiene naturaleza ambivalente, según ya hemos señalado que lo advertía Hélie: tiende a la averiguación instructoria y al mismo tiempo es un medio de defensa. En el sistema acusatorio la ambivalencia ni siquiera se sugiere.

La explicación bien podría hallarse en una observación de Stephen: el juicio criminal es el sustituto de una guerra privada²⁸. Bajo esa perspectiva se entiende que las declaraciones, que suponen siempre una forma de testificar, sean una manera de participar de la contienda, lo que no deja dudas del bando en cuyo favor se lo hace. De allí entonces que, en ese sistema, la declaración del imputado tenga el sentido de ejercitar un derecho que lo asiste y que puede serle condicionado a la prestación de un juramento. Lo que no se permite es que pueda ser convocado al estrado en interés o por iniciativa del bando contrario”²⁹.

5. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO ¿MEDIO DE DEFENSA O MEDIO DE PRUEBA?

Es indudable que el tema que a continuación se expondrá, es conflictivo en cierto sector de la doctrina, pero creo ciertamente que lo que aquí se concluya podrá ayudar a configurar la verdad en el proceso penal, y sin entrar en mayores discusiones sobre ¿qué ver-

²⁸ Cf. Stephens, j.f.: vol. I, p. 432, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

²⁹ Edmundo S. Hendler e Ignacio F. Tedesco, “La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: la Justicia Criminal en Francia e Inglaterra”, en *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Edit. Ad-Hoc 1999.

dad?, podemos consensuar por los menos, que la verdad que motivará la resolución judicial al final del proceso, será la verdad procesal³⁰, y esta no es más que una verdad relativa, verdad relativa que sin embargo se considera objetiva y suficiente cuando ha logrado motivar con grado de certeza la resolución judicial, con el consecuente impacto social de seguridad jurídica.

En la búsqueda de la verdad, el proceso penal se vale de una serie de actos probatorios, entre ese conjunto de actuaciones se encuentra en muchos casos, la prueba personal³¹ que es dada por el imputado, con la cual se puede coadyuvar a determinar esa verdad procesal, por medio de sus declaraciones, constituyéndose así el mismo imputado en una fuente y su declaración en un medio de prueba³².

³⁰ Como señala P. Pisani, "La tutela penale delle prove formate nel processo, Giffre", Milán, 1959, p. 28, toda la verdad del proceso es "formal", ya que el modo a través del cual se desenvuelve su búsqueda está legislativamente predeterminado o tiene límites insuperables, aunque más simple y correcto es decir que existe una verdad "procesal". Y esta verdad procesal, como afirma L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 50-51, puede concebirse "como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia", citados por Huertas Martín, M. Isabel, en *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, p. 278.

³¹ A esto, denomina J. Bentham, *Tratado...*, cit, p. 29, prueba personal a la que es suministrada por un ser humano, comúnmente denominada testimonio, citado por Huertas Martín.

³² Para Roxin: *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 175-176, las declaraciones del imputado y su presentación en el juicio oral juegan sin duda alguna un importante papel para la formación de la sentencia del tribunal, pero sin embargo considera que el imputado no es en sentido técnico un medio de prueba como lo es el testigo, puesto que aquél, como se recoge en el art. 14.III del PIDCP, no puede ser forzado a declarar contra sí mismo ni a reconocerse culpable. Citado por Huertas Martín. Efectivamente tales derechos tienen toda su vigencia pero, no obstante los mismos, si el imputado decide declarar, e incluso hacerlo contra sí mismo, tales declaraciones pueden ser tenidas en cuenta por el juzgador, constituyéndose así aquéllas como un medio de prueba, medio de prueba que, en función precisamente del ejercicio de tales derechos, resulta en todo caso contingente, lo cual no obsta para que en reali-

El interrogatorio del imputado siempre se ha considerado como un punto relevante del proceso, sobre todo si con el se puede llegar a concluir rápidamente “el caso”, por lo que se debe rodear a su declaración de amplias garantías³³ a fin de evitar que los investigadores se vean tentados de utilizar mecanismos que violenten la libertad y la dignidad de la persona humana.

La doctrina europea-continental, que se debate hoy -si efectivamente la declaración del imputado es un medio de defensa, un medio de prueba o ambos-, pone como centro de la misma, la valoración que se ha de realizar sobre los dichos del imputado. Con ello pretendiendo apartarse definitivamente del modelo inquisitivo anterior, configuraron para el imputado un especial acto procesal, que por su ambivalencia, no posee la utilidad práctica que quizás inspiró a sus precursores. En efecto, en su evolución, como ya se refiriera anteriormente, la declaración del imputado abandonó en ambos lados del Atlántico, -y esto es fundamental- *el carácter obligatorio de la misma*. Mientras el sistema anglosajón, en una construcción también especial, por la propia situación del sujeto pasivo, considera a este, un testigo en causa propia, incorporándolo entre los medios de prueba, cuando éste decida constituirse como tal, ejercitando su derecho a declarar; el sistema europeo continental lo construye como un “híbrido”, el que, al igual que el anterior, no está obligado a brindar explicación alguna, pero sin embargo es compelido por la ley a manifestar expresamente ante el tribunal que declarará, o que no lo hará, brindando a dicha declaración un valor muy relativo, en razón de provenir

dad, y técnicamente, cuando se produce, pueda ser tenido en cuenta como tal.

³³ La declaración del imputado constituye un concepto más amplio que el de la confesión, por cuanto de la declaración puede derivarse obviamente, la confesión, pero no es el único resultado o contenido posible que puede extraerse de aquella —entre otras razones porque el imputado, si es inocente, no tendrá nada que confesar-, siendo necesario que no sólo la confesión, sino la declaración globalmente considerada se encuentre rodeada de las garantías constitucional y legalmente previstas. Huertas Martín, M. Isabel, en *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, p. 282.

de parte interesada y sobre todo, en virtud de que no existe sanción alguna para el caso de que mienta³⁴.

El derecho a prestar declaración³⁵, es el más importante de los derechos a la defensa. Es la posibilidad de ser "oído" antes que la autoridad fiscal y/o judicial tomen decisión alguna. Es decir es el derecho del imputado a valorar los elementos de cargo en su contra y dar su versión de los hechos, si así conviniere a la estrategia procesal que debe ser trazada por su abogado defensor desde el inicio, aconsejándole este, si conviene o no que declare. Este derecho también se halla previsto en el código de procedimientos al momento en que el juez debe decidir sobre los presupuestos de la prisión preventiva, para lo cual convoca al imputado, a una audiencia³⁶ previa para analizar su situación y escuchar cuanto tenga que decir con referencia a la medida solicitada por el Fiscal. Asimismo, se observa que la ley le permi-

³⁴ "La indagatoria, por sus mismas características procesales (exonerado del juramento o la promesa de decir verdad) tiene relativa importancia para fundar en ella una sentencia condenatoria y/o absolutoria, sin el apoyo en otras piezas procesales..." Ac. y Sent. N° 25 del 18-X-1985, Tribunal de Apelación en lo Criminal, 2ª Sala.; "...la imputación de un procesado hecho en su indagatoria o una tercera persona, no constituye ninguno de los medios de prueba admitidas en el Código de Procedimientos Penales. Desde luego, un procesado no tan solo declara sin el juramento de ley, sino que se le advierte que no está obligado a declarar la verdad. ..." A.I. N° 284 del 19-VIII-1937; y Ac. y Sent. N°40 del 13-VIII-1969 Tribunal de Apelación en lo Criminal.

³⁵ Art.84, Código Procesal Penal, "Libertad de declarar, oportunidades y autoridad competente. El imputado tendrá derecho a declarar y a abstenerse de declarar, como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio en el procedimiento. Durante la investigación, el imputado declarará ante el fiscal encargado de ella. Durante la etapa intermedia, el imputado declarará si lo solicita; en ese caso, la declaración será recibida en la audiencia preliminar por el juez penal. Durante el juicio, el imputado declarará, en la oportunidad y formas previstas por este código. En todos los casos, la declaración del imputado sólo tendrá validez si la hace en presencia de un abogado defensor, salvo en los caos en que el imputado sea abogado".

³⁶ Art. 242.- CPP. Prisión Preventiva. El Juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, solo cuando sea indispensable y...

te hacer declaraciones al inicio de la audiencia de Juicio oral³⁷ una vez definido -por la acusación pública y particular si lo hubiere- el objeto del debate; como también durante el mismo, si fuese ampliada la acusación sobre la base de nuevos hechos y circunstancia.³⁸ Antes del cierre del debate, el tribunal le preguntará al imputado -ya en ese momento acusado- si tiene algo más que decir³⁹, brindándole una última posibilidad de ser oído por el tribunal sobre todas las pruebas producidas, sobre el o los hechos, antes de pasar a deliberar y dictar la Sentencia.

6. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO

El derecho a la defensa también puede ser ejercido guardando silencio⁴⁰ el imputado, sobre los cargos que le son presentados por el fiscal. Este derecho le permite evaluar con detenimiento todas las

³⁷ Art. 383.- CPP. Declaración del imputado y presentación de la defensa. *"Una vez definido el objeto del juicio, el presidente dispondrá que el defensor explique su defensa, siempre que lo estime conveniente. Inmediatamente recibirá declaración al imputado, explicándole con palabra claras y sencillas el hecho que se le imputa, con la advertencia de que podrá abstenerse de declarar y que el juicio continuará aunque él no declare. El imputado podrá manifestar cuanto tenga por conveniente, y luego será interrogado por el fiscal, el querellante, el defensor y los miembros del tribunal en ese orden..."*

³⁸ Art. 386.- CPP. Ampliación de la Acusación. *"Durante el juicio, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la sanción del mismo hecho o integra un hecho punible continuado. ...", "...En tal caso, con relación a los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado..."*

³⁹ Art. 395.- CPP. Discusión final y cierre del debate. *"...Finalmente, el presidente preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después declarará cerrado el debate."*

⁴⁰ Art. 12 Constitución, *"...Toda persona detenida tiene derecho a: 1) que se le informe, en el momento del hecho, de la causa que la motiva, de su derecho a guardar silencio y ser asistida por un defensor de su confianza...."*

pruebas que han sido recogidas durante la investigación, y en especial su circunstancia y su vinculación con los hechos, por supuesto con el asesoramiento de un defensor, quien podrá objetivamente realizar el análisis de los elementos presentados por el Ministerio Público y tomar la decisión de permanecer pasivo, aguardando que el acusador se encargue de reunir las pruebas en su contra.

El derecho del imputado o acusado a guardar silencio sea al momento en que es aprehendido e interrogado por la policía como durante el proceso, se considera contenido en dos derechos que gozan de protección internacional: el derecho a que se presuma la inocencia⁴¹ y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo⁴² ni a confesar su culpabilidad. Un Juez o Tribunal no puede sacar conclusiones adversas en perjuicio del imputado que ha hecho uso de su derecho a no declarar⁴³.

Nuestra Constitución ha recogido los derechos a guardar silencio y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, que en conjunto podríamos englobarlos genéricamente en derecho al silencio. Esta acepción pareciera más correcta que la de derecho a no auto-incriminarse, en razón de que el inculpado puede declarar todo lo que crea conveniente a su favor pero también puede querer realizar una confesión con lo que se estaría auto-inculpando, todo esto dentro de la libertad que debe serle garantizada al imputado para la toma de esa decisión. Pero aquellas no son más que manifestaciones concretas del contenido del derecho a guardar silencio ya que, lógicamente, si uno no quiere realizar declaraciones, la mejor manera, además de la posibilidad de mentir, es guardar silencio.

⁴¹ Art. 17 inc. 1 Constitución; Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. XXVI De la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 8° inc.2 De la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 14 inc. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴² Art. 18 Constitución; Art. 8° inc. 3° De la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 14 inc. 3° literal g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴³ Art. 75 inc. 6 CPP.- Derechos del Imputado. "...*Abstenerse de declarar,* ..."

El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, es el centro del problema y la solución en la definición de la naturaleza de la declaración del imputado. En efecto lo que postula la constitución es que el imputado *no sea obligado a declarar*, dejando abierta la posibilidad de que lo haga cuando éste así lo crea conveniente bajo asesoramiento profesional. Apunta en este sentido Fenech Navarro que también son medios de defensa las declaraciones de los testigos que han sido propuestos por la defensa, y en general todos los elementos probatorios aportados por la misma, sin que por ello pueda negarse su carácter de medios de prueba, y por ello, aunque la tendencia natural del imputado a ocultar lo desfavorable obliga a la prevención, esto no afecta a la naturaleza jurídica de la declaración, sino a la valoración de la misma⁴⁴.

Ahora, como consideraremos a la declaración del imputado. Ciertamente que *cuando este decida hacerlo*, no podría permanecer dentro de la figura “híbrida” de la “indagatoria”, término este que sí tiene connotaciones inquisitivas. La declaración del imputado, será objeto quizás del tópico donde actualmente se encuentra. Esta deberá incorporarse al proceso en el momento que así lo determine el imputado, bajo las formalidades del testimonio, con sus reglas propias pero

⁴⁴ M. Fenech Navarro, *Derecho Procesal Penal*, p. 652. En la misma línea, indica V. Fairen Guillen, *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo II, p. 1219, que ambas direcciones, esto es, la que señala a la declaración del imputado como medio de defensa y la que lo hace como medio de prueba, son compatibles, ya que por un lado, el imputado toma parte en un medio de prueba de valor indiciario, mientras que, por otro, la ley reconoce al imputado un interés en su defensa y el medio de exponerlo es el de sus propias declaraciones; en este sentido, expresa J. L. Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, pp. 113 y ss., que el interrogatorio y la declaración del imputado tiene, desde el punto de vista de éste, la vertiente de instrumento de defensa, mientras que desde la perspectiva del interrogador se pretende su utilización como fuente de prueba; también T. Muñoz Rojas, *El imputado en el proceso penal*, p. 71, destaca esta doble perspectiva: de un lado es un medio de defensa porque el imputado no tiene la obligación de ser imparcial y de otra parte es medio de prueba porque versa sobre hechos que son objeto del proceso, citados por M. Isabel Huertas Martín, en *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, p. 315.

adecuadas a la persona del imputado, pudiendo en este punto, cuando ya ha tomado la decisión de declarar, sin que haya existido presión o coacción alguna ex – ante, advertírsele, de las consecuencias para aquellos que declararan falsamente, pudiendo a su vez, al igual que para los testigos, serle exigido el juramento o promesa de decir verdad. En este sentido el derecho del imputado a guardar silencio permanecería con él, a fin de ejercerlo ante cualquier interrogatorio, que bajo consejo de su abogado se estimare prudente no responder. Este planteamiento no implicaría una involución de la corriente europea-continental hacia sus fuentes inquisitivas, de las que le tomó tiempo y sangre salir, si no más bien el reencuentro con la rama anglosajona, en la que se da preeminencia a la libertad de la persona, para la toma de una decisión como la autoincriminarse.

7. DEL JURAMENTO AL IMPUTADO

La Ley 1 del Título XI, partida III, definía al juramento como: *“Averiguamiento que se hace, nombrando a Dios o alguna cosa santa sobre lo que algunos afirman o niegan que es así”*.

Para Arturo Orgaz, es un medio de prueba por el que se vincula la fe religiosa y cívica al deber de producirse con verdad y sin malicia en una declaración judicial o de actuar sin torcer la justicia y el Derecho al desempeñar una comisión o profesión.

“Invocación que se hace poniendo como testigo de la verdad de un hecho o de una promesa, a Dios, a su fe u otra institución que resulte sagrada para el que lo presta”⁴⁵.

El concepto del Juramento englobaría en si los más altos valores que posee una persona pudiendo ser estos de carácter religioso, moral, social etc., y los expone y compromete en prueba de la veracidad de sus dichos. Constituyendo desde el punto de vista procesal una garantía de probidad y buena fe.

⁴⁵ *Diccionario Jurídico*, Voz “Forum”, t. 2, pág. 549.

La doctrina europea-continental, prohíbe que al imputado le sea exigido juramento o promesa de decir verdad. También, en Latinoamérica esa es la constante a excepción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, con influencia decisiva del sistema jurídico anglosajón. Como fuente histórica reciente, se encuentra el derecho colombiano que en 1981 incluye en su normativa procesal penal la posibilidad de exigir al acusado que quisiera declarar el correspondiente juramento. El art. 1º de la ley 6ª literal g), decía: "...el sindicado no estará obligado a declarar, pero si lo quiere hacer, deberá prestar juramento y podrá ser interrogado como cualquier testigo". Nuestro ordenamiento procesal penal, siguiendo la corriente mayoritaria, también prohíbe que le sea exigido el juramento al imputado que resuelve declarar.⁴⁶

Sobre el artículo en cuestión la Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala constitucional) expuso: "El sentido exacto del artículo 25 de la Constitución es el de ser una prohibición a los funcionarios de utilizar cualquier medio de coacción tendiente a obtener en los procesos penales confesiones, o declaraciones contra parientes, en los grados indicados en tal disposición, garantía de integridad y dignidad de la persona y la familia, sin que deba dársele otro alcance..."

*"...De lo que se deduce que si la confesión o la declaración son formuladas espontáneamente, deliberadamente, sin que medie presión alguna y con el solo ánimo de colaborar en el esclarecimiento de los hechos, en nada se afecta aquella garantía constitucional con exigir que, para mayor seriedad y para darles una evaluación adecuada, se preste un juramento pues este requisito no envuelve amenaza ni entraña coacción, ya que implica tan solo promesa de ser fiel a la realidad materia de la declaración..."*⁴⁷.

⁴⁶ Art. 88 CPP.- *Métodos prohibidos. En ningún caso, se le exigirá al imputado juramento o promesa de decir la verdad, ni podrá ser sometido a ninguna clase de fuerza o coacción. Se prohíbe toda medida que afecte la libertad de decisión del imputado, su voluntad, su memoria o su capacidad de comprensión y dirección de su propia declaración.*

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), *Revista Foro Colombiano*, núm. 131, Bogotá, mayo de 1980, p. 406.

La autoincriminación como un acto voluntario realizado con discernimiento intención y libertad como se ve, no está fuera de la ley. Lo que no es admitido, es que violentando esa libertad, se obtengan informaciones que podrían perjudicar penalmente al que las hizo. Existiendo entonces el derecho al silencio, de cuyo ejercicio no pueden sacarse conclusiones adversas, no siendo obligatoria la declaración del imputado, sino todo lo contrario, él decidirá cuando declarar, no se explica entonces el porqué no se sanciona al imputado mentiroso. Dicen algunos, si se le exigiera al imputado al igual que el testigo que declara, que “jure o prometa decir la verdad” sobre lo que va a declarar, se lo estaría constriñendo psicológicamente a declarar contra sí mismo. Esta situación no es tal, en razón de que el juramento o promesa de decir verdad es posterior a la decisión de declarar, tomada libremente por el imputado, previo examen de conveniencia sobre si guardaba silencio o no.

8. ¿EFICACIA VERSUS GARANTÍA?

Si el juramento o promesa de decir verdad es una presión para aquellos imputados con un alto nivel de religiosidad y consecuentemente si se les exigiere juramento no tendrían más opción que decir la verdad, o cometer perjurio ante su Dios y con ello autoincriminarse, esta posición no tiene el sustento que pretende brindársele, debido a que un hombre religioso, ante la disyuntiva de mentir o decir la verdad y autoincriminarse tiene aún, el derecho constitucional a guardar silencio y que sea el acusador particular el que se encargue de probar su culpabilidad. Este mismo argumento puede servir para el imputado agnóstico o el ateo. Lo central aquí radica en que, no existe un derecho a la mentira, si bien esta afirmación tiene sus cuestionadores,⁴⁸ también tiene a sus defensores⁴⁹.

⁴⁸ Altavilla, Foschini, Guarneri, Gianturco y Mattia.

⁴⁹ Gómez Carnelutti, De Luca; Massari, Loasses, Santoro, Frosali, Cantarano, Andrioli, Ranieri; Aloisi y Maggiore; Pannain, del Castillo; Martín Pallin; Fayos Gardo; Asencio Mellado; Vazquez Sotelo, Capizzano.

La Constitución es clara en este sentido "*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unido de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive...*", de la misma no surge ni explícita ni implícitamente el derecho de mentir para el imputado, conducta esta que debe ser tipificada en el ordenamiento penal de fondo, para erradicar la cultura de la falsedad tan arraigada en nuestro medio, promocionada por muchos profesionales, ante la atipicidad de la conducta de sus clientes y por ende sin consecuencias para quienes los instigan.

La eventual incorporación en las bases legislativas procesales, del juramento de decir verdad, que como ya se expusiera, es hoy, un certificado de veracidad de lo manifestado ante el Juez, habiendo abandonado su antigua naturaleza exclusivamente religiosa, tendrá consecuencias penales para los infractores, es decir para aquellos que cometan perjurio, sea como autores inmediatos como los mediatos, (asesores que instiguen la comisión del hecho punible a sus clientes), como asimismo dejaría de considerarse ciertas declaraciones falsas como atenuantes de las conductas o inclusive eximentes de sanción, según lo expuesto en el art. 245 del Código Penal, Ley N° 1160.

En una sociedad en la que sus componentes relativizan la moral y la ley y actualmente acostumbrados legalmente a mentir ante el juez de su proceso (pues la ley les habilita a ello sin consecuencias negativas para ellos), la exoneración del juramento no solo es un escollo para la averiguación de la verdad, la que es ubicada por este mecanismo al final de un laberinto, cuya solución en la gran mayoría de los casos se hace difícil pues, el imputado, al exonerársele el juramento, y estar liberado de las consecuencias penales por falsedad en juicio, no duda en armar con su abogado una estrategia de defensa, basada en muchos casos en la mentira, la invención de coartadas, la aparición de testigos falsos etc. La posibilidad de la "mentira", hoy, está garantizada y legalmente prevista tanto en nuestro Código Procesal Penal.

El imputado tiene una doble opción perfectamente compatible con su derecho constitucional a no ser obligado a declarar. Por un lado, si es culpable, se siente culpable y quiere confesar, el mecanis-

mo deberá ser el de un testimonio calificado por el autor del mismo que resulta ser el acusado, si es inocente podrá hacerlo, tal como se espera que declare una persona que pudo haber tenido un conocimiento acabado de lo que aconteció. Por otro lado si es culpable o no, tiene el derecho constitucional de guardar silencio, sin que su negativa a declarar pueda ser utilizada en su contra. Pues es perfectamente posible y legal, que tanto el culpable como el inocente prefieran (motu proprio o por indicación de su abogado) no prestar declaración por la falta de elementos suficientes que fundamenten la misma por lo tanto al no tener estos elementos la abstención es decir el guardar silencio es la opción constitucional para los casos descriptos.

El sistema anglosajón, (acusatorio), ha influenciado en gran medida a nuestro actual sistema procesal, que actualmente es un acusatorio morigerado no puro, pero con tendencia a desterrar toda reminiscencia inquisitiva. La declaración del imputado con la naturaleza descripta, en las situaciones expuestas y con los requisitos que podrán serle exigidos, están integrados al sistema anglosajón hacia cuya implementación pura nos dirigimos. Basta una mirada, a la estructura actual del procedimiento, la incorporación efectiva de ciertos derechos y garantías que antes solo existían en el discurso de los teóricos pero no reconocida en las disposiciones legales. El sistema de rai-gambre europeo continental que abandonamos casi en su totalidad, tenía como características: 1) un proceso iniciado de oficio, 2) desequilibrio de partes en el proceso, donde la figura del juez prevalecía sobre los demás, 3) un juez activo, 4) secreto del proceso, 5) no contradicción, 6) justicia delegada, 7) prueba tasada. En el sistema anglosajón a diferencia del anterior, se distinguen como características principales, en nuestro ordenamiento legal: 1) la existencia de una imputación y/o acusación previa, 2) la igualdad de partes, 3) la pasividad del Juez, 4) la oralidad, 5) la publicidad, 6) el contradictorio, 7) la intermediación, 8) libertad probatoria y sana crítica para juzgar, 9) única instancia.

La constitución le garantiza al imputado en la comisión de un hecho delictivo, el derecho de que: *"no podrá ser obligado a declarar contra sí mismo"*, no le habilita a mentir al juez en su defensa. Pretender extender este derecho constitucional al extremo de considerar legal la *"mentira ante los tribunales"* por parte de los encausados,

es desvirtuarlo y desnaturalizar la función del Derecho Procesal Penal y consecuentemente se debilita a la Justicia (Poder Judicial) y el restablecimiento del orden jurídico quebrantado por el accionar delictivo, por entender erróneamente que exigirle juramento de decir la verdad al imputado que ha decidido hacer uso de su derecho constitucional de declarar, es violatorio del mismo principio⁵⁰.

⁵⁰ M.I. Martín Huertas, existe una parte de la doctrina que se opone a la vigencia de este derecho de falsedad, y así, MASSARI, LOASSES, SANTORO, FROSALI, CANTARANO, ANDRIOLI, RANIERI, defienden la existencia de una obligación moral de veracidad; por otro lado, ALOISI y MAGGIORE apoyan la tesis según la cual sobre el imputado pesaría un verdadero deber jurídico de decir la verdad, mientras que PANNAIN, ALTAVILLA, FOSCIINI, GUARNERI, GIANTURCO Y MATTIA, sostienen que el imputado soporta la carga procesal de declarar la verdad, de modo que de su silencio o de su falsedad se derivan consecuencias desfavorables en cuanto a la formación de la convicción del órgano judicial acerca de su culpabilidad; por último, CARNELUTTI y DE LUCA han sostenido que el imputado ha de estar sometido a un deber o una obligación testimonial.

BIBLIOGRAFIA

- ÁVALOS, Raúl W., *Declaración contra sí mismo. Supresión de Tormentos. Derecho Procesal Penal*, Ed. J. Cuyo, Santiago de Chile, 1993.
- ARMIJO, Gilbert, *La confesión ante las reglas de la valoración de la prueba en el proceso penal. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y La Transición al Nuevo Proceso Penal*, 2ª Ed. San José, IJSA, junio del 2001.
- BATTISTELLI, Luigi, *La Mentira del Acusado. La Mentira ante los tribunales*, Bogotá-Colombia, Temis, 1984.
- BERNAL VALLS, J., *El juramento. El falso testimonio*, Edit. Tecnos, 1992, Madrid.
- BETTIOL, Giuseppe, *El principio de la Declaración de la Verdad. Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Barcelona, Bosch, 1977.
- BINDER, Alberto M., *El derecho a no declarar contra uno mismo. Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- BORTHWICK, Adolfo E. C., *Situación del Imputado. Nuevo Sistema Procesal Penal*, Corrientes, Mario A. Viera, Ed. 1999.
- BOVINO, Alberto, *Ingeniería de la verdad. Revista Ciencias Penales*, Costa Rica, 2001.
- CARROCA PÉREZ, Alex, *La Autodefensa. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, Barcelona, BOSCH, 1998.
- CASAÑAS LEVI, José, *Legislación Penal Paraguaya*, Asunción, Intercontinental Editora, 2000.
- DÖHRING, Erich, *El interrogatorio del Imputado. La prueba su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos en el proceso*, Buenos Aires, Librería el Foro S.A., 1996.
- GORPHE, François, *Confesiones y Declaraciones. Apreciación judicial de la prueba*, Bogotá, Colombia, Temis, 1985.
- HENDLER, Edmundo S. y TEDESCO, Ignacio F., *La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: La Justicia*

Criminal en Francia e Inglaterra. Sistemas Procesales Penales Comparados, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

HENDLER, Edmundo S., *El derecho a no autoincriminarse. Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

HUERTAS MARTÍN, María I., *El imputado como fuente de prueba: la declaración del imputado. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, BOSCH, 1999.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando, *De la Indagatoria. Derecho Procesal Penal*, Bogotá, Colombia, TEMIS, 1982.

MONTAÑÉZ PARDO, Miguel A., *Declaraciones del Imputado. La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Navarra, Edit. Aranzadi, 1999.

NOVELLINO, Norberto J. y GONZALEZ Atilio C., *La Confesión Judicial y el Silencio. El Silencio y sus efectos en los Procesos Judiciales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culsoni, 2000.

PICÓ i JUNOY, Joan, *Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, BOSCH Ed., 1995.

ROXIN, Claus, *El imputado en el Derecho Probatorio. Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

SAGUÉS, Nestor P., *Derechos y Penales. Elementos de Derecho Constitucional. Tomo 2, 2ª Ed.*, Buenos Aires, ASTREA, 1997.

SEGURA ORTEGA, Manuel, *La situación del Derecho Penal y Procesal en los siglos XVI y XVII. Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1998.

TIJERINO PACHECO, José M., *Acerca de la declaración del imputado*, Revista Ciencias Penales, Costa Rica, 1998.

VARELA, Casimiro A., *La Constitución y el Derecho de Defensa. Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*, Primera Ed., Ed. Buenos Aires AD-Hoc, 1999.

VARGAS DELGADO, Iris, *Declaraciones del Imputado. El inculgado en el proceso Penal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1997.

WITT, Elder, *Autoincriminación. La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales*, 2ª Ed., México, 1995, Ed. Gernika.

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL NUEVO SISTEMA PENAL

Víctor Manuel Núñez Rodríguez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN. 3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA MATERIA PENAL: A) PRINCIPIO DE LEGALIDAD; B) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD; C) PRINCIPIO DE REPROCHABILIDAD; D) PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN. 4. EL NUEVO PROCESO PENAL. 5. EL JUICIO ORAL Y PÚBLICO: ORALIDAD, PUBLICIDAD, INMEDIATEZ E INMEDIACIÓN; CONTRADICCIÓN, ECONOMÍA Y CONCENTRACIÓN. 6. EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. 7. CONCLUSIÓN.

LA CONSTITUCIÓN Y EL NUEVO SISTEMA PENAL

Víctor Manuel Núñez Rodríguez

1. INTRODUCCIÓN

El 3 de febrero de 1989 se dio inicio en nuestro país a una nueva época no sólo en el orden político con el advenimiento de la democracia como forma de gobierno, sino, principalmente, en el orden jurídico. Uno de los primeros pasos que se dio en ese sentido fue la convocatoria de la Convención Nacional Constituyente la que se instaló a fines del mes de diciembre de 1991 y concluyó sus deliberaciones el 20 de junio de 1992 con la promulgación de la nueva Constitución Nacional de la República del Paraguay.

En este trabajo no vamos a analizar las circunstancias en que se desarrolló dicho evento político-jurídico, ni el hecho de que esta Constitución pueda ser considerada como la única en la historia de nuestro país que fue producto de una genuina representación el pueblo paraguayo en todos sus estamentos y sectores; nuestra pretensión es señalar que la transformación política que significó la promulgación de la nueva ley suprema de la nación trajo aparejada una nueva concepción jurídica en todos los órdenes, una renovación de los antiguos paradigmas que regían la vida de la sociedad paraguaya, específicamente en el orden jurídico- penal que es donde más se refleja el tipo de Estado y de Gobierno que adopta una sociedad.

En ese sentido podemos ver que la misma Constitución, a diferencia de otras anteriores, comienza valorizando la persona humana; pone en primer lugar al *hombre* y no al Estado; por eso es que ya en el Preámbulo de la misma se puede leer que *"El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional,*

sanciona y promulga esta Constitución". Y en el artículo 1 ratifica que "*La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana*".

Fiel a este reconocimiento de la dignidad humana como valor fundamental y preocupados por los abusos que se han cometido durante mucho tiempo en la persona humana por parte del Estado, la violación permanente de sus derechos fundamentales y una utilización abusiva y aberrante de la privación de libertad de las personas como medio de coerción y de presión por parte de un gobierno autoritario, los constituyentes han instituido en el propio texto constitucional algunas normas tendientes a proteger un bien jurídico tan fundamental de la persona humana como es su libertad.

El artículo 9 de la Constitución establece como principio que "*Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad*"; y el 11 prescribe que "*nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes*". Luego sigue una serie de disposiciones que tienen por objeto salvaguardar los derechos de las personas en cuanto a su libertad física y garantizarle el cumplimiento de sus derechos procesales. Establece las normas y limitaciones en cuanto a la detención y el arresto de las personas; la no privación de libertad por deudas; la irretroactividad de la ley, salvo que sea más favorable al encausado o condenado; la prohibición de hacer justicia por sí mismo; la inviolabilidad de la defensa en juicio; los derechos procesales fundamentales tales como la presunción de inocencia; el debido proceso; la publicidad del juicio; que no se le juzgue dos veces por la misma causa; el derecho a la defensa pública gratuita; el control e impugnación de pruebas; que no se le opongan pruebas obtenidas en violación de normas jurídicas; el acceso a las actuaciones procesales; la indemnización del Estado en caso de condena por error judicial; que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, su cónyuge y sus parientes, y otras normas que establecen derechos y garantías procesales.

En este punto es conveniente detenernos para analizar uno de los principios procesales cuya concepción ha tenido un giro copernicano en el nuevo orden constitucional y, como consecuencia lógica en el orden procesal: me refiero a la figura de la prisión preventiva. Es sabido que la utilización de este instituto procesal constituía la regla en nuestro procedimiento penal anterior. Así lo disponía el artículo 337 del antiguo Código de Procedimientos Penales: *“La detención SE convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente estos requisitos...”*. Sin embargo, el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que *“La prisión preventiva sólo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio”*. Es decir, que el carácter normal de la prisión preventiva, se convirtió en excepcional. Del mismo modo, modificó sustancialmente su tiempo máximo de duración; el anterior código disponía que *“si la prisión preventiva de los comprendidos en los artículos anteriores excediere a la duración de la pena máxima que con arreglo a las leyes pudieran aplicárseles, podrán los Tribunales concederles la excarcelación provisoria bajo la caución que estimen conveniente”*. El citado artículo constitucional, empero, ordena que *“en ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito...”*.

En los artículos siguientes la Constitución establece normas relacionadas con el objeto de las penas; las condiciones de reclusión de las personas; la publicación de los procesos en el sentido de que las mismas deben realizarse sin prejuzgamiento y que el procesado no debe ser presentado como culpable antes de la sentencia ejecutoriada. Todas estas disposiciones constituyen, como ya lo expresamos, un cambio radical de los paradigmas que teníamos hasta entonces, y dieron lugar, posteriormente, a un gran movimiento intelectual en el campo jurídico con miras a la actualización doctrinaria, específicamente de nuestro sistema penal, de manera a colocarlo a la altura de las modernas exigencias de la doctrina en el campo penal.

2. DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

Históricamente el Derecho Penal, que constituye la forma jurídica del poder punitivo del Estado, ha sido visto con razón, sobre

todo desde la Ilustración y el pensamiento emancipador frente al antiguo régimen, como un poder material, represivo, expansivo e insaciable, frente al cual la tarea política y jurídica más noble era ponerles límites, es decir, construir y desarrollar principios y postulados capaces de limitar el qué y el cómo castigar, para garantizar así los derechos individuales.

Estos principios, como el de legalidad, el de responsabilidad personal o el de culpabilidad, se extraían de órdenes externos al propio Derecho Penal, así, desde el llamado "Derecho Natural", en sus distintas versiones, o la "naturaleza objetiva de las cosas", o desde programas directamente políticos. Se construía de este modo un catálogo de límites al poder punitivo del Estado, de carácter externo, de vinculación más política que jurídica.

Hoy en día, por el contrario, existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado como es el punitivo tiene que tener definidos sus fines y, por tanto sus postulados o principios de su sistema de argumentación y de aplicación, tanto en fase legislativa como judicial, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado hace la Constitución. Y esto es así porque ese poder del Estado se realiza mediante normas y decisiones jurídicas, y tanto el legislador que las elabora, como el Juez que las aplica, están vinculados por las prescripciones de la Constitución, vinculación que, además, está garantizada por la atribución de control sobre el legislativo y sobre los jueces de un órgano supremo que es la Corte Suprema de Justicia, con poder para corregir a uno y otros, por la vía de la declaración de inconstitucionalidad en un caso y por la vía de la casación o la revisión del proceso en el otro.

El científico, como operador que está fuera de uno y otro ámbito, si desea cumplir una función de mediación entre Constitución y Ley Penal, entre ambas y su aplicación al caso concreto, elaborando criterios para la reforma o creación de las leyes, así como para su aplicación judicial, está vinculado también por esa Norma Fundamental. Todo lo cual no es sino consecuencia del valor directamente normativo de la Constitución.

Por todo ello, los principios rectores del sistema penal no deben considerarse hoy como meros "límites" del *ius puniendi*, sino como principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho penal no puede seguir siendo considerado sino como Derecho Penal Constitucional, pues es consustancial al mismo la función de garantía.

La Constitución de 1992, ya lo hemos señalado, comporta una radical innovación del ordenamiento jurídico en general y del penal en particular, tanto por su contenido normativo como por la idea de hombre y de sociedad que la inspira y que se debe plasmar necesariamente en el sistema y en el Derecho Penal.

La novedad respecto a la idea de hombre y de sociedad –con sus consecuencias para la filosofía del delito y de la pena– es que rompe con la concepción abstracta del hombre y de la sociedad como conjunto de sujetos libres e iguales, y sustenta una concepción realista de los hombres como sujetos sometidos a la desigualdad y a la falta de libertad material, para sobre ello, y teniendo como base fundamental la dignidad humana, reclamar e imponer una acción política y jurídica destinada a superar esa desigualdad y esa carencia de libertad. Todo lo cual debe plasmarse también en el sistema penal

La Constitución contiene además preceptos que – unos directa, otros indirectamente– afectan y conforman el sistema punitivo. Se trata en realidad de un sistema complejo de relaciones. Pero más allá de las concretas referencias a las cuestiones penales, la Constitución contiene principios generales que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento y, lógicamente también, el ordenamiento penal. Es más, son estos principios generales los que permiten captar adecuada y coherentemente el sentido de los preceptos concretos. Una lectura fraccionada y con visión parcialista de los preceptos constitucionales sólo puede servir para neutralizar la carga innovadora que representa la Constitución y, por tanto, a traicionar el espíritu constitucional, como es la tendencia lamentable y siempre presente en nuestro medio.

Resulta necesario por ello, examinar detenidamente la Constitución para extraer de su texto, de los principios generales que consagra y de su espíritu, lo que podría denominarse el programa penal de la Constitución, el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar.

Importa precisar que con el término “programa” queremos referirnos a un conjunto de postulados político-criminales genéricos y no a soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo. Tal concreción de un programa no se contiene en el texto constitucional ni resulta saludable. El legislador es y debe ser libre para resolver a su prudente arbitrio los concretos problemas que se le plantean. La Constitución representa tan solo ese marco normativo en cuyos principios ha de inspirarse sus decisiones. En la Constitución puede buscarse —y encontrar— una respuesta (por ejemplo a la alternativa entre Derecho Penal de la retribución y Derecho penal de la resocialización), pero el determinar si resulta procedente la pena de arresto de fin de semana o la institución de la suspensión a prueba es algo que corresponde por entero al legislador ordinario.

Pero más allá de ese programa, los principios generales de la Constitución y concretos preceptos de la misma configuran un Derecho Penal Constitucional.

En primer lugar, los principios generales que nuestra Constitución consagra y que tienen relevancia para el sistema penal son los valores superiores de dignidad, libertad, igualdad y justicia contenidos en el Preámbulo, y los principios generales de legalidad, de defensa en juicio, de presunción de inocencia y otros consagrados a lo largo del texto constitucional.

En segundo lugar, en dicho texto se cuentan preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al Derecho Penal, fundamentalmente los artículos 4, 5, y los que van del

7 al 23. Por el artículo 4 se consagra el derecho a la vida que es inherente a la persona humana, se garantiza su protección y se abole la pena de muerte. Por el 5 se proscriben la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y se declaran imprescriptibles el genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas. El artículo 7 consagra el derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado y el 8 garantiza la protección ambiental, ordena que la ley regule las actividades susceptibles de producir alteración ambiental y le autoriza a restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas, establece expresamente algunas prohibiciones concretas y, por primera vez en nuestro ordenamiento penal-constitucional, prevé la existencia del delito ecológico el cual será —como lo fué— definido y sancionado por ley. El artículo 9 garantiza y protege la libertad y la seguridad de las personas. El 10 proscribe la esclavitud y la trata de personas. El 11 condiciona la privación de la libertad física y el procesamiento de las personas a lo que dispone la Constitución y la Ley. El artículo 12 establece la garantía de que nadie será detenido ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente y enumera los derechos que le asiste a toda persona en el caso que sea detenida. El 13 prohíbe la privación de la libertad por deuda y establece una novedosa excepción cuando dice “*salvo mandato de autoridad judicial competente dictado por incumplimiento de deberes alimentarios*”, o, tal como lo prevé el Código Penal, como sustitución de multas o fianzas personales. El artículo 14 consagra el principio de irretroactividad de la ley, salvo que sea más favorable al encausado o condenado. El 15 prohíbe hacer justicia por sí mismo o reclamar derechos con violencia, pero garantiza la legítima defensa. El artículo 16 consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio y el derecho de toda persona a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales. Los derechos procesales están consagrados en el artículo 17 cuando del derecho penal o de cualquier otro pudiera derivarse pena o sanción. El artículo 18 establece las restricciones de la declaración del imputado y la salvaguarda de sus parientes y allegados por los actos ilícitos y la dehonra de aquél. El artículo 19, al que ya hemos hecho referencia en la introducción de esta trabajo, constituye una verdadera valla y necesaria garantía contra el antiguo e inhumano abuso de la prisión preventiva, establece expresa y categóricamente que “*la prisión preven-*

tiva sólo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho efectuada en el auto respectivo". El artículo 20 establece escueta y taxativamente cuál es el objeto de las penas y dice que "*las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad*". Y el artículo 21 que se refiere a la reclusión de las personas, establece las condiciones o los requisitos que se deben cumplir en relación con los lugares en que aquellas deban ser recluidas en los casos en que sean privadas de su libertad. Estos enunciados constituyen la columna vertebral sobre la cual se irá desarrollando el presente trabajo.

En tercer lugar, constituyen también Derecho Penal Constitucional aquellos preceptos que consagran derechos fundamentales y que, por lo tanto, delimitan el *ius puniendi*, tanto en lo que al Poder Legislativo se refiere como al Poder Judicial, en cuanto instancia a la que se confía la aplicación de las leyes penales. Este catálogo de derechos fundamentales constituye el núcleo específico de legitimación del ordenamiento de bienes jurídicos del sistema penal, con efectos de legitimación y límite de la intervención penal y, a su vez, delimita el ámbito de lo punible en las conductas delictivas típicas cuya realización puede venir fundamentada en el ejercicio de tales derechos. Esos derechos son, particularmente, los consagrados en el Título II de la Parte I, relativos a la vida y el ambiente (Capítulo I); a la libertad y seguridad de las personas, a la libertad religiosa y la ideológica, a la libertad de expresión y de prensa, a la libertad de reunión y de manifestación; al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de los recintos privados, del patrimonio documental y de la comunicación privada; los derechos a la objeción de conciencia; a la defensa de los intereses difusos; a la indemnización justa y adecuada; a peticionar a las autoridades; al tránsito y a la residencia; a la libertad de asociación; al derecho de asilo y la legalidad de los tributos (Capítulo II); a la igualdad de las personas y la igualdad de derechos del hombre y la mujer (Capítulo III); a los derechos de familia, a la protección integral de la niñez y la adolescencia, a los derechos de la juventud, de la tercera edad y de las personas discapacitadas (Capítulo IV); de los pueblos indígenas y grupos étnicos, de la propiedad comunitaria de los mis-

mos, de su educación y asistencia (Capítulo V); del derecho a la salud (Capítulo VI); del derecho a la educación y la cultura (Capítulo VII); de los derechos laborales, del trabajo de las mujeres y de los menores, de la seguridad social, de la libertad sindical y del derecho a la vivienda (Capítulo VIII).

Por último, integran también el Derecho Penal Constitucional aquellos preceptos que de modo expreso regulan conceptos del sistema penal; por ejemplo la inviolabilidad de la inmunidad parlamentaria (artículo 191); el principio de la unidad jurisdiccional (artículo 248); la publicidad del proceso penal y la necesaria motivación o fundamentación de las sentencias (artículos 17 y 256); la acción popular (artículos 38 y 134); el Ministerio Público (artículos 266 y siguientes); y la Policía Judicial (artículo 272).

Cláusula general de cierre del contenido del Derecho Penal Constitucional es el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo ordenamiento penal vigente, principio que es expresión del supremo rango normativo de la Ley de Leyes que está expresamente consagrado en el artículo 137 de la Constitución Nacional cuando afirma 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 su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Esta Constitución no perderá su validez si dejara de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto al que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”*. Igualmente, y en el mismo sentido, ratificando la supremacía de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 256 deja claramente sentado que *“toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley”*.

Tanto desde los valores superiores como desde los principios generales del ordenamiento constitucional pueden construirse principios constitucionales rectores del sistema y del Derecho penal. En algunos supuestos la Constitución ha convertido a algunos de ellos propiamente en un derecho fundamental, por ejemplo, el principio de legalidad.

3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA MATERIA PENAL

A continuación haremos una breve y sucinta exposición de los principios constitucionales de la materia penal, señalándose los que son propiamente contenido de derechos fundamentales:

Principio de legalidad: La atribución exclusiva al legislador de la facultad de establecer delitos y disponer la aplicación de penas a la comisión de los mismos, constituye desde la Revolución Francesa la piedra angular del Derecho penal moderno. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879 proclamaba en su artículo 8 que *“la ley no debe establecer más que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley”*. La Constitución Nacional dispone en su artículo 17.3 que *“en el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales”*. Basado en el mismo postulado el artículo 1 del Código Penal establece que *“Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se halen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”*. La doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales consideran que en el precepto transcrito se proclama el principio de legalidad en materia penal que Feuerbach, en las primeras décadas del siglo XIX había formulado en latín su famosa expresión *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*.

Como contenido de este principio se entienden diversos postulados o sub-principios: la reserva absoluta de la ley —monopolio del Parlamento— para definir las conductas constitutivas de delito y disponer la aplicación de penas, con exclusión de otras disposiciones legales de rango inferior y de la costumbre; la exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales (*scripta et stricta*); la prohibición de la interpretación extensiva y de la analogía *in malam partem*; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el imputado; la prohibición de castigar un mismo hecho más de una vez (*non bis in idem*). A los anteriores postulados se unen otras manifestaciones del principio de legalidad en dos espacios diferentes de la aplicación de la norma penal: la garantía de que el enjuiciamiento del autor de un hecho punible se realice conforme a la ley procesal (Código Procesal Penal) y la garantía de que la pena se ejecute y cumpla conforme lo dispuesto en las leyes respectivas, en especial en la Ley N° 210/70 del Régimen Penitenciario actualmente vigente, o en el futuro en el Código de Ejecución Penal.

Buena parte de los principios enunciados ya estaban consagrados en los códigos vigentes anteriormente, penal y procesal penal, pero con mayor amplitud los garantizan los nuevos cuerpos legales actualmente en vigencia. Más concretamente me refiero al principio de legalidad referido a los hechos punibles y a las sanciones penales, y a la garantía jurisdiccional y procesal. Para completar el conjunto que conforma el principio de legalidad en nuestro sistema penal, aún falta que el mismo también tenga vigencia en la ejecución de las sanciones penales (Código Penal) y de las medidas (Código de la Niñez y la Adolescencia) impuestas por los Jueces, para lo cual es necesario contar con un Código de Ejecución Penal.

Principio de proporcionalidad. Ya desde la ilustración y la Revolución Francesa se ha reclamado que *“la ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias”* (artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879). Con anterioridad, Beccaria concluía su *Dei Delitti e delle Pene* con una afortunada síntesis: *“Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circuns-*

tancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”.

Estas ideas tempranas del pensamiento moderno se han elaborado técnicamente, de modo especial tras la Segunda Guerra Mundial, a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –artículos 10.2 y 18, Convenio Europeo de Derechos Humanos- y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y, ya sobre la idea de “*prohibición del exceso*”, ya sobre la de “*razonabilidad*” del actuar de los poderes públicos, se imputan a un principio general del ordenamiento jurídico que podemos denominar “de proporcionalidad” (artículo 2 del nuevo Código Penal). Este principio tiene una triple dimensión que se formula en sub-principios: la intervención restrictiva de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada.

Con relación al ejercicio del poder punitivo del Estado estos principios cobran un significado capital. Así, en primer lugar, el principio de necesidad reclama que la incriminación de una conducta sea medio imprescindible de protección de bienes jurídicos y comporta la intervención mínima posible sobre los derechos de la persona para alcanzar tal fin, lo que conocemos, respectivamente, como principio de protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima.

En segundo lugar, el principio de adecuación requiere que la incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma, pena o medida, sea apta para alcanzar el fin que la fundamentan.

En tercer y último lugar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena o medida y el fin perseguido con la incriminación y con las penas o medidas.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio y los tres sub-principios enunciados, son en sentido técnico un principio gene-

ral del Ordenamiento Jurídico que ha inspirado la elaboración de los nuevos códigos y su interpretación y aplicación por los Tribunales.

Mientras que el principio de proporcionalidad, en sentido amplio, plasmado en los principios de protección de los bienes jurídicos y de intervención mínima despliegan sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, es decir, de la clase de conductas que han de configurarse como hecho punible, el principio de proporcionalidad en sentido estricto opera fundamentalmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas, por lo que puede hablarse en este ámbito de un principio de proporcionalidad de las penas (y las medidas en el ámbito penal de la adolescencia), que a su vez se proyecta, primero en la fijación legislativa de las mismas, en la conminación legal abstracta y, dentro de ella y de cada hecho punible, en su determinación concreta por el Juez al aplicar la ley, dos momentos que plantean problemas distintos:

En la previsión legislativa de la pena o medida correspondiente al hecho punible el principio de proporcionalidad requiere una relación de adecuación entre la gravedad de la pena o medida y la relevancia del bien jurídico protegido y, a su vez, entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta punible puede presentar. Como todo juicio de proporcionalidad, se resuelve éste en valoraciones y comparaciones, es decir, en una “ponderación”. Como catálogo de orientaciones puede decirse que las penas más graves deben reservarse para los hechos punibles que atacan los bienes jurídicos más fundamentales, por lo que la medida máxima de las penas se establece a partir de los hechos punibles contra la vida, situándose este bien en la cúspide del ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos, como se considera propio de un Estado Social y Democrático de Derecho y como está consagrado en el nuevo Código Penal –Ley N° 1160 del 26 de noviembre de 1997.

A su vez, las penas para cada hecho punible o grupo de hechos, que sirven a la tutela del bien jurídico, se gradúan acomodadas a la gravedad del modo de afectación del bien jurídico y a los elementos subjetivos de la conducta que atenta contra él, graduación

que se hace en la Parte General del código de modo abstracto, por ejemplo, distinguiendo entre la consumación de la lesión del bien jurídico y la tentativa inacabada y, en la Parte Especial, por ejemplo, atendiendo a los elementos objetivos de la conducta con la distinción típica y punitiva entre homicidio doloso (artículo 105 del Código Penal) simple (Inciso 1º), agravado (Inciso 2º) o con reproche reducido (Inciso 3º).

La exigencia de proporcionalidad no es solamente de orden jurídico, sino también requisito material de la prevención, pues sólo penas proporcionales a la gravedad de los hechos punibles y a su valoración social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respeto a la norma y, en consecuencia, la disminución de la delincuencia.

Proporcionalidad de las penas en su aplicación judicial. Los primeros códigos respondían a la arbitrariedad judicial, característica de los regímenes autoritarios, en la elección de las penas y de su intensidad o duración, con la previsión de penas fijas que no admitían arbitrio judicial alguno, en la ingenua pretensión de que los jueces fueran meramente la boca por la que hablase la ley. Pero, superado ese primer momento, las penas se han fijado estableciendo en ocasiones diversas alternativas; por ejemplo, prisión o multa y, en todo caso un marco mínimo y máximo de duración de las penas privativas de libertad y de derechos, y de cuantías en las penas de multa; por ejemplo en el hecho punible de homicidio doloso simple (artículo 105, inciso 1º, del Código Penal) la pena es de 5 a 15 años de privación de libertad. Dentro de ese marco los jueces pueden determinar la pena que estimen adecuada a la conducta del autor, dentro de unas reglas que el propio código establece (artículos 2 y 65), según concurren o no circunstancias que signifiquen una mayor o menor proporción de lesividad para el bien jurídico o de reprochabilidad del sujeto. A su vez también se preocupa el código de establecer otras reglas para supuestos en los que el sujeto no es autor sino cómplice (artículo 31) o en los que el hecho no se ha llegado a consumir, quedando en tentativa -acabada o inacabada- (artículos 26 y 27). Se trata, en suma, de una compleja técnica que en el sistema anterior llegó a llamarse "aritmética" penal, pero que en el actual la gravedad de la pena es

proporcional a la gravedad del reproche penal del autor y aquella será limitada por ésta.

Principio de culpabilidad (o reprochabilidad). Todos los conceptos penales son de formación histórica y el de culpabilidad también, pero quizá esto requiera más que ningún otro una referencia a la historia para su mejor comprensión en su momento actual. En efecto, la idea de que el castigo penal requiere la culpabilidad del sujeto tiene su origen en la lucha contra el Derecho Penal de la época en que se hacía responder por el delito de una persona a sus parientes, así como por hechos causales o fortuitos en los que el sujeto carecía de toda responsabilidad o, en los que tenía una responsabilidad tan solo indirecta o causal. La forma de responsabilidad sin culpabilidad que ha perdurado hasta tiempo reciente es la que se conoce como *versari in re illicita*, originada en el Derecho Canónico para corregir versiones más brutales de la responsabilidad. Según este principio se hace responder al sujeto por los resultados ulteriores conectados causalmente a un hecho ilícito o delictivo, y se le hacía responder con igual pena que si este ulterior causal resultado hubiese sido buscado de propósito. Un ejemplo característico era el del aborto con resultado de muerte, en el que el médico que practicaba un aborto criminal respondía también de la muerte de la embarazada aunque dicha muerte fuera fortuita y nada tuviera que ver con la práctica abortiva, y respondía de esa muerte con la misma pena que si hubiese cometido homicidio doloso.

Pues bien, la idea del principio de culpabilidad viene a responder a esa censura a la legislación histórica, lo que se plasma en el principio de personalidad de las penas y en el principio de exigencia de dolo o culpa. El primero de ellos limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participan en él como instigadores, autores o cómplices y su vigencia no presenta problemas desde hace largo tiempo.

En segundo lugar, y casi primero y principal, habida cuenta la asimilación legislativa del principio de personalidad, lo que el principio de culpabilidad reclama es el rechazo de la responsabilidad objetiva y exige que el hecho punible se cometa o dolosamente o, al me-

nos, culposamente, es decir, o de propósito o por una inexcusable falta de cuidado, lo que excluye la responsabilidad por resultados vinculados causalmente a la conducta del sujeto pero que ni eran previsibles ni evitables.

El principio de culpabilidad es manifestación de varios principios generales del ordenamiento, como el de la dignidad humana, consagrada en el Preámbulo y en el artículo primero de la Constitución, y de la propia idea del Estado de Derecho; pero con independencia de que no encuentra en el texto constitucional una formulación expresa, sí puede considerarse implícito, pues expresamente ha declarado su plasmación procesal por excelencia: la presunción de inocencia del artículo 17.1. Con ello basta para atribuir al principio de culpabilidad rango constitucional como para vincular al legislador en la configuración de los tipos penales y en la determinación de las penas.

Principio de resocialización. La Constitución contiene dos preceptos que fundamentan la formulación de un principio general del ordenamiento jurídico penal que puede denominarse de resocialización. El primero de los preceptos es de orden general y está contenido en el artículo 6 cuando deja establecido que la calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad, en el artículo 46 que se refiere a la igualdad de las personas en la sociedad y el 47 que establece las garantías de la igualdad de todos los habitantes de la República y la obligación del Estado de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Estos mandatos tienen su plasmación más fuerte en las zonas sociales sometidas a marginación, una de las cuales es en buena parte la población penal, marginada institucionalmente, de modo, en principio, inevitable, pero también socialmente, tanto durante su privación de libertad y en el tiempo posterior como en el anterior a su internación institucional como objeto de la reacción penal. Bastaría este mandato constitucional para construir un principio de actuación de los poderes públicos orientado a reducir o eliminar en lo posible la marginación, lo que vale tanto como decir la socialización o resocialización de los destinatarios de la represión penal.

Pero la Constitución ha ido más lejos y en el artículo 20, luego de consagrar el principio de legalidad penal en el artículo 17.3, dispone que *“las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación (quiere decir social) de los condenados y la protección de la sociedad”* lo que está en plena correspondencia con el artículo 5 el cual ordena que *“nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*.

Congruentemente, el artículo 3 del Código Penal prescribe que *“Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir”*; y el artículo 39 establece que *“el objeto de la ejecución de la pena privativa de libertad es promover la readaptación del condenado y la protección de la sociedad. Durante la ejecución de la pena privativa de libertad, se estimulará la capacidad del condenado para responsabilizarse de sí mismo y llevar una vida en libertad sin volver a delinquir”*.

La formulación del principio de resocialización en el ordenamiento jurídico de varios países de Europa, especialmente en España, dio lugar en los primeros años a algunas confusiones. La primera consistente en reducir a la resocialización los fines de las penas en general, excluyendo la prevención general. En segundo lugar, y reduciendo la eficacia del principio a la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, identificando al tratamiento como el contenido único de la ejecución penitenciaria a causa del empleo de los términos “reeducación” y “reinserción”, que aparecen más conectados a un sentido transitivo, de contenido de la ejecución, sobre todo como tratamiento, que a su sentido como resultado final. En España, según Ignacio Berdugo Gómez de La Torre y Luis Arroyo Zapatero, en su *Manual de Derecho Penal*, Editorial Praxis, Barcelona 1994, p. 67, *“ambas interpretaciones han sido negadas por el Tribunal Constitucional, particularmente desde la S.T.C. 19/1988, F.J. N° 9, y así en la más reciente 150/1991, F.J. N° 4, manifiesta que ‘tampoco la Constitución española erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el artículo 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyan asimismo, una finalidad legítima de la pena’*.

La cuestión puede plantearse ya en términos correctos, y así, en primer lugar, la ejecución penal es materialmente imposición al delincuente del mal que en todo caso representa la pena. En segundo lugar, el mero sometimiento al mal es ya un contenido de la ejecución, contenido coherente con el fin motivador de la imposición concreta de la pena. Para determinados tipos de delincuentes esa mera imposición de la privación de bienes jurídicos podrá resultar suficiente acción motivadora de una futura conducta sin delito.

Ahora bien, lo que el Estado Social y Democrático de Derecho aporta a los contenidos de la ejecución es algo más, aunque presupone y parte de lo anterior. El Estado no puede reducir su misión a la de mero gendarme, custodio del delincuente y desinteresado de su destino. Lo que comporta el nuevo orden fundamental es la obligación por parte del Estado de intervenir en las desigualdades y conflictos sociales, ofreciendo posibilidades de participación plena en la vida social a los que carecen de ellas, carencia que puede ser un factor determinante de la conducta desviada de determinadas clases de delincuentes. Esta obligación del Estado se traduce, por una parte, en la construcción de un sistema de ejecución de la pena que ofrezca al condenado medios y oportunidades para su reinserción, y por otra, cuando menos, en la exigencia de institutos jurídicos que puedan facilitar la resocialización sin lesionar los objetivos de prevención general, como el sistema vigente de progresión de grados muy fluido que permite llegar cuando conviene a la semilibertad y a la libertad condicional, así como la depuración del sistema de ejecución de todos aquellos factores que impiden la resocialización o que, incluso, incrementan la asocialidad del sujeto: por ejemplo la masificación de las prisiones. Y debe hacerse hincapié en este último aspecto, pues la realidad de nuestro sistema penitenciario está todavía bien alejada del propósito expresado en el artículo 20 de la Constitución y de los postulados de la Ley N° 210/70 del Régimen Penitenciario que, por otro lado, necesita de una urgente actualización.

Entre esa diversidad de medios y oportunidades de reinserción se encuentra todo lo que se relaciona a la idea de tratamiento. Ahora bien, se trata tan solo de tratamiento como oferta al sujeto pri-

vado de su libertad, no como imposición. La razón de ello estriba tanto en que la voluntariedad del tratamiento es un presupuesto básico de su viabilidad, como, sobre todo, en que los medios de protección social están sometidos a valores, fundamentalmente en este caso el libre desarrollo de la personalidad (artículo 25 de la Constitución Nacional).

Como lo afirma Barbero Santos en su obra *Marginación Social y Derecho Represivo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, "*socializar significa, no otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar*". El Estado secularizado y pluralista no puede imponer coactivamente al sujeto ni siquiera los valores dominantes, que, además, si los juzgamos por sus resultados sociales, aparecen sumamente discutibles. El principio de resocialización se resuelve pues, en la idea de ejecución de la pena a través del ofrecimiento de medios para que el sujeto pueda participar en el futuro en la vida social sin recaer en el delito.

El principio de resocialización así entendido también permitiría considerar constitucionalmente ilegítimas penas que conceptualmente excluyen la resocialización, como por ejemplo, la cadena perpetua, así como aquellas penas temporales que por su duración extremadamente largas tengan efectos similares.

Por último, el principio de resocialización exige la adopción de medidas más allá de la ejecución, unas de carácter político-social, como por ejemplo la protección frente al desempleo. Otras son simples decisiones legislativas, por ejemplo, dar término definitivo al sistema de antecedentes penales y a sus efectos estigmatizantes y discriminatorios, incluso más allá del importante paso dado al respecto en la reciente reforma de nuestro sistema penal. En todo caso, la afirmación de Von Liszt de que *la mejor política criminal es una buena política social* sigue siendo plenamente actual en orden, tanto a la prevención de la criminalidad como a la resocialización de los delincuentes.

4. EL NUEVO PROCESO PENAL

En la exposición de motivos del Anteproyecto de Código Procesal Penal se puede leer una cita del Prof. Dr. Víctor B. Riquelme en su obra *“Instituciones de Derecho Procesal Penal”* publicada en el año 1946. Ya entonces el citado maestro de generaciones de abogados paraguayos criticaba del sistema procesal vigente, el exagerado predominio del modelo inquisitivo. *“Este defecto gravísimo – resaltaba Riquelme– socava la esencia de los principios que proclama la Carta Fundamental que, en diversos preceptos, busca la efectiva realización de las normas democráticas”*.

Sigue diciendo la exposición de motivos: “Hemos seleccionado esa cita porque ella destaca, con claridad, el punto central del problema actual: el proceso de democratización del país reclama, con urgencia, una transformación de su sistema judicial. No se trata de un simple cambio técnico, de la adopción de doctrinas modernas, de un recambio de personas o de una adaptación de nuestras instituciones al espíritu del tiempo. Lo que necesitamos –y debemos hacer– es reflexionar con profundidad y seriedad acerca de la función, el lugar y la organización de la administración de justicia en el contexto de la nueva sociedad democrática que busca construir el Paraguay. Por supuesto que ello es mucho más que el problema procesal, pero también es una cuestión que atañe al proceso penal. Retomando la famosa frase de James Goldschmidt –que nuevamente Riquelme se encarga de recordarnos –*“Los principios de política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación, no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esa experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya de uno, ya de otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso, en su tránsito del pasado al futuro del Derecho”*. Desde esa perspectiva –sigue diciendo la exposición de motivos–, y con ese espíritu, hemos desarrollado esta propuesta de “Anteproyecto de Código Procesal Penal” que presentamos para su discusión. El se basa, así lo creemos profundamente, en

los principios fundamentales de la Constitución de 1992, que establece las nuevas bases de nuestra sociedad política y busca una transformación profunda y estructural de la justicia penal”.

Con el advenimiento de la democracia y a la luz de una nueva carta magna con las características ya señaladas, se veía como una urgente necesidad la adecuación de nuestro sistema penal a los nuevos principios constitucionales. En ese sentido y sin ninguna duda, un punto importante en el orden de las necesarias reformas fue la implementación del juicio oral y público, concentrado y continuo, contradictorio, con intermediación probatoria y ante un tribunal colegiado. Jorge E. Vázquez Rossi, en su obra *Código Procesal Penal de la República del Paraguay*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, p. 18, afirma que “a partir del Código de Córdoba de 1939, esta forma realizativa se extendió rápidamente por la mayoría de las provincias argentinas e influyó en otros países latinoamericanos, como Costa Rica”.

Desde un punto de vista doctrinario, dice Vázquez Rossi -- obra citada-, “el tema resulta ahora indiscutido, siendo por completo minoritarios los casos en que perduran códigos escrituristas. Las ventajas de este método realizativo son notorias, no sólo porque la expresión oral resulta la forma comunicativa normal entre los hombres y porque, a diferencia de los procedimientos por registros, lo que importa es el acto, directamente percibido, y no el conjunto de actas, sino también porque el presentismo necesario de todos los sujetos esenciales impide el fenómeno delegativo y lleva a un tratamiento concentrado de las causas que hace ganar en celeridad, dificultando la burocratización”.

También debe señalarse que la oralidad contribuye a la publicidad y ésta a la transparencia, permitiendo --en la actualidad, principalmente a través de los medios- un relativo control popular y un cierto acercamiento del fenómeno judicial a la sociedad.

Por cierto que, para que el juicio sea verdaderamente tal, es preciso que su desarrollo se asiente sobre la plena intervención de las partes que son las que deben protagonizar el contradictorio, lo que

implica reducir las atribuciones de los miembros del tribunal, principalmente en lo que hace a la iniciativa, producción y examen probatorio.

El nuevo proceso penal paraguayo, como lo señala Modesto Elizeche Almeida en su obra *“Introducción al nuevo proceso penal paraguayo”*, Comuneros, Asunción, 2000, p. 1, está condicionado, fundamentalmente, por las directrices políticas establecidas en la Constitución para regular el poder punitivo del Estado, tanto para lograr la eficiencia en la represión de los hechos delictuosos como para brindar garantías a las personas que son imputadas de su comisión.

El Código Procesal Penal, en vigencia desde el 1 de marzo de 2000, consagra una serie de principios y garantías que rigen el nuevo procedimiento penal en todas sus etapas. Atendiendo que la extensión del presente trabajo no nos permite explayarnos en la explicación de cada uno de dichos principios, nos limitaremos simplemente a mencionarlos para luego realizar si algunas breves consideraciones en torno a los principios básicos del juicio propiamente dicho.

Los principios y garantías procesales consagrados en el código son los siguientes: legalidad procesal, el juez natural, independencia e imparcialidad del juez, la presunción de inocencia, la duda favorable, la inviolabilidad de la defensa, el derecho al intérprete, proceso único, la igualdad procesal, criterio de interpretación, y aplicación de la ley más favorable, operatividad de las garantías.

5. EL JUICIO ORAL Y PÚBLICO

El artículo 1 del nuevo Código Procesal Penal en el último párrafo establece que *“En el procedimiento se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediates, contradicción, economía y concentración, en la forma que este código determina”*.

Vázquez Rossi —obra citada, p. 56— sostiene que resulta esencial para el éxito del sistema que las características fundamentales

sobre las que se estructura el procedimiento sean escrupulosamente respetadas. A ello tiende el citado artículo del que podemos extraer las siguientes notas definitorias:

Oralidad. El juicio basado en la palabra hablada constituye una de las características principales del nuevo proceso penal, de tal forma que la doctrina que informa esta moderna legislación considera que juicio previo, en su significado de debido proceso, es sinónimo de juicio oral. Esta modalidad procesal permite que el juzgador se expida sobre la base de “actos” en los que él mismo participa y no de “actas” que es la característica del sistema escrito.

Publicidad. A diferencia de la etapa preparatoria, por lo general reservada, la correspondiente al juicio oral es por definición pública. Esto implica, a la vez, el conocimiento de todas las actuaciones y constancias por el tribunal y las partes (publicidad interna) y la posibilidad de la población de asistir al debate, lo que redundará en una importante función social de aproximación del aparato de justicia al pueblo, lo que aumenta notoriamente en nuestros días a través de la actividad periodística. Todas estas son formas de control popular, inherentes al Estado de Derecho republicano y democrático. La regla de la publicidad admite algunas excepciones taxativamente previstas en la ley que, al igual que lo que ocurre con la oralidad, son de interpretación restrictiva.

Inmediatez o intermediación. Según este principio, el juicio debe transcurrir necesariamente con la presencia directa de todos los sujetos procesales, especialmente los jueces que deben dictar sentencia. Estos están obligados a participar en el debate desde el comienzo hasta el final, asegurándose así de que hayan oído al imputado, presenciado la producción de las pruebas y escuchado los alegatos, sin interrupción, dándose lo que Vélez Mariconde denomina “*de la identidad física del juzgador*”.

Contradicción. Este principio, relacionado estrechamente con el de defensa en juicio, exige fundamentalmente que todos los actos realizados por una de las partes sean conocidos por la parte contraria, con el objeto de que ésta pueda arbitrar todos los medios

para defender su posición. Igualmente exige que los actos sean realizados frente al tribunal que ha de dictar la sentencia, en razón de que los mismos no pueden recibir ningún tipo de información privada sobre la causa que están juzgando.

Por otro lado, esta garantía obliga a que el juicio se desarrolle como una contienda o controversia y expresa el respeto a la persona del acusado, la igualdad entre las partes contendientes y la posibilidad de la defensa de controlar y refutar la pretensión de la acusación.

Economía. En virtud de este principio se busca que el proceso llegue a su objetivo final, la resolución del conflicto planteado, utilizando el mínimo de trabajo, energía y costo, de tal forma que el sistema no se vea resentido por la acumulación de causas que no tengan una resolución final. Es, esencialmente, un principio de política criminal que busca la mayor eficiencia del sistema penal, para así atender adecuada y prontamente la grave perturbación social que produce todo hecho delictuoso.

Concentración. Este principio exige que en la audiencia de debate se presenten todos los materiales relevantes y se formulen todos los argumentos en que se basará la sentencia, en presencia de los jueces y en acto público. Las actividades realizadas con anterioridad por las partes, tienen un carácter meramente preparatorio y la sentencia sólo puede fundarse en aquellos actos que han sido incorporados al debate. La audiencia debe desarrollarse como un acto único y continuo, sólo interrumpido por las pausas imprescindibles. La concentración de todos los elementos del caso en una sola audiencia pública es característica del sistema procesal acusatorio que es el principio rector del nuevo procedimiento penal.

6. EL CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El artículo 54 de la Constitución –De la protección del niño establece que *“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”*.

La norma constitucional transcrita introduce en nuestra legislación positiva en materia de derechos del niño, la doctrina de la protección integral en sustitución de la antigua doctrina de la situación irregular de la que estaba embebida el anterior Código del Menor.

En consonancia con esta doctrina, ya sustentada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 57/90, desde el 1 de diciembre de 2001 está en vigencia el Código de la Niñez y la Adolescencia establecido por Ley N° 1.680/01, que reemplaza al vetusto y obsoleto Código del Menor. Este nuevo código establece y regula los derechos, garantías y deberes del niño y del adolescente, conforme a lo dispuesto en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos humanos aprobados y ratificados por el Paraguay, y las leyes. Según lo ordena el artículo 3° – DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR- *“Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente será 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”*.

El Código de la Niñez y la Adolescencia está dividido en cinco libros, el último de los cuales, el Libro 5, trata de las infracciones a la ley penal, establece el sistema de sanciones aplicables al adolescen-

te infractor, el procedimiento en la jurisdicción penal de la adolescencia y el sistema de ejecución de las medidas dispuestas por el tribunal especializado en el área de la adolescencia.

7. CONCLUSIÓN

A través de este breve trabajo que constituye un somero análisis del nuevo ordenamiento jurídico penal vigente, que incluye el código penal, el procesal penal, la ley orgánica del Ministerio Público y el novísimo código de la niñez y la adolescencia, hemos podido observar que en esta década de vigencia de la Constitución Nacional, ese ordenamiento jurídico se ha adaptado en su totalidad a los principios rectores que rigen nuestra Ley Fundamental. Para completar el sistema aún queda por sancionarse algunos instrumentos de sentida necesidad en el ámbito penal que son: el código de ejecución penal, cuyo anteproyecto obra ya en la Corte Suprema de Justicia, el código de faltas o contravenciones y un nuevo y moderno código de organización judicial adecuado al nuevo sistema judicial vigente a partir de la promulgación de la Constitución Nacional.

Una vez completo el sistema podremos afirmar que el anhelo de los constituyentes de 1992, expresado bajo la invocación de Dios y el reconocimiento de la dignidad humana, de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, constituyen una bella realidad en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ, Ignacio, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Praxis, Barcelona, 1994.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Hamurabi. Buenos Aires, 1987.

BARATTA, Alessandro, “Resocialización o Control Social por un concepto crítico de reintegración social del condenado”, en *Sistema Penal para o Terceiro Milenio*, 1991.

BARBOZA, Ramiro, *Constitución de la República del Paraguay*, CIDSEP-AID, Asunción, 1992.

EDWARDS, Carlos Enrique, *Garantías Constitucionales en materia penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

ELIZECHE A., Modesto, *Introducción al nuevo sistema penal Paraguayo*, Comuneros, Asunción, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Jerez, 1992.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Código Procesal Penal de la República del Paraguay*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1999.

Constitución Nacional.

Código Penal.

Código Procesal Penal.

Código de la Niñez y la Adolescencia.

Ley Orgánica del Ministerio Público.

INSTITUCIONES DE LA REFORMA AGRARIA Y EL DERECHO AMBIENTAL PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN

Carlos Fernández Gadea

SUMARIO: 1. LÍNEA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN EN DEFENSA DE LOS RECURSOS NATURALES, Y AMBIENTALES. 2. INSTITUCIONES AGRARIAS Y AMBIENTALES CONSGRADAS EN LA CONSTITUCIÓN. 3. EL AMBIENTE. 4. LA TRIBUTACIÓN Y LA ECOLOGÍA. 5. CONCLUSIÓN.

**INSTITUCIONES DE LA REFORMA AGRARIA Y EL
DERECHO AMBIENTAL PREVISTAS
EN LA CONSTITUCION**

Carlos Fernández Gadea

1. LÍNEA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN EN DEFENSA DE LOS RECURSOS NATURALES, Y AMBIENTALES

Nuestro país, no pudiendo estar en disonancia con las demás naciones, tanto del continente como de todo el mundo, necesariamente tuvo que introducir en la Constitución de 1992 los principios básicos del Medio Ambiente. Ello, a su vez, tuvo su fundamento en el rápido deterioro del sistema ecológico local, pasando de una deforestación formidable, hasta la desertificación de algunos lugares en la Región Oriental, sin olvidar la contaminación de los ríos, lagos y arroyos, así como la polución que castiga al medio ambiente.

Consideramos que tal determinación de los constituyentes, ha sido una decisión acertada, tomando en consideración que por tantos errores cometidos y la inobservancia por el hombre de disposiciones vigentes, hoy la humanidad debe soportar un sinnúmero de dificultades, y que inexorablemente nos conducirá al final de nuestra existencia. Con mucha pena debemos afirmar que la raza humana se ha dedicado en forma continua a su propia autodestrucción, enfrentando a la naturaleza, de cuyas entrañas ha nacido y por ello constituye su propio ser.

La Constitución consagra entonces principios fundamentales, que hacen relación a la actividad agraria, y a la ambiental, en el entendimiento que su consagración en la ley fundamental tendrían mayor incidencia, y sus disposiciones tendrían que ser acatadas.

Estos principios fundamentales son en defensa de la naturaleza y de la vida, pues de esos desequilibrios los únicos responsables somos los hombres que la manipulamos y ni que decir de los recursos de la que nos servimos, haciendo uso y abuso de los mismos.

Así, pues, la Constitución encarga al Estado Paraguayo el fomento de la investigación de los factores de la población y sus vínculos con el desarrollo económico y social, con la preservación del medio ambiente. Otorga el derecho a toda persona a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Al mismo tiempo, dispone que los objetivos prioritarios de interés social constituyen la preservación, conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Son estos propósitos los que orientan la legislación y la política gubernamental.

2. INSTITUCIONES AGRARIAS Y AMBIENTALES CONSAGRADAS EN LA CONSTITUCIÓN

2.A. Reforma Agraria

El Artículo 114 de la Constitución consagra: "*LA REFORMA AGRARIA es uno de los factores fundamentales para lograr el bienestar rural. Ella consiste en la incorporación efectiva de la población campesina al desarrollo económico y social de la Nación. Se adoptarán sistemas equitativos de distribución, propiedad y tenencia de la tierra, se organizarán el crédito y la asistencia técnica, educacional y sanitaria, se fomentará la creación de cooperativas agrícolas y de otras asociaciones similares y se promoverá la producción, la industrialización y la racionalización del mercado para el desarrollo integral del agro*".

Artículo 115 - *De las bases de la reforma agraria y del desarrollo rural.*

La reforma agraria y el desarrollo rural se efectuarán de acuerdo con las siguientes bases:

- 1) *La adopción de un sistema tributario y de otras medidas que estimulen la producción, desalienten el latifundio y garanticen el desarrollo de la pequeña y la me-*

diana propiedad rural, según las peculiaridades de cada zona;

- 2) *La racionalización y la regularización del uso de la tierra y de las prácticas de cultivo para impedir su degradación, así como el fomento de la producción agropecuaria intensiva y diversificada;*
- 3) *La promoción de la pequeña y de la mediana empresa agrícola;*
- 4) *La programación de asentamientos campesinos; la adjudicación de parcelas de tierras en propiedad a los beneficiarios de la reforma agraria, previendo la infraestructura necesaria para su asentamiento y arraigo, con énfasis en la vialidad, la educación y la salud;*
- 5) *El establecimiento de sistemas y organizaciones que aseguren precios justos al productor primario;*
- 6) *El otorgamiento de créditos agropecuarios, a bajo costo y sin intermediarios;*
- 7) *La defensa y la preservación del ambiente;*
- 8) *La creación del seguro agrícola;*
- 9) *El apoyo a la mujer campesina, en especial a quien sea cabeza de familia;*
- 10) *La participación de la mujer campesina, en igualdad con el hombre, en los planes de la reforma agraria;*
- 11) *La participación de los sujetos de la reforma agraria en el respectivo proceso, y la promoción de las organizaciones campesinas en defensa de sus intereses económicos, sociales y culturales;*

- 12) *El apoyo preferente a los connacionales en los planes de la reforma agraria;*
- 13) *La educación del agricultor y la de su familia, a fin de capacitarlos como agentes activos del desarrollo nacional;*
- 14) *La creación de centros regionales para el estudio y tipificación agrológica de suelos, para establecer los rubros agrícolas en las regiones aptas;*
- 15) *La adopción de políticas que estimulen el interés de la población en las tareas agropecuarias, creando centros de capacitación profesional en áreas rurales, y*
- 16) *El fomento de la migración interna, atendiendo a razones demográficas, económicas y sociales.*

Sabemos que la Reforma Agraria, es el cambio de las estructuras agrarias, y éstas (estructuras) son de carácter jurídico, económico y social. Por eso, las bases de la reforma previstas en la actual Carta Magna, constituyen los pilares necesarios en los que se sostiene todo el proceso, al considerar que es uno de los factores fundamentales para lograr el bienestar rural, consiste en la incorporación efectiva de la población campesina al desarrollo económico y social de la Nación.

Esta incorporación del sujeto agrario al desarrollo nacional debe darse desde dos aspectos, que son, lo económico y lo social. El primero podrá lograrlo mediante la promoción agraria, es decir, colocando su producción a un mejor precio, habiendo también mejorado la misma. No podría pensarse que la baja calidad de los productos tenga ventajas en el mercado. Y, como consecuencia de la obtención de mayor precio por su trabajo, podrá también mejorar el aspecto social, por cuanto estará en condiciones de aumentar su capacidad para un mejor cuidado médico, educativo y bienestar en su hogar. Si el trabajador agrario ha conseguido una producción óptima del renglón que se propuso, podrá mejorar su vivienda rural, equiparla, etc.

La adopción de sistemas equitativos de distribución, propiedad y tenencia de la tierra, la organización del crédito y la asistencia técnica, educacional y sanitaria, así como la creación de cooperativas agrícolas y de otras asociaciones similares, y la promoción de la producción, la industrialización y la racionalización del mercado para el desarrollo integral del agro, son los principios establecidos como complemento del artículo constitucional.

2. B. De la propiedad privada

La Constitución: *"Garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerlo accesible a todos"* según lo consagra el Art. 109.

La propiedad privada es inviolable.

Nadie podrá ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley".

En este mismo sentido, y completando el principio consagrado en el Art. 109, y al referirse a los latifundios improductivos, el artículo 116 consagra: *"Con el objeto de eliminar progresivamente los latifundios improductivos, la ley atenderá a la aptitud natural de las tierras, a las necesidades del sector de población vinculado con la agricultura y a las previsiones aconsejables para el desarrollo equilibrado de las actividades agrícolas, agropecuarias, forestales e industriales, así como al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la preservación del equilibrio ecológico.*

La expropiación de los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria será establecida en cada caso por la ley, y se abonará en la forma y en el plazo que la misma determine".

En materia agraria y ambiental, la función que se otorga a la tierra es precisamente la económica y social, porque está directamente relacionada con la producción. Es importante recalcar que si disminuye la misma, también disminuye el bienestar en los pueblos y ciudades por cuanto que constituye el motor que genera no solamente la divisa que mediante la exportación, ingresa al país, sino que está directamente relacionada con nuestra alimentación básica, constituyéndose de esa manera en el barómetro más importante para medir nuestra calidad de vida, a la cual también la Constitución hace referencia.

Se establecen, de esta forma, los lineamientos del accionar de quienes integran el sector productivo nacional y que constituye la actividad agraria propiamente dicha, que es aquella que forma parte de la actividad humana, que se caracteriza por estar encaminada a hacer producir a la naturaleza orgánica cierto tipo de vegetales y animales, con el objeto de lograr el aprovechamiento integral de sus frutos y de sus productos.

El principio de la propiedad privada, es un principio básico del sistema democrático y republicano. Sus limitaciones, están dados por los perjuicios que su uso puede ocasionar a otros y por un mejor destino que la propia ley debe calificar.

Estas disposiciones se ubican dentro de una idea moderna del derecho: la propiedad no es solamente un derecho, sin también fundamentalmente un deber, lo que debe conducir a una mayor pasión para modificar el concepto de propiedad del mismo.

Por tanto, el propietario, si bien tiene el derecho de usar la tierra, más que eso tiene el DEBER DE USARLA. Pero como expresa Giménez Landíng, "No solo ahí, en abstracto, se queda esta obligación. Se trata del deber de usar la tierra y además de usarla con determinadas características, de usarla suficiente y eficientemente, por una parte y por la otra de usarla racionalmente, sin dañarla ni deteriorarla".

Entonces, la garantía de la propiedad privada está prevista como regla general y como excepción se establece la expropiación,

figura jurídica que constituye una especie de venta forzosa que realiza el propietario de un inmueble a favor del Estado, debiendo comprobarse previamente las previsiones constitucionales y legales, como ser la existencia de latifundios improductivos, un agudo problema social, y la imposibilidad o inexistencia de conseguir otro inmueble para la solución de los conflictos de carácter social.

Una de las modificaciones que es importante señalar en la misma es la figura de la *expropiación*, principalmente en lo referente al *“previo pago de una justa indemnización”*, situación no prevista en la anterior Carta Magna.

Como puede apreciarse, nuestra Constitución se diferencia de la anterior en que para la expropiación se exige EL PREVIO PAGO consagrado con este criterio, un retraso en la implementación de las expropiaciones. En la anterior Constitución, solamente consagraba el justo pago, y NO EL PREVIO PAGO. En este sentido, debemos señalar que todo proceso de expropiación sufren dilaciones increíbles, y que la medida tomada por el Legislativo, normalmente para salvar un situación social, siguen dilatándose, en espera como se consagra en la parte final del Art. 109, *“el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley”*.

Y en este momento, en que deberían apresurarse los procedimientos expropiatorios, es importante finalmente que, a la hora de fijar el *“precio justo”*, de que habla la Constitución para tasar un inmueble expropiatorio, debe tenerse en cuenta el carácter especulativo de muchos latifundios para no premiar la especulación inmobiliaria.

Sin embargo, en el proceso expropiatorio, sí puede afirmarse que resulta excesivamente burocrático y lento, permitiendo infinidad de recursos a los propietarios, a tal punto que existen varias leyes expropiatorias de varios años atrás, sin que aún los beneficiados hayan accedido a la propiedad de la misma, que no con tanta fortuna consagra la Ley N° 1863/02 que establece el nuevo Estatuto Agrario.

2.C. Cooperativas

Entre las bases de la reforma agraria y del desarrollo rural, se prevé en el inc. 3 del Art. 115 como una de las formas asociativas que servirán como base o instrumento del desarrollo económico nacional. En tal sentido del Art. 113 señala: *“El Estado fomentará la empresa cooperativa y otras formas asociativas de producción de bienes y de servicios, basadas en la solidaridad y la rentabilidad social, a las cuales garantizará su libre organización y su autonomía.*

Los principios del cooperativismo, como instrumento del desarrollo económico nacional, serán difundidos a través del sistema educativo”.

En idéntico sentido se expresa el Art. 114 cuando señala: *“.....SE FOMENTARÁ LA CREACIÓN DE COOPERATIVAS AGRÍCOLAS.....”.*

Es una de las formas asociativas que la Constitución entiende puede desarrollarse la economía del país. Nada mejor que la incenti-
vación del sistema de solidaridad en un ambiente tan descreído de todo principio de emprendimiento comunitario.

La *Sociedad Cooperativa* es la asociación voluntaria de personas que mediante el esfuerzo propio y la ayuda mútua, sin fines de lucro, propone el mejoramiento de sus condiciones de vida, organizándose conforme a las previsiones de la Ley.

La Ley de Cooperativas, estableció una regulación jurídica bastante minuciosa respecto a la organización jurídica y funcionamiento de las cooperativas que clasificaba a los mismos en tres clases: De Producción, de Consumo, y de Servicios, las que a su vez se dividen en los denominados tipos de cooperativas, conforme a la actividad específica desarrollada por las mismas.

En el año 1994, se promulga la nueva Ley de Cooperativas, reglamentada en 1995 mediante Decreto del Poder Ejecutivo. La misma permite una mayor libertad a las cooperativas para que puedan realizar cualquier tipo de actividad económico – productivas y ade

más le otorga un incentivo más claro a la constitución de empresas cooperativas.

La mayoría de los socios de las cooperativas de producción agropecuaria pertenecen a un número reducido de cooperativas de carácter empresarial, mientras que la mayoría son pequeños y medianas cooperativas, las que acogen a un número reducido de socios.

Es muy importante recalcar que durante mucho tiempo, las cooperativas han permitido a los grupos sociales más débiles económicamente superar sus dificultades comunes, disminuyendo los riesgos y peligros.

2.D. De los pueblos indígenas

El Art. 62, señala: *“Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y a la organización del Estado paraguayo”.*

Artículo 63- De la identidad étnica

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Artículo 64 - De la propiedad comunitaria

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de

garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o el traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

En este capítulo, la Constitución no hace otra cosa que legitimar el decreto promulgado durante el Gobierno de don Carlos Antonio López, por el cual se declaraba a los pueblos indígenas y grupos étnicos como ciudadanos paraguayos. Es decir, eleva al rango constitucional la referida disposición legal.

Mediante los artículos citados, la Carta Magna reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos de cultura anteriores a la formación de la existencia del Estado. Es importante señalar también que no sólo reconoce su existencia, sino que se les garantiza ampliamente sus derechos en forma integral, tanto en el orden cultural, social, económico, religioso y de organización política.

La Constitución trae como innovación la figura jurídica que consiste en lo que se denomina la propiedad comunitaria. Ello constituye la excepción a la propiedad privada que como principio reconoce nuestra Ley Fundamental. Merece nuestra atención esta disposición, pues el Estado es el que debe proveer gratuitamente de estas tierras, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida.

Por último, queda a cargo del Estado hacer respetar las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas en lo que hace relación a la educación formal. Incluye además a la defensa contra la regresión demográfica, la depreciación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alineación cultural. Es indudable que se ha reconocido el derecho constitucional indígena. En el denominado derecho moderno de nuestro país han pasado más de quinientos años de la conquista colonizadora para el reconocimiento puntual de la existencia de los pueblos indígenas. Pero no solamente la Constitución Nacional reconoce el derecho de los mismos, sino que también lo protege, apareciendo de esa manera la función tuitiva de la norma constitucional.

3. EL AMBIENTE

La Constitución consagra la protección del medio ambiente y en tal sentido señala en sus Arts. 7, 8 y 38 lo siguiente:

Artículo 7. *Del derecho a un ambiente saludable*

Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.

Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental.

Este artículo es totalmente nuevo en nuestra Constitución, ya que la de 1967 hacía una alusión muy breve al tema.

Dentro de una concepción moderna del tema, se incorporen al texto constitucional los cuatro elementos indispensables a ser precautelados en materia ecológica, que son: "*La preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente*", conciliándolos con el desarrollo humano, ya que es imposible hablar únicamente de conservación, que significa no modificar en absoluto la situación, cosa imposible de conciliar con el desarrollo económico.

Las constituciones modernas están inspiradas en estos principios, y varias de ellas sirven como modelo para la nuestra tales como la de Colombia, Brasil y España, que recogen, estos principios que hacen a la defensa de los intereses difusos, también conocidos como derechos humanos de la tercera generación o de la solidaridad.

Antecedentes:

La humanidad vive pendiente en nuestros días de muy graves peligros que atenta contra su propia supervivencia. Además, por razones de intereses meramente económicos, se está destruyendo el medio ambiente y las condiciones normales de vida en el planeta.

La protección del medio ambiente, la carrera armamentista y la guerra, así como el peligro real de una conflagración nuclear que destruye toda vida sobre la tierra, hace necesario un gran esfuerzo de solidaridad entre todas las naciones para defender lo más importante que poseemos: la supervivencia de la especie y de su entorno. Así nacen los Derechos Humanos de la tercera generación o derechos de la solidaridad como los llama *René Cassin*.

Resulta indudable que no puede haber desarrollo, ni paz, ni reconocimiento del patrimonio común de la humanidad sin una acción efectiva de carácter internacional, que permita la vigencia de estos derechos de la tercera generación.

El hombre realiza una serie de prodigios técnicos con la revolución industrial, pero el progreso material de las técnicas y de las sociedades se realiza a expensas de la naturaleza y sus recursos. Los recursos naturales además de limitados, son en muchos casos "no renovables" o renovables a plazos demasiado largos, a pesar de ello el hombre derrocha recursos en material bélico, industrialización, consumo irracional y contamina el aire, las aguas, los suelos y depende de la naturaleza.

El uso racional del medio implica una conciencia ecológica. Inmensas áreas se han vuelto casi improductivas por la erosión y el agotamiento, como consecuencia del mal uso, el pastoreo excesivo y la deforestación, tornándose áreas desérticas.

En nuestro país, cuyo desarrollo industrial es bastante incipiente, ya comienzan a presentarse situaciones graves de contaminación ambiental, que afectan nuestros ríos, arroyos y lagos. La depreciación de los bosques y la erosión, adquieren contornos dramáticos.

El control y manejo adecuado de esta situación, forma parte importante de la defensa de los derechos humanos.

El medio ambiente, entendido como el sistema biofísico que la sociedad humana integra, constituye en el Paraguay un patrimonio colectivo indivisible e inalienable.

Artículo 8. *De la protección ambiental*

Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquéllas que califique peligrosa.

Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender esta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales.

El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

Entendiendo que la Constitución contiene normas de carácter general, o sea, enunciados o principios de los cuales las leyes que se dictaren no pueden apartarse. En este sentido contiene el marco jurídico adecuado como cuando señala que el delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo el daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

Artículo 38. *Del derecho a la defensa de los intereses difusos*

Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo.

Los antecedentes de los artículos: 7 – 8 – 38 de la Constitución

Los graves problemas que plantea a la humanidad la lucha que ya se ha desatado por el ambiente piden una respuesta jurídica. El derecho existente refleja esa lucha. Aunque sus principios generales siempre implícitos, y a veces hasta enfáticamente, prohíben deteriorar el ambiente, y ya se habla de un derecho ambiental encaminado a regular la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionen el disfrute, la preservación y el mejoramiento del ambiente y la calidad de vida en general.

Este nuevo derecho ambiental tiene por finalidad condicionar la conducta humana, induciendo acciones y abstenciones a favor del bien común. Su contenido es difuso, puesto que abarca las relaciones normadas por todo el espectro jurídico en cuanto ellas condicionan el ambiente.

Está integrado por normas de derecho privado y de derecho público. Se caracteriza por ser una especialización jurídica que habrá que complementar con los principios del derecho común.

Debe tener un sentido conciliador y transnacional entre las partes que pueden ejercer derechos sobre un bien común como es el ambiente.

La extensión internacional del ambiente y la globalidad de los grandes problemas que plantea, explica la necesidad de encuadrarlo en normas jurídicas.

El continente americano no cuenta aún con normas jurídicas de nivel comunitario como los que está adoptando la Unión Europea, pero ha logrado algunos acuerdos regionales.

La Asamblea General de las N.N.U.U., sancionó la Carta Mundial de la Naturaleza (Res. 37/7 del 28/10/82). En ella declara cuanto sigue:

- 1) Los ecosistemas, organismos y recursos naturales deben manejarse de modo que se asegure y mantenga su producción óptima y continua.
- 2) Los recursos naturales deben usarse con prudencia y no derrocharse, lo que implica que: (a) Con los recursos biológicos no deben usarse más allá de su capacidad de recreación; (b) La productividad del suelo debe ser conservado o mejorado; (c) Los recursos que no se consumen con el primer uso deben ser reutilizados o reciclados; (d) Los no renovables y consumibles deben explotarse con prudencia y teniendo en cuenta su abundancia, las posibilidades racionales y la compatibilidad de su explotación con el funcionamiento de los sistemas naturales.

Los daños ambientales y de los recursos naturales contribuyen también a acentuar el desequilibrio de la balanza de pagos pues debilitan las exportaciones por el agotamiento y las costas crecientes de los recursos naturales, a la vez que dinamizan las importaciones por las necesidades crecientes de importaciones de energía, materias primas y tecnología que se requieren para compensar las pérdidas de productividad de los recursos.

En resumen, todos los problemas del desarrollo – empleo, pobreza, productividad, etc., resultan seriamente afectados por el problema ambiental. Por otro lado también hay oportunidades para un mejor desarrollo que podría obtenerse de un uso más racional e inteligente de los recursos.

Formular una enunciación taxativa de los bienes que conforman la categoría de los intereses difusos resultaría un tanto difícil dado que la misma Constitución no los enumera si no que enuncia algunos de ellos para luego hacer referencia genérica a otros valores que hacen la calidad de vida del ser humano.

4. LA TRIBUTACIÓN Y LA ECOLOGÍA

El desarrollo sostenible hoy se nos presenta a los países en vías de desarrollo como un antagonismo a las costumbres del ciudadano común, que por falta de instrucción y sobre todo, por las necesi-

dades del momento, le cuesta planificar el futuro mediano, si no que tiende más bien a satisfacer dicha necesidad valiéndose de cualquier método legal o no, para realizarlo.

La disponibilidad de recursos, con que cuentan generalmente un estado para paliar, en materia ecológica, tanto la educación al respecto, así como instituir medidas alternativas que el ciudadano común tenga la posibilidad de realizar otro tipo de actividades, y que se pueda aprovechar, su autoconformación con el medio que la rodea; para los fines que una sociedad disponga a fin de intentar preservar la naturaleza, alterándola lo menos posible, y que sea ese mismo agente considerado dañino hoy, el que por convencimiento y conveniencia colabore para lograr la eficaz acción del estado en la preservación y/o explotación racional de los recursos naturales con que se cuentan.

Hoy en día países de avanzada economía y de ecología muy dañada nos proponen la obtención de ingresos tributarios para así contar con medios idóneos y efectivos, para compensar la destrucción del hábitat, como consecuencia de la industrialización. Se pregona entonces, la creación de tributos ecológicos, siempre considerando la capacidad contributiva del ciudadano, así como también, la presión tributaria del país, de manera que ese aporte del ciudadano sea redundado en su beneficio, en este caso al hábitat saludable, tal como lo pregona, como un derecho inalienable la misma Constitución paraguaya, recayendo esta responsabilidad en forma expresa sobre el estado.

La tributación ecológica puede manifestarse por un lado en forma positiva, es decir, con la creación de impuestos y tasas a los agentes contaminantes, como también en forma negativa, es decir, desgravando ante ciertas situaciones, o bien otorgando incentivos fiscales, reducción de las multas a ciertos tipos de industrias, etc. Indudablemente se necesita de un estudio serio y profundo, del sistema tributario de manera tal que no se aumente la presión tributaria, en detrimento de la ciudadanía en general o se incentive la evasión, tan común en los sistemas tributarios de países latinoamericanos. Indudablemente, dichas medidas alternativas varían de acuerdo a los recur-

sos con que cuenten el estado así como los medios para llevarlas adelante, es decir, debe esforzarse en llevar a la praxis lo realizable.

Cabe mencionar que algunas normativas vigentes (Código Penal) sólo tienden en teoría a compensar el mal causado al ambiente); por cuyos motivos se pregona el impuesto como ingreso con fines ecológicos dentro del sistema tributario, ya que si la figura impositiva se traduce en impuesto, permite mayor flexibilidad en la aplicación del recurso estatal alcanzando en forma directa a los ciudadanos involucrados en la consecuencia prevista en forma inmediata, sin perjuicio de las acciones posteriores sean del orden Civil o Penal en su caso.

Y como bien los doctrinarios definen al impuesto cuyo destino final es el desarrollo nacional, hoy en días de globalización, se podría destinar la recaudación impositiva, a paliar desastres ecológicos a nivel de hábitat que sobrepasa la soberanía de un país determinado, actualmente estamos sufriendo una grave catástrofe ecológica, por no poder coordinar trabajos en el Pilcomayo, cuyo impacto puede tener consecuencia a otros sectores de biodiversidad que aparentemente no está influenciado en forma directa.

Entonces la atenta participación de la ciudadanía hará que la sociedad sea beneficiada en forma directa, y la humanidad en forma indirecta de la responsabilidad por la perpetuación de la naturaleza.

Desarrollo sustentable

Existen dos elementos, que parecerían contraponerse y que deberían ser compatibilizados entre sí para lograr la meta deseada, cuales son el desarrollo y la naturaleza. Esa es la problemática que se presenta como antinomia, situación lentamente comprendida por la humanidad.

No puede desconocerse que el hombre, en la búsqueda de acumular riqueza, sin descuidar desde luego su propio bienestar y el de los demás, quienes coadyuvan en el mismo, que se denomina “desarrollo”, ha soslayado completamente el aspecto ambiental. Parecerá que recién en los últimos tiempos comienza a percatarse de que estas

acciones se convierte en el depredador único y más importante de su propio hábitat. Por esa razón surge la teoría denominada del desarrollo sustentable como una alternativa esperanzadora para la subsistencia de toda la especie en la Tierra, a través del cual se logran compatibilizar los conceptos de desarrollo y naturaleza.

Como se ha mencionado anteriormente, el gran compromiso del hombre en este nuevo siglo es crear la conciencia universal de cuidar la Tierra. Para ello deberá adoptar como estrategia, estilos de vida y pautas de desarrollo que respeten los límites de la naturaleza, sin rechazar los beneficios otorgados por la tecnología (Declaraciones). Numerosas declaraciones de cónclaves importantes han señalado que *“el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente son componentes del desarrollo sostenible interdependientes y que se fortalecen mutuamente”*, constituyéndose en marco de los *“esfuerzos encaminados a lograr una mejor calidad de vida”*, reconociéndose que *“para sostener el desarrollo social y la justicia social, es necesario un crecimiento económico de amplia base sostenible”* (Copenhague).

El conocido jurista Ricardo Zeledón Zeledón, señala que el desarrollo sustentable *“trata de reivindicar lo social a través del desarrollo económico en armonía con la naturaleza”*. Agregó que la *“agricultura está interconectada a gran cantidad de factores de carácter económico, social y ambiental”*.

También el autor afirma que es el momento en que *“debe pasarse de una agricultura tradicional a una agricultura sostenible”*. Se trata de tomar medidas de conservación de los factores naturales y al mismo tiempo hacer que la actividad, entre otros objetivos, sea de productividad suficiente para satisfacer las necesidades alimentarias, sea rentable para los productores, y que *“genere empleos como medio de combatir la pobreza”*, que facilite la inserción de jóvenes trabajadores rurales, para así evitar la migración interna. De ahí la preocupación por la reforma de la política agraria y la reforma agraria. Latinoamérica confronta la globalización y la búsqueda de su consiguiente posicionamiento en el contexto económico mundial con el grave problema del nivel de vida del campesinado y la distribución de tie-

rras, sin contar las formas de laboreo o la falta de incentivos entere otras deficiencias del sistema. Se afirma que la agricultura de hoy debe enfrentarse a un mercado global, a procesos de racionalización productiva y a una cultura de la empresa donde se da la reducción de costos y la calificación de productos.

Existe doctrina que reafirma la existencia de una *“preliminar obligación erga-omnes de los Estados de proteger el medio ambiente, presentándose como un bien indispensable y primario de tutela inderogable”*.

Se dice que los recursos biológicos son viables para el desarrollo humano, económico y social. Existe un creciente reconocimiento de que la diversidad biológica es una ventaja global de importante valor para las generaciones presentes y futuras. Al mismo tiempo la magnitud de la amenaza a las diferentes especies y ecosistemas nunca se ha visto como lo es actualmente. Entonces, el cambio de rumbo está vinculado al hecho de poder lograr un compromiso profundo, como el de mantener las acciones del hombre acordes con el desarrollo individual equitativo.

OTRAS DISPOSICIONES LEGALES

Cabe destacar también que en el Art. 268, de la Constitución menciona entre uno de los deberes y atribuciones del Ministerio Público el promover la acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas.

Y para el cumplimiento de ese cometido, fueron designados Agentes Fiscales en lo Penal con Especialización en Medio Ambiente, de tal manera a salvaguardar íntegramente la naturaleza y todas las actividades a ella relacionadas.

Además, la Ley N° 1561, que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente que rige desde el año 2000.

Esta ley tiene por objeto crear y regular el funcionamiento de los organismos responsables de la elaboración, normalización, coordinación, ejecución y fiscalización de la política y gestión ambiental; y las entidades privadas creadas con igual objeto, a los efectos de actuar en forma conjunta, armónica y ordenada, en la búsqueda de respuestas y soluciones a la problemática ambiental. Asimismo para evitar conflictos interinstitucionales, vacíos o superposiciones de competencia, y para responder con eficiencia y eficacia a los objetos de la política ambiental.

Referente al Consejo Nacional del Ambiente, rige el Art. 3º, en el cual se dispuso la Creación del Consejo Nacional del Ambiente, identificado con las siglas CONAM, órgano colegiado, de carácter interinstitucional, como instancia deliberativa, consultiva y definidora de la política ambiental nacional.

Y la Secretaría del Ambiente, SEAM, institución que tiene por objetivo la formulación, coordinación, ejecución y fiscalización de la política ambiental nacional; según reza el Art. 11, de la ley mencionada más arriba.

También es plausible referir que desde este año está en vigencia la Ley N° 1863 del Estatuto Agrario.

Podemos decir entonces que el estado está dando, a partir de la vigencia de la actual Constitución, respuesta jurídica a todo lo concerniente al tema ambiental y agrario.

Entonces, el interés que es exclusivo de la Sociedad sólo puede ser defendido por sus órganos representativos, pero el interés que tiene el individuo sobre el ambiente, sólo puede y debe ser defendido por el individuo.

5. CONCLUSIÓN

La Constitución, al incluir los temas de estudio, la Reforma Agraria y el estudio ambiental, ha dado lugar a la sanción de leyes reglamentarias buscando con ello el mejoramiento de la situación que los desajustes originan, tanto en lo social como en lo económico.

Ambos temas se inscriben dentro de los temas sociales que la Constitución busca priorizar de conformidad a lo previsto en el Art. 1º que señala que el Paraguay es un Estado Social de Derecho.

Se puede afirmar que a los diez años de Sanción, nuestra Constitución ha cumplido su objetivo, porque ha originado, en primer lugar crear conciencia ciudadana al respecto, que se trasunta en disposiciones sobre el tema.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ GADEA, Carlos y FRETES, Antonio, *Legislación Agraria*, Editorial Imprenta Salesiana, Asunción – Paraguay, Año 1987.

BARBOZA, Ramiro, *Constitución de la República del Paraguay, Convención Nacional Constituyente*, Tomo I, Parte Dogmática, CIP-SEP – AID, Centro Publicaciones de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Asunción – Paraguay, Año 1993.

Comentario a la Constitución – Homenaje al Quinto Aniversario, Emilio Camacho – Luis Lezcano Claude (Compiladores), Asunción – Paraguay, Año 1997.

INFORMACIONES ANEXAS:

Comisión Bicameral de Recursos Naturales – Congreso Nacional, Asunción – Paraguay, Año 2002.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU ALCANCE CONSTITUCIONAL

María Elodia Almirón Prujel

SUMARIO: 1. CUESTIONES GENERALES. 2. JERARQUIZACIÓN, BALANCE E INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN. 3. INTERACCIÓN ENTRE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN Y EL ÁMBITO INTERNO. 4. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PARAGUAYO

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU ALCANCE CONSTITUCIONAL

María Elodia Almirón Prujel

1. CUESTIONES GENERALES

Una de las cuestiones que recurrentemente se plantea a la Ciencia del Derecho Constitucional y a la Teoría General de los Derechos Fundamentales es la de determinar, tanto en abstracto como en concreto, lo razonablemente justo en aquellos campos donde dos derechos parecen oponerse o, más generalmente, donde se presentan casos bajo la forma de conflicto entre diversos bienes constitucionales. No sin razón se ha dicho que la problemática de tales conflictos representa uno de los puntos más delicados de la dogmática de los derechos fundamentales.

La cuestión es usualmente abordada en términos de irrefrenable colisión u oposición entre los derechos o los bienes jurídicos entre los derechos o los bienes jurídicos. Se ha sostenido, en este sentido, que existe una “concepción del Derecho Constitucional como un campo de batalla de intereses competidores”. El resultado es que, en gran parte, la resolución de los litigios constitucionales pasa hoy por la elección de uno de los bienes en juego y la preterición o anulación del otro.

Los autores cuya obra científica refleja esta mentalidad son muchos. Bastará citar ahora algunos ejemplos. Para cierta doctrina, el Derecho Constitucional obliga permanentemente a optar entre valores respetables pero disyuntivos en el caso, otorgando protección a uno de ellos y postergando el otro, lo cual trae como consecuencia que los derechos constitucionales no se comprendan bien en abstracto, sino relacionados en su colisión, pues sólo en esa posición hace determinar cuál de ellos debe triunfar. Esto ha hecho decir a algún autor que “como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos”.

Semejante concepción no es privativa de la doctrina. En España, por ejemplo, el propio Tribunal Constitucional funciona confrontando, planteando los litigios en términos de conflicto entre bienes y derechos, obligaciones y libertades.

Para resolver los conflictos que se puedan plantear, se suele recurrir básicamente a dos métodos, que consisten respectivamente en establecer una jerarquía entre los derechos fundamentales — *categorization of rights*, en el léxico anglosajón- y en decidir mediante el test del balance o ponderación — *balancing test*, que algunos traducen por “balanceo” y otros por “test ponderativo”-. A estos métodos se encuentra íntimamente ligada una concepción de los límites de los derechos fundamentales que los concibe fundamentalmente como límites externos al propio derecho.

Uno de los métodos a que se recurre —especialmente en la doctrina- para resolver conflictos entre derechos consiste en establecer entre ellos jerarquías o categorías previas y rígidas. De este modo, en un litigio donde confluyan dos derechos fundamentales se recurrirá a una tabla pretasada de importancia, según diversos baremos, que permitirá establecer la primacía del jerárquicamente superior.

Por otra parte, las diferentes jerarquizaciones propuestas suelen depender de criterios y baremos que, aunque gozan de cierta justificabilidad en términos constitucionales, se encuentran fuertemente marcados por condicionamientos ideológicos. Para la visión más extendida, la cláusula del interés general o el estándar de lo necesario en una sociedad democrática determinan, por ejemplo, la supremacía de la libertad de prensa, convirtiéndola en una libertad “preferida”, “estratégica” e “institucional”. Otros, desde una consideración de los derechos por referencia a su mayor o menor cercanía con el núcleo de la personalidad, considerarán prevalentes el honor o la vida privada frente a la información, que estaría más lejos de la persona, pues se situaría, al menos a simple vista, en su vida de relación.

Puede ser interesante mostrar con cierto detalle un ejemplo de jerarquización o categorización. El autor elegido, por la claridad con que se muestra la propuesta objeto de análisis, es Miguel Ángel Ek-

mekdjian. Su argumentación puede ser sintetizada en los siguientes pasos: a) Es errónea la idea de que los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía, porque, b) los derechos son proyecciones de los valores: "el derecho subjetivo es un medio para brindar protección (jurídica) a un valor que, por definición, es un fin en sí mismo"; y c) toda teoría de los valores supone un orden jerárquico de los mismos; de modo que es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente.

La determinación de la jerarquía exige, en consecuencia, establecer la importancia relativa de cada valor, lo cual puede hacerse siguiendo tres métodos complementarios, a juicio del citado autor. El primero pasa por examinar la mayor o menor restringibilidad de cada derecho en función del valor que proteja, puesto que "un derecho es menos restringible en la medida en que el valor al cual brinda cobertura tenga mayor jerarquía". El segundo método es la sustracción hipotética, que consiste en imaginar un mundo en el cual se negara una categoría de derechos (valores) y luego imaginar otro en el cual se aceptara ésta y se negara otra, y así sucesivamente, para comprobar cuál pérdida es más significativa. El último método apunta a la renunciabilidad de los derechos, pues existen valores que la moral social considera tan esenciales que no permite al titular de los mismos el sacrificio voluntario de ellos, lo que hace dudosa incluso la calificación de derechos subjetivos a la cobertura jurídica que los protege. Si se los compara con los derechos que sí pueden ser renunciados, la mayor jerarquía de los primeros es obvia.

En el plano de la hermenéutica constitucional, la restringibilidad de los derechos en la cumbre de la escala es mínima, y va aumentando a medida que se desciende. En concordancia con esto, una ley no puede restringir derechos superiores en mayor medida que otros inferiores; por tanto, el índice de protección que posee cualquier derecho encuentra su límite máximo en el límite mínimo del índice de protección que poseen los derechos de rango inmediatamente superior. En segundo lugar, la escala permite resolver los conflictos de derechos, para los cuales no existe armonización posible, sino que requiere en todos los casos sacrificar uno de ellos en beneficio del otro (el de rango superior).

El segundo de los métodos de interpretación constitucional empleados en la resolución de los conflictos, menos traumático que el de la jerarquización, suele ser denominado *balancing test* o ponderación, y consiste en contrapesar los bienes jurídicos en liza –intereses públicos y derechos individuales– de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál es más importante o “pesa” más en el supuesto y cuál debe rendirse. Se opta así por uno u otro derecho, o se determina si es constitucionalmente aceptable –en virtud de que exista una razón suficiente que compela a restringir– la limitación de un derecho en aras de intereses generales. En el *balancing*, por tanto, no se trata de que uno de los derechos sea en abstracto considerado jerárquicamente superior, sino que se parte de la colisión para decidir, contrapesando los distintos elementos –ponderación viene del latín *pondus*, peso–, cuál de las dos regulaciones contrapuestas resulta más necesaria o justificada para proteger el respectivo derecho o bien.

En la técnica del balance, tal como aquí se lo entiende, está comprendido tanto lo que se ha llamado “*balancing amplio*”, o sea, una ponderación en abstracto de los valores en pugna, llamado en el Derecho alemán contrapeso o ponderación de bienes o de valores, como lo que puede denominarse “*balancing estricto*”, es decir, el examen dentro del caso concreto del peso respectivo de los intereses en juego. A este último se le llama *ad hoc balancing* en el ámbito jurídico estadounidense.

El *balancing test* se ha desarrollado principalmente en el ámbito jurisprudencial, y de modo particular en Estados Unidos, donde nació de la mano de sentencias relativas a la libertad de expresión, para extenderse en la actualidad a las más importantes áreas del Derecho Constitucional. Por ello, uno de los dogmas más extendidos en la doctrina norteamericana es que el *balancing* es absolutamente inevitable e indispensable cuando encuentran en juego valores directamente reconocidos en el texto constitucional, y en especial cuando se trata de juzgar el interés público.

Esto hace posible la consideración que la tratativa de los derechos fundamentales de los individuos que interactúan en un Estado,

se deba realizar a un nivel supralegal e inclusive a un nivel constitucional o cuasiconstitucional, a los efectos que la protección de los mismos cuenta con un mecanismo de doble seguridad, creándose así toda una corriente que da origen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. JERARQUIZACIÓN, BALANCE E INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

El rechazo de las jerarquías abstractas en la interpretación de los conflictos de derechos y de la anulación de un derecho tras una ponderación en concreto viene, además, exigido por un requerimiento procedente de la dogmática constitucional. En efecto, aunque las Constituciones no lo establezcan, el carácter normativo directo que poseen hoy en todos los países de cultura jurídica occidental hace necesario que se interpreten sistemáticamente, haciendo compatible internamente todo su contenido e interpretando cada disposición de acuerdo a las demás¹. De lo contrario, habría partes de la Constitución que se opondrían a otras y, por el expediente de los métodos antedichos, unas quedarían anuladas por las otras, al menos en los casos concretos. Por ello, las disposiciones constitucionales no deben ser interpretadas de modo que se establezcan conflictos entre unas y otras y se destruyan recíprocamente, sino de manera tal que se las armonice.

Lo anterior se refleja en que normalmente no está permitido por los ordenamientos constitucionales jerarquizar o dar diferente peso e importancia a los derechos. Dichos ordenamientos no suelen establecer estamentos jerárquicos para los derechos.

¹ Así lo ha establecido en España el Tribunal Constitucional, que en su sentencia 5/1983 (Pleno; Ponente: Gómez.Ferrer Morant), FJC 23 (1983), 227, 233, sostuvo que *"la interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental (...) ha de hacerse considerando la Constitución como un todo, en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática"*.

Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ponderación de bienes o incluso abstracta ponderación de valores, realizar el uno a costa del otro. Por el contrario, el principio de la unidad de la Constitución exige una labor de optimación: se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad; no debe ir más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos. La ponderación de bienes carece de un criterio orientador de este tipo en lo que se refiere a sus valoraciones; no es sólo que le falta una base de apoyo sino que se encuentra siempre en peligro de sacrificar la unidad de la Constitución exige una labor de optimación: se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad; no debe ir más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos. La ponderación de bienes carece de criterio orientador de este tipo en lo que se refiere a sus valoraciones; no es sólo que le falta una base de apoyo sino que se encuentra siempre en peligro de sacrificar la unidad de la Constitución.

Es preciso interpretar la Constitución partiendo de su unidad, es decir, como si fuese un sistema, sin contemplar aisladamente ninguna norma e interpretando todas ellas de modo tal que se eviten las contradicciones. Se trata, en definitiva, de no admitir más interpretaciones de cada disposición constitucional que aquellas que resultan compatibles con las restantes disposiciones.

En definitiva, una adecuada hermenéutica constitucional debe partir necesariamente de la unidad del orden jurídico —y especialmente de la unidad de la Constitución, lo cual no equivale necesariamente a considerarla un sistema acabado—, de la necesidad de no dejar nada fuera, y de maximizar la potencialidad de todas las normas que consagran derechos.

3. INTERACCIÓN ENTRE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN Y EL ÁMBITO INTERNO

El problema de las relaciones del derecho internacional con el derecho interno ha revestido importancia excepcional en el orden teórico. Manuel Díez de Velasco plantea el problema así: *“En realidad, no se trata de otra cosa que, dada la existencia de un derecho internacional que regula las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional, y un ordenamiento de carácter nacional, ya que ellos son portadores de su propio ordenamiento, es necesario saber si entre uno y otro existen o no relaciones, y si se da o no una subordinación entre los grupos de ordenamientos, el internacional y el interno”*².

El desarrollo de la comunidad internacional permite afirmar la estrecha vinculación entre los derechos humanos y el derecho internacional, desde el punto de vista científico (objeto y método específico de los derechos humanos), pero no en cuanto a la protección que aún se encuentra reglada especialmente en los sistemas jurídicos internos.

En este aspecto básico que hace a su efectividad, es imprescindible utilizar el sistema y el andamiaje dinámico del derecho internacional.

Una de las características de los derechos humanos es la jurisdicción internacional. No obstante, un tribunal nacional puede aplicar normas de derechos humanos de carácter internacional, o bien nacionalizadas, de acuerdo con los diferentes sistemas constitucionales.

Mediante interpretaciones de órdenes jurídicos cerrados y duplicados se fomentó la visión del derecho que opera con la subtrac-

² Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 154.

ción del derecho constitucional. Es decir, por un lado el derecho interno y el otro el derecho internacional.

Actualmente se observa el desarrollo de los derechos humanos y protección internacional con un concepto de soberanía actualizado. En esos términos la soberanía nacional no se reduce, procediendo su redefinición actual sobre la base del respeto de los derechos humanos. Pro eso la soberanía será respetada si es respetable en la efectividad de los sistemas de protección de los derechos humanos.

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno no requiere auxilios teóricos ni doctrinarios. Necesita la vitalidad de la práctica, esto es, la aplicación cotidiana de las normas.

La coordinación y primacía de la práctica sobre la teoría permite evadir la dicotomía de los sistemas jurídicos. La cuestión no es separar sujetos y técnicas para establecer diferencias.

En cuanto a la *posición dualista*, se debe tener en cuenta que ambos sistemas jurídicos (interno e internacional) se hallan separados, distinguidos por sus fuentes y por los sujetos que regulan, no es posible la penetración e integración. Será preciso pues, un acto de novación de la norma que modifique totalmente su naturaleza. Esa novación opera como una transformación por la que se mediatiza la norma de derecho internacional con un acto de derecho interno (Ley).

Las normas que emanan de los órganos jurídicos tienen su propio y exclusivo ámbito de validez. Hay diversidad de fuentes y de sujetos, lo que implica que no puede haber en ninguno de los dos sistemas jurídicos una norma obligatoria que emane del otro. Dentro de esta concepción, no puede haber conflictos posibles entre los dos órdenes jurídicos, sino solamente reenvíos del uno al otro. Este reenvío puede ser material o formal, si la referencia de un sistema jurídico al otro implica o no la recepción de las normas en vigencia de este último.

Ahora, bien, como el derecho internacional no puede alcanzar a los individuos, requiere ser transformado en derecho interno. La

obligación del Estado consistiría en dictar una norma de derecho interno que se conforme a la norma internacional.

Se le ha criticado a la doctrina dualista el que racionalmente no puede existir dos órdenes igualmente válidos y que la distinción entre los órganos del Estado no se justifica. En efecto, dice que hay ciertos órganos (legislativos y ejecutivos) que pueden ser alcanzados por el derecho internacional y otros (no gobernantes), que no los pueden cobijar las normas internacionales. En la actualidad esta contradicción no puede justificarse, cuando todos los órganos del Estado, cualquiera sea su jerarquía, tienen, desde este punto de vista, una situación idéntica.

Con la *posición monista*, sin embargo, sucede lo contrario, no requiere ninguna transformación o recepción para darle fuerza obligatoria y deroga de pleno derecho las reglas de derecho interno que sean incompatibles con él. A la inversa, puede sostenerse una posición monista sobre la base del derecho interno exclusivamente. Esta posición considera que desde el punto de vista del derecho internacional, es desde donde se comprende su conexión con el derecho nacional y por lo tanto con un orden jurídico universal. Parte de la base de la unidad del conjunto de normas jurídicas. Se acepta el principio de la subordinación, según el cual todas las normas jurídicas se encuentran subordinadas las unas a las otras, en un orden rigurosamente jerárquico.

Para Verdross³, hay dos corrientes doctrinarias: a) monismo con primacía del derecho interno (Erich Kaufmann), por ausencia de una autoridad supraestatal; b) monismo con primacía del derecho internacional (Kelsen, Politis). En esta concepción el derecho interno es subordinado o delegado del derecho internacional. Kelsen es monista y postula la unidad del derecho internacional y el derecho interno dentro de un sistema jurídico que abarque todos los ordenamientos jurídicos positivos. Igualmente, sostiene la primacía del derecho internacional. Dice que este no exige ni puede exigir que lo reconozcan los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento.

³ Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, p. 34.

Al orden jurídico están sometidos los derechos nacionales, de manera que existe un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. Este delimita los dominios de validez del derecho interno. El fundamento del derecho internacional no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene en el derecho internacional su fundamento.

Existe una teoría conciliadora (G.A. Walz), que explica que el derecho internacional está, pues, mediatizado por el derecho interno. Por consiguiente, toda ley interna contraria al derecho internacional tiene vigencia, si es correcta desde el punto de vista estatal, pero surge entonces la responsabilidad internacional del Estado. Esta responsabilidad puede darse, tanto por dictar el Estado normas opuestas al derecho internacional. Como por omitir los medios par ala realización de sus obligaciones internacionales.

El intrincado mosaico de disposiciones que componen los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, así como los ordenamientos jurídicos internos vinculados al tema demuestran –a través de sus textos- la complejidad de la materia.

La tendencia actual en la comunidad internacional consiste en la integración del derecho vigente, donde el principio y norma consuetudinaria *pacta sunt servanda* y el reconocimiento estadual de las personas como sujetos de derecho internacional conforman el marco esencial para su desarrollo. Las decisiones de los órganos de control internacionales, incluyendo los tribunales internacionales, lo confirman; la práctica de los Estados, lo ratifica. La clásica división entre derecho interno y derecho internacional en la medida de considerarlos como dos ordenamientos jurídicos diferentes carecen –en este momento histórico- de adaptabilidad.

El principio de *pacta sunt servanda*, lo han reconocido y afirmado tanto la doctrina como la jurisprudencia internacionales. El fundamento jurídico reside en la paz, seguridad y convivencia entre los Estados. La norma de que los Estados deben cumplir los tratados, se encuentra establecida en el preámbulo del Pacto de la Sociedad de

Naciones, en el artículo 17 de la Carta de la OEA, en el preámbulo de la Carta de la ONU y en el Pacto de la Unidad Africana. Este es un principio de costumbre, justicia, moral y derecho internacional. Es una regla independiente del tratado, que es consecuencia de la moral internacional y exigencia de la comunidad internacional. Es una regla preexistente de derecho internacional, reconocida en el Preámbulo de la Convención de Viena, al decir que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”.

La implementación de las cláusulas de los tratados internacionales y de las declaraciones –tanto universales, como regionales– sobre derechos humanos en la jurisdicción interna de los Estados ha sido estructurada a través de diferentes fuentes y mecanismos. Por una parte, las nuevas Constituciones latinoamericanas receptan la tendencia enunciada: Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, entre otras, seleccionando diferentes propuestas, se adscriben en términos generales a la armonización legislativa e interrelación del ordenamiento jurídico.

De la misma manera en que la influencia de los instrumentos internacionales en el ámbito interno de los Estados se encuentra demostrada por la práctica generalizada de éstos, donde la doctrina de los publicistas ha jugado un rol importante, al igual que las actividades desplegadas por los órganos de control internacionales receptan disposiciones existentes en el ordenamiento de los Estados partes de un tratado, como un mecanismo adecuado de la idea integradora del derecho, produciéndose una interacción entre los sistemas de protección de los derechos humanos y el ordenamiento y comportamiento de los órganos de poder estatales.

Tradicionalmente, el derecho internacional clásico ha reservado a las legislaciones nacionales, en general las normas constitucionales, la decisión sobre la forma de integración del derecho internacional al orden jurídico vigente en un Estado.

Sin perjuicio de la elaboración y difusión de corrientes doctrinarias importantes –monismo y dualismo–, el orden jurídico inter-

nacional ha consolidado criterios que hacen a la vigencia de sus propias normas y que, en todo caso, acotan los márgenes de decisión de los Estados.

De esta manera, la norma consuetudinaria que dispone que un Estado no puede prevalerse de una norma de su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación convencional, fue codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Por su parte, la incorporación y aplicación de las normas consuetudinarias internacionales ha sido objeto de un tratamiento, por cierto más flexible que el dispensado a los tratados, pero que ha tenido como efecto no querido, y probablemente no previsto, su frecuente desconocimiento por la autoridad nacional encargada de dirimir un conflicto.

En el sistema interamericano, que ha hecho de los derechos humanos una obligación internacional. No es posible hacer de ellos una materia exclusiva de la jurisdicción doméstica de los Estados.

Los derechos humanos no constituyen ya asuntos de la competencia exclusiva del Estado, cualesquiera que sean las circunstancias en que ocurra la violación o las consecuencias en que ésta se traduzca. Se trata de un asunto que ha trascendido el ámbito nacional y, por lo tanto, ni la soberanía ni la no internación constituyen principios que puedan oponerse a una acción colectiva, perfectamente justificable a la luz de otros principios igualmente consagrados en el ordenamiento jurídico del sistema interamericano.

La consecuencia normal (de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos) es que otorga un derecho de reclamar su cumplimiento, lo cual en el campo de los derechos humanos importan la necesidad de verificar si el Estado en cuestión los ha puesto realmente en práctica.

En el tema de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional en función del derecho internacional de los dere-

chos humanos, el panorama que ofrecen las Constituciones latinoamericanas es vasto aunque, en general, establecen la supremacía constitucional respecto de toda otra norma del ordenamiento jurídico.

Es posible distinguir, entonces, entre las Constituciones que reconocen una jerarquía normativa que toma en cuenta a los tratados en general y las que consideran especialmente a los tratados de derechos humanos.

Entre las primeras se hallan las que disponen la supremacía de los tratados respecto de las leyes y las que los ubican en el mismo rango.

Las Constituciones de Costa Rica, El Salvador, disponen la mayor jerarquía del tratado respecto de la Ley. Por el contrario, otras se inclinan por la igualdad jerárquica entre leyes y tratados. Así, el artículo 133 de la Constitución de Méjico surge de la letra del artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos⁴.

Otro conjunto de Constituciones contempla especialmente el caso de las normas internacionales de derechos humanos, como es el caso de Paraguay, así como el de la Argentina.

La Constitución argentina vigente desde el 24 de agosto de 1994 otorga jerarquía constitucional a diez instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia, esto es, con las reservas y declaraciones interpretativas que hubieran sido formuladas, que se entienden complementarias de la parte dogmática de la Constitución y para cuya denuncia se requiere la aprobación de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara; por igual mayoría otros instrumentos de derechos humanos pueden adqui-

⁴ Article VI.2: *This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made under the Authority of the United States, shall be supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding* (Constitution of the United States).

rir el mismo rango constitucional⁵. Ello conduce a calificar de obligaciones constitucionales a las asumidas por el Estado en dichos tratados de Derechos Humanos.

En el terreno de las ambigüedades se ubica la nueva Constitución del Perú de 1993. Luego de señalar que los tratados en vigor forman parte del derecho nacional⁶, y de subrayar que sin ellos versan sobre derechos humanos, es necesaria su aprobación por el Poder Legislativo antes que el Poder Ejecutivo pueda ratificarlos⁷, la ley fundamental guarda un poderoso silencio en punto a la jerarquía normativa de los tratados. El artículo 138 supera algunos conflictos señalando que las normas constitucionales preceden a las legales y éstas a las de rango inferior. Si los tratados, que integran el derecho nacional, son tenidos por normas legales, evidentemente tienen jerarquía

⁵ Artículo 75, inciso 22: ...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

⁶ Artículo 55: Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

⁷ Artículo 56: Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos...

infraconstitucional, más si ello no es así, su condición es también infralegal.

Aun en el caso de la supremacía del tratado respecto de la legislación nacional, se requiere de una hermenéutica que facilite superar los conflictos que se plantean ante la determinación de la operatividad de las normas internacionales. La presunción *iuris tantum* de la operatividad de las normas que rige en el derecho internacional de los derechos humanos debe ser adecuadamente aquilatada en los ámbitos nacionales.

La nueva tendencia en la integración del derecho se ve reflejada en los siguientes elementos: aceptación de la diferencia entre tratados internacionales tradicionales y tratados sobre derechos humanos; reconocimiento de la supremacía en los tratados sobre derechos humanos frente a las leyes nacionales y aun la misma jerarquía constitucional en las nuevas constituciones americanas; implementación de la compatibilización del derecho en leyes internas; existencia de límites establecidos a los poderes que integran el Estado en salvaguarda de los derechos y garantías y su efectividad.

Más allá de esta exposición en la óptica del derecho comparado, corresponde precisar que los instrumentos de derechos humanos han contemplado expresamente la cuestión atinente a su aplicación el ámbito interno. Ello surge de la obligación explícita de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos en forma efectiva. Esta obligación está generalmente sujeta a control a través del sistema de informes periódicos.

Esta cuestión merece especial atención en los Estados federales, en los que las unidades componentes del todo se han reservado poderes que incluyen, por ejemplo, la administración de justicia. En el ámbito universal, se entiende que los compromisos vinculan al Estado a través de la manifestación del consentimiento del órgano con capacidad para ello. En este sentido, el artículo 50 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos expresa que “las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

Ello transporta al ámbito espacial de los tratados la universalidad que predica de los derechos humanos.

El artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que en los Estados federales, el gobierno nacional cumplirá todas las disposiciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, en tanto que con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades que componen la federación, dicho gobierno nacional debe tomar las medidas pertinentes para que las autoridades de cada una de esas entidades pueda adoptar las disposiciones del caso. Asimismo, se prevé que cuando dos o más Estados partes acuerden formar una federación u otra clase de asociación deben incluir en su acuerdo las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado las normas de la Convención.

La pluralidad de fuentes, internas e internacionales, del derecho de los derechos humanos impone una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado.

En general, los tratados de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida que la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir a limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos⁸.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29; convención contra la Tortura, artículo 1.1.; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5.

Confluyen aquí una serie de principios generales del derecho internacional y de principios propios del derecho internacional de los derechos humanos que brindan pautas hermenéuticas claras.

A la luz del criterio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Estas pautas son particularmente importantes cuando en un mismo ámbito coexisten normas internacionales de distinto alcance. Por ejemplo, las disposiciones de los artículos 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 5.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíben la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, necesariamente deben ser superadas en el caso de especie por las normas específicas de la Convención contra la Tortura de 1984.

Coincidentemente con el principio *pro homine*, la doctrina identificado la interpretación teleológica de los instrumentos de derechos humanos. En efecto, de la regla general de interpretación de los tratados, codificada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que resume armónicamente todos los elementos auténticos de interpretación —lectura de buena fe, conforme el sentido corriente de los términos en el texto y en el contexto y de acuerdo con su objeto y fin—, se desprende como prioritario en el caso de los derechos la consideración del objeto y fin de las normas en esta materia. La práctica y la jurisprudencia internacionales que ponen de manifiesto las especiales características de los derechos humano han servido de fundamento a esta posición.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 31.1., conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecue a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Si recordamos además que le interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, al menos directamente,

el de los Estados partes, sino del ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido en que mejor garanticen la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.

Asimismo, la aplicación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio de no discriminación, el que, a la vez que un derecho en sí mismo, es una condición de ejercicio de todos los derechos protegidos. En efecto, la noción misma de derechos humanos comporta las nociones de igualdad y, como corolario, la de no discriminación.

Por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento cualquier otra condición social que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera.

Con referencia a este principio constitucional, se tiene que la observancia de las normas constitucionales constituye una condición esencial para la validez de los tratados.

Se fundamenta en la soberanía de los Estados y argumenta que el derecho internacional remite al derecho interno la determinación de los órganos y los procedimientos de los cuales depende la formación y expresión de la voluntad de un Estado de obligarse por un tratado. De esta forma, los acuerdos internacionales no podrían válidamente nacer sin haber observado las reglas de derecho interno.

En la actualidad sin embargo, compete a cada sistema constitucional, la solución de los conflictos que puedan presentarse entre el derecho internacional y el derecho interno, dependiendo así de su legislación interna. Vanossi, expresa a este respecto: "*que la tan*

ansiada supremacía de un derecho internacional sobre los variados órdenes nacionales, solamente se ha concretado con perfiles nítidos en los regímenes de integración que se encuentran en la etapa de la supranacionalidad y del derecho comunitario. Pero sus alcances distan de ser universales, ya que aún este proceso está ubicado a nivel regional y únicamente en un sector del continente europeo con profundidad relativa. La solución varía según las determinaciones constitucionales de cada Estado que le reconoce un cierto rango al derecho internacional, en lo que se refiere al plano de su valor interno"⁹.

Desde luego que para solucionar los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno es necesaria en cada Estado una reforma constitucional que establezca la primacía del derecho internacional que evite las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que hasta hoy han estado divididas entre la doctrina monista y la dualista.

Sería importante establecer, por ejemplo, la supranacionalidad automática en materia de derechos humanos para que las normas de los organismos supranacionales pudieran regir automáticamente sin necesidad de incorporarse a la legislación interna.

4. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PARAGUAYO

La Constitución de la República del Paraguay en sus artículos 137, 141, 142, otorga un rango cuasi constitucional a las normas internacionales de Derechos Humanos, refiriéndose además al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus artículos 143 inciso 5) y 145.

El artículo 137 dispone en su primer párrafo: "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 su consecuencia, integran el derecho positivo nacional

⁹ Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Régimen constitucional de los tratados*, p. 22.

en el orden de prelación enunciado...". Este artículo estipula tanto la supremacía normativa así como la prelación en el orden jurídico interno paraguayo con relación a la Constitución. Así, se tiene en primer lugar a la Constitución como norma suprema y fundamentadora del orden interno paraguayo, y que prescribe el orden de prelación e importancia en la aplicabilidad del orden jurídico interno; seguida por las normas de carácter internacional que deben cumplir un requisito previo, consistente en la aprobación y ratificación por parte del Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo; para luego ser completado por las leyes ordinarias dictadas por el Congreso Nacional y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía.

El artículo 141 en concordancia directa con el artículo más arriba transcrito dispone: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137". Es decir, este artículo, lo que hace es integrar el alcance y sentido del primer párrafo del artículo 137. Así, sólo se refiere a los tratados internacionales, pero éstos, deben encontrarse válidamente celebrados, para que puedan aplicados y exigidos en el territorio paraguayo, pues de lo contrario serían mera declaración hasta tanto el país disponga su armonización con el orden interno nacional. Explica además el alcance de la celebración válida para su exigibilidad, y que consiste en su aprobación como ley por el Congreso, para posteriormente ser depositados o canjeados los instrumentos de ratificación, en las respectivas Secretarías Generales de los Órganos de carácter universal o regional. Podría considerarse como una norma repetitiva en el contexto de la Constitución, pero los Convencionales Constituyentes consideraron oportuna introducirla nuevamente, a los efectos de precisar el marco básico del perfil de nuestras relaciones internacionales, adhiriéndose así a la posición dualista de incorporación de normativa internacional a un orden jurídico interno, ya comentada en párrafos anteriores.

Es decir, el Paraguay, a los efectos de la aplicabilidad y exigibilidad de cualesquiera instrumentos de naturaleza internacional en territorio nacional, primeramente debe cambiar su naturaleza a una

ley de carácter interno, eso es lo que prescribe taxativamente el 141 del texto supremo, de otro modo el mismo estaría sujeto a su aprobación por Ley del Congreso para que pueda ser aplicado.

Este procedimiento se inicia en la Cámara de Senadores que por mandato constitucional, según el artículo 224 inciso 1), se constituye en una de sus atribuciones exclusivas (artículo 224 inciso 1): Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Senadores: 1) iniciar la consideración de los proyectos de ley relativos a la aprobación de tratados y de acuerdos internacionales;...), y por ende es su Cámara de Origen, para luego pasar a la Cámara de Diputados (Cámara Revisora), siguiente así el procedimiento de formación y sanción de leyes estipulado en el texto constitucional. No se debe olvidar también, que el artículo 202 inciso 9) prescribe cuanto sigue: Son deberes y atribuciones del Congreso: ...9) aprobar o rechazar los tratados y demás acuerdos internacionales suscritos por el Poder Ejecutivo;...Una vez que el texto del instrumento internacional respectivo haya sido transformado en ley de carácter nacional, se deposita el respectivo instrumento de ratificación, pasando así a formar parte del orden jurídico interno.

El artículo 142 del texto constitucional prescribe: “Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”.

El procedimiento de la denuncia, es un procedimiento especial que proviene del Derecho Internacional Público, y que tiene relación directa con el término común “renuncia” por parte de un Estado al orden que contempla un Tratado internacional suscripto por él, es decir el efecto de esta “denuncia”, sería dejar sin efecto los alcances y obligatoriedad del instrumento internacional de derechos humanos en el territorio paraguayo.

Así, el Paraguay, ha estipulado un mecanismo constitucional para el procedimiento de la denuncia, a través del procedimiento de la enmienda constitucional o reforma parcial, por lo ordenado en el artículo 290. Este procedimiento es de carácter especial, pues no es el

procedimiento común de formación y sanción de las leyes, es decir, a través del Congreso Nacional, sino por el contrario, los Convencionales Constituyentes, creyeron oportuno y necesario, estipular un mecanismo seguro y restrictivo para el procedimiento de denuncia de los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos; pues luego de un prolongado y vasto tiempo de violaciones constantes de los derechos fundamentales de los paraguayos, era necesario e imperioso prescribir un mecanismo seguro para lograr que un tratado que proteja los derechos humanos pueda ser dejado sin efecto en el territorio nacional; otorgándole de esta forma a los instrumentos internacionales de derechos humanos un carácter cuasiconstitucional.

El artículo 290 en consonancia con los estipulado anteriormente, dispone: "Transcurridos tres años de promulgada esta Constitución, podrán realizarse enmiendas a iniciativa de la cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, del Presidente de la República o de treinta mil electores en petición firmada. El texto de la enmienda deberá ser aprobado por mayoría absoluta en la Cámara de origen. Aprobado el mismo, se requerirá igual tratamiento en la Cámara revisora. Si en cualquiera de las Cámaras no se reuniese la mayoría necesaria para su aprobación, se tendrá por rechazada la enmienda, no pudiendo volver a presentarla dentro del término de un año. Aprobada la enmienda por ambas Cámaras del Congreso, se remitirá el texto al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que dentro del plazo de ciento ochenta días, se convoque a un referéndum. Si el resultado de éste es afirmativo, la enmienda quedará sancionada y promulgada, incorporándose al texto constitucional. Si la enmienda es derogatoria, no podrá promoverse otra sobre el mismo tema antes de tres años..."

Por este mecanismo, se implementa una doble protección para la denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos. En primer lugar, se tiene que el procedimiento de denuncia puede ser solicitado por el Congreso Nacional (cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras, o por el Poder Ejecutivo, e inclusive puede ser solicitada por treinta mil electores en petición firmada, dándole así también un espacio constitucional de decisión al poder soberano que recae en nuestro pueblo, por mandato del artículo 2 de

la Constitución). Así tres poderes se encuentran inmersos en la solicitud de denuncia (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Soberano o Popular), otorgando un equilibrio lógico en la iniciativa de petición, y no dejando todo el poder de decisión en manos de uno sólo de ellos. Luego, el texto de la denuncia, en este caso concreto, debe ser aprobado por la Cámara de Origen (que por interpretación analógica debe ser la Cámara de Senadores, pues por principio del artículo 224 inciso 1) de la Constitución, compete a esta Cámara con la naturaleza de atribución exclusiva la consideración de los proyectos de ley relativos a los tratados y acuerdos internacionales, coligiendo también competería a la misma el tratamiento como Cámara de origen de la denuncia del tratado o acuerdo internacional), por mayoría absoluta, es decir por la mitad más uno del total de los miembros de la Cámara de origen (23) –Senadores, 45- (esta mayoría absoluta se encuentra definida en el artículo 185 del texto supremo en sus primer y segundo párrafos –...El quórum legal se formará con la mitad más uno del total de cada Cámara (...) Para las votaciones de las Cámaras del Congreso se entenderá (...) por mayoría absoluta, el quórum legal...-); mismo tratamiento requerirá en la Cámara revisora (Diputados) con la misma mayoría requerida (45) –mitad más uno de los miembros de la antedicha Cámara-. En el caso de no obtener las mayorías requeridas para ambas Cámaras, la denuncia no podrá ser aprobada, y se la rechazará, no pudiendo volver a presentársela dentro del término de un año, de ocurrida esta situación. En el caso contrario, es decir, si fuera aprobado el texto de esta denuncia, el mismo deberá ser remitido a la Justicia Electoral (Tribunal Superior de Justicia Electoral), para que dentro de un plazo de 180 días (días civiles, continuos), este Tribunal convoque a un Referéndum Constitucional. Esta forma de consulta popular, constituye uno de los mecanismos de la democracia participativa (democracia semidirecta), en donde el pueblo, cuenta con una cuota de participación y decisión en las cuestiones de Estado.

Este Referéndum Constitucional, está regulado por el Código Electoral (Ley 834/96), en su artículo 265. Cuando el Tribunal Superior de Justicia Electoral convoque a Referéndum, la consulta será por la afirmativa o por la negativa de la denuncia aprobada por el Congreso. Se debe tener presente que la Constitución en su artículo 121,

prescribe que el Referéndum podrá o no ser vinculante (obligatorio o no el resultado de la consulta realizada al pueblo), siendo esta situación decidida por Ley del Congreso, en relación con el artículo 259 del Código Electoral. Sin embargo, resultaría claro, del análisis de los artículos 264 y 265 del Código Electoral, que este cuerpo normativo, legisla dos tipos de Referéndum (legislativo y constitucional), siendo estos diferentes uno de otro en cuanto a su naturaleza y al resultado de los mismos.

Así, el que interesa a nuestra materia, es el constitucional; este Referéndum es vinculante, es decir su resultado es obligatorio para la aprobación o no de la enmienda, en este caso de la denuncia.

El artículo 264 del Código Electoral dispone: La ley de convocatoria a referéndum se deberá difundir a través de los diarios de mayor circulación del país, publicándose tres veces dentro de los diez días siguientes a su promulgación. Durante los diez días anteriores a la votación queda prohibida la publicación, difusión total o parcial o comentarios de resultados de cualquier encuesta o sonde de opinión que estén directa o indirectamente relacionados con la consulta sometida a referéndum. De esta forma, durante los diez días anteriores a la votación queda prohibida la publicación, difusión total o parcial o comentarios de resultados de cualquier encuesta o sondeo de opinión que estén directa o indirectamente relacionados con la consulta sometida a Referéndum (denuncia). El artículo 304 de la Ley 834/96, dispone además que la campaña de propaganda de Referéndum no podrá tener una duración superior a treinta días corridos y finalizará 48 horas antes de la fecha señalada para la votación. La limitación contenida en el artículo 259, con referencia a que el resultado del Referéndum legislativo sea consultivo o vinculante, no comprende al Referéndum constitucional, que sí su resultado es vinculante (obligatorio) para la aprobación de la denuncia o su denegatoria.

Se debe mencionar como una norma contradictoria, dentro de nuestro sistema constitucional, el artículo 122 que en su inciso 1), dispone: No podrán ser objeto de referéndum: 1) las relaciones internacionales, tratados, convenios o acuerdos internacionales;.... Recordemos, que en el procedimiento de la denuncia, se utiliza como parte

del mecanismo procedimental, el referéndum constitucional, sin embargo, el propio texto constitucional dispone en este artículo en forma de norma prohibitiva que no podrá ser objeto de referéndum, precisamente los tratados, convenios o acuerdos internacionales, precisamente lo que constituye el objeto de la denuncia, entrando así en una contradicción normativa que debe ser resuelta. Por vía de interpretación, se podría colegir que si bien, este artículo se refiere a tratados, convenios o acuerdos internacionales, no resulta específico, por lo que se podría dar la denuncia vía referéndum constitucional de estos instrumentos internacionales, pues tal vez lo que deseo plasmar el Convencional Constituyente, fue que por vía de Referéndum Legislativo y no refiriéndose al Constitucional, no puedan ser objeto del mismo, pero sí por vía de este último, al cual precisamente no se refiere el artículo 122 de la Carta Constitucional.

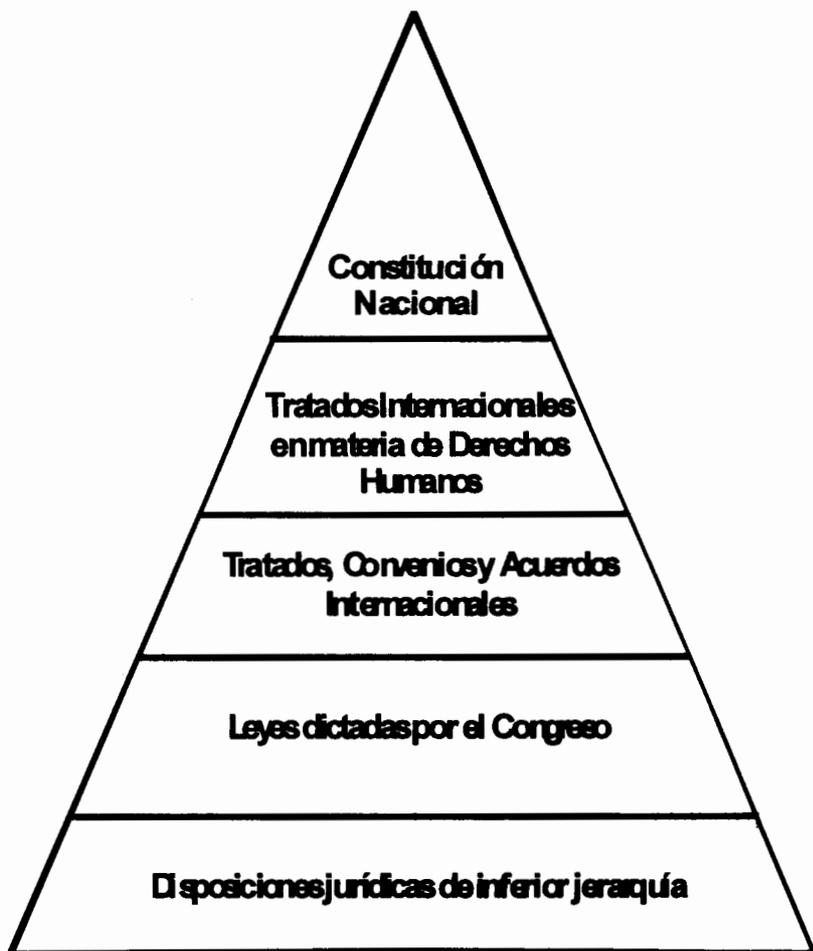
El artículo 143 inciso 3), ordena cuanto sigue: La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: ...5) la protección internacional de los derechos humanos Con este artículo expresamente se está reconociendo el concepto básico del derecho internacional de los derechos humanos, el cual así obtiene alcance el nivel constitucional, es decir, entre unos de los principios rectores en materia de relaciones internacionales para el Paraguay, se encuentra la protección internacional de los derechos humanos, teniendo esta expresión, conexión directa con lo que dispone el artículo 145 de la Constitución en materia del reconocimiento de un orden jurídico supranacional. Así, el habitante de la República del Paraguay, que no obteniendo la protección de sus derechos fundamentales a nivel jurídico interno, puede recurrir a la protección internacional de los mismos, por expreso mandato constitucional.

El artículo 145, prescribe: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso. Este artículo al precisar la condición de igualdad para la existencia de este orden

jurídico supranacional, está garantizando la protección de la personalidad internacional del Paraguay, y además es de una suma importancia, pues es la primera que en un texto constitucional se reconoce la jurisdicción supranacional.

Con este compromiso el Paraguay, se encuentra obligado constitucionalmente a que los instrumentos internacionales suscritos ya no sean meros actos protocolares, más cuando ellos se constituyen en instancias más allá de nuestro orden positivo interno para la defensa de la vida, de la libertad y de otros valores sustantivos que él garantiza a los habitantes de la República en su papel de protector primero.

El Paraguay, en materia de derechos humanos con el texto constitucional de 1992, a través de los artículos ya analizados, ha efectivizado un avance de alcance notable para la eficaz y plena vigencia de éstos, e inclusive llegó más lejos, reconociendo un orden jurídico supranacional como instancia autónoma para el control de la calidad de los derechos humanos vigentes en nuestro país, dando vigencia al derecho internacional de los derechos humanos; debiendo sin embargo, realizar ciertas modificaciones como la eliminación de la contradicción existente entre el procedimiento estipulado para la denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos y la prohibición para la utilización del Referéndum en materia de relaciones internacionales, debiendo ser claro el texto constitucional en esta materia, sin permitir resquicios para lagunas normativas, y estipular una salvedad para el Referéndum Constitucional; y por otra parte en el trámite de vigencia y exigibilidad de los instrumentos internacionales, tal como la incorporación inmediata de estos complejos normativos a nuestro derecho interno, sin la aparente necesidad de su conversión a ley de carácter interno, dando vigencia inmediata y de efecto directo a los alcances de los mismos, para una protección prevalente tanto de carácter interno como internacional.



Plexo Normativa Paraguaya

**INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS
HUMANOS RATIFICADOS POR LA REPÚBLICA DEL PA-
RAGUAY (REFERENCIALES)**

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) – Ley Nro. 1 del 18/08/89 – OEA
2. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) – Ley Nro. 1.040 del 16/04/97 – OEA
3. Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte – Ley Nro. 1.557 del 06/06/00 - OEA
4. Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas - Ley Nro. 933 del 13/08/96 – OEA
5. Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura – Ley Nro. 56 del 16/01/90 – OEA
6. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará) – Ley Nro. 605 del 28/06/95 – OEA
7. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio – Ley Nro. 1.748 del 14/08/01 – ONU
8. Pacto de Derechos Civiles y Políticos – Ley Nro. 5 del 09/04/92 – ONU
9. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Ley Nro. 4 del 09/04/92 – ONU
10. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanas o Degradantes – Ley Nro. 69/90 del 23/01/90 – ONU
11. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – Ley Nro. 1.663 del 17/04/01 – ONU
12. Convención sobre los Derechos del Niño – Ley Nro. 57 del 20/09/90 – ONU

BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, Susana, *Promoción y Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones La Rocca. 1992.

BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, México, México, Gernika S.A., 1996.

Código Electoral Ley 834/96.

Comisión Andina de Juristas, *Protección de los Derechos Humanos*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Centro Editorial, Universidad del Rosario, 1999.

Constitución paraguaya de 1992.

Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, Comisión Redactora, Nro. 19, 25 de marzo de 1992.

LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA Y ALGUNAS CONQUISTAS DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Soledad Villagra de Biedermann

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3. LA CONSTITUCIÓN DE 1992 Y SU ADECUACIÓN A LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 4. LA JERARQUÍA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. 5. LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ESTADO PARAGUAYO AL RATIFICAR INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS. 6. DERECHOS RECONOCIDOS E INSTITUCIONES CREADAS EN LA CONSTITUCIÓN QUE HAN DEVENIDO EN AVANCES POSITIVOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA Y ALGUNAS CONQUISTAS DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Soledad Villagra de Biedermann

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución surgida de la Convención Nacional Constituyente de 1992 refleja el resultado de arduas negociaciones entre diversos sectores de la sociedad en un momento político difícil, aunque indudablemente más propicio que el actual, ya que se logran mayores consensos de los que hoy se podrían conseguir. Las y los constituyentes eran en gran número intelectuales e influyentes líderes distintivos de la sociedad, una composición difícil de repetir, dado el progresivo deterioro de la representatividad de la clase dirigente. Una posible reforma constitucional debería tomar en cuenta este presupuesto, la necesidad de un escenario con mayor estabilidad política y social, así como la identificación precisa de los diferentes actores de tal proceso. Es también imperativa la conciencia necesaria de que los cambios deben servir en todas las circunstancias para avanzar y nunca para retroceder.

En la protección de los derechos humanos, la Constitución de 1992 introdujo el reconocimiento de derechos e instituciones que han significado no sólo la adecuación a instrumentos internacionales que el Paraguay ya había ratificado, sino un avance real en el ejercicio de éstos derechos, cuyo desarrollo debería profundizarse.

Este trabajo pretende hacer un breve análisis de la inserción y aplicación de los tratados de derechos humanos en la Constitución paraguaya, así como de algunas conquistas logradas en la protección integral de los derechos humanos. En este contexto, citamos más adelante algunos ejemplos de derechos que han sido ejercidos a partir de la Constitución de 1992 y cuya evaluación es positiva, redundando en la protección de grupos vulnerables y por ende en la democratización del país. Independientemente del análisis que se pueda hacer de

la transición, y los problemas de una democracia de "baja calidad" especialmente en cuanto al cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, hay algunos valores fundamentales afirmados y una conciencia colectiva en su goce que perdura y se consolida a los diez años de la constituyente de 1992.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Según algunos autores, los Derechos Humanos tuvieron su primera evolución en el derecho interno, y particularmente en una rama del Derecho Público Interno como es el Derecho Constitucional¹. En el constitucionalismo clásico de los Siglos XVIII y XIX, vemos las primeras Declaraciones de Derechos: la Constitución de las colonias de Estados Unidos de América y sus primeras enmiendas de 1787, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, que hablan de derechos individuales que limitan el poder del Estado, y pertenecen a todas las personas por ser inherentes al género humano.

De tal manera, durante el siglo XIX, se inicia un primer movimiento constitucional que afirma lo que se conoce como el "Principio de Legalidad" o "Estado de Derecho", conforme al cual el poder público se ejerce según las competencias y atribuciones que expresamente derivan del poder constitucional, presupuesto necesario para los derechos individuales de los que va acompañado. Nuestra constitución de 1870 ya tenía, por tanto, como otras constituciones occidentales liberales de la época, derechos y garantías individuales reconocidos en su texto.

En la entrada del siglo XX, tanto los movimientos políticos que se generan en América como en Europa, dan lugar a un nuevo tipo de constitucionalismo, representado por las constituciones de Querétaro en Méjico de 1917 y de Weimar en Alemania de 1919,

¹ Carlos M. Ayala Corao, "La Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos", pág. 138, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

que da entrada a otro tipo de derechos, los económicos, sociales y culturales. La internacionalización de los derechos humanos comienza ya con algunas instituciones como la protección de minorías, la protección diplomática y el derecho humanitario, que se hacen tangibles con la creación de la Sociedad de las Naciones en 1919, luego de la primera guerra mundial, aunque éstas figuras no constituyen aún una protección integral internacional a las personas.

La necesidad de esta protección internacional más comprensiva de la persona humana, sobre la base de una soberanía entendida ya como relativa por la comunidad jurídica internacional, la importancia de prevenir, limitar y controlar el poder público de los propios Estados como violadores de derechos humanos, y la urgencia de mantener la paz, la seguridad y la cooperación internacionales, tal como fue visible sobretudo durante la segunda guerra mundial, hizo posible que los Estados diseñaran y crearan organizaciones internacionales y sistemas donde sus propios actos pudieran ser controlados por la comunidad internacional.

El verdadero nacimiento de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos se produce entonces luego de la segunda guerra mundial, con la creación de las grandes organizaciones internacionales, en primer lugar la Organización de las Naciones Unidas, en 1945, y en el plano regional, paralelamente a la creación del sistema europeo, en nuestro continente, con el sistema interamericano de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos, establecido en la Novena Conferencia Panamericana de Bogotá, en 1948.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, surgida del seno de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, primer instrumento integral de derechos humanos proclamado por una organización internacional universal, y unos meses antes, para nuestra región, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948, de la Organización de Estados Americanos, fueron el punto de partida para el desarrollo de una serie de Pactos y Convenciones que protegen tanto aspectos generales como específicos de derechos humanos,

y que a su vez generaron una serie de organismos que controlan el cumplimiento de estos convenios y pactos por parte de los Estados que los ratifican.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1992 Y SU ADECUACIÓN A LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Una profusa cantidad de instrumentos internacionales de derechos humanos surgida desde las declaraciones de derechos tanto del sistema de la Organización de Estados Americanos como del sistema de las Naciones Unidas - y luego aumentada por ratificaciones a otros tratados de derechos humanos con temáticas específicas - ya estaba vigente hace una década y necesitaba ser traspasada al texto constitucional.

Mucho antes de 1992, en que comenzaron los trabajos de la Convención Nacional Constituyente, se había ratificado el tratado principal relativo a los derechos humanos de la OEA: la Convención Americana sobre Derechos Humanos -también denominado Pacto de San José de Costa Rica, por haberse firmado en esa ciudad en el año 1969- como Ley No. 1/89, la primera Ley del Congreso elegido democráticamente en 1989, en lo que constituyó un gesto histórico de un nuevo país que se integraba así a la comunidad internacional. En otro hecho simbólico de inserción internacional de la nueva democracia, por primera vez Paraguay era sede de la Asamblea General de la OEA, que celebró su sesión No. XX en Asunción en junio de 1990. Justamente en esta Asamblea, los países americanos, entre ellos activamente Paraguay, debatieron y aprobaron el Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte², que en su Artículo primero establece *“Los Estados partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción.”*

² Fue ya firmado por Paraguay en 1990 pero ratificado recién en el 2000 como Ley No. 1557/00.

Durante los trabajos de la Constituyente, el Congreso debatió y ratificó los dos tratados generales de derechos humanos del ámbito de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley No. 5/92³, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley No. 4/92. Las dos Convenciones contra la Tortura, tanto la de la OEA como la de la ONU, ya estaban ratificadas, la primera, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, como Ley No. 56/90 y la de las Naciones Unidas, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, como Ley No 69/90⁴. Para esta última ya había sido presentado el Informe Inicial del Estado al Comité contra la Tortura, que controla el desempeño de los Estados respecto a esta Convención y sesiona en Ginebra, por lo que el primer examen ya había sido hecho por las autoridades en la adecuación de sus normas a la legislación interna.

Así mismo, la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas había sido ratificada como Ley No. 57/90 y se preparaba en el país el primer informe ante el Comité de Derechos del Niño. Como excepción a la regla de que la gran mayoría de los tratados de derechos humanos fueron ratificados terminada la dictadura, había sido ratificada la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer antes de 1989, como Ley No. 1215/86, y se habían hecho ya varios informes por el Estado ante la CEDAW⁵, el Comité para la implementación de esta Convención. De esta manera, cinco de los seis tratados principales de Naciones Unidas⁶ y el más

³ El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que permite la competencia de su Comité para recibir denuncias individuales, fue luego ratificado por Ley No. 400/94.

⁴ Aunque sólo este año 2002 se ratificó por el Congreso la competencia del Comité contra la Tortura -creado por la Convención para la recepción de denuncias individuales y quejas interestatales (Arts. 21 y 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

⁵ Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.

⁶ El tratado que falta ratificar hasta hoy es la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en estudio en el Congreso. Los demás cinco tratados son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de

importante del sistema interamericano ya habían sido ratificados, con todas sus disposiciones esperando la adecuación de la legislación interna a los mismos.

Aunque todavía quedó mucho por adaptar -siendo de alguna manera explicable que los constituyentes no asimilaran los textos de estos instrumentos ya vigentes de manera más amplia, por el desconocimiento de los mismos por la comunidad jurídica⁷-, se pudo mejorar los estándares de protección.

Esta normativa internacional quedó reflejada entonces en varios avances, tanto en el lenguaje como en la enumeración de principios y derechos, ausentes en la Constitución anterior de 1967.

A continuación se ve, de manera enunciativa, algunos de los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución a la luz de la normativa internacional ya vigente en ese entonces⁸.

1966; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 y la Convención sobre derechos del Niño, de 1989. Todos estos instrumentos crean órganos de control y obligan al Estado parte a presentar informes periódicos sobre el cumplimiento de las disposiciones de los tratados a sus Comités respectivos.

⁷ Las Universidades Nacional y Católica hasta entonces no tenían en su currícula la materia de Derechos Humanos; sólo se estudiaba en la cátedra de Derecho Internacional Público, como una lección entre veintinueve, la protección internacional de los derechos humanos. Ni estudiantes, ni abogados, ni magistrados ni legisladores estaban familiarizados con los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos. Aunque en menor grado, de alguna manera, hasta hoy persiste esta falencia.

⁸ Fueron luego de 1992 ratificados, entre otros, en el marco de las Naciones Unidas: el Convenio de la OIT No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, como Ley No. 234/93; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1951, ratificada por Ley No. 1748/01; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, ratificado por Ley No. 1663/01, y en el marco de la OEA, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", ratificada como Ley N° 605/95, además del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

La protección del derecho a la vida en la abolición de la pena de muerte es ya una aplicación a lo establecido en el Art. 4º de la Convención Americana⁹, que establece un mandato abolicionista, como el de su Protocolo relativo a la abolición de la Pena de Muerte, ver *supra*. Así también, las mismas garantías judiciales del derecho al debido proceso protegidas en el Art. 8 de la misma Convención se ven reflejadas en el Art. 17 de la Constitución¹⁰.

Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", por Ley N° 1040/97 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Ley N° 933/96. El Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte fue ratificado por Ley No. 1557/00.

⁹ **Artículo 4. Derecho a la vida.** 1. Toda persona tiene derechos a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los países que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

¹⁰ **Artículo 17 - De los derechos procesales**

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

1. que sea presumida su inocencia;
2. que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos;
3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales;
4. que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sen-

El Art. 5 de la Constitución¹¹ consagra el derecho a la integridad física y síquica o la prohibición de la tortura en los términos de la Convención contra la Tortura y Otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la imprescriptibilidad de la misma y de otros crímenes de lesa humanidad. La firmeza de esta disposición constitucional fue congratulada en el Informe de conclusiones y recomendaciones para Paraguay del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en su sesión No. 161 de noviembre de 1993 en el examen del informe inicial del Paraguay, en su carácter de organismo que supervisa el cumplimiento de las disposiciones de la Convención contra la Tortura de la ONU por los Estados parte.

-
- tencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal;
5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;
 6. que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo;
 7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;
 8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;
 9. que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas;
 10. el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a
 11. la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.

¹¹ Artículo 5 - De la tortura y de otros delitos

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos cruells, inhumanos o degradantes.

El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles.

Por otra parte, también la Constitución consagra el derecho a la Indemnización¹² por daños y perjuicios sufridos por parte del Estado de manera amplia, encuadrándose en el texto del Art. 14 de la Convención contra la Tortura¹³. Si bien se instituyó la figura del Defensor del Pueblo en el Art. 276 de la Constitución¹⁴ para hacer efectivos los reclamos, entre otros, de las víctimas de tortura, en especial de la dictadura stronista, siendo esto reglamentado por la Ley 838/96 "de Indemnización a las víctimas de la dictadura de 1954 a 1989", no se incluye este derecho en el capítulo correspondiente a avances positivos logrados a partir de la constitución, ya que aunque existe la normativa desde hace varios años, no se ha vuelto efectiva en la práctica por diversos retardos causados por falta de voluntad política.

El reconocimiento amplio de la libertad de expresión y de prensa en los términos constitucionales del Artículo 26 ha tenido una importancia especial para la transición y ha permitido un permanente control al poder público¹⁵. La Corte Interamericana de Derechos

¹² **Artículo 39 - Del derecho a la indemnización justa y adecuada**

Toda persona tienen derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado. La ley reglamentará este derecho.

¹³ Artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU: "1. Todo Estado parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a leyes nacionales".

¹⁴ **Artículo 276 - Del defensor del pueblo**

El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la profesión de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva.

¹⁵ **Artículo 26 - De la libertad de expresión y de prensa**

Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que

Humanos reafirma la relación entre la libertad de expresión y la democracia: “Esta libertad constituye un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. Se puede decir que una sociedad que no está bien informada no es enteramente libre”¹⁶.

Si bien el artículo 26 de la Constitución establece una amplia e irrestricta protección a la libertad de expresión, la primera parte del artículo 28 impone un requisito respecto al derecho a la información que limita la libertad de expresión¹⁷, y se contrapone a los instrumentos que ha ratificado el Paraguay en la materia, según lo analiza el informe sobre Paraguay del Relator de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2001. Los calificativos constitucionales dados a la información: “veraz, responsable y ecuánime” son contrarios al artículo 13 de la Convención Americana que establece explícitamente que la libertad de expresión e información no debe tener ningún condicionamiento previo¹⁸. Tanto el artículo 13 de la Convención, como la Declaración de Principios

las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa.

Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párr. 70.

¹⁷ **Artículo 28 - Del derecho a informarse**

Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime.

Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.

Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios.

¹⁸ Tercer Informe sobre la situación de Derechos Humanos del Paraguay, Capítulo VI, El Derecho a la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington, D.C., marzo 2001.

sobre Libertad de Expresión, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se refieren a la libertad de expresión, información y opinión. El derecho protegido en todas ellas es el acceso a toda información, no sólo a aquella que pueda ser considerada como veraz, responsable o ecuánime¹⁹. La razón de esto no es eliminar la necesidad de la veracidad, la responsabilidad y la imparcialidad en la información, sino poder evitar que se ejerza toda forma de control de una censura previa desde el poder público, ya que los funcionarios públicos deben estar sometidos a permanente fiscalización pública y tienen un nivel de protección menor frente a la libertad de expresión que las personas privadas.

La Corte Interamericana se ha referido a este tema en la Opinión Consultiva OC-5/85 sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas:

“Las dos dimensiones mencionadas (individual y colectiva) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censo”²⁰.

¹⁹ En especial, el Art. 13 de la Convención Americana: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...” y el Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...”

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5 párr. 33.

Aún así, se establecen restricciones legítimas también en los instrumentos internacionales a este derecho, cuyo ejercicio está sujeto a responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente fijadas por ley para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

También en cuanto al derecho de participación política se generaron avances jurídicos, especialmente en cuanto a mecanismos de democracia directa, tales como el referéndum, la iniciativa popular, la defensa de los intereses difusos. Aunque una limitación a este derecho, en contradicción a los tratados internacionales que protegen ampliamente el derecho a la participación política (Arts. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹), sigue siendo la negación de voto a paraguayos residentes en el exterior. Asimismo es una violación al derecho de la personalidad jurídica (Art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas), ya que le niega la calidad de sujeto de derechos y obligaciones al paraguayo que reside en el exterior.

En sus comentarios de cómo deben interpretarse los artículos de este Pacto, el Comité que ha sido creado por el mismo, ha dicho que los motivos para privar el derecho de participación política a las personas se deben dar en base a criterios objetivos y razonables. Por esto mismo, las personas que de otro modo reúnan las condiciones exigidas para votar en elecciones no deberán ser excluidas mediante la imposición de requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio,

²¹ Art. 25 PIDCyP: "Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 (sin discriminaciones), y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país."

como el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política²².

La protección del derecho a la igualdad de género se ha traducido en conquistas concretas acordes a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Se consagra la igualdad civil, política, social, económica y cultural, sin limitaciones por razón de sexo, y se consagra el principio de no discriminación en los artículos 46 y 48 de la constitución²³.

Además, se obliga al Estado paraguayo a generar igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, eliminando obstáculos y creando mecanismos apropiados para ello, y aclara que "*las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios*". De esta manera se abre el camino para las políticas y medidas de acción afirmativa, tales como las cuotas de participación política y otras, que se aplican no sólo en razón del género sino también en base a otras discriminaciones.

²² Ver Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación General 25 (57), párrafo 15, pág.270, Editado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 1998.

²³ **Artículo 46 - De la igualdad de las personas**

Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.

Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

Artículo 48 - De la igualdad de derechos del hombre y de la mujer

El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.

En su parte dogmática, la Constitución incorpora en su Artículo 54 los derechos del niño frente a la familia, la sociedad y el Estado, otorgando garantías para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, y consagrando el principio del interés superior del niño: "...*Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.*" De esta manera, se aplicó la Convención sobre Derechos del Niño ya vigente por Ley 57/90, que establecía según su Art. 3º la doctrina del interés superior del niño como consideración primordial²⁴, y desechaba la doctrina de la situación irregular del menor, que era la que aplicaba el anterior Código del Menor. Recién en el año 2001 éste fue reemplazado por un Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1680/01) acorde a las disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño y a la misma Constitución.

4. LA JERARQUÍA DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA

Aunque la disposición del artículo 137 de la Constitución fija el orden de prelación, no puede ser ésta interpretada sin tener en cuenta las disposiciones de los artículos 142, 143, 145 y aún del artículo 45, para poder apreciar la verdadera ubicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico.

La jerarquía de las leyes del artículo 137 de la Constitución señala 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*".

En este orden resulta claro que los tratados se encuentran en un plano supralegal, por lo cual las normas inferiores a los tratados

²⁴ Artículo 3º: "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño."

deberán adecuarse a ellos. Su ubicación por encima de las leyes nacionales implica también que cuando un tratado, aprobado por ley, contradice una ley nacional anterior, la deroga, incluso si no lo prevé expresamente. Cuando es una nueva ley la que contradice un tratado anterior, el Estado está infringiendo el derecho internacional. Los tribunales deben subsanar el asunto aplicando el tratado por encima de la nueva ley²⁵.

El verdadero problema se plantea cuando la Constitución se encuentra en contradicción a un tratado ya ratificado, como se ha visto en algunos ejemplos arriba presentados. Independientemente de que se pueda tratar esto en una reforma total de la Constitución, es ya materia de informes y recomendaciones generales de los órganos que monitorean el cumplimiento de los tratados que ha suscrito el Paraguay, y podría darse incluso el caso de que el Estado sea requerido a cambiar su legislación interna también en un caso específico para adecuarse a la normativa internacional que ya ha ratificado.

Este supuesto ya ha ocurrido repetidas veces con otros países americanos que tienen la misma jerarquía constitucional establecida para los tratados internacionales, y si aún no se ha presentado el tema con visibilidad en nuestro país, es debido a que son relativamente recientes y escasos los casos individuales presentados y litigados ante los organismos internacionales, y los informes y recomendaciones generales de estos organismos son poco conocidos. A pesar del tiempo transcurrido y la gran cantidad de comités disponibles desde la ratificación de los tratados que permiten su competencia para recibir peticiones individuales, sólo se utiliza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA para presentar casos individuales, y éstos casos, o no han llegado a un estado de recomendaciones finales, o no se han peticionado por derechos necesarios de modificación en la constitución.

Como se indicaba, es importante interpretar el artículo 137 con otros artículos para establecer la verdadera dimensión de los tra-

²⁵ Soledad Villagra de Biedermann, *Implementación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos del Paraguay*.

tados de derechos humanos. Estos están en un plano superior que otros tratados, al equipararlos la constitución en su artículo 142 en cuanto a su estabilidad a ella misma, ya que éstos "no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución".²⁶

Es fundamental analizar aquí tanto el artículo 143 que dice "la República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a (...) la protección internacional de los derechos humanos" como el artículo 145, que establece que el Paraguay "admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos".

Este reconocimiento del derecho internacional y sobretodo de un orden jurídico supranacional supone la preexistencia de un sistema de protección internacional de derechos humanos anterior a la misma Constitución, que como hemos visto, puede a veces contraponerse con sus contenidos. Aunque el orden de prelación indica un nivel infraconstitucional a los tratados de derechos humanos, en el derecho internacional que se acepta y se reconoce, sobretodo en cuanto a derechos humanos, es clara la necesidad de no infringirlo, so pena de los Estados de incurrir en responsabilidad internacional en su incumplimiento.

La Convención de Viena de los Tratados, llamada el "tratado de los tratados" por la interpretación que da a las normas del derecho internacional, fue ratificada universalmente, incluido nuestro país, y establece en su artículo 27 que "un Estado parte en un tratado no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado". En el derecho internacional por tanto, existe un principio básico de prelación sobre el derecho interno, y es incoherente que el Estado que da recepción al derecho interna-

²⁶ Es decir, el procedimiento del artículo 290, que exige además de mayorías absolutas de las cámaras del Congreso, la convocatoria a referéndum.

cional en su ordenamiento interno lo coloque por debajo de la constitución, y no por encima —o, al menos, al mismo nivel.²⁷

De cualquier manera, aún estableciéndose una determinada jerarquía al interior de la constitución, en virtud del principio del *Pacta Sunt Servanda*, de que los pactos deben ser cumplidos de buena fe, la obligación de los Estados al ratificar un tratado es la de adecuar su normativa interna de manera a posibilitar su cumplimiento, por lo cual no debería ratificar tratados que no esté en condiciones de cumplir, o si ya los ha ratificado, no hay otra salida que modificar la legislación interna, incluida la constitución, para no incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado.

Por otra parte, y paralelamente a esta jerarquización de normas, existe un principio que permea todo este orden en materia de interpretación de las normas de derechos humanos: el principio *pro homine*. En virtud del mismo se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria²⁸.

De esta manera, los instrumentos internacionales establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar sus derechos en mayor medida que la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional

²⁷Germán J., Bidart Campos, "El Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional", *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Varios Autores, p. 83.

²⁸Mónica Pinto, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Op. Cit. p. 163.

o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos²⁹.

En el mismo sentido se encuentra el artículo 45 de nuestra Constitución, que establece que *"la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución no debe entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar o menoscabar algún derecho o garantía"*. Más adelante se verá de manera real, como esta falta de reglamentación no impide en manera alguna el ejercicio de los derechos reconocidos tanto en la constitución como en los tratados internacionales.

5. LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ESTADO PARAGUAYO AL RATIFICAR INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS

A pesar de las diferencias que puedan existir entre los diferentes tratados de derechos humanos en cuanto a los derechos abarcados, las obligaciones básicas de los Estados al ratificarlos son tres: el respeto de los derechos protegidos, garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos goce de los derechos humanos.

Los Estados partes se comprometen en los tratados de derechos humanos a respetar los derechos y libertades reconocidos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona humana, sin dis-

²⁹ Arts. 29 de la Convención Americana, 5 del PID C y P, 5 del PIDES y C, 1.1 de la Convención contra la Tortura de la ONU, 41 de la Convención sobre Derechos del Niño

criminales.³⁰ Esto implica un sistema diseñado para que los derechos humanos se ejerzan frente al poder público, ya que los sujetos responsables de garantizar los derechos humanos son los Estados, y por tanto, los únicos con posibilidad de violarlos. Ahora bien, los Estados pueden ser responsables por acción u omisión; inmediata cuando sus órganos o agentes violan los derechos de la persona humana, o mediata cuando en presencia de atentados a los derechos y libertades de la persona humana por acción u omisión de particulares, faltan a la debida diligencia para prevenir la violación.

El concepto de no discriminación, por otra parte, se establece en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra posición social. La obligación del Estado no implica sólo un trato igual ante la ley, sino la introducción de políticas tendientes a efectivizar la no discriminación en el goce de los derechos.

La obligación de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos "implica el deber para los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado, y en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"³¹.

La recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos implica que las violaciones al mismo conlleven

³⁰ Artículo 1.1 Convención Americana, Artículo 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párrafo 166.

paralelamente la inconstitucionalidad o ilegalidad de tal violación y la responsabilidad internacional del Estado. Esto adquiere particular importancia en el caso de tratados que crean mecanismos de supervisión y control. Todos estos procedimientos suelen exigir como requisito previo a su puesta en funcionamiento, el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. De modo que, prácticamente en todos los casos de denuncias internacionales por violación a los derechos humanos, estará implicado algún tribunal nacional que ha fallado en la obligación de garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos³².

La actuación de organismos de control tiene lugar cuando el propio Estado omite dar cumplimiento a su deber de garantía, es decir, no previene, investiga o sanciona las violaciones de derechos humanos que tienen lugar dentro de su propia jurisdicción. Es muy común en Paraguay que cuando un proceso judicial se retrasa, se imponga la responsabilidad de su impulso en los abogados de la causa, cuando en el caso de violaciones de derechos humanos esta obligación de investigar y juzgar está en el Estado, a través de sus organismos, es decir, en manos del fiscal y del juez.

Si el ejercicio de los derechos y libertades no estuviera ya garantizado, los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivas tales derechos y libertades³³.

Al aprobar tratados de derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal no en relación a otros Estados, sino principalmente hacia los individuos bajo su jurisdicción. En este sentido, la obligación de adoptar las medidas internas para hacer efectivos los

³² Dulitzky, Ariel, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*.

³³ Art. 2 Convención Americana, Art. 2.2 PIDCyP, Art. 2.1 y 4 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, Art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer, Art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, y Art. 5 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

derechos exige que los Estados realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutarlos. Al derecho internacional le es indiferente que esta obligación se cumpla por vía administrativa, judicial o legislativa, de la misma manera que no es excusa la división de poderes dentro del Estado como causal de incumplimiento de las obligaciones internacionales. Se deja al arbitrio del Estado la forma en que las disposiciones de los tratados se apliquen en el territorio nacional, siempre que éstas sean cumplidas.

También se compromete el Paraguay en sus instrumentos internacionales, dentro de estas garantías y la adopción de medidas, a dar un recurso efectivo a quienes han sido lesionados en sus derechos o libertades fundamentales, y a desarrollar las posibilidades de los recursos, así como a cumplir las decisiones en que se haya estimado procedente el recurso³⁴. Este remedio judicial debe ser idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos, y el Estado debe proveer lo necesario para remediar la situación, lo que constituye la obligación de reparar e indemnizar³⁵.

6. DERECHOS RECONOCIDOS E INSTITUCIONES CREADAS EN LA CONSTITUCIÓN QUE HAN DEVENIDO EN AVANCES POSITIVOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Constitución de 1992 introdujo el reconocimiento de numerosos derechos e instituciones para mejorar la vigencia de los derechos humanos, aunque en muchas ocasiones éstos no han sido convenientemente desarrollados o su ejercicio no ha producido cambios perceptibles. En otros casos, sin embargo, su mero reconocimiento ha supuesto un inmediato trabajo de presión e impulso social y un consiguiente desenvolvimiento que se ha traducido en cambios concretos en las condiciones de vida de las personas.

³⁴ Art. 25 Convención Americana, Art. 2.3 PID C y P.

³⁵ Art 10 Convención Americana, . 9.5 del PIDCy P, Art. 14 Convención contra la Tortura y Otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Hemos querido en este trabajo, a manera de conclusión, poner ejemplos prácticos y cuantificables de lo que significaron algunos avances normativos de la constitución a diez años de su vigencia, y sobretodo, ejemplos de lo que no puede ser restringido ni modificado en el futuro sino para ser mejorado. Con tal intención, se han elegido, de manera declarativa, los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas, el derecho a la objeción de conciencia y la garantía del habeas data.

7. DEL DERECHO A LA PROPIEDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el capítulo V de la Constitución se encuentran regulados los derechos de los pueblos indígenas. Ya es una conquista el sólo hecho de denominarlos pueblos indígenas³⁶. El reconocimiento del Art. 62 de Los Pueblos Indígenas y Grupos Étnicos: “*Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo*” ha servido de inspiración incluso a otras constituciones posteriores (Argentina 1994, Bolivia 1994).

El art. 63 regula la identidad étnica de estos pueblos y el Art. 64 la propiedad comunitaria y el derecho de que el Estado les provea gratuitamente de las tierras³⁷. Este reconocimiento, en consonancia

³⁶ Este término “Pueblos” es aún resistido por ex países colonialistas y esclavistas al suponer éste una amenaza por el posible ejercicio del derecho de libre autodeterminación, como se ha demostrado en el transcurso de la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia, en Durban Sudáfrica, 2001.

³⁷ **Artículo 63 - De la identidad étnica**

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución.

con la Ley del Estatuto de las comunidades indígenas 904/81, la Ley 43/89 para medidas cautelares y el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por Ley paraguaya No. 234/93, ha derivado en un trabajo conjunto de instituciones, organizaciones y comunidades que posibilitaron en esta década, la compra por parte del Estado de tierras a varias comunidades desposeídas.

La acción se tradujo en la restitución, entre otras, de unas 72.027 Hectáreas a los pueblos enxet. Entre las comunidades beneficiadas en el Chaco paraguayo se encuentran Cora'i, con 14.000 Has., del pueblo angaité, Buena Vista y Aurora, con 25.000 Has. del pueblo enxet, Laguna Pato (Lamenxay) y Santa Juanita (Kaleyphapoyet) con 21.884 Has., también de los enxet. Este último caso, gestionado primeramente desde la vía administrativa y judicial, fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como caso No.11.713 por los líderes de las comunidades, Tierra Viva y Cejil, por incumplimiento del artículo 25 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, de protección judicial de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Las comunidades enxet de Laguna Pato y Santa Juanita consiguieron finalmente que el Estado les comprara estas 21.884 hectáreas de sus tierras ancestrales (Chaco paraguayo) para poder afincarse en ellas, dentro de un proceso de solución amistosa con la mediación

En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Artículo 64 - De la propiedad comunitaria

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acuerdo, firmado en Washington y en Asunción, así como presentado en el Chaco, en la misma comunidad, fue calificado por el representante de la CIDH como un “hito histórico y un preciado antecedente” para los pueblos indígenas de América³⁸.

También se ha iniciado un proceso de restitución de unas 120.000 Has. a los pueblos ayoreo totobiegosode, de las cuales un 80% de la titulación ha sido por cuenta del Instituto Nacional del Indígena. Estas tierras son parte de lo reivindicado por los grupos de asistencia a esta etnia (G.A.T.)³⁹, que reclaman unas 550.000 Has., de las cuales 250.000 serían áreas de reservas ecológicas con usufructo indígena. Mientras el Instituto Nacional del Indígena tuvo presupuesto, se pudo gestionar la compra de tierras que ha permitido, además de los nombrados, a otros pueblos la recuperación legal de su hábitat (los guaraní, los ayoreo), aunque se han malversado y dilapidado en el INDI una gran cantidad de estos recursos, minando esta corrupción la voluntad política de destinar fondos y estructura a la institución, con el consiguiente perjuicio a las comunidades destinatarias.

De todas formas, al existir en la legislación nacional e internacional un respaldo importante a este derecho de propiedad de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, en un momento en que la reforma del Estado busca un achicamiento del Estado, no es posible hacerlo a costa de los derechos de estos pueblos, que constituyen la población más numerosa del Chaco –un 60% fuera de las ciudades más pobladas-, a la vez que la dueña de sólo una ínfima parte, aproximadamente un 3%, de su territorio. Cualquier modificación constitucional que vaya en contra de estos derechos establecería un serio retroceso y una grave injusticia con las poblaciones más desposeídas del país.

³⁸ Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999, Soluciones Amistosas, Caso 11.713 Paraguay, www.cidh.org

³⁹ Grupo de Apoyo a los Totobiegosode. La información de las comunidades beneficiadas fue proveída por Rodrigo Villagra, de la organización Tierra Viva a los pueblos Indígenas del Chaco.

8. EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia aparece en el derecho positivo como un instituto jurídico contemporáneo, íntimamente unido al concepto de derecho democrático, que tiene su justificación en la dignidad de las personas y en los derechos humanos como fundamentos del orden político y de la paz social. Aparece como un derecho fundamental autónomo, derivado de la libertad ideológica o de conciencia, entendida como la libertad de adecuar, incluso en la esfera política y jurídica, los comportamientos de los ciudadanos a sus imperativos éticos⁴⁰.

En el derecho internacional de los derechos humanos es un derecho ampliamente reconocido. Aunque tanto el Art. 12 de la Convención Americana como el Art. 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que hablan de la libertad de conciencia, creencias y religión no lo mencionan bajo este nombre, el derecho está inserto en todas sus implicaciones al establecerse que nadie será objeto de medidas restrictivas que pudieran menoscabar sus creencias, así como la libertad de manifestarlas en todas sus formas.

El Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, organismo de Naciones Unidas encargado de la interpretación y el control de implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en sus comentarios al Art. 18 del Pacto: "El derecho a la objeción de conciencia del servicio militar obligatorio deriva del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias. Cuando este derecho se reconozca en la práctica, no habrá diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus creencias particulares; del mismo modo, no habrá dis-

⁴⁰ Juan Carlos Rois, Valiente; Hugo y Yuste, Juan Carlos, "La Objeción de Conciencia al Servicio Militar. Régimen Constitucional", p. 56.

criminación contra los objetores de conciencia porque no hayan realizado el servicio militar”⁴¹.

Una definición de la Objeción de conciencia sería: “Una forma admisible (constitucionalmente) de disidencia con la institución militar, por motivos de conciencia, cuyo contenido consiste en la admisión jurídica de la facultad de construir una defensa de la sociedad y de los valores democráticos desde una alternativa antimilitarista plena o parcial (Objeción de conciencia absoluta, plena o selectiva) y como derecho subjetivo a abstenerse de colaborar con las obligaciones militares, cualesquiera que sea su naturaleza, que se concede a los y las resistentes a la guerra en los estados democráticos, en virtud de la especial prevalencia y protección que dichos estados ofrecen a los derechos humanos, las libertades públicas, y la dignidad de toda persona, prevalentes sobre las obligaciones jurídicas estatales”⁴². Esta definición incluye una objeción plena, que se caracterizaría por la desobediencia civil, es decir, la oposición al servicio civil alternativo del servicio militar obligatorio por considerarlo restrictivo de la libertad de creencias, de la libre elección del trabajo y derivado de una obligación que no debería existir.

En la Convención Nacional Constituyente, dos grupos trabajaron la objeción de conciencia. Por un lado las Iglesias Cristianas (incluida la Católica), unidas para promover ciertos aspectos de preocupación común, entre ellos, explícitamente, el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Y por otro lado, el Servicio Paz y Justicia Paraguay (Serpaj Py), organización de derechos humanos que siguió trabajando el tema, que ya había sido debatido en una coordinadora de organizaciones juveniles (Coordinadora No al Servicio Militar Obligatorio)⁴³. En ese momento el 93% de la población no

⁴¹ Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comentarios al Art. 18, Observación General 22(48), p. 251.

⁴² Juan Carlos Rois, Hugo Valiente y Juan Carlos Yuste, *Op. Cit.*, p. 54.

⁴³ La información histórica en este tema fue proveída por el Movimiento de Objeción de Conciencia y por, entre otros, el artículo sobre “*El Servicio Militar Obligatorio en Paraguay: entre la contestación social y la inercia de*

sabía lo que era la objeción de conciencia, mientras sólo el 7% opinaba que el servicio militar obligatorio no debería existir⁴⁴. La conciencia militarista era dominante en la población.

Finalmente, la Constituyente aprobó los artículos 37 y 129⁴⁵, párrafo 5° de la Constitución, que fijan este derecho: Art. 37 Del derecho a la objeción de conciencia: *“Se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley la admitan”* y Art. 129 Del servicio militar párr. 5: *“Quienes declaren su objeción de conciencia prestarán servicios en beneficio de la población civil, a través de centros asistenciales designados por ley y bajo jurisdicción civil. La reglamentación y el ejercicio de este derecho no deberán tener carácter punitivo ni impondrán gravámenes superiores que los establecidos para el servicio militar.”*

Tras la inclusión del texto constitucional, se empezó a gestar un movimiento importante desde las mismas organizaciones propuloras del texto, especialmente por Serpaj, con la convicción de que un derecho que no se ejerce no existe, y con una fuerte fundamentación doctrinaria, que permitió que se presentaran mediante acciones judiciales los cinco primeros objetores de conciencia el 30 de setiembre de 1993. Estos cinco casos fueron reconocidos por resoluciones judiciales en primera instancia que reconocían el derecho a la objeción de conciencia y la no necesidad de su implementación. Esta presentación logró aumentar la difusión de la Objeción de Conciencia, y ya en una encuesta realizada a finales de diciembre de 1993⁴⁶, el 11,2% de los jóvenes habían escuchado hablar y sabían en que consistía este derecho.

las instituciones del Estado autoritario” presentado por Carolina Thiede, vocera nacional del Movimiento de Objeción de Conciencia – Paraguay (MOC-Py), durante el “1° Intercambio Regional de Objetores/as de Conciencia” Diakonia – Serpaj-Py, Septiembre 2001.

⁴⁴ Encuesta del Diario Hoy. Pág. 26. 24-5-1992.

⁴⁵ Promovido por el Serpaj con la bancada joven del Partido colorado.

⁴⁶ Carlos Martini, Encuesta Juventud y Fuerzas Armadas.

Aunque han existido varias propuestas de ley de reglamentación de la objeción de conciencia, se apunta siempre a una militarización del joven. Organizaciones como el MOC reivindican el voluntariado y denuncian la condición de trabajo forzado de cualquier servicio prestado obligatoriamente, sea éste civil o militar, porque desnaturalizan la misma esencia del voluntariado y valores asociados como la solidaridad, igualdad y justicia que se pretenden promover.

Esta posición viene reforzada por la opinión mayoritaria de los jóvenes a nivel nacional que en un 46,4% no está de acuerdo con ningún servicio obligatorio, sea este militar o civil⁴⁸. El necesario avance en este derecho sería, por tanto, la enmienda constitucional para la supresión del servicio militar, lo que por otra, parte, vendría a regularizar una situación de hecho.

9. LA GARANTÍA DEL HABEAS DATA

Las garantías constitucionales han sido mucho mejor desarrolladas en esta Constitución, en su capítulo XII, que en la anterior. Tanto el habeas corpus, en sus tres modalidades: preventivo, reparador y genérico, como el amparo, el habeas data y el control de constitucionalidad, han sido instituciones que han contribuido a una mejor protección interna de los derechos humanos. De éstas, se trata en especial del habeas data, novedosa institución introducida en el 92, que ha tenido una utilización formidable para la defensa de los derechos humanos, en especial para la lucha contra la impunidad de las violaciones de la dictadura, luego de varios hechos acaecidos en esta década.

La acción de habeas data es concebida como aquella que establece el derecho de toda persona a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en caso de que

tro Civil, Servicio de Reclutamiento y Movilización de las FFAA, y las entidades no gubernamentales AFAVISEM (Asociación de Familiares de Víctimas del Servicio Militar Obligatorio), Cejil y Serpaj.

⁴⁸ Carlos Martín, Encuesta Juventud y Fuerzas Armadas.

fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla. (Principios sobre libertad de expresión de Chapultepec).

La Constitución establece esta acción en su artículo 135: *“ Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueren erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos ”.*

Asimismo, el artículo 136 establece la competencia y responsabilidad de magistrados en las garantías constitucionales: *“ Ningún magistrado judicial que tenga competencia podrá negarse a entender en las acciones o recursos previstos en los artículos anteriores; si lo hiciese injustificadamente, será enjuiciado y, en su caso, removido. En las decisiones que dicte, el magistrado judicial deberá pronunciarse también sobre las responsabilidades en que hubieran incurrido las autoridades por obra del proceder ilegítimo y, de mediar circunstancias que prima facie evidencien la perpetración de delitos, ordenará la detención o suspensión de los responsables, así como toda medida cautelar que sea procedente para la mayor efectividad de dichas responsabilidades. Asimismo, si tuviese competencia, instruirá sumario pertinente y dará intervención al Ministerio Público; si no la tuviese, pasará los antecedentes al magistrado competente para su persecución ”.*

El procedimiento para ejercer esta acción es el ordinario, según el Código de Procedimientos Civiles. Asimismo, la acción de habeas data se encuentra exonerada del pago de tasas judiciales. Se reciben los pedidos de habeas data actualmente en Asunción a través de la Mesa de Entrada de Garantías Constitucionales, oficina de naturaleza administrativa creada por la Acordada No. 83/98 de la Corte Suprema de Justicia para el sorteo informático y distribución de expedientes de garantías constitucionales para la Capital, procedimiento que se está extendiendo a otras circunscripciones judiciales.

De octubre de 1998 a enero de 2002, se habían presentado ante esta Mesa 1651 peticiones de habeas data, siendo éstas las garantías más utilizadas y constituyendo el porcentaje mayor (del 50 al 83 %) de utilización del total de todas las garantías presentadas a esta mesa (que incluyen habeas corpus y amparo)⁴⁹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de su Relator para la Libertad de Expresión, ha señalado en su informe de marzo de 2001 sobre el habeas data: "La Relatoría desea enfatizar el avance que el establecimiento de esta acción representa para la sociedad paraguaya y asimismo destacar que Paraguay es uno de los pocos países del hemisferio que cuenta con una acabada legislación referente a la acción de habeas data"⁵⁰.

En diciembre de 1993 se produjo un hallazgo que contribuyó a la utilización de los habeas data en contra de la impunidad por las violaciones de los derechos humanos de la dictadura y a impulsar los lentos procesos ante la justicia contra los ex torturadores del régimen. Se encontraron los llamados "Archivos del Horror"⁵¹, conteniendo toda la documentación relativa a la oficina del Dirección de Política del Departamento de Policía de la Capital, donde se guardaban varias décadas de informaciones oficiales sobre la represión de la dictadura. Posteriormente se sumaron los Archivos de la Dirección Técnica de la Policía y recientemente otros más⁵².

⁴⁹ Datos proveídos por la Jefa de la Mesa de Entrada de Garantías Constitucionales, Ma. Verónica Sienrra de Benítez.

⁵⁰ Tercer Informe sobre la situación de Derechos Humanos del Paraguay, Capítulo VI, El Derecho a la Libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington, marzo 2001.

⁵¹ El nombre oficial del Archivo es "Centro de Documentación y Archivo para la Defensa de los Derechos Humanos" y depende administrativamente del Poder Judicial.

⁵² Ultimamente, la recién nombrada Defensoría del Pueblo ha encontrado en dependencias policiales 200 libros del Centro de Documentología de la Policía, 600 carpetas y panfletos en las Comisarias 3ª, 6ª y 11 y otros papeles, en lo que se adjuntará como Anexo I del Centro de Documentación y Archivo del Poder Judicial.

Aunque ya algunos ejecutores materiales de la represión estaban presos, este archivo y su utilización por medio de los habeas data sirvió para abrir otros procesos, para llegar a algunas condenas y para contribuir a paralizar definitivamente todo intento de ley de punto final que pudiera existir para lograr impunidad de los involucrados en violaciones graves de la época de la dictadura.

Las condenas que han quedado firmes han sido de veinticinco años, las primeras en el cono sur a represores de la época de las dictaduras, responsables locales del Operativo Cóndor.

Según datos del Comité de Iglesias se han presentado aproximadamente más de 1000 peticiones relativas a la acción de habeas data por víctimas o familiares de víctimas de la dictadura, sin que ninguna haya sido rechazada. Aunque la mesa de entrada de garantías constitucionales recibe igualmente habeas data, los tramitados por la Defensoría del Pueblo por las víctimas de la dictadura van directamente al Centro de Documentación y Archivo⁵³. Según datos del Centro de Documentación y Archivo⁵⁴ se han recibido un total de 1210 habeas data desde el año 1993 hasta el año 2002.

⁵³ En el Centro de Documentación y Archivo existen peticiones de habeas data por oficios judiciales, los tramitados por la Comisión de Derechos Humanos del Senado, particulares, listas de personas presentadas por organizaciones como el Comité de Iglesias, Cejil, y recientemente de manera más numerosa, por la Defensoría del Pueblo.

⁵⁴ La información actualizada sobre estos datos y los nuevos archivos fue proporcionada por Rosa Palau, co-directora del Centro de Documentación y Archivo del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CORAO, Carlos M., "La Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos", pág. 138, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "El Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional", *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Varios Autores, pág. 83, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- BUERGENTHAL, Thomas, GROSSMAN Claudio, NIKKEN Pedro, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.
- BUERGENTHAL, Thomas, *Internacional Human Rights in a Nut Shell*, St. Paul, Minesotta, West Publishing Co., 1995.
- BRETT Rachel, MCCALLIN, Margaret, *Children the Invisible Soldiers*, Rädä Barnen, Sweden, 1998.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párrafo 166.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5 párr. 33.
- Derechos de los Pueblos Indígenas, Cooperación pública Vasca, Ayudas al Tercer Mundo, Gobierno Vasco, Secretaría de Asuntos Exteriores, Vitoria-Gasteiz, 1998.
- Derechos Humanos en Paraguay, 1996, Informe interinstitucional no gubernamental, Edición Serpaj, Asunción 1996, en internet www.derechos.org/nizkor/paraguay.
- Derechos Humanos en Paraguay 1997, Organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, Asunción 1997, en internet www.derechos.org/nizkor/paraguay.
- Derechos Humanos en Paraguay 1998, 21 organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, apoyo de Organización Intereclesiástica para Cooperación para el Desarrollo (ICCO) y Diakonía, Asunción 1998.

Derechos Humanos en Paraguay 1999, auspicio de ICCO de Diakonía, Edición Codehupy, Asunción 1999.

Derechos Humanos en Paraguay 2000, auspicio de ICCO y Diakonía, Edición Codehupy, Asunción 2000.

Derechos Humanos en Paraguay 2001, auspicio de ICCO y Diakonía, Edición Codehupy, Asunción 2001.

DULITZKY, Ariel, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado, Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos por los Tribunales y Cortes Nacionales*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998

MÉNDEZ Juan, COX, Francisco, editores, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

Encuesta del Diario Hoy, 1992.

Encuesta Juventud y Fuerzas Armadas, Carlos Martín, CIPAE-GCS-SERPAJ PY, 1994.

Información de Mesa de Entrada de Garantías Constitucionales.

Información del Centro de Documentación y Archivo del Poder Judicial.

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999, Soluciones Amistosas, Caso 11.713 Paraguay, www.cidh.org.

Informes de Visitas Interinstitucionales a los cuarteles del Paraguay, abril, julio, agosto 2001 y enero 2002, Actas de la Comisión de Derechos Humanos, Cámara de Senadores.

Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos, edición Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con apoyo de la Comisión de la Unión Europea, San José, Costa Rica, 1999.

Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Editado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 1998.

NIKKEN, Pedro, editor general, *Agenda para la Consolidación de la democracia en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), San José, Costa Rica, Friedrich Naumann-Stiftung, 1990.

PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

ROIS, Juan Carlos, VALIENTE, Hugo y YUSTE, Juan Carlos, *La Objeción de Conciencia al Servicio Militar*, Régimen Constitucional, Ediciones Serpaj Paraguay, 1996.

STEINER, Henry J., ALSTON Philip, *Internacional Human Rights in Context, Law, Politics and Morals*, Oxford University Press Inc. New York, 2000.

Tercer Informe sobre la situación de Derechos Humanos del Paraguay, Capítulo VI, El Derecho a la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington, D.C., marzo 2001.

THIEDE, Carolina, “El Servicio Militar Obligatorio en Paraguay: entre la contestación social y la inercia de las instituciones del Estado autoritario”, (MOC-Py), *1er. Intercambio Regional de Objetores/as de Conciencia*, Diakonía – Serpaj-Py, Septiembre 2001.

VILLAGRA DE BIEDERMANN, Soledad, *Implementación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos del Paraguay y, Derechos Humanos en Paraguay*, 1996, Edición Serpaj-Py.

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES AL PODER TRIBUTARIO

Sindulfo Blanco

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA 3. PROHIBICIÓN DE LOS IMPUESTOS CONFIS-CATORIOS. 4. LA PRESIÓN FISCAL TOTAL COMO POSIBLE FUNDAMENTO DE LESIVIDAD CONSTITUCIONAL. 5. IGUALDAD ANTE LA CARGA PÚBLICA. 6. ANTERIORIDAD E IRRECTROACTIVIDAD DE LA NORMA (EFICACIA DE LA LEY EN EL TIEMPO). 6. LOS ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA COMO CONDICIÓN ESENCIAL DE VALIDEZ DE LA NORMA FISCAL. 7. LIBERTAD DE PRENSA Y TRIBUTOS. 8. INDISPONIBILIDAD EXCLUYENTE DE LOS RECURSOS MUNICIPALES. 9. INMUNIDAD RECÍ-PROCA ENTRE ENTES PÚBLICOS. 10. EL DEBIDO PROCESO LEGAL COMO GARANTÍA PROCESAL Y LA PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA EN LAS CAUSAS PENALES. 11. CONCLUSIÓN GENERAL.

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES AL PODER TRIBUTARIO

Sindulfo Blanco

1. INTRODUCCIÓN

Hemos escogido el título que encabeza este trabajo siguiendo pacífica doctrina vigente en la materia, en el entendimiento que “la defensa del sistema tributario y del propio régimen político del país se procesa por un conjunto de limitaciones al poder activo de tributar. De entre ellas, la más importante, por sus limitaciones políticas y jurídicas es la de la legalidad de los tributos”. En regla general, esas limitaciones se enderezan al poder activo de tributar. Mas existe, también, según nuestra visión, la limitación del poder de “...no tributar o exentar, inclusive el de la Unión de exentar impuesto extraño a su competencia...”¹, ya que el poder administrador detenta el “poder de la bolsa” y “donde se yergue un gobernante el poder tributario se proyecta sobre el suelo de su dominación”, dominación que en el Estado de Derecho no es arbitraria, ni despótica, porque al igual que la actividad del ciudadano administrado, está reglada por la ley, que establece de un lado, a favor del ente acreedor, el Estado o sus órganos un derecho-poder, y; del otro, para el sujeto deudor (contribuyente o responsable), un derecho-deber. El primero con el poder emanado de la norma limitada por las garantías constitucionales, por el cual tiene el derecho de exigir la prestación pecuniaria, o la cosa o el servicio que surge de la realización del hecho generador, en la exacta medida autorizada por la ley, y nada más, y; el segundo, con el deber de ingresar lo debido dentro de los límites autorizados por el ordenamiento jurídico. De lo expuesto surge la expresión “el contribuyente debe pagar el impuesto que realmente debe, y no lo que quiere el Fisco”. El marco jurídico establecido mediante el ordenamiento tributario y los derechos y garantías constitucionalizados, constituyen

1 Aliomar Baleeiro, *Limitaciones Constitucionales al Poder de Tributar*, pp. 1, 3, 18.

hoy el estatuto del contribuyente, cuya codificación actualmente intentan los países, siendo España una de las primeras en implantarla.

La expresión jurídica "Limitaciones Constitucionales al Poder de Tributar" encuentra sentido en el hecho que los ciudadanos de la República implícitamente autorizan a los convencionales constituyentes, a que en su nombre y representación, establezcan el estatuto fundamental de la República, en cuyo texto, entre otras cosas, deben restringir expresamente las invasiones del poder público sobre el derecho de propiedad privada, para lo cual algunas veces la propia carta magna prohíbe al parlamento legislar e instituir tributos sobre sectores considerados inmunes por razones políticas, sociales, económicas, etc., al gravamen tributario, retirando competencia jurídica al órgano deliberante para ocuparse de ello, como se verá mas adelante. Otras veces la norma fundamental autoriza al parlamento a crear, modificar o suprimir recursos tributarios y en ocasiones también delimita las competencias atributivas de esos recursos, confiriendo en exclusividad la percepción de algunos impuestos a ciertos organismos del sector oficial, como sucede con el impuesto inmobiliario y sus adicionales, cuya percepción está constitucionalmente confiada a los municipios.

Ya Dino Jarach señalaba que *"...los límites de las pretensiones tributarias están disciplinados por un conjunto de normas jurídicas, lógica y estructuralmente anterior al derecho tributario material y al formal, que constituye el titulado derecho tributario constitucional. Es este una parte del derecho constitucional, que es tributaria por el objeto al que se refiere, pero que es derecho constitucional, pues su tarea es la de disciplinar la soberanía del Estado en un determinado sector, el de la actividad tributaria..."*².

La Constitución no sólo estructura los poderes del Estado, establece la forma de gobierno constitucional y designa sus autoridades, a quienes se les ha de confiar el ejercicio de los poderes soberanos, sino que además describe derechos y garantías de plena eficacia operativa a favor de los ciudadanos administrados. En cuanto hace al

² Dino Jarach, *El Hecho Imponible*, p. 22.

ejercicio de los poderes constitucionalizados, también se “...imponen restricciones eficaces sobre dicho ejercicio, con el propósito de proteger los derechos y privilegios de los individuos, poniéndolos al abrigo de cualesquiera tentativas para arrogarse poderes arbitrarios...” porque “...en definitiva, la Constitución, en su sentido verdadero, constituye, a la vez que instrumento de gobierno, restricción de poderes en amparo y garantía de la libertad del individuo ...”³ Vale decir, que no solamente sienta los principios cardinales de la organización y el funcionamiento del gobierno, sino que también y principalmente limita los poderes de este frente a los individuos, a los cuales reconoce derechos anteriores y superiores a ella misma.

En la larga evolución histórica del tributo, ya en el año 1215 durante el reinado de Juan Sin Tierra, el parlamento inglés había restringido los poderes del rey, estableciendo como condición esencial para la creación de tributos, la observancia del Principio de Legalidad, esto es, que todo gravamen a ser soportado por la ciudadanía debía contar previamente con el asentimiento de la representación popular, criterio recogido posteriormente y ampliado por la Revolución Francesa en el sentido que no solamente los impuestos, sino incluso los gastos públicos debían ser autorizados, con antelación, por el Parlamento, considerando que es la soberanía popular la que se auto limita en sus derechos de propiedad a favor del poder público a través de la Constitución, y no al revés, como sucedía en tiempos monárquicos en que la voracidad fiscal era ilimitada, arbitraria y antojadiza, por ausencia de reglas jurídicas preestablecidas. La revolución para la independencia de los trece estados de la América del norte tuvo origen en tensiones tributarias generadas entre la metrópoli y las colonias, en la historia de los Estados Unidos de América.

Años más tarde, a través de Juan Bautista Alberdi entre otros, se acuñó la frase “El poder de tributar encierra el poder de destruir” y es la razón jurídica fundamental por la cual hoy día el tributo se asienta sobre principios jurídicos elementales en la búsqueda de la certeza y seguridad, como ser el de legalidad, capacidad contributiva,

³ Segundo V. Linares Quintana, *El Poder Impositivo y la Libertad Individual*, p. 17.

igualdad, no sorpresa, irretroactividad, doble imposición, no a la confiscación ni a las multas desmedidas o fianzas excesivas, etc. elevadas a la categoría de principios constitucionales en reconocimiento de que el Estado no solo reconoce derechos, sino que asegura su vigencia efectiva, sin necesidad de ley reglamentaria, a través de dichas garantías.

A continuación detallamos cómo la norma fundamental del país limita los poderes tributarios del Estado:

2. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

La determinación de la lesión a la capacidad contributiva causada por una norma tributaria en lo que hace a este principio constitucional también denominada capacidad económica del contribuyente, no puede surgir de la norma misma, sino de los hechos, omisiones, o actos del hombre frente a la ley, ya que “para la aplicación cierta de la norma tributaria es necesaria la correcta interpretación de la ley y el perfecto conocimiento de la situación de hecho”⁴. La norma tributaria describe en abstracto las conductas demostrativas de capacidad económica, y su comparación con el hecho gravado posibilitará la invocación de la garantía constitucional que nos ocupa.

Lo mismo puede expresarse en la eventualidad de cuestionarse respecto de la presión fiscal total incidente sobre la población.

Constituye todo un axioma de carácter meta-jurídico. Es a través de la concreción del hecho imponible en cada caso particular que se podrá evaluar la justicia o injusticia de la carga tributaria, ya que “si el legislador puede elegir libremente los presupuestos de la legislación lo mejor es dejarle usar de esa libertad, pues existen principios y límites que impedirían sobrepasar o exceder la discrecional-

⁴ Gerd Willi Rothmann, en *Direito Tributario*, bajo la dirección y colaboración del Prof. Dr. Ruy Barbosa Nogueira, p. 177.

dad de que está facultado, habida cuenta de que esta discrecionalidad nunca puede ser absoluta”⁵.

Corresponderá al poder jurisdiccional la valoración de las pruebas concretas aportadas por el recurrente insatisfecho, a fin de determinar la lesión constitucional respectiva.

El mismo se encuentra reglado en el Art. 181 de la C.N., que se transcribe a los efectos de analizarlo integralmente, dice: “La igualdad es la base del tributo. Ningún impuesto tendrá carácter confiscatorio. Su creación y su vigencia atenderán a la capacidad contributiva de los habitantes y a las condiciones generales de la economía del país”.

Esta norma reúne diversas garantías constitucionales vinculadas a la capacidad contributiva individual y general, como lo son la igualdad ante la carga pública y la prohibición de la confiscación, y las condiciones económicas materiales del país en el momento de configurarse el hecho generador de la obligación tributaria, constituyendo “un bloque normativo mas allá de la singularidad y característica de cada uno de ellos, por cuanto se condicionan mutuamente en orden a la consecución de un sistema tributario justo”⁶.

Los principios tributarios contenidos en la señalada disposición constitucional forman un verdadero sistema jurídico de rango superior para el reparto individual y social de la carga fiscal, que debe funcionar armónicamente entrelazado y sin escisiones, como indispensable condición material para la realización de la justicia tributaria, dado que los principios de igualdad y no confiscación, así como también las condiciones generales del país, sirven como limitaciones constitucionales para legislar en la materia o para impedir el ejercicio abusivo del poder público en ocasión de la aplicación de las normas tributarias.

⁵ Emilio Fernández Vazquez, *Diccionario de Derecho Público*, p. 81

⁶ P. Kirchof y Otros, *Garantías Constitucionales del Contribuyente*, p. 156.

La Constitución garantiza la igualdad ante la Ley, queriendo asegurar a los ciudadanos que de modo general no se admitirán discriminaciones injustas entre los iguales, porque “la justicia es posible solamente entre iguales”⁷.

Por su parte, la aplicación desigual de la ley a un caso concreto, además de ser un hecho arbitrario, colisiona con el principio de capacidad contributiva entre aquellos que se encuentran en idéntica situación, salvo aquella discriminación positiva prevista en el segundo párrafo del Art. 46, que de acuerdo con la política fiscal implementada por el Estado tiende a proteger o desalentar ciertas actividades de sectores sociales o económicos por medio de los denominados tributos proteccionistas o prohibitivos -según el caso-, porque el Principio de Igualdad “no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados...”, “por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción, sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos...”⁸, según sentencia constitucional, de acuerdo con el autor citado.

3. PROHIBICIÓN DE LOS IMPUESTOS CONFISCATORIOS

Conviene precisar conceptos previamente ya que en la práctica cotidiana con mucha facilidad se confunde confiscación con decomiso. Lo *primero* puede constituir un despojo pues “...para que un tributo sea constitucional y funcione como manifestación de soberanía no debe constituir un despojo, para lo cual debe respetar el dere-

⁷ P. Kirchhof y Otros, Obra precitada, p. 166.

⁸ P. Kirchhof y Otros, Obra precitada, p. 167.

cho de propiedad"⁹, de hecho, cuando media acto administrativo sin cobertura legal, o cuando por la vía de derecho, la ley autoriza a realizar un desapoderamiento, pero que exija un sacrificio económico superior a la capacidad contributiva individual, nos encontramos ante un tributo confiscatorio. Lo *segundo* es sanción penal y no recurso tributario, autorizada por la propia ley represiva, cuyo producto ingresa a las arcas públicas en concepto de ingresos extraordinarios, por oposición a los ordinarios, sean de carácter patrimonial o derivados del patrimonio privado mediante el uso del tributo como instrumento legal de captación de fondos para el erario público.

El despojo de la propiedad privada puede materializarse de modo directo o indirecto.

De modo directo, cuando es consecuencia de un acto de autoridad administrativa sin cobertura de ley parlamentaria, o mediante interpretación extensiva o abusiva de los alcances de la norma básica, o directamente por vía de hecho. Se configura en el evento una violación al principio de legalidad en la tributación.

De modo indirecto, cuando la propia norma emanada del parlamento nacional pese a reunir el requisito formal de la reserva de la ley, exige del contribuyente afectados tributos que exceden su capacidad para soportar el sacrificio económico, es decir, existe la norma, pero la misma materialmente no respeta la capacidad contributiva del obligado. Es lo que enseña Dino Jarach "La doctrina de la Corte se funda en el principio que los impuestos no pueden ser confiscatorios, no ya en el sentido que se respete la garantía formal de legalidad, sino que no se quite al derecho de propiedad su contenido. Y ha hecho aplicación de esta doctrina en diferentes tributos: contribuciones de mejoras, de pavimentos y; especialmente, en dos clases de impuestos: a la transmisión gratuita de bienes e inmobiliario. En cambio, no conocemos jurisprudencia alguna sobre la confiscatoriedad en impuestos de mucha mayor envergadura, como a los réditos, a los beneficios extraordinarios o a las ganancias eventuales"¹⁰. Lo expresa-

⁹ Manuel Andreozzi, *Derecho Tributario Argentino*, p. 108.

¹⁰ Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, p. 328.

do se materializó en el Paraguay mediante Ley N° 300/72 de Tributos Municipales, que en el primer mes de su aplicación, finalmente fue suspendida por el Poder Ejecutivo fuera de toda ortodoxia desde luego, ante la comprobación de que los nuevos niveles tributarios resultaban extremadamente exagerados para la capacidad tributaria del mercado. Los tribunales argentinos han estimado que resultaba confiscatorio el impuesto que fuere superior al 33%, en alguna ocasión, pero tal expresión matemática no debe tomarse como límite fatal e incuestionable, porque cada caso deberá ser evaluado y juzgado según las circunstancias particulares y las pruebas producidas.

Pero también es posible materializarlo merced a la prohibida doble tributación (art. 180 C.N), dado que merced a dos o más leyes tributarias de distintas denominaciones es posible gravar, finalmente el mismo hecho generador, como puede suceder, por ejemplo respecto del Impuesto Inmobiliario y sus adicionales, que según el Libro II de la Ley 125/92 es un impuesto al capital. Si el inmueble está incorporado en el activo de una sociedad comercial, pagará dicho tributo y luego, nuevamente será tributado por otro impuesto al capital denominado "Patente Municipal" (que incide sobre el activo comercial) por la misma autoridad preceptora -el municipio- y en el mismo concepto. En el ejemplo citado habría violación de principios constitucionales a saber: de igualdad ante la carga pública y prohibición de la doble imposición. Si consideramos la hipótesis en que el comerciante que no incorpora en su activo comercial el inmueble utilizado como sede de sus negocios, optando por aparentar en supuesto régimen de alquiler del bien propio, pagaría solamente el impuesto inmobiliario, y el otro, el desprevenido que activó el bien abonaría ambos conceptos tributarios.

4. LA PRESIÓN FISCAL TOTAL COMO POSIBLE FUNDAMENTO DE LESIVIDAD CONSTITUCIONAL

Ordena el art. 181 en su parte final que la creación y vigencia del tributo *"atenderá a la capacidad contributiva de los habitantes y a las condiciones generales de la economía del país"* ya que el mismo debe responder *"a principios económicos y sociales justos, y a políticas favorables al desarrollo nacional"*. La primera disposición

hace relación al margen justo de tolerancia de la capacidad contributiva general e individual respecto de la presión fiscal existente en el país, y sobre el particular, las *XIV Jornadas de Derecho Tributario* realizadas en Buenos Aires en setiembre de 1.989 bajo los auspicios del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, consideraron esta cuestión, recomendando finalmente declarar la inconstitucionalidad “de las cargas fiscales, que individualmente o en su conjunto resulten excesivas, por contravenir los principios y garantías superiores que en cada país contengan las respectivas constituciones o leyes de rango superior al de la ley ordinaria”, para lo cual deben utilizarse los mecanismos procesales tendientes a la protección de los derechos difusos, hoy constitucionalizados, sin descartar el ejercicio personal de la acción cuando la lesión tiene carácter individual.

También es digno destacar la recomendación número cinco que dice: “*Reconocer como integrantes potenciales de un concurso fiscal excesivo, en principio, tanto los impuestos directos, como las otras cargas fiscales que efectivamente inciden en el sujeto contribuyente. Descartar, asimismo, el cómputo de los impuestos trasladados, o de los que persiguen expresamente finalidades prohibitivas. Dejar sentada la existencia de dudas sobre si la invocación de objetivos extrafiscales, justifica la exorbitancia fiscal, tratándose las gravadas de actividades legalmente lícitas, y social y económicamente útiles y provechosas. Excluir, también en principio, a las tasas y a contribuciones especiales, en tanto en los hechos sus características concretas no desvirtúen la naturaleza típica de tales institutos financieros*”¹¹.

5. IGUALDAD ANTE LA CARGA PÚBLICA

Señala el Prof. Dr. Juan Vicente Talavera que el principio de igualdad “*reconoce dos vertientes: en el sentido de la igualdad ante la ley, y de igualdad para soportar ante la carga fiscal. Estas direcciones se encuentran perfectamente diferenciadas en la Constitución Nacional*”¹², citando lo dispuesto en los arts. 46, 47 y 48 como fun-

¹¹ José Osvaldo Casás, *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*, pp. 264/5.

¹² *Garantías Constitucionales de los Contribuyentes*, p. 133.

damento del primer supuesto, y respecto de lo segundo menciona el art. 181 "la igualdad es la base del tributo" y finalmente señala el significado jurídico de lo primero: "basado en la ética se entiende como igualdad ante la ley la ausencia de discriminación, como corolario de un nuevo orden de sumisión y acatamiento al imperio de la ley" y respecto de la igualdad económica consigna: "en el orden fiscal, además de la igualdad jurídica, lo que interesa es la distribución equitativa a los efectos de la carga fiscal. Una cosa es la igualdad ante la ley, de contribuir al sostenimiento del Estado y otra distinta, es el reparto cuantitativo de la contribución que corresponde soportar a cada individuo".

Determina el art. 181 de la C.N. *"La igualdad es la base del tributo. Ningún impuesto tendrá carácter confiscatorio. Su creación y su vigencia atenderán a la capacidad contributiva de los habitantes y a las condiciones generales de la economía del país"*.

Esta disposición regula diversas cuestiones que aparentemente no guardan relación unas con otras. En efecto se ocupan de la igualdad ante la carga pública, la confiscación, y la presión fiscal total que incide sobre la ciudadanía, y no sobre el individuo.

Respecto del *Principio de Igualdad ante la carga pública*, se relacionan y surge de términos comparativos entre la presión fiscal individual que soporta cada uno con motivo de la aplicación concreta de un tributo. Es obvio que la determinación respectiva surgirá de pruebas aportadas por el requirente que serán valoradas judicialmente, sin cuyo requisito resultará inviable la pretensión deducida.

Señala Emilio Fernández Vázquez que *"la práctica de contar a los hombres como unidades abstractas —dice Bidart Campos— como cantidades equivalentes, ha ido suprimiendo la noción de las desigualdades fácticas, de las funciones sociales, de las particularidades justas. La igualdad de naturaleza ha penetrado en el mundo jurídico con una pretensión injusta, arrasando normativamente las irreductibles igualdades de hecho; se ha convertido en utopía, en igualdades injustas, trocando a la arbitrariedad, que por paradoja debe suprimir en su propio signo. La propia filosofía democrática exige que el*

Estado reconozca la existencia de ciertas desigualdades, y partiendo de ello trate de restablecer la igualdad efectiva entre los individuos mediante un tratamiento desigual¹³”.

Concordante con lo apuntado, el art. 46 de la misma Carta fundamental enfatiza que “...los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones...”, que si las hay el Estado tiene el deber de remover o impedir aquellos factores que las mantengan o las propicien, para lo cual la norma mencionada autoriza expresamente al poder público establecer protecciones sobre desigualdades injustas, las cuales “no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”.

Entre esas protecciones constitucionalizadas tenemos que:

- a) Se ordena al Estado fomentar el cooperativismo y otras formas asociativas de producción de bienes y servicios, basados en la solidaridad y la rentabilidad social, a la cual le garantizara su libre organización y autonomía, atribuyendo al movimiento cooperativo la calidad de “instrumento del desarrollo económico nacional” y ordenando al poder público su difusión a través del sistema educativo. Acorde con esta normativa constitucional se ha dictado la Ley 489/96 de Cooperativismo, estimulando su creación y funcionamiento mediante incentivos fiscales y exoneración de tributos. Estos estímulos tienen su razón de ser en el interés de potenciar la economía y el bienestar de los sectores menos favorecidos;
- b) También el sector desposeído del campesinado paraguayo debe merecer un sistema tributario relativo a la tierra y otras medidas fiscales y extra fiscales “que estimulen la producción, desaliente el latifundio y garanticen el desarrollo de la pequeña y la mediana producción nacional según las peculiaridades de cada zona” (art. 115 num. 1). Sobre este particular ayudan los criterios del Profesor Doctor Aliomar Baleeiro: “Más no ofenden a la Constitución impuestos que, en fun-

¹³ Emilio Fernández Vázquez, *Diccionario de Derecho Público*, p. 38.

ción extra fiscal, son instituidos con propósitos de compeler o separar al individuo de ciertos actos o actitudes. En ese caso, el carácter destructivo y agresivo es inherente a esa tributación admitida por tribunales americanos y argentinos y del cual hay ejemplos en el derecho fiscal brasilero cuando objetiva el proteccionismo a la industria, a la natalidad, al latifundio, etc”¹⁴.

Si el “sistema tributario” a establecer, para generar recursos tributarios genuinos, tiene por fin adicional, desalentar el latifundio, significa que la norma constitucional mencionada es de carácter programática, sujeta a la ley que se emita al efecto, y por otro lado, si se utiliza el tributo como instrumento que impida, desaliente, modifique o suprima factores de desigualdad, humana, política, económica, social, o que obstaculicen el normal y ordenado desarrollo general del país o que las actividades sean ilícitas o inmorales (es conocido el aforismo romano del *Aurum non olet* —el oro no huele— atribuido al Emperador Vespasiano, como justificación moral del cobro de impuestos sobre actividades ilícitas o inmorales, porque “había aplicado el impuesto sobre instalaciones sanitarias (baños públicos) y que, criticado por algunos de sus asesores, o por su propio hijo Tito, le contestó con la frase señalada, es decir que el dinero no huele y de cualquier fondo que se pague está bien cobrado ...”¹⁵, y agregó: el tributo implica que el instrumento tributario también puede ser utilizado con fines extra fiscales, ajenos al propósito meramente recaudatorio y es obvio, desde luego que en presencia de este último supuesto no pueda alegarse, o acogerse de modo complaciente, la tesis de la confiscatoriedad del gravamen, porque en este caso el tributo está utilizado como instrumento de regulación de situaciones consideradas inadecuadas, sea por su inmoralidad, ilicitud, inconveniencia, etc.

¹⁴ *Limitaciones constitucionales al poder de tributar*, p. 266.

¹⁵ Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, p. 335, obra citada.

También puede concebirse el uso extra-fiscal del gravamen para dar trato desigual a quienes padecen desigualdades. El segundo párrafo del art. 46 ampara la acción del Estado mediante el uso eventual del instrumento tributario para remover o amenguar los factores discriminatorios;

- c) Vinculado con lo expuesto precedentemente puede extenderse la acción estatal, mediante el instrumento tributario, respecto de los derechos de familia, las personas excepcionales, la juventud (la ley de educación libera de toda carga tributaria la pasantía laboral de los estudiantes), el bien de familia, la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas (que está inmune a todo tributo), así como la liberación de los mismos del deber de prestar servicios sociales, civiles o militares o cargas públicas, también beneficiados por la inmunidad anotada;
- d) El art. 83, que guarda relación con la difusión cultural y la exoneración de los impuestos también forma parte de lo expuesto hasta aquí, cuyo examen más minucioso se expone en párrafos siguientes bajo el título de “Libertad de Prensa y Tributos”;
- e) El art. 84, en lo que hace a la promoción de los deportes, constituye norma programática, porque se supedita su ejecución a una ley infraconstitucional. No obstante la redacción respectiva aparece errática, confusa, porque si afirma enfáticamente, y sin establecer distinciones, que *“El Estado promoverá los deportes... que estimulen la educación física...”* brindando apoyo económico y exenciones impositivas a establecerse en la ley, pareciera innecesario hacer la excepción a la regla general cuando se afirma que la promoción recaerá - en especial- “en los de carácter no profesional”. Los excluidos tendrían derecho a reclamar el apoyo económico y también el impositivo, entre ellos los deportes ejercidos profesionalmente. Por el momento, los arts. 14 y 83 de la ley 125/92 consagran exoneración impositiva del Impuesto a la Renta e I.V.A. a las entidades deportivas (y otras de carácter social,

gremial, religiosas, sindical, etc.) con personería jurídica, y sin propósitos de lucro, no alcanzando el beneficio a aquellas empresas con fines deportivos que arriendan clubes para desarrollar sus actividades comerciales consistentes en el manejo económico y lucrativo del pase de los jugadores, incluida la recaudación deportiva, según contrato que se celebre entre el club y la empresa, y por lo tanto, deben pagar todos los tributos vigentes. *Los deportistas* serán tributados por el I.V.A, salvo que estén afiliados al sistema de seguridad social, y si el monto de sus retribuciones anuales no supera el mínimo de subsistencia anual reconocida por la ley, estimado en aproximadamente en G. 18.500.000. En sentido contrario, si sus ingresos anuales son superiores a dicho monto y no están afiliados al seguro social o al sistema de jubilaciones y pensiones, estarán gravados por el mencionado tributo.

6. ANTERIORIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LA NORMA (EFICACIA DE LA LEY EN EL TIEMPO)

Los principios de anterioridad, no sorpresa y de la prohibición de aplicación retroactiva de las normas, están íntimamente relacionados.

Respecto del Principio de Anterioridad, se subraya que toda norma tributaria debe ser anterior y no posterior al hecho, acto u operación gravada, criterio que se debe entrelazar con el "principio de no sorpresa" dominante en la disciplina tributaria, como forma de asegurar la vigencia del postulado de la certeza y seguridad jurídica (Adam Smith), y como expresión del deber del estado de comunicar anticipadamente, a los destinatarios, su voluntad a través de la ley, de tal suerte a permitir a los sectores económicos afectados establecer y vaticinar costos operativos de producción que permitan el mantenimiento de la competitividad del precio de sus productos en el mercado de la libre competencia.

El mencionado principio de anterioridad tiene fundamento legal y está escrito en el Art. 1º del Código Civil, que establece: "*Las*

leyes son obligatorias en todo el territorio de la República desde el día siguiente al de su publicación, o desde el día en que ellas determinen”, y el Art. 2º del mismo cuerpo legal que dice: “Las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar los derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos en expectativas, o de facultades que le eran propias y no hubiesen ejercido...las leyes nuevas no pueden invalidar o alterar los hechos cumplidos ni los efectos producidos bajo el imperio de las antiguas leyes...”.

Los dos principios primeramente citados principios no están expresamente señalados en la norma fundamental, pero ello no es óbice para aplicarlo dado que tienen sustento en la lógica mas elemental y además surgen de lo obvio: si la constitución prohíbe la aplicación retroactiva de las normas, es porque solamente pueden operar hacia adelante, para hechos futuros, y no sobre el pasado, salvo las excepciones previstas en la propia norma . La diferencia lo encontramos en de lo dispuesto en el Art. 150 num. 3 inc. a) de la Constitución de la República Federativa del Brasil que taxativamente prohíbe a los órganos tributantes del Estado *“Cobrar tributos... en relación a hechos generadores ocurridos ANTES DEL INICIO DE LA VIGENCIA DE LA LEY QUE LOS HUBIERE INSTITUIDO O AUMENTADO...”*.

La omisión de incluir expresamente dicha cláusula constitucional permite la violación cotidiana de los dos principios primeramente citados ,sea mediante leyes tributarias que se dictan durante la plena vigencia del ejercicio fiscal, sea mediante reglamentos de ejecución, cuando lo aconsejable es que las mismas sean emitidas antes del inicio del periodo presupuestario a ejecutar, de tal suerte a notificar con antelación a los sectores afectados acerca del grado de sacrificio o presión fiscal que el poder público pretende de los contribuyentes. La precitada norma constitucional brasileña, en su inc. b completa y cierra el círculo herméticamente, en defensa del precepto, al prohibir cobrar tributos *“...en el mismo ejercicio financiero que haya sido publicada la ley que los instituyó o aumentó”*.

Que con relación al Principio de Prohibición de Aplicación Retroactiva de las Normas, previsto en el Art. 14 de la C.N., el mismo constituye la contra-cara de las otras, de modo inseparable, porque admitir la aplicación de normas posteriores a hechos consumados o derechos efectivamente ejercidos es introducir inseguridad jurídica exponiendo a los administrados a la arbitrariedad. La norma constitucional desde luego, enfáticamente consagra de modo general que “ninguna ley tendrá efecto retroactivo” pero limitando su aplicación únicamente a los casos penales, cuando agrega “...*salvo que sea mas favorable al encausado o condenado...*” Pero las disposiciones contenidas en el citado Código Civil salvan la omisión constitucional respecto de los demás casos no penales.

Sobre el particular precisamos que en materia de configuración del hecho generador de la obligación tributaria, la norma aplicable siempre debe ser la vigente al momento exacto de producirse el evento gravado, y no la anterior ni la posterior. Como ejemplo tenemos el Impuesto al Valor Agregado, que se sustenta en hechos imponibles de configuración instantánea, aislada, o casual, expresado en ocasión de una enajenación de mercadería gravada. En cambio en los hechos imponibles de configuración compleja o de ejercicio, como lo es el Impuesto a la Renta), la norma aplicable es la vigente al momento del cierre del ejercicio fiscal, y no la posterior. Esto nos lleva a inferir que las modificaciones legales operadas incluso hasta antes del precitado “*cierre del ejercicio fiscal*” resultan operantes y por ende de observancia obligatoria. Otro ejemplo práctico lo tenemos cuando el reglamento del Impuesto a la Renta modifica, antes de dicho cierre, los niveles máximos de gastos deducibles en concepto de remuneración del personal superior de la entidad contribuyente, lo cual influye finalmente en el monto de la renta tributable, dado que los excesos pagados en el concepto no serán deducibles. No obstante aparentar como solución jurídicamente correcta, sin embargo pudo haberse violado la prohibición de sorprender la buena fe de los sujetos eventualmente obligados, dado que si el ejercicio fiscal está virtualmente cerrando, la modificación operada obligará a alterar todos los registros contables y a reducir el nivel de vida de los preceptores de dichas remuneraciones.

Lo apuntado hasta aquí se refiere al derecho de fondo, ya que en materia de derecho procesal tributario, las normas posteriores más benignas favorecerán obligatoriamente al “encausado o condenado”, por el hecho que, siendo el proceso de determinación tributaria un trámite administrativo tendiente a establecer no solo el adeudo probable, sino incluso las ilicitudes, puede configurar implicancias de orden penal, ya sea en ámbito administrativo o jurisdiccional, según artículos 17 y 18 de la Constitución de la República.

7. LOS ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA COMO CONDICION ESENCIAL DE VALIDEZ DE LA NORMA FISCAL

Por el art. 179 segundo párrafo se incorpora la otra cara del principio de legalidad en la tributación y es el de reserva, según el cual resulta de incumbencia exclusiva del parlamento emitir leyes en la materia.

La disposición dice: “es también privativo de la ley determinar la materia imponible, los sujetos obligados y el carácter del sistema tributario”.

La norma así expuesta determina como condición esencial de validez de la norma tributaria, el contener la “*materia imponible*”, es decir toda ley debe describir de modo completo y exhaustivo el tipo tributario generador de obligaciones tributarias (tipología tributaria o hecho imponible), mediante el cual se busca evitar que el mismo coincida con otros hechos gravados, de suerte a no incurrir en la doble imposición no admitida constitucionalmente. La doctrina es conteste en afirmar que para descubrir si existe o no doble exigencia tributaria sobre el mismo hecho, el interprete no debe distraer su atención en la denominación que lleva el tributo, sino en la naturaleza intrínseca de la hipótesis legal de incidencia fiscal.

La norma constitucional también exige que la ley infraconstitucional contemple a los “*sujetos obligados*”, requisito formal que aparentemente implicaría el deber del legislador de señalar con nombre y apellido a la persona considerada “*contribuyente o responsa-*

ble", lo que no es cierto. Los sujetos obligados surgen en el instante mismo en que se materializa el hecho generador a través del hecho del hombre, haciendo que lo descrito en la norma se subjetivice o personalice, siempre y cuando exista plena coincidencia simétrica entre el hecho generador descrito en la norma y la operación, acto o hecho considerado, que si se cumple tal condición dará nacimiento a la obligación tributaria y habilitará la personalización del o los sujetos obligados por causa del evento con trascendencia tributaria.

Y luego la norma constitucional en examen finaliza con la expresión "... y el carácter del sistema tributario ..." que ha merecido acertada crítica del Prof. Dr. Juan Vicente Talavera, que por agotar el examen sencillamente nos remitimos a ellas por completo:

"... La referencia a los dos primeros elementos, es decir, la determinación de la materia imponible y a los sujetos obligados como privativo de la ley, ha sido un acierto, porque significa que no se podrá delegar a la voluntad de otro poder, determinarlos. Si están reservados a la ley, disposiciones emanadas de poderes extraños al poder Legislativo, no tendrán ningún valor. Sería inconstitucional. Pero la referencia como privativo de la ley "DETERMINAR EL CARÁCTER DEL SISTEMA TRIBUTARIO", ha sido una incongruencia".

"... Se trata de una expresión meramente declarativa que no tiene aplicación práctica. No agrega ni quita nada. Es una locución que denota desconocimiento de los proyectistas de la materia tributaria. Al reflexionar sobre lo que se entiende por sistema tributario confirmamos nuestra extrañeza del agregado de esta expresión, no pudiendo evitar preguntarnos acerca de lo que habrían querido decir los legisladores constituyentes al incorporar entre los elementos de la obligación tributaria la expresión: "ES TAMBIEN PRIVATIVO DE LA LEY DETERMINAR ... EL CARÁCTER DEL SISTEMA TRIBUTARIO", cuando el concepto de sistema tributario consiste en el conjunto de tributos vigentes en un país y en un momento determinado. Supone la concurrencia de una diversidad de tributos racionalmente organizados y utilizados para la obtención de objetivos concretos ... De la transcripción nos percatamos que si bien es en el caso una

copia fiel, sin embargo es destacable que la última parte hace referencia a una forma de clasificar los impuestos, que desde cierta manera de hacerla, pueden ser, los impuestos, directos e indirectos, proporcionales o progresivos. No es la única clasificación posible, pero el art. así lo hizo. Es decir, según la constitución derogada, la ley debe contener los elementos de la obligación tributaria, no todos, pero por lo menos *“LA MATERIA IMPONIBLE, LOS SUJETOS OBLIGADOS LA QUE TAMBIEN DETERMINARA EL SISTEMA DIRECTO O INDIRECTO PROPORCIONAL O PROGRESIVO”*.

“... La nueva constitución cambió la redacción de la última parte de este artículo por la expresión: “ES TAMBIEN PRIVATIVO DE LA LEY DETERMINAR ... EL CARÁCTER DEL SISTEMA TRIBUTARIO” (art. 179). Con esta redacción sintetizada se creyó decir la misma cosa, tan desafortunadamente al punto de introducir un error conceptual que la hizo variar substancialmente. No es igual la referencia a tipos o clases de impuestos y el carácter del sistema tributario. La clasificación de los impuestos como la enunciada, es una cosa y el carácter del sistema tributario, es muy diferente. Es posible clasificar los impuestos como se ejemplifica en el art. 47 de la Constitución de 1.967, es decir, en directos o indirectos, proporcional o progresivo, como también, se puede clasificar los sistemas tributarios que en doctrina se puntualizan como históricos o racionales, pero con la advertencia de que la clasificación de ambos se refieren a conceptos diferentes”. (pág. 47 al 50, Garantías Constitucionales de los Contribuyentes, Asunción, 1.994)”.

8. LIBERTAD DE PRENSA Y TRIBUTOS¹⁶

Los artículos 26, 27 28 y 29 de la Constitución garantizan el derecho ciudadano de información mediante los medios masivos de

¹⁶ El presente apartado también fue publicado, bajo el título consignado, en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Edición 2000, 2001, y fue consecuencia de lo expresado en el Acuerdo y Sentencia No.158 dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, de fecha 12 de diciembre del 2.001.

comunicación social, cuyo empleo es reputado de "*interés social*". Y el artículo 83 de la misma concede el tratamiento impositivo respectivo a los medios de prensa, con la pretensión de que el producto, sea revista, diario, periódico, etc., llegue barato a manos del lector, y para ello ordena que "*no se gravaran con impuestos*" tales medios de difusión cultural o educativo, expresión que obliga al interprete de la norma determinar la naturaleza jurídica y alcance de la misma, en el contexto de la disposición constitucional contenida en el expresado art.83. Si este ordena enfáticamente "*no se gravarán con impuestos*", es deber determinar si dicha expresión supone uno de los citados cuatro casos de no sujeción pasiva al tributo, desde la perspectiva de la técnica tributaria, y que son: a) la no incidencia (o excepción, como lo denomina el Profesor Dr. Carlos A. Mersán); b) la alícuota cero; c) la exoneración; y, d) la inmunidad fiscal.

La no incidencia o excepción implica que el acto, operación o cosa no está gravada y por lo tanto, si no hay tributo, no existe el derecho de perdonar, porque de la nada, nada se extrae. Ejemplo: el consumo de agua de lluvia no está gravado por tributo alguno, es decir, no está incidido, o lo que es lo mismo, no figura como hecho generador de la obligación tributaria en ley alguna. De modo que si el consumo, ningún poder del Estado puede exigirle pago en concepto de tributo, por no existir ley que lo considere como presupuesto de hecho suficiente para hacer nacer la obligación de declarar su ocurrencia, y el eventual pago del adeudo. En cambio, si el consumo de agua que provee Corposana, tal hecho comporta nacimiento del deber de abonar IVA, porque la enajenación respectiva está gravada o incidida por el impuesto.

La alícuota cero supone que el acto, cosa u operación está incidida, es decir, la ley lo recoge como materia imponible, pero la misma norma u otra posterior reduce la tasa a nivel cero, con lo cual no se puede aplicar el tributo por ausencia de un requisito esencial, que es la tarifa de la imposición. Este caso se incluye entre los supuestos de exención o perdón o liberalidad, temporal o definitiva, del gravamen. El ejemplo lo tenemos en el artículo 133 numeral 34 del artículo 128 de la ley 125/92, cuya tasa del 12% incidente sobre los

productos exportados fue reducida a CERO, mediante decreto del poder ejecutivo.

La exención, exoneración, beneficio o liberalidad, incentivo fiscal, perdón o favor fiscal, etc. (las denominaciones son sinónimas, si bien en algunos casos puede existir apenas diferencia de grado) es cuando la ley crea un tributo, pero para algunos supuestos especificados en la misma disposición o en otra posterior, se perdona su cobro total o parcial. En este caso, existe el gravamen, pero se perdona total o parcialmente su cobro.

La inmunidad fiscal, sin embargo, no viene de la ley dictada por el parlamento nacional, sino de la propia constitución nacional. Esta ultima retira o no le concede competencia jurídica al órgano deliberante la competencia legislativa para crear, modificar o suprimir gravámenes tributarios, de modo que no puede pretender inmiscuirse siquiera en la materia.

Estas precisiones conceptuales se formulan al solo efecto de introducirnos en el estudio del tema cuyo titulo se desarrolla seguidamente. Y para ello, se toma en consideración el mencionado caso planteado ante el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, por una empresa bajo forma de sociedad anónima dedicada a publicar libros y periódicos.

La firma consultó a la Sub-Secretaría de Estado de Tributación respecto de los alcances de la Ley No.1.450 del 29 de julio de 1.999 que exonera de tributos la importación y comercialización de libros, periódicos y revistas ,alegando:

- a) La importación de papel, tintas, rollos fotográficos, maquinarias y equipos (máquinas impresoras, máquinas cortadoras, rollos de películas fotográficas, cámaras fotográficas, máquinas grabadoras y otros implementos), así como otros insumos necesarios para la edición, impresión y/o armado de los diarios y su circulación, importados para ese fin, NO ESTAN GRAVADOS POR TRIBUTOS ADUANEROS NI POR EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO...;

- b) El pago realizado a periodistas independientes, comentaristas o especialistas en diversas materias, así como la venta de espacios en el diario, teniendo en cuenta que son actividades de valor significativo para la difusión cultural y la educación, **NO ESTAN GRAVADOS POR EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO**;
- c) La producción nacional de libros, periódicos, revistas y otras publicaciones con valor significativo para la difusión cultural y la educación, así como su venta, **NO ESTAN GRAVADOS POR EL IMPUESTO A LA RENTA**, ni otro impuesto interno o externo.

Por razones prácticas, primero se transcribe el texto supremo, y luego se analiza confrontado con las leyes que se dictaron en su consecuencia, con propósitos reglamentarios, haciendo al mismo tiempo un paralelismo con la legislación y doctrina brasilera vigente en la materia, dado que es la mas parecida a la nuestra.

Art. 83 . "De la Difusión cultural y de la exoneración de los impuestos. Los objetos, las publicaciones y las actividades que posean valor significativo para la difusión cultural y para la educación, no se gravarán con impuestos fiscales ni municipales. La ley reglamentará estas exoneraciones y establecerá un régimen de estímulo para la introducción e incorporación al país de los elementos necesarios para el ejercicio de las artes y de la investigación científica y tecnológica, así como para su difusión en el País y en el extranjero.."

La primera frase de la disposición de suprema jerarquía, que dice: *"Los objetos, las publicaciones, y las actividades que posean valor significativo para la difusión cultural y para la educación, no se gravaran con impuestos fiscales ni municipales....."* no requiere de norma de carácter reglamentaria, dado que esta expresión implica prohibición absoluta de incidir con impuestos tales medios de difusión cultural. No estamos ante un caso de exoneración, sino de inmunidad fiscal absoluta, dado que con ello la Convención Nacional Constituyente directamente prohibió al Legislador ordinario dictar leyes que impliquen restricción , obstáculo o gravamen sobre dichos

“objetos, publicaciones, y las actividades que posean valor significativo para la difusión cultural y para la educación ...”. En otras palabras, el establecimiento de la Inmunidad Impositiva es de competencia jurídico funcional privativa de la Convención Nacional Constituyente. En cambio, para la exoneración, exención o liberación, funciona la competencia del órgano sub-constitucional, el Parlamento Nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 202 inciso 4º. de la C.N., que le autoriza “legislar sobre materia tributaria”, y si puede lo más (“legislar sobre materia tributaria”), también puede lo menos, es decir, conceder dispensa o perdón o favor total o parcial del pago respectivo. La exoneración admite existencia del gravamen por ley de la república, dictada en éste caso, por el parlamento, que es el constitucionalmente competente, pero perdón total o parcial de su cobro, conforme políticas de carácter social, económico, etc. expresadas en programas de gobierno. En cambio, la inmunidad fiscal supone imposibilidad jurídica del parlamento, por ausencia de competencia en la materia dispuesta por la propia constitución nacional, para ampliar, restringir u obstaculizar el cumplimiento directo de lo dispuesto, por voluntad suprema de la norma de superior rango.

En el derecho tributario patrio es poco conocida esta distinción entre “Inmunidad Fiscal” y “Exoneración Fiscal”, no así en el mundo jurídico latinoamericano, especialmente el de Brasil . En este último se ha profundizado su estudio , siendo clásica y pionera la obra de Aliomar Baleeiro titulada “Limitaciones Constitucionales al Poder de Tributar”, con varias ediciones, quien señalaba que la diferencia conceptual entre ambos institutos jurídicos viene de la doctrina y jurisprudencia norteamericana, a raíz de los cuestionamientos judiciales formulados por algunos estados federados contra la pretensión del poder central de percibir tributos de algunas empresas públicas y que el Brasil incorporó mediante el artículo 10 de la constitución nacional de 1.891, y sucesivamente en las demás disposiciones de máxima jerarquía de aquél país, incluso en la actual del año 1.988, cuyo artículo 150, numeral VI, inciso d), que lo regula en los siguientes términos: “*Sin perjuicio de otras garantías aseguradas es VEDADO a la Unión, a los Estados , al Distrito Federal , y a los Municipios:...VI) Instituir impuestos sobre:....d)Libros, jornales, periódicos y el papel destinado a su impresión...* ”.-

Con lo expresado hasta aquí se tiene la conclusión inicial del examen del primer párrafo del art.83 copiado precedentemente, y es que dicha expresión implica prohibición absoluta – VEDADO, según la constitución del Brasil - de gravar con impuestos “*fiscales o municipales*” los bienes señalados en el precitado artículo 83, al ordenar tajantemente que “no se gravarán”. De modo que, y esta es otra conclusión, el Legislador sub-constitucional ni siquiera puede inmiscuirse en tales asuntos, dado que por voluntad de la propia carta magna la cuestión está definitivamente resuelta, no hay nada que agregar ni aclarar. Pontes de Miranda, autor brasileño enseña: “...*La regla jurídica de la inmunidad es regla jurídica en el plano de la competencia de los poderes públicos porque obsta la actividad legislativa impositiva, retira al cuerpo que crea impuestos cualquier competencia para regular en la especie...*”¹⁷ y Souto Mayor Borges, otro autor brasileño indica: “...*Al proceder al reparto del poder impositivo, por el mecanismo de la competencia tributaria, la Constitución Federal coloca fuera del campo tributable reservado a la Unión, Estados-Miembros, Distrito Federal y Municipios, ciertos bienes, personas y servicios, obstando así - con limitar el ámbito de incidencia de la tributación – el ejercicio de las actividades legislativas del ente tributante ...*”¹⁵. E Ives Gandra Da Silva Martins dice: “*En la inmunidad, por lo tanto, no hay nacimiento de cualquier obligación tributaria, como en la exención, por el simple hecho de que no hay competencia impositiva capaz de ser ejercida en el área delimitada por el texto constitucional...*”¹⁸.

Otro caso de Inmunidad Fiscal absoluta lo tenemos, y esto a simple título de ejemplo, en el art. 64 cuando impropiamente reconoce que la propiedades de los indígenas “*estarán exentas de tributo*”. Para perdonar hace falta tener competencia para crear tributos y un derecho a percibir el gravamen, y la Constitución no incorpora tributo alguno, de modo que lo que correspondía, técnicamente hablando, era directamente prohibir que el Legislador ordinario pretendiera instituir impuestos sobre las tierras indígenas. De cualquier manera, la impro-

¹⁷ Sacha Calmón Navarro Coelho, *Comentarios a la Constitución de 1.988*, pp. 260 y 262.

¹⁸ Ives Gandra Da Silva Martins, *Derecho Constitucional Tributario*.

iedad terminológica empleada en la norma permite colegir que la propiedad indígena no debe ser objeto de tributo, porque la propia ley fundamental anticipa que aún cuando por acaso se instituyera tributo sobre dicho bien inmueble, la norma siempre perjudicada por la ineficacia jurídica, en razón de la manifiesta inconstitucionalidad, por ausencia de la respectiva atribución para legislar en la materia.

Si primero se afirmó que “no se gravarán”, mal pudo supeditar lo inmune a la condición de que al efecto se dicte una ley que reglamente lo que constitucionalmente no se puede, siendo que lo que no puede la ley, menos se puede pretender reglamentarlo.

Otra consecuencia jurídica emanada de la lectura de dicha disposición constitucional es el hecho de consagrar inmunidad de carácter OBJETIVA, Y NO SUBJETIVA, esto es, que la orden de máxima jerarquía implica prohibición gubernamental de ni siquiera pretender gravar con impuestos fiscales y municipales, mediante ley o reglamentos, aquellos objetos, las publicaciones y las actividades que posean valor significativo para la difusión cultural y para la educación. Tiene relevancia el hecho, la cosa o situación antes que la persona propietaria o involucrada en el evento. Al comentar el artículo 150 numeral VI inciso d) de la Constitución brasileña, el mismo Sacha Calmón, que seguimos, llega a idéntica conclusión, es decir, que la enunciación respectiva contenida en la Carta Magna del Brasil, también es de carácter objetivo: “La inmunidad es objetiva. Vale decir, el libro, el jornal, los periódicos y el papel de impresión son inmunes a los impuestos...”¹⁵, objetividad con que también concuerda Ives Gandra Da Silva Martins¹⁶, todo lo cual significa que el beneficio de carácter constitucional no se concede a quien produce dichos medios de difusión cultural, sino a los medios mismos empleados para expandir el conocimiento humano, haciéndola accesible a todos los ciudadanos, además de operar o funcionar —dicha cláusula suprema— de modo automático, ministerio *legis*, por no constituir especie de norma programática, cuya aplicación se supedita “a las leyes que en su consecuencia se dicten”. Tales medios de difusión cultural no pueden, bajo forma o pretexto alguno, ser gravados con impuestos, y punto.

Que como corolario de lo expuesto precedentemente, ni falta hacía que en párrafo siguiente del mencionado art.83 C.N. se expusiera que "...*La ley reglamentará estas exoneraciones...*" habida cuenta que no se trata de exención o perdón tributario, sino de imposibilidad jurídica por incompetencia que surge de la propia Constitución de crear, modificar o perdonar tributos en la materia, y porque la norma es, como ya se dijo, directamente operativa y no programática.

Siendo inmunidad de carácter objetiva, es obvio que el beneficio constitucional no alcanza a la persona o entidad emisora ocupada de producir los "*objetos, las publicaciones y las actividades ...*", motivo por el cual corresponde el pago del impuesto a la renta, que acertadamente desde luego la ley 1.450/99 así lo dispone, más aún si se considera bajo el supuesto de ser una empresa de carácter mercantil con definido y único propósito, el de obtener lucro (se trata de una Sociedad Anónima), y también debe abonarse el IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, incidente sobre las facturaciones realizadas a la misma por quienes actúan como periodistas, técnicos, y en general quienes prestan servicios profesionales en forma independiente, con la consiguiente aclaración que si el monto supera el mínimo anual establecido por los reglamentos de la ley 125/92, los proveedores de servicios deberán contar con RUC y factura exigida por la norma citada, que permita la deducibilidad del gasto en el balance impositivo de la entidad, dado que tales erogaciones constituyen, bien lo confiesa la consultante, COSTOS PARA LA EMPRESA EDITORA, tal como así lo dispone el artículo 8° *in fine* concordante con el artículo 87 de la 125/92, aplicable supletoriamente en ausencia de otra norma expresa sobre el particular, dada la imposibilidad de descargar el crédito fiscal emergente de materias primas e insumos adquiridos, contra el inexistente débito fiscal (porque las ventas de los productos se realizarán sin IVA débito). En otras palabras, la editora no puede compensar débitos con créditos, hecho que se soluciona cuando lo pagado en concepto de IVA al comprar las materias primas, insumos y servicios, se recupera por la vía del gasto deducible en el Impuesto a la Renta, tal como así lo permiten los art.8° y 87 de ley 125/92, enviando al costo operativo el monto del IVA crédito irrecuperable mediante compensación con el débito respectivo. No se acreditó que éste procedimiento fuera dañoso para el contribuyente.

Sobre estos aspectos, nuevamente viene en auxilio el mencionado Sacha Calmón, para seguir con el examen comparativo : "...*La inmunidad es objetiva. Vale decir, el libro, el jornal, el periódico y el papel de impresión (subrayo) están inmunes a los impuestos..*" Importados, no pagan impuesto de importación, el ICM (equivalente al IVA) y el IPI (equivalente al Impuesto Selectivo al Consumo). Exportados no pagan ningún impuesto. En el país están libres del IPI y del ICM que gravan el producto industrializado y la circulación de mercaderías y servicios (relativos al tema que nos ocupa, agregó). Mas los lucros de las editoras y las empresas periodísticas parecen sujetos al Impuesto a la Renta. El ISS (Impuesto sobre los servicios, de competencia municipal en aquél país), en tesis, alcanza los recursos de la publicidad que contienen (esos medios de prensa, decimos)...." (página 378, misma obra).

El "papel de impresión", ni los materiales e insumos, tampoco están beneficiados por la inmunidad absoluta del art. 83, ni por las exoneraciones previstas en leyes número 6 del 27 de junio del año 1991 (derogado), 22 del 6 de agosto de 1.992, derogado por ley 94 del 24 de diciembre de 1.992 y la ley 1.450/99 que "modifica y amplía la ley 22/92"(El parlamento nacional no se percató, dicho sea de paso, que la ley 22 "*modificada*" por la ley 1.450, unos meses antes ya lo había derogado expresamente !!!), para el supuesto de producir "*las publicaciones...*", porque tanto la normativa constitucional, así como éstas leyes , vinculan el beneficio —sea inmunidad, sea exoneración— al hecho objetivo de la "importación" de solamente libros, periódicos y revistas, con excepción de los pornográficos(artículo lo.), o de solamente "*la comercialización*" de los mismos artículos citados con más los "*cuadernos de producción nacional y toda publicación impresa o gráfica, tanto los de producción nacional como los importados, destinados a la difusión cultural y la educación, con excepción de los pornográficos..*".

Evidentemente los ciudadanos convencionales constituyentes pudieron tener las mejores intenciones para proteger las formas externas de difusión de la cultura y la educación, pero no se percataron que un modo sutil de entorpecer la libertad de prensa es, a veces, el uso

perverso de la tributación y mecanismos de manipulación política incidente sobre los medios que lo producen, y además, si el postulado que se intenta incentivar es la difusión de la cultura y la educación, no se advierte cómo se accederá de modo barato a las publicaciones, si en las etapas anteriores a la edición de los materiales se grava con tributos tanto la importación como la adquisición local de materias primas, insumos y servicios. Conste que por el art. 11 de la ley 24/91 se exonera de todo impuesto la compra de insumos destinados a la fabricación de solamente “libros”, lo cual obviamente no alcanza a los otros medios de difusión cultural, como las revistas y periódicos, discriminación inaceptable entre iguales.

La ley 1450/99 solamente exonera de los “tributos aduaneros” la importación de libros, periódicos y revistas. El artículo 4º del Código Aduanero conceptúa dicha expresión como comprensiva de todo gravamen a ser percibido en ocasión del despacho respectivo, lo que explica que ello supone exención del IVA y el Selectivo al Consumo. El beneficio implica perdón de tasas, contribuciones e impuestos incidentes sobre la operación, porque la norma habla del género “tributo”.

Esta ley, a su vez, desgrava de los “tributos internos” (IVA) los mismos artículos citados, con el alcance de comprender también las tres categorías tributarias citadas precedentemente.

Que, a diferencia de la norma constitucional brasileña transcrita, el art. 83 no solamente incorpora prohibición constitucional de gravar “las publicaciones”, sino incluso dicha prohibición comprende: a) “los objetos que posean valor significativo para la difusión cultural y para la educación...”.

Puede pensarse que ésta expresión es comprensiva de los “bienes del activo fijo” (maquinarias, equipos, etc) pero no es así, porque la incorporación de éstos últimos se logra mediante los incentivos de la ley 60/90, considerando que la actividad periodística es “industria”. En consecuencia, “los objetos” al que alude la norma hacen referencia a “los discos, slides didácticos, cintas grabadas (videocasetes), los programas científicos de todo tipo a través de televi-

sión a cabo, los filmes culturales didácticos, los audiovisuales”, etc., según acertada opinión del mismo Sacha Calmón, porque tales “*objetos*” constituyen “*vehículos continente*”, portadores de información que sirvan para la cultura, agregó. De esto se infiere que “*los objetos*” no están referidos a los bienes del activo fijo (maquinarias, equipos, etc.) de la empresa editora, tales como los señalados en el cuestionario inicial de este voto, ni los insumos (papel, tinta, etc.; b) y “*las actividades...- también -de valor significativo para la difusión cultural y para la educación...-*”- que constituye descripción comprensiva de cualquier “*actividad*” enderezada a enriquecer el arte y la cultura nacional, entre los cuales están el teatro, la pintura, conferencias, la música, etc. Lamentablemente la ley No.1.450/99 no se ocupó de estos temas, pero por la vía de la inmunidad fiscal apuntada la cuestión está resuelta, en el sentido de la inexistencia de impuestos. La mala redacción de la normativa constitucional, sin embargo, puede llevar a sostener, a mi juicio, equivocadamente, que únicamente las “*actividades*” serían no tributadas, pero en cambio, los ingresos generados sí, lo que me parece un absurdo completo, dado que la “*actividad*” carece de relevancia tributaria, por ser concepto neutral por ausencia de expresiones de capacidad contributiva. Lo ideal hubiera sido que la norma se expidiera respecto de lo que surge de bueno o malo del quehacer artístico o cultural en concepto de capacidad contributiva. Bien se ha sostenido en la Cátedra de Derecho Tributario que si la ley grava la “*actividad*”, no habría incentivo para trabajar. Si la “*actividad*” es inmune - que es lo principal- su consecuencia, el ingreso positivo o negativo, pasa a ser irrelevante desde el plano tributario, por ser el accesorio. Esto lo señalamos fuera de contexto, y al sólo efecto referencial, y salvo que situaciones particulares ameriten otra solución.

Que, por otra parte, y esto señalamos al solo efecto ilustrativo, la orden es no cobrar “*impuestos*” sobre los bienes enumerados en el precitado artículo 83, lo que implica que no comprende lo relativo a las otras categorías tributarias, como lo son las tasas y las contribuciones.

La frase que sigue a la expresión “*La ley reglamentará estas exoneraciones...*” y que dice: “*...y establecerá un régimen de estímu-*

lo para la introducción e incorporación al país de los elementos (subrayo) necesarios para el ejercicio de las artes y de la investigación científica y tecnológica, así como para su difusión en el país y en el extranjero..." implica dos consecuencias jurídicas: a) Que la incorporación de estos bienes con exoneración sólo corresponderá mediando ley reglamentaria, porque así se expresa el dispositivo, y porque los "estímulos" de carácter impositivo constituyen liberalidades tributarias; b) En cambio los "elementos" con igual finalidad de origen nacional, aparentemente no tendrían idéntico beneficio, criterio que no compartimos, siendo que la incorporación de capitales puede ser de origen extranjero como nacional. Menos mal que la ley 60/90 autoriza ambas, con lo cual la cuestión está zanjada. Esto lo señalamos ante la evidencia que la Ley 1.450/99 no se ha ocupado de reglamentar expresamente este aspecto del imperativo programático constitucional señalado, tanto para la importación como para la compra local de dichos "elementos", concepto genérico que permite inferir referido a bienes del activo fijo necesarios para la producción de los medios de difusión cultural o educacional del que se ocupa la normativa contenida en el expresado artículo 83.

Esta disposición constitucional relativa al tratamiento impositivo de los medios de difusión de la cultura tiene correspondencia con los artículos 9, deber del estado de proteger la libertad, 24, garantía de la libertad religiosa e ideológica, 25, libre expresión de la personalidad, 26, libertad de expresión y de prensa, 27, el empleo de los medios masivos de comunicación social y garantía del pluralismo informativo, 28, derecho a informarse, 29, libertad de ejercicio del periodismo, 31, acceso democrático y pluralista a los medios de comunicación social del estado, etc., etc.

Resta comentar el art. 27 de la Constitución en la parte relativa a la prohibición de "toda práctica discriminatoria en la provisión de los insumos para la prensa.". Esto no hace relación a la cuestión tributaria, sino a mecanismos políticos de sujeción de la prensa a través del control del mercado de provisión de insumos a los medios

de difusión Tiene vinculación con hechos y no con el derecho aplicable, como el presente caso, donde se trata de establecer el sentido y alcance de dos normas básicas: el art. 83 de la Constitución y la ley N° 1450/99. Y agregó: para acreditar el trato discriminatorio con consecuencias tributarias en el orden interno, se deben exponer hechos de uno y otro para contrastarlos y valorarlos, lo que posibilitará encontrar, si hay, la diferencia de trato pretendido. Por lo demás, la alegación de que los libros, revistas y periódicos extranjeros ingresan al país sin pagar IVA, ello es igual al trato dispensado a idénticos materiales de producción nacional, dado que en ambos casos reciben idéntica solución fiscal. Lo que sí habrá de averiguar es si con motivo de la producción respectiva en el país de origen, cuál es el trato tributario dispensado a los insumos, materias primas, servicios, etc. para establecer si existen o no asimetrías en el ramo, que de pertenecer al ámbito del MERCOSUR, posibilite la oportuna corrección de los factores negativos mediante negociaciones tendientes a armonizar el sistema tributario integrado y globalizado, de suerte a evitar competencias económicas perjudiciales a la prensa de un país miembro.

Una última cuestión resta considerar, y lo decimos a simple título académico, en lo relativo al retiro legal del beneficio fiscal cuando se trata de publicaciones pornográficas, materializado en la ley N° 1450/99 y normas antecedentes, que como consecuencia de ello, resultan tributadas. La Constitución las concede, pero la ley las retira. Lo que sigue sobre el particular carece de relevancia en el presente caso, pero ya que se analizó el alcance del art. 83, por razones meramente didácticas es dable señalar que si la norma principal decretó la inmunidad fiscal para todas las "publicaciones", sin distinción alguna – donde la ley no distingue, no debemos distinguir, dice un aforismo – mal pudo la innecesaria ley reglamentaria excluir donde no se excluyó (El Congreso se atribuyó competencia tributaria que la Constitución le retiró y, la ley pudo más que la Constitución). Nuevamente Ives Gandra Da Silva Martins en obra citada, al comentar un decisorio judicial de su país nos dice: "*Lo que, mientras tanto, cabe resaltar es que siendo la inmunidad garantía fundamental para la libertad de expresión escrita, siendo, por lo tanto, una inmunidad objetiva, en función de los vehículos y no de la intención con que son emitidos, el subjetivo argumento del preclaro juzgador no encuentra*

cualquier respaldo en la mejor doctrina, esto porque, pretende transformar una clara y objetiva inmunidad en una inmunidad subjetiva, fundada en criterios personales de juzgar lo que sea cultura, educación y las técnicas de enseñanza para la formación de la juventud...la publicación, cualquiera sea su contenido, no tiene por fin la disputa inmediata del mercado. Difundir ideas, sí, pero comercialmente. El mercado, para que sean las ideas difundidas, es siempre un mercado a ser disputado.... Los jornales de la "prensa marrón" disputan un mercado de personas que se deleitan con los escándalos. Las revistas "gays" del país disputan el mercado homosexual. Las revistas pornográficas disputan el mercado de los lujuriosos. Las revistas policiales el mercado de los que gustan de violencia. Ninguna de esas publicaciones tiene por objetivo la difusión de cualquier idea, ni procuran implantar cualquier mentalidad sana. Deforman y no forman. Adulteran la realidad y no informan. Y están garantizadas por la inmunidad, como simples vehículos de la libertad de expresión, a pesar de tener por objetivo exclusivo el "mercado patológico" de la sociedad...La jurisprudencia, inclusive, tiene entendido que los anuncios y la publicidad revestidos de tales vehículos deformadores son también, constitucionalmente, inmunes. No sufren cualquier incidencia del impuesto sobre servicios de cualquier naturaleza, en interpretación considerada extensiva y ofrecida por la Corte Suprema de Justicia..."(página 146/147). A estas expresiones agrega el tantas veces citado Sacha Calmón: "Deben los jueces actuar con cautela para constituirse en censores. Con sustento en el soporte axiológico de la inmunidad, se tiene propagado que libros eróticos (y el clásico Kama Sutra lo es) las revistas de nudismo, los libros considerados perniciosos, no gozan de la inmunidad ni los simplemente informativos, como catálogos y los propagandísticos. Los que transmiten "malas costumbres" o "ideologías exóticas" también estarían fuera de la inmunidad. Estamos en el campo predilecto del subjetivismo doctrinario y jurisprudencial....Pues bien, con esto se infantiliza a la ciudadanía y se delega a los jueces el papel de censores...", campo en el cual nunca habrá decisión acorde con la voluntad suprema de la Constitución, agregó.

Que, en conclusión:

1. El artículo 83 de la Constitución ha desprovisto de competencia jurídica al Congreso para legislar respecto del trato tributario a dispensar a "*los objetos, publicaciones y las actividades de valor significativo para la difusión cultural*". La norma es autosuficiente para ello. Si ha establecido norma programática respecto de los "*elementos*" necesarios para la producción respectiva, al disponer: LA LEY REGLAMENTARÁ ESTAS EXONERACIONES y establecerá un régimen de estímulo para la introducción e incorporación al país de los elementos necesarios para el ejercicio de las artes y de la investigación científica y tecnológica, así como para su difusión en el país y en el extranjero", y la norma reglamentaria es la Ley No.60/90, cuya aplicación o amparo puede ser solicitado al efecto.
2. El artículo 83 consagra prohibición absoluta de gravar con impuestos tales medios de publicación(diarios, revistas, etc.) En consecuencia, las leyes que se dictaron con el propósito de "*reglamentarlas*", son innecesarias, salvo en lo relativo a lo dispuesto en el segundo párrafo del mencionado artículo constitucional.
3. La importación o compra local de bienes del activo fijo, no están beneficiadas con la inmunidad constitucional señalada, porque el privilegio es sobre la cosa y no en relación a la persona. Si el interesado puede acceder a la exención por la vía de la protección concedida por Ley No.60/90, porque la actividad periodística es considerada "*industria*".
4. La importación o compra local de insumos (salvo para libros, por tener ley especial)y materia prima, así como de servicios, no están alcanzadas por la inmunidad, ni por la exoneración, por la misma razón jurídica expuesta en párrafos precedentes.
5. El IVA abonado por la empresa editora con motivo de las compras del exterior, o en el territorio nacional, no se recupera mediante compensación entre crédito y débito , sino mediante gastos deducibles en el balance impositivo del impuesto a la renta, porque constituyen costos operativos, según lo autoriza el artículo 8º in fine concordante con el art. 87 de la ley N° 125/92.

6. Las utilidades obtenidas por la empresa editora por el hecho de producir y comercializar los objetos y las publicaciones, están alcanzadas por el impuesto a la renta.
7. Las actividades culturales o educativas no deben tributar el impuesto a la renta e IVA sobre sus beneficios o ingresos.

9. INDISPONIBILIDAD EXCLUYENTE DE LOS RECURSOS MUNICIPALES

El Art. 170 de la Constitución consagra la protección de los recursos municipales al disponer que “*ninguna institución del Estado, ente autónomo, autárquico o descentralizado podrá apropiarse de ingresos o rentas de las municipalidades...*”, con lo cual el Art. 13 de la 1294/87 Orgánica Municipal adquirió jerarquía constitucional.

La disposición suprema que nos ocupa es apenas declamatoria al no haber descripto cuales son los “*ingresos o rentas*” municipales de afectación exclusiva en su beneficio, salvo el impuesto inmobiliario, porque estos recursos están expresamente mencionados en la carta fundamental (Art. 169), con lo cual queda al arbitrio del legislador conceder, sustraer o modificar —leyes de por medio—, lo que corresponde al municipio. Sucede esto porque la norma constitucional omitió detallar los genuinos recursos tributarios municipales, como serían las patentes municipales, algunas tasas y contribuciones. En los regímenes constitucionales de los países con estructura federal, la afectación de recursos tributarios es detallada y específica en lo que respecta a la atribución de competencia a cada segmento del poder público (Estado, Provincias, Municipios). La omisión constitucional mencionada, hace que el legislador, finalmente, retenga aún el poder de autorizar la creación, supresión, o modificación de los tributos municipales, salvo lo referente a la “*regulación del monto de las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados*” (Art. 168 num. 5°), cuya fijación la constitución delega en los municipios, sin que ello implique autorización para que éstos puedan crearlos o derogarlos, y el impuesto inmobiliario y sus adicionales, en la forma expuesta.

Lo apuntado hasta aquí tiene relevancia ante el hecho comprobado que la burocracia legislativa permite la vigencia de leyes tributarias municipales obsoletas (numero 620/76, 881/81) que no se actualizan convenientemente, posibilitando ello, que el mesianismo legislativo municipal se extralimite en sus facultades dictando ordenanzas inconstitucionales, que no respetan el principio de legalidad formal y material, creando nuevos gravámenes o aumentando la tasa impositiva prevista en las leyes citadas, constituyéndose de hecho en un poder legislativo nacional paralelo. Los Arts. 44 y 179 de la C.N., concordantes con el Art. 202 num. 4, confieren al Congreso Nacional la facultad exclusiva y excluyente de "...legislar en materia tributaria...", lo que implica que la junta municipal ni la junta departamental tienen competencia constitucional para establecer tributos, pese a lo cual, siguen legislando con grave exceso o violación de las delimitadas competencias recibidas de la carta magna. Lo expresado tiene relevancia en cuanto es posible aventurar la hipótesis de conflictos de competencia derivados del hecho probable de que uno y otro órgano, el parlamento o la junta municipal, estén materializando "transferencias" de recursos o rentas entre uno y otro.

Otra conclusión que surge de lo expuesto hasta aquí es que; si se pretendió proteger constitucionalmente los recursos municipales (que lamentablemente no fueron detallados), ello también obligaba a delinear qué tributos correspondía al Estado y al Gobierno Departamental, todo lo cual hubiera resuelto, desde la perspectiva exclusivamente constitucional, esa ausencia de mensura o medición del área de competencia tributaria que a cada estamento administrativo de poder corresponde, con el consecuente retiro de toda atribución jurídica-legislativa tendiente a afectar lo que no corresponde a favor o en contra.

10. INMUNIDAD RECÍPROCA ENTRE ENTES PÚBLICOS

Este es un principio constitucional de carácter tributario consagrado por la doctrina y jurisprudencia americana y brasileña.

Debe distinguirse el supuesto en que el ente público es deudor del tributo por cuenta propia de aquel en que lo es por deuda ajena.

En el primer caso, tenemos por ejemplo, que las leyes tributarias municipales no contemplan perdón fiscal del impuesto a la construcción para el caso que un organismo del Poder Central edifique, como sucedió cuando el Poder Judicial quiso construir el Palacio de Justicia de la ciudad de San Juan Bautista de las Misiones, ocasión en que el municipio local pretendió percibir dicho gravamen. Anécdotas parecidas abundan, porque la Constitución vigente omitió resolver expresamente la cuestión mediante una cláusula denominada "Inmunidad Recíproca" -que tiene sus orígenes en los Estados Unidos de América como se expone más adelante-, entre los niveles de poder público (Poder Central, Departamental o Municipal) dado que por el Art. 1º de la C.N., el Estado Paraguayo es "...unitario, indivisible y descentralizado en la forma en que establecen esta Constitución y las leyes...", lo que implica la impropiedad de pretender gravar con impuestos municipales al Estado, o viceversa.

El municipio, o la gobernación, constituyen parte del Estado, son uno y trino, y solamente al efecto de descentralizar la prestación de los servicios imprescindible deben su existencia material.

En el segundo caso planteado, no sucede lo mismo, pues el órgano público actúa como agente responsable de la percepción de tributos por deuda ajena, como sería en los impuestos indirectos (I.V.A.).

Las afirmaciones precedentes excluyen la hipótesis de las empresas públicas, dado que ellas actúan en el campo del derecho privado, si bien internamente se manejan bajo la órbita del derecho administrativo, por cuyos servicios o productos perciben "precio público" y no tributos, ingresos generadores de renta gravada, motivo por el cual son sujetos pasivos de todas las obligaciones tributarias vigentes en el país.

11. CONCLUSIÓN GENERAL

El trabajo se ha centrado en el examen crítico de la dispersa, desordenada, incompleta, y a veces contradictoria normativa tributaria de orden constitucional, con el sano propósito de ponerlo a consideración del intelecto jurídico de la nación con vistas a una urgente reforma en la materia, la que debe propender al establecimiento de un capítulo especial en la misma, contemplando todos los supuestos posibles de modo sistemático y armónico, teniendo en cuenta la realidad nacional. Obviamente el análisis no agota el tema tratado, pero sin duda alguna se ha pretendido presentarlo con la mayor objetividad posible, con el sano propósito de generar actitudes controvertidas que incentiven el debate al respecto, pues también por licencia constitucional la crítica a las leyes es libre.

BIBLIOGRAFÍA

- BALEEIRO, Aliomar, *Limitaciones Constitucionales al Poder de Tributar*, 5ª Editora Forense, Río de Janeiro, 1977.
- JARACH, Dino, *El Hecho Imponible*, Bs. As., 1943.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *El Poder Impositivo y la Libertad Individual*, Edit. Alfa, Bs. As., 1950.
- ROTHMANN, Gerd Willi, *En Derecho Tributario, bajo la dirección y colaboración del Prof. Dr. Ruy Barbosa Nogueira*, Edit. José Bushatsky, S. Pablo, Brasil, 1973.
- FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público*, Edit. Astrea, Bs. As., Argentina, 1981.
- KIRCHHOF, P. y Otros, *Garantías Constitucionales del Contribuyente*, Edit. Tirant lo Blanch, 2ª Edic., Valencia, España, 1999.
- ANDREOZZI, Manuel. *Derecho Tributario Argentino*, Bs. As., 1.951, Tomo II.
- Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Editorial Cangallo S.A.C.I., Bs. As., 1993, pág. 328.
- CASÁS, José Osvaldo, *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*, Ediciones Depalma, Bs. As., 1.992.
- Garantías Constitucionales de los Contribuyentes*, Edit. El Constitucionalista, 1.994, Asunción.
- FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público*, Astrea, Bs. As., 1981.
- Limitaciones Constitucionales al Poder de Tributar*, Editora Forense, Río de Janeiro, 1.977.
- Garantías Constitucionales de los Contribuyentes*, Asunción, 1.994.
- NAVARRO COELHO, Sacha Calmón, *Comentarios a la Constitución de 1.988*.

DA SILVA MARTINS, GANDRA, Ives, *Derecho Constitucional Tributario*, Edit. CEJUP, Belen, Brasil, Segunda Ed., 1985.

LLORET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso Penal Comentado*, Edit. UCI, México.

BARBOSA NOGUEIRA, Ruy, *Dereito Tributario*, Edit. José Bushatsky, S. Pablo, Brasil, 1973.

FUEROS O INMUNIDADES PARLAMENTARIOS

Rodrigo Campos Cervera

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. FUEROS O INMUNIDADES PARLAMENTARIOS. 2. ANTECEDENTES NACIONALES. 3. INMUNIDADES PARLAMENTARIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO Y EN LA DOCTRINA. 4. INMUNIDAD PARLAMENTARIA. ORIGEN HISTÓRICO Y CUESTIONAMIENTO DOCTRINARIO. 5. CONCEPTO DE LOS FUEROS PARLAMENTARIOS. 6. NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE, SEGÚN LA DOCTRINA Y EL DERECHO PRETORIANO. 7. LOS FUEROS O INMUNIDADES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PARAGUAYO. 8. DESAFUERO. NATURALEZA Y EFECTOS. 9. FUEROS DE SUPLENTE Y DE SENADORES VITALICIOS. 10. CONCLUSIONES.

FUEROS O INMUNIDADES PARLAMENTARIOS

Rodrigo Campos Cervera

1. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar propiamente en el tema que nos ocupa, comentamos someramente el contenido ideológico de las distintas constituciones paraguayas históricas y la vigente, plexo donde se insertan las disposiciones pertinentes sobre los fueros o inmunidades.

En el Paraguay, la primera manifestación de un sistema, todavía precario, de distribución o reparto de competencias políticas, fue la "Ley que establece la administración política de la República del Paraguay, y demás que en ella se contiene", llamada también, impropia, "Constitución" de Don Carlos Antonio López o "Constitución" del 44. Esta calificación dista mucho de merecerla de acuerdo con las acertadas críticas de Juan Bautista Alberdi¹, que se expresan en su libro *Bases 1. Observaciones que la desvitalizan como Constitución y la muestra más bien como una antítesis y un contra-sentido constitucional*. Asimismo, más de medio siglo antes, la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 estableció que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada **NO TIENE CONSTITUCIÓN**.

En los Títulos II y III, de la "Constitución" del 44, referidos al Congreso, a su composición, funcionamiento y atribuciones, no se encuentra una sola mención sobre las inmunidades o fueros que pudieran garantizar la independencia del órgano legislativo.

El 15 de agosto de 1870 se inicia con cincuenta convencionales la Convención Constituyente, que fue, a nuestro criterio, la Cons-

¹ Juan Bautista Alberdi, *Bases 1*, pp. 48 y sgtes.

tituyente originaria o primigenia que sanciona, al cabo de 71 sesiones, el 18 de noviembre de 1870, la primera Constitución paraguaya que organiza el Estado y lo estructura de acuerdo con los principios que informan la corriente en boga del constitucionalismo liberal y democrático.

Esta Constitución mereció críticas por cuanto que, al tiempo de su elaboración y sanción, los vencedores de la guerra inicua sostenida contra el Paraguay acampaban todavía en la Capital y los convencionales debían soportar la presión de esa injusta y oprobiosa situación.

Sin embargo, el contenido no puede ser objeto de críticas en cuanto a valores y principios que hacen valiosa una Constitución material merecedora de ese calificativo, al establecer el marco preciso que limita las atribuciones de los distintos órganos del Estado y tutela la libertad de las personas. Ninguna observación seria puede hacerse en contra de su texto, que establece el principio de la división de los poderes como tutela de la libertad, asegura con énfasis los derechos y garantías de las personas, condena enérgicamente la dictadura, la declara nula e inadmisibles y sujeta a la "responsabilidad y pena de infames traidores a la patria", a "quienes la formulen, consientan o firmen". (art. 13 C. P. de 1870).

La constancia de su bondad puede observarse en el amplio espacio temporal de 70 años que rigió, desde su sanción hasta el término de su vigencia en 1940.

La Constitución de 1870 dedica al tema que nos ocupa los artículos 63, 64 y 65 que, respectivamente, establecen:

Art. 63: Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita, desempeñando su mandato de Legislador.

Art. 64: Ningún Senador o Diputado desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, excepto en caso de ser sorprendido en crimen infraganti, que merezca pena infamante, dando en se-

guida cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

Art. 65: *Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias (sic) contra cualquier Senador o Diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara con dos tercios de votos suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del Juez competente para su juzgamiento.*

La llamada "Constitución" del 40, cuya justa y válida denominación es la de Carta Política, por cuanto que la misma no fue producto de una Asamblea Constituyente, sino impuesta por Decreto Ley N° 2242 del 10 de julio de dicho año fue objeto de numerosas y acertadas críticas en cuanto a su contenido y al sesgo cuasi totalitario, producto de la influencia de las ideas entonces predominantes en vastas áreas del mundo.

La Cámara de Representante fungía como órgano legislativo con manifiestas debilidades frente al Poder Ejecutivo que podía disolverlo, decretar el Estado de Sitio, convertir en leyes los proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo y no tratados oportunamente por la Cámara de Representantes; dictar Decretos con fuerza de ley durante el receso parlamentario, entre otros. No obstante, se protegió el funcionamiento del órgano legislativo unicameral con las inmunidades establecidas en el art. 74 que expresa: *Ningún Representante puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones que emita en el desempeño de su mandato de legislador. Desde el día de su elección hasta el de su cese, no puede ser arrestado, excepto en caso de ser sorprendido en delito infraganti. Cuando se forme proceso ante la justicia ordinaria contra cualquier Representante y hubiese lugar a dictar auto de prisión preventiva contra el mismo, la Cámara, con dos tercios de votos, podrá suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición de la justicia para su juzgamiento.*

La Constitución de 1967

La convocación a elecciones de convencionales, según la Ley N° 1198, se realizó bajo el régimen del perverso estatuto electoral, a la sazón vigente, que adjudicaba dos tercios a la mayoría y el tercio restante, proporcionalmente, a las minorías. De los 120 convencionales, 80 fueron del Partido oficialista Colorado, 29 del Partido Liberal Radical, 8 del Partido Liberal, y 3 del Partido Revolucionario Febrerista. Las discusiones en el plenario fueron libres y sin censuras, pero los argumentos, provenientes de la oposición sobre temas capitales, por más validos que fueran, no tuvieron la fuerza para desarmar el voto regimentado de la mayoría que arrollaba, con lo que se denominó, entonces, la “aplanadora oficialista”.

La elaboración de la Ley Suprema reunió formalmente las condiciones de una Constitución válida al sustanciarse bajo las previsiones exigidas para la reforma de la Carta Política de 1940 (art. 94).

Si a la Constitución de 1870 se la criticó por haberse elaborado bajo la presencia de las carpas de los entonces enemigos de la Triple Alianza, el reproche a la Constitución de 1967 debe ser más severo porque la presión no la ejercieron países extraños, sino que surgía de un autoritarismo nativo, con ribetes de dictadura, que mantenía a centenares de paraguayos presos, torturados, confinados o extrañados, incluso muchos de ellos muertos en vandálicas persecuciones.

Entre los engañosos argumentos políticos esgrimidos para que la oposición participara en la elaboración de la nueva Constitución, integrando la Convención Nacional Constituyente, fue el de eliminar los gruesos vicios de la Carta Política del 40, criticada con rigor y justicia en su momento, por intelectuales, políticos, catedráticos, etc. sin distinción de banderías políticas. Se sostenía entonces que la reforma total de dicha Carta habría de inaugurar un nuevo marco constitucional que aseguraría la convivencia pacífica y democrática, mediante instituciones sólidas y funcionantes.

Esta propaganda engañosa cautivó a la oposición, que, por ingenuidad política explicable, pero no justificable, participó sin advertir que el principal interés que alentó la reforma de la Carta Política del 40 fue el de remover el obstáculo constitucional que impedía la reelección de Stroessner en el año siguiente, de 1968.

La Constitución sancionada mostró la falacia de los argumentos utilizados para que la oposición participara y legitimara la nueva Constitución, ya que mantuvo los mismos vicios autoritarios de la Carta Política del 40, manifestados, entre otros, por la atribución del Ejecutivo de disolver el Congreso (art. 182), dictar el Estado de Sitio (art.181) baldar la independencia del Poder Judicial mediante el sistema de designación y duración de mandatos (art.180 inc.8) y dictar decretos con fuerza de ley (art. 183). Caracteres éstos que permitieron el atinado juicio del eminente constitucionalista Justo Prieto (h), al definir el contenido de la Constitución de 1967 como "Estado peligroso", "entre otros, por la concentración de poderes en el Ejecutivo, la configuración del hombre providencial como fuentes de la dictadura y de la violación de los derechos humanos"².

En cierta oportunidad nos permitimos caracterizar la Constitución de 1967 como democrática en la parte dogmática, y autocrática en la parte orgánica, dado que los valiosos derechos y garantías establecidos en la parte dogmática tenían poca o ninguna vigencia a través del perverso diseño de la parte orgánica que concedía al Poder Ejecutivo las autocráticas atribuciones señaladas.

En 1977 se convocó a una Convención Constituyente, exclusivamente, para modificar el art. 173 de la Constitución de 1967 que permitiese la reelección indefinida o vitaliciado de Stroessner. Así lo hicieron.

El art. 142 de la Constitución de 1967, que establece las inmunidades de los miembros del Congreso, dice: "Ningún miembro del Congreso puede ser acusado ni interrogado judicialmente por las

² Justo José Prieto, *Constitución y régimen político en el Paraguay*, pp. 174 y sgtes.

opiniones que emita en el desempeño de sus funciones de legislador. Desde el día de su elección hasta el de su cesamiento, ningún Senador o Diputado podrá ser detenido salvo que fuere hallado en flagrante delito. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta inmediata del hecho a la Cámara respectiva, y remitirá los antecedentes a la justicia ordinaria. Si esta le formare proceso por ese u otro hecho delictuoso, y hubiere lugar al auto de prisión, el juez de la causa, antes de dictarlo, informará a la misma Cámara que, con dos tercios de votos, suspenderá al acusado y lo pondrá a disposición de aquel”.

La Constitución paraguaya vigente (1991 / 1992)

La Asamblea Nacional en 1991 declaró la necesidad de la reforma total de la Constitución de 1967, y de la enmienda del 25 de marzo de 1977.

La Constitución vigente, a nuestro juicio, representa, a pesar de sus defectos, la más elevada expresión de una Constitución moderna, valiosa y democrática, que supera a todos los precedentes anteriores, por su contenido; por la participación pluralista de convencionales; la altura de los debates y la enjundia de muchos de sus autores.

La primera virtud que revela esta Constitución es la de haber eliminado todos los resortes autocráticos creados por la Carta Política del 40, repetidos, perversamente, en la Constitución de 1967. Caracteres que ya mencionamos y se resumían en la atinada calificación de Prieto como “Estado peligroso”.

Por otra parte, la Constitución vigente consagró principios básicos, preteridos en la Constitución anterior al establecer el “Estado social de derecho”; las garantías constitucionales en el proceso penal, que permitieron sustituir la odiosa situación que admitía, fácticamente, que la iniciación del proceso fuera ya la condena, por la tesis GARANTISTA de la “inocencia presunta” y del “debido proceso”; afianzo la garantía a la libertad de expresión, de prensa y al derecho a la información irrestricta como réplica a la época anterior, signada por la censura y la inicua clausura de periódicos y radios; la descen-

tralización, que sustituyó la concentración de Poder en el Ejecutivo, a través de modificaciones en el plano institucional y formal. Las reformas en el Poder Legislativo, que pueden resumirse en reivindicaciones de preceptos establecidos en la Constitución primigenia de 1870, que fueron conculcados en la Carta Política del 40 y en la Constitución de 1967, referidos a la autonomía funcional del Poder Legislativo; al restablecimiento del Juicio Político; a la citación e interpelación de funcionarios; el dictamento del Estado de excepción, así mismo las innovaciones tales como la reunión en Congreso; la creación de Comisiones de investigación, cuyo manejo ordenado, objetivo y prudente son de valiosa ayuda para el control de los asuntos de interés público y de la conducta de los miembros del Congreso. Otras muchas referidas al proceso de formación y sanción de las leyes, a la independencia del Poder Judicial; liberado del sometimiento anterior al Poder Ejecutivo, mediante el sistema de elección, la inamovilidad de sus miembros y la autarquía presupuestaria del órgano institución, preceptos que, lamentablemente, pueden desconocerse y se desconocen a través de un proceso de desconstitucionalización³.

Igualmente ponemos de relieve otras importantes innovaciones consagradas en la Constitución paraguaya vigente, como la Contraloría General de la República; la Defensoría del Pueblo; defensa de los intereses difusos; la responsabilidad del funcionario público; la incorporación de modelos de la democracia semi directa; la iniciativa popular y el referéndum; la institucionalización de las Fuerzas Públicas con carácter nacional y la prohibición a sus integrantes de afiliarse a partidos políticos o realizar actividades partidarias, principios establecidos como categórico mentís a la práctica aberrante de exigir la afiliación al partido gobernante, a militares y policías, para completar la conjunción totalitaria y morbosa de la identificación de gobierno, partido y FF.AA., que predominó por décadas en el periodo autocrático.

Nos hemos extendido más de lo pensado sobre el contenido de la Constitución vigente, a pesar de no referirse a los temas puntua-

³ Rodrigo Campos Cervera, "Alcance de la reforma del Poder Legislativo en la Constitución de 1992"; *Comentario a la Constitución*, pp. 255 al 293.

les que abordamos en esta entrega. No obstante, hemos creído conveniente hacerlo porque se escuchan muchas críticas, algunas muy bien fundamentadas y válidas, pero otras no, ya que devienen de intereses personales o de círculos al promover la necesidad de la reforma de la Constitución para adecuarla más bien a beneficios sectoriales o coyunturales, incluso en perjuicio de los del país.

Deseamos terminar esta última reflexión con el pensamiento de un jurista estudioso del derecho y la filosofía, el recordado amigo Oscar Paciello, quien, respecto a esta cuestión, manifestó cuanto sigue: “Una cultura política modelada en el autoritarismo, evidentemente que no puede, de buenas a primeras, valorar ni apreciar lo positivo del cambio. Es así que no pocos incautos se lanzan a menesteres nada plausibles como el vituperio o la crítica a la Constitución, peticionando su reforma antes que insistir, honradamente, en su estricto cumplimiento⁴”.

La Constitución vigente preceptúa en el art. 191 cuanto sigue: *De las inmunidades*. “Ningún miembro del Congreso podrá ser acusado judicialmente por las opiniones que emita en el desempeño de sus funciones. Ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, desde el día de su elección hasta el de su cese de sus funciones, salvo que fuera hallado en flagrante delito que merezca pena corporal. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad. Cuando se formare causa contra un Senador o Diputado ante los tribunales ordinarios, el juez la comunicará, con copia de los antecedentes, a la Cámara respectiva, la cual examinará el mérito del sumario, y

⁴ Oscar Paciello Candia, “La Constitución de 1992 y las transformaciones operadas en la vida nacional”; *Comentario a la Constitución. Homenaje al 5º Aniversario*, p. 364.

por mayoría de dos tercios resolverá si hay lugar o no al desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo le suspenderá en sus fueros”.

Posteriormente haremos un estudio comparativo de las inmunidades establecidas en la Carta Política del 40 y en las Constituciones paraguayas de 1870, de 1967 y de 1992.

2. INMUNIDADES PARLAMENTARIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO Y LA DOCTRINA

Escapa al propósito de este ensayo, por la extensión que llevaría, marcar con precisión las características de las inmunidades establecidas en las Constituciones comparadas, específicamente con relación al carácter de las mismas, las consecuencias de su pérdida y el estatus del parlamentario ante la suspensión de la inmunidad o de sus funciones.

En general, todas las Constituciones de Iberoamérica y Europa, a las que accedimos, consagran las inmunidades parlamentarias que ofrecen rasgos comunes, en cuanto al carácter de derecho objetivo de las inmunidades, al ámbito de protección: opinión, detención y ante juicio y, en su gran mayoría, consagran la autonomía de las Cámaras para decidir sobre la pérdida o no de la inmunidad de sus miembros. Las divergencias se ofrecen más bien en el sistema procedimental del juzgamiento de los legisladores desaforados, por jueces o tribunales, y las causales que motivan la pérdida de la inmunidad.

Transcribimos seguidamente las disposiciones correspondientes a las inmunidades de quince constituciones de Iberoamérica y cuatro de Europa todas vigentes. Al final paramos mientes en algunos de los rasgos que ofrecen singularidad respecto de los principios comunes que gobiernan lo relativo a los fueros o inmunidades de los parlamentarios en Iberoamérica.

- Constitución de Argentina de 1994

Artículo 68.- Ninguno de los miembros del congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.

Artículo 69.- Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido *infranganti* en la ejecución de algún crimen que merezca la pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

Artículo 70.- Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento.

- Constitución de Bolivia de 1967

Artículo 51.- Los Senadores y Diputados son inviolables en todo tiempo por las opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 52.- Ningún Senador o Diputado, desde el día de su elección hasta la finalización de su mandato, sin discontinuidad, podrá ser acusado, perseguido o arrestado en ninguna materia, si la Cámara a la que pertenece no da licencia por dos tercios de votos. En materia civil no podrá ser demandado ni arraigado desde 60 días antes de la reunión del Congreso hasta el término de la distancia para que se restituya a su domicilio.

- Constitución de Brasil de 1988

Artículo 53.- Los Diputados y Senadores son inviolables por sus opiniones, palabras y votos.

1º-Desde la expedición del acta, los miembros del Congreso Nacional no podrán ser detenidos, salvo en caso de delito flagrante no

afianzable, ni procesados penalmente, sin previa licencia de su Cámara.

2°- La denegación de la petición de licencia o la ausencia de deliberación suspende la prescripción mientras dure el mandato.

3°- En el caso de delito flagrante no afianzable, los autos serán remitidos, en el plazo de veinticuatro horas, a la Cámara respectiva, para que, por el voto secreto de la mayoría de sus miembros, resuelva sobre la detención y autorice o no la instrucción de la causa.

4°- Los Diputados y Senadores serán sometidos a juicio ante el Supremo Tribunal Federal.

5°- Los Diputados y Senadores no serán obligados a declarar sobre las informaciones recibidas o prestadas en razón del ejercicio del mandato, ni sobre las personas que les facilitasen o que de ellas recibieran informaciones.

6°- La incorporación a las Fuerzas Armadas de Diputados y Senadores, aunque fuesen militares, aún en tiempo de guerra, dependerá de la licencia previa de la Cámara respectiva.

7°- Las inmunidades de los Diputados y Senadores subsistirán durante el estado de sitio, pudiendo ser suspendidas únicamente mediante el voto de dos tercios de los miembros de la Cámara respectiva, en los casos de actos practicados fuera del recinto del Congreso que sean incompatibles con la ejecución de la medida.

- Constitución de Colombia de 1991

Artículo 185.- Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

Artículo 186.- De los delitos que cometan los congresistas conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.

- Constitución de Costa Rica de 1975

Artículo 110.- El diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea. Durante las sesiones no podrá ser arrestado por causa civil, salvo autorización de la Asamblea o que el diputado lo consienta.

Desde que sea declarado electo hasta que termine su periodo legal, no podrá ser privado de su libertad por motivo penal, sino cuando previamente haya sido suspendido por la Asamblea. Esta inmunidad no surte efecto en el caso de flagrante delito, o cuando el diputado la renuncie. Sin embargo, el diputado que haya sido detenido por flagrante delito, será puesto en libertad si la Asamblea lo ordenare.

- Constitución de Chile de 1991

Artículo 58.- Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión.

Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar o formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.

En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente.

El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior.

Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador acusado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente.

- Constitución de Ecuador de 1983

Artículo 62.- Los Miembros del Congreso Nacional actuarán con sentido nacional y no podrán desempeñar ningún cargo público, a excepción de la docencia universitaria; ni ejercer su profesión durante

el periodo de sesiones del Congreso Nacional y del Plenario de las Comisiones Legislativas, en su caso. Durante el desempeño de sus funciones gozarán de inmunidad parlamentaria, salvo en el caso de delito flagrante, que deberá ser calificado por el Congreso Nacional.

- Constitución de Guatemala de 1985

Artículo 161.- Prerrogativas de los diputados. Los diputados son representantes del pueblo y dignatarios de la Nación; como garantía para el ejercicio de sus funciones gozarán, desde el día que se les declare electos, de las siguientes prerrogativas:

a) Inmunidad personal para no ser detenidos ni juzgados, si el Congreso no lo autoriza previamente y declara que ha lugar a formación de causa, salvo el caso de flagrante delito en que deberán ser puestos inmediatamente a disposición de la Junta Directiva o Comisión Permanente del Congreso par los efectos del antejuicio correspondiente; y

b) Irresponsabilidad por sus opiniones, por su iniciativa y por la manera de tratar los negocios públicos, en el desempeño de su cargo.

Todas las dependencias del Estado tienen la obligación de guardar a los diputados las consideraciones derivadas de su alta investidura. Estas prerrogativas no autorizan arbitrariedad, exceso de iniciativa personal o cualquier orden de maniobra tendientes a vulnerar el principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República. Sólo el Congreso será competente para juzgar y calificar si ha habido arbitrariedad o exceso y para imponer las sanciones disciplinarias pertinentes.

Hecha la declaración a que se refiere el inciso a) de este artículo, los acusados quedan sujetos a la jurisdicción de juez competente. Si se les decretare prisión provisional quedan suspensos en sus funciones en tanto no se revoque el auto de prisión.

En caso de sentencia condenatoria firme, el cargo quedará vacante.

- Constitución de Nicaragua de 1987

Artículo 139.- Los Representantes estarán exentos de responsabilidad por sus opiniones y votos emitidos en la Asamblea Nacional y gozan de inmunidad conforme la ley.

- Constitución de Panamá de 1983

Artículo 149.- Cinco días antes del periodo de cada legislatura, durante ésta y hasta cinco días después, los miembros de la Asamblea Legislativa gozarán de inmunidad. En dicho período no podrán ser perseguidos ni detenidos por causas penales o policivas, sin previa autorización de la Asamblea Legislativa.

Esta inmunidad no surte efecto cuando el Legislador renuncie a la misma o en caso de flagrante delito.

El Legislador podrá ser demandado civilmente, pero no podrán decretarse secuestros u otras medidas cautelares sobre su patrimonio, desde el día de su elección hasta el vencimiento de su período.

- Constitución de Perú de 1979

Artículo 176.- Los Senadores y Diputados representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo.

No son responsables ante autoridad ni tribunal alguno por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones.

No pueden ser procesados ni presos, sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante caso en el cual son puestos a disposición de su respectiva Cámara o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

- Constitución de Uruguay de 1967

Artículo 114.- Ningún Senador o Representante, desde el día de su elección hasta el de su cese, podrá ser acusado criminalmente, ni aún por delitos comunes que no sean los detallados en el artículo 93, sino ante su respectiva Cámara, la cual, por dos tercios de votos del total de sus componentes, resolverá si hay lugar a la formación de causa, y, en caso afirmativo, lo declarará suspendido en sus funciones y quedará a disposición del Tribunal competente.

- Constitución de Venezuela de 1999

Artículo 199.- Irresponsabilidad parlamentaria. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante los electores o electoras y el cuerpo legislativo de acuerdo con la Constitución y los reglamentos.

Artículo 200.- Inmunidad parlamentaria. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que comentan los y las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

Responsabilidad funcional. Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los y las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley. C. 1961, arts. 139, 143, 144. Concordancias: art. 266.

- Constitución de Alemania de 1949

Artículo 46.- (1) Los diputados no podrán en ningún momento ser sometidos a un procedimiento judicial o disciplinario ni responsabilizados en otra forma fuera del Parlamento Federal a causa de su voto o de una declaración que hicieran en el Parlamento o en una de sus comisiones. Esto no se aplicará a las ofensas calumniosas.

(2) A causa de actos sujetos a sanción penal, los diputados podrán ser responsabilizados o detenidos sólo con la autorización del Parlamento Federal, a no ser que sean detenidos en delito flagrante o en el curso del día siguiente.

(3) La autorización del Parlamento Federal es necesaria igualmente para toda otra restricción de la libertad personal de un diputado o para iniciar contra un diputado el procedimiento previsto en el artículo 18.

(4) Todo procedimiento penal y todo procedimiento basado en el artículo 18, que se hubieren iniciado contra un diputado, así como todo arresto y toda restricción de su libertad personal deberán quedar en suspenso si lo solicitare el Parlamento Federal.

- Constitución de España de 1978

Artículo 71.- 1. Los diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras.

- Constitución de Italia de 1947

Artículo 68.- Los miembros del Parlamento no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Sin autorización de la Cámara a la cual pertenece, ningún miembro del Parlamento puede ser sometido a procedimiento penal; ni puede ser arrestado o en otras formas privado de la libertad personal, o sometido a registro personal o domiciliario, salvo que sea sorprendido en el momento de cometer un delito por el cual sea obligatorio el mandato o la orden de captura.

Igual autorización es requerida para arrestar o mantener detenido a un miembro del Parlamento en ejecución de una sentencia, aún irrevocable.

- Constitución de Francia de 1958

Artículo 26.- Ningún miembro del Parlamento podrá ser procesado, perseguido, detenido, preso o juzgado por opiniones o votos que haya emitido en el ejercicio de sus funciones.

Durante los períodos de sesiones, ningún miembro del Parlamento podrá ser procesado o detenido en materia criminal o correccional sin la autorización de la Asamblea a que pertenezca, salvo en caso de flagrante delito.

Fuera de los períodos de sesiones, ningún miembro del Parlamento podrá ser detenido sin autorización de la mesa de la asamblea a que pertenezca, salvo en caso de flagrante delito, de procesamiento automatizado o de condena definitiva.

La prisión o el procesamiento de un miembro del Parlamento se suspenderá si así lo pide la asamblea a la que pertenezca.

- Constitución de Portugal de 1976

Artículo 157.- *De las inmunidades.*

1. Los Diputados no responden civil, criminal ni disciplinariamente por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.

2. Los Diputados no pueden ser oídos como declarantes ni como imputados sin autorización de la Asamblea, siendo obligatoria la decisión de autorización, en el segundo caso, cuando hubiere fuertes indicios de práctica de delito doloso al que corresponda de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años.

3. Ningún Diputado puede ser detenido ni aprehendido sin autorización de la Asamblea, excepto por delito doloso al que corresponda la pena de prisión mencionada en el apartado anterior y en caso de flagrante delito.

4. Incoado procedimiento penal contra algún Diputado y una vez acusado éste definitivamente, la Asamblea decidirá si el Diputado debe o no ser suspendido para la continuación de dicho procedimiento, siendo obligatoria la decisión de suspensión cuando se trate de delito del tipo mencionado en los apartados anteriores.

“perseguidos” según su comentarista Balladore Pallieri⁵ “*significa que los miembros del Parlamento, en el ejercicio de sus funciones, no sólo están exentos de responsabilidad penal, sino que no incurrirán tampoco en responsabilidad civil (por ej. de indemnización de daños) y menos en responsabilidad disciplinaria (si por ej. desempeñan un cargo civil o militar)*”.

3. INMUNIDAD PARLAMENTARIA. ORIGEN HISTÓRICO Y CUESTIONAMIENTO DOCTRINARIO

Desde la antigüedad se reconoce la institución de la inmunidad en favor de agentes, no precisamente parlamentarios, así encontramos uno de los más remotos antecedentes en la “Novísima Recopilación” que establecía la prerrogativa en favor de los procuradores, que no podían ser demandados ante la justicia durante el ejercicio de funciones.

El reconocimiento de la institución en el derecho constitucional comparado se inicia como una constante histórica desde el “*freedom from arrest*” en el derecho inglés plasmado en el *Bill of Rights* del 13 de febrero 1689 que dispuso “*Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento*”⁶. Estas ideas se plasman luego en la Constitución francesa de 1789 Tít. III, Cap. I, Sec. V, art. 7, que estableció: “*Los representantes de la Nación son inviolables; no pueden ser buscados, acusados ni juzgados en ningún momento por lo que hayan dicho, escrito o hecho en el ejercicio de sus funciones de representantes*”. “*Podrán por hechos criminales, ser detenidos en flagrante delito, o en virtud de una orden de arresto; pero esto deberá ponerse en conocimiento, sin demora, del Cuerpo legislativo; y la causa no podrá continuar sino después de que el Cuerpo haya decidido que hay motivo para la acusación*” (Tít. III, Cap. I, Sec. V, art. 8).

⁵ Balladore Pallieri “Diritto Contituzionale, pág. 184; citado por Dionisio Petriella; *La Constitución de la República Italiana*, p. 117.

⁶ Luis Sánchez Agesta, *Documentos Constitucionales y Textos Políticos*.

La Constitución americana de 1787/89 consagra también las inmunidades de los legisladores, pero solo limitadas a la inmunidad de arresto durante el periodo de sesiones y a la inmunidad de expresión emitida en las Cámaras. No regula la inmunidad de proceso ni el desafuero. En efecto, el artículo I, Sección 6º, párrafo primero, dice: “*Los Senadores y Representantes... en todas las circunstancias, salvo en los casos de traición, delito grave o alteración de la paz no podrán ser arrestados (be privileged from arrest) durante su asistencia al periodo de sesiones de su respectiva Cámara, ni en su traslado hacia y desde la misma...*”. La inmunidad de opinión se encuentra en la última parte del párrafo primero de la sección sexta que determina “... además no podrán ser interrogados en ningún otro lugar acerca de los discursos o debates sostenidos en cualquiera de las Cámaras⁷”.

El estatus constitucional de las inmunidades se da propiamente con el inicio del constitucionalismo liberal que representan las Constituciones de Francia y EE. UU. y, posteriormente, se trasiegan en casi todas las Constituciones del mundo.

La doctrina contemporánea no acompaña plenamente la justificación de las inmunidades, y eminentes constitucionalistas como Kelsen, Duguit y Barthelemy postulan, incluso, su desaparición⁸. Muchos doctrinarios sostienen que la inmunidad parlamentaria ha cumplido su papel histórico, preservando la independencia de los Congresos cuando la misma no estaba asegurada institucionalmente. Destacan que justamente en los países donde se inició y se desarrolló la institución se encuentra hoy en franca decadencia: Inglaterra; Estados Unidos y Francia, donde ya no se discute en la Cámara el desafuero cuando se trata de un delito grave del parlamentario. En este último país, el parlamentario que comete un delito dentro de esa calificación es procesado de inmediato y la justicia sólo da cuenta a la Cámara respectiva.

⁷ Carlos E. Colautti, *Inmunidades de los Funcionarios*, Fondo Editorial de Derecho y Economía, pp. 2 y sgtes.

⁸ Opinión extraída de Merino Merchán op. cit., p. 166.

En resumen, en doctrina se sostiene, en primer lugar, que en general la opinión pública considera que se trata de un privilegio irritante al servicio de personas; en segundo término, que puede transformarse en impunidad cuando las mayorías dominantes impiden la intervención de la justicia negando el desafuero; por último, recogiendo el criterio de Merino Merchán⁹, *“la mejor garantía contra la instrumentación política del procesamiento de los parlamentarios se encuentra en la independencia de los jueces y tribunales y en el sometimiento de todos esos poderes públicos en condiciones de igualdad a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico”*.

La doctrina concuerda respecto al mantenimiento de la inmunidad de opinión, en cuanto se refiera a expresiones de los legisladores emitidas en el seno del pleno de las Cámaras o de las Comisiones. Así también respecto a la inmunidad de detención en los casos de delitos con pena corporal leve.

4. CONCEPTO DE LOS FUEROS PARLAMENTARIOS

La palabra fuero, del latín *forum*, tiene un amplio campo de aplicación conforme lo reconoce la Real Academia Española al establecer su carácter equívoco, por cuanto que su significación se aplica a varias cosas distintas. Sin embargo, en el ámbito estrictamente jurídico, se lo consagra como inmunidad, prerrogativa o privilegio. El Diccionario Jurídico de Ameba¹⁰, expresa, entre diversas acepciones y consideraciones, que el “fuero asigna privilegios por el solo hecho de pertenecer a una jerarquía político-social determinada”.

Manuel Ossorio¹¹ reconoce la ambigüedad del vocablo al designar varias cosas diferentes, pero destaca que, en cuanto al tema que tratamos, su acepción es sinónimo de inmunidad, inviolabilidad o privilegio

⁹ Merino Merchán, p. 167 id.

¹⁰ *Diccionario Jurídico de Ameba*, p. 768.

¹¹ Manuel Ossorio *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, pp. 328 al 329, 384 al 345.

Debemos cuidar de calificar al fuero o inmunidad o prerrogativa, también como “privilegio” para evitar que se aprecie como un favor personal o protección en carácter de derecho subjetivo en beneficio de determinadas personas públicas: Senadores, Diputados, Presidente, Ministros, Ministros de Corte, etc., lo que contraría su carácter ontológico de puro derecho objetivo.

El Superior Tribunal Constitucional de España en la sentencia 90/1985 rechaza la calificación de privilegio a la inmunidad parlamentaria porque “pugnaría”, entre otras cosas, con los valores de “justicia” e “igualdad” que el art.1.1 de la C. E. reconoce como “superiores” de nuestro ordenamiento jurídico“.

El Diccionario de Ciencias Sociales¹², editado por el Instituto de Estudios Políticos de Madrid, bajo el patrocinio de la UNESCO, alude al tema pormenorizadamente en cuanto a su sentido usual, científico e histórico, y rescatamos el concepto de prerrogativa que asigna al vocablo y lo considera “Como una circunstancia aneja al desempeño de determinadas funciones de carácter público”.

Guillermo Cabanellas, al referirse a los fueros parlamentarios, los conceptúa también como sinónimos de “inmunidad e inviolabilidad” o “prerrogativa procesal de senadores y diputados que los exime de ser detenidos o presos, salvo los casos dispuestos por las leyes, y procesados o juzgados sin la expresa autorización del respectivo Cuerpo, en virtud de *desafuero* o *supplicatorio*”¹³.

5. NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE. SEGÚN LA DOCTRINA Y EL DERECHO PRETORIANO

Opinión doctrinaria

¹² *Diccionario de Ciencias Sociales*, Volumen 1. pp. 922 al 924 y Volumen 2, pp. 575 al 576.

¹³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico*, Tomo IV, pp. 123 y 427.

Los tratadistas del derecho público no cuestionan la naturaleza jurídica de los fueros, inmunidades o prerrogativas de los parlamentarios al asignarle el carácter incuestionable de derecho objetivo, que está concebido no como un derecho subjetivo de los parlamentarios frente a las acciones penales incoadas contra los mismos, sino para preservar el funcionamiento y la voluntad del órgano institución.

José Fernando Merino Merchán nos dice en su obra “Instituciones del Derecho Constitucional Español¹⁴”: “*En su concepción actual la inmunidad parlamentaria constituye un requisito de procedibilidad establecido para garantizar la independencia del Poder Legislativo, como órgano representativo por excelencia de la soberanía. Desde este punto de vista, puede ser definida como aquella garantía procesal establecida a favor de los parlamentarios, en cuya virtud se hace necesaria la previa autorización de las Cámaras para su inculpación y procesamiento*”.

Fernando Santoalla al referirse a las inmunidades, expresa: “*Las Cámaras son titulares de estos atributos, considerados por mucho tiempo como necesarios para mantener su independencia y buen funcionamiento*”...”, de ahí que al disponer la inmunidad y la inviolabilidad de los parlamentarios no se pretenda proteger los intereses personales de éstos, sino, muy al contrario y de modo exclusivo, la independencia y autonomía del poder legislativo del Estado. Por ello, toda utilización de estos privilegios parlamentarios que no responda a este común fundamento debe considerarse como una verdadera desviación de poder. En ese caso, los privilegios citados pierden su carácter institucional para convertirse en odiosas prerrogativas personales¹⁵”.

Carlos E. Colautti, en su obra “Inmunidades de los Funcionarios¹⁶” toca el tema de la renuncia a la inmunidad y manifiesta: “Desde mi punto de vista es exacto que los legisladores no pueden renun-

¹⁴ *Instituciones del Derecho Constitucional Español*, publicada por el Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos “Ramón Carande”, p.165.

¹⁵ *Derecho Parlamentario Español*, p. 118.

¹⁶ Carlos E. Colautti, *Inmunidades de los Funcionarios*, p. 61.

ciar en *abstracto* a la inmunidad de expresión. Una renuncia general de este tipo sería inválida dado que, como principio general, la finalidad de la institución no es la de proteger al miembro del Congreso para su beneficio, sino que están destinadas a garantizar el derecho a la información de los representados y la independencia funcional de las cámaras legislativas, habilitando a los representantes del pueblo a cumplir sus funciones sin temor a acciones judiciales”.

El maestro Paolo Biscaretti, al referirse a las garantías traducidas en prerrogativas específicas, o excepciones al derecho común, aclara que no se dan “... en su interés personal (puesto que tendríamos entonces meros *privilegios* como los reconocidos a los componentes de algunas clases en el *Ancien Régime*), sino en relación con las funciones públicas que deben desarrollar, y tal carácter específico se comprueba también por el hecho de que no son *renunciables* y atribuyen a sus beneficiarios no *derechos públicos subjetivos*, sino simples *intereses legítimos*¹⁷”.

Concluimos la cita de los tratadistas con la opinión de Alfonso Fernández Miranda y Campoamor, en su comentario al art. 71 de la Constitución española sobre inviolabilidad e inmunidad parlamentaria, quien dice: “*La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria constituyen dos prerrogativas de derecho público establecidas en beneficio de la función parlamentaria y que indirectamente garantizan el estatus individual de los miembros del Parlamento*” y agrega después que dichas prerrogativas: “*no atribuyen derechos subjetivos a los miembros de las Cámaras: éstos ni pueden afectar con sus actos a la sustancia del derecho atribuido trasmitiéndolo o renunciándolo*¹⁸”.

Derecho pretoriano

El derecho pretoriano ha consagrado, en numerosos fallos, la naturaleza jurídica y el alcance de los fueros, inmunidades o prerrogativas, en el sentido que señala uniformemente la doctrina. En efecto,

¹⁷ *Derecho Constitucional*, p. 379.

¹⁸ *Constitución Española de 1978*, Tomo VI, pp. 310 al 311.

el Tribunal Constitucional Español en la citada Sentencia N° 90/1985 se decía: *“La inmunidad, en cuanto a expresión más característica de la inviolabilidad de las Cortes Generales, no está concebida como una protección de los Diputados y Senadores frente a la improcedencia o falta de fundamentación de las acciones penales, sino frente a la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a la misma ha dado la voluntad popular”*. El Tribunal Constitucional Español reitera, con el mismo alcance, en la Sentencia del 30 de noviembre 1992 recaída en la causa, 1156/89, que en lo pertinente decía: *“La inmunidad, en fin, responde, como se ha señalado, al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan incoarse frente a sus miembros, por actos producidos, tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones. Ello no quiere decir que este interés superior deba imponerse en todo caso a la prosecución de la acción de la justicia, pues habrá de depender también de la gravedad, de la trascendencia y de las circunstancias de los hechos imputados. El protagonismo, en fin, de las propias Cámaras en la tarea de lograr un perfil, constitucionalmente adecuado, de la institución en nuestro Derecho es absolutamente decisivo; pero sin olvidar nunca que también a ellas les alcanza la interdicción de la arbitrariedad”*¹⁹. Hemos recogido opiniones de varios eminentes autores sobre el concepto: y alcance de los fueros con el propósito de aclarar posteriormente su naturaleza jurídica y, al propio tiempo, corregir ideas incorrectas, difundidas por los medios de comunicación social, acerca del alcance de los fueros y quienes lo tienen o no, lo que puede inducir a interpretaciones erróneas.

¹⁹ *Instituciones del Derecho Constitucional Español*, publicado por el Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos “Ramón Carande”, pp.168 y 169.

Así mismo se aclaró que los fueros, inmunidades, prerrogativas o privilegios son sinónimos, - aún cuando esta última acepción debe utilizarse moderada y limitadamente para evitar que pueda entenderse como un privilegio personal, contrario a todo principio democrático y republicano - los mismos amparan, casi universalmente, a los distintos órganos que componen el gobierno de un Estado incluso extensivo a otros órganos e instituciones, independientes del Gobierno. En consecuencia, cuando se establece un procedimiento previo y distinto, al que corresponde en general para responsabilizar a un funcionario común, ello obedece al hecho que el órgano persona tiene fuero, prerrogativa o inmunidad, que protege como derecho objetivo a la institución y, beneficia: a los integrantes del órgano institución correspondiente. Así, en nuestro país se establecen inmunidades o fueros en favor de los miembros de ambas Cámaras del Congreso (art. 191 de la C.P.), del Poder Ejecutivo y sus Ministros; de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, del Fiscal General del Estado, del Defensor del pueblo; del Contralor General de la República, Subcontralor y de los Miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, etc. (art. 225 de la C. P.) y a los Magistrados en general (art. 255 de la C.P.). Por tanto, los fueros o inmunidades o prerrogativas, pueden decaer de conformidad con mecanismos procedimentales determinados: desafuero, juicio político, enjuiciamiento de magistrados, etc. Suficientemente aclarado el punto, en lo sucesivo mencionaremos el vocablo fuero indistintamente como equivalente a inmunidad o prerrogativa.

6. LOS FUEROS O INMUNIDADES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PARAGUAYO.

Cómo y cuándo se adquieren las inmunidades de los miembros del Congreso

La calidad de Senador o Diputado, como miembro de la Cámara respectiva, deviene de un proceso de varias etapas. La primera, la de su *elección* como tal, de acuerdo con el cómputo establecido después del escrutinio, conforme lo establece el inc. b, art. 237 de la Ley 834/96 (Código Electoral). Luego, la de su *proclamación* por el Tribunal Superior de Justicia Electoral, inc. j, art. 6, de la Ley 635/95:

“Que reglamenta la Justicia Electoral”. Por último, la de su *incorporación*, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5 y 28 del Reglamento Interno de la Cámara de Senadores y de Diputados, respectivamente, en concordancia con el art. 188 de la Constitución paraguaya. Esta última etapa, la de su incorporación, mediante “*el juramento o promesa*” - de desempeñarse debidamente en el cargo y de obrar en conformidad con lo que prescribe esta Constitución -, es de naturaleza “*ad substantiam actus*” y marca el inicio del reconocimiento de la inmunidad de proceso o antejuicio, y también de la inmunidad o inviolabilidad de opinión, según prescribe el art. 191 de la Constitución.

Conviene aclarar que la inmunidad de detención constituye un fuero o prerrogativa que protege a partir de la elección del legislador, según lo previene claramente el citado artículo de la Constitución, y se prolonga hasta el cese de sus funciones, salvo la comisión de flagrante delito.

Los suplentes: tienen inmunidades?

Un aspecto que debiera dilucidarse con relación a los suplentes electos, pero no incorporados a las Cámaras, es si tienen o no fueros. En doctrina hay opiniones en favor de concederles fueros. Consideramos que los suplentes, aun cuando fueron elegidos directamente por el pueblo y proclamados por la Justicia Electoral, sólo tienen derechos en expectativa con respecto a los tres fueros o inmunidades conocidos, que recién los adquieren al sustituir a los titulares - por vacancias definitivas o temporarias de éstos - y cumplir su incorporación con el juramento o promesa, de conformidad con lo que disponen los reglamentos de las Cámaras, en concordancia con el art. 188 de la Constitución. Por otra parte, extender, cualesquiera de las prerrogativas a los suplentes, no incorporados como miembro del Congreso, alteraría la naturaleza jurídica y la finalidad de los fueros que, repetimos, son reglas de derecho público, que no atribuyen derechos subjetivos, ni siquiera a los legisladores titulares; y sí tutelan la funcionalidad y la voluntad de las Cámaras - a través del quórum y del voto - de las que no participan los suplentes mientras mantengan

dicho estatus y no se incorporen al órgano mediante el juramento o promesa y suplan vacancias.

Es más si el suplente después de incorporado, deja la banca porque la ocupa de nuevo el titular, dicho suplente pierde las inmunidades por todo cuanto dijimos sobre carácter de derecho objetivo, que no deviene en derecho subjetivo, ni siquiera para los titulares.

La gran mayoría de las Constituciones no tocan concretamente el tema en análisis, y la aplicación o no de los fueros a favor de los suplentes se determina a través de la comprensión de la naturaleza jurídica y de la finalidad que persiguen las inmunidades. Sin embargo, hemos encontrado en la Constitución de Venezuela, anterior a la vigente, en el art. 147, una solución criteriosa, que resguarda los principios en los que se fundan las inmunidades, al establecer cuanto sigue: *“Los suplentes gozarán de inmunidad mientras estén en ejercicio de la representación, a partir de la convocatoria y hasta 20 días después de concluido aquel ejercicio”*.

Pérdida de inmunidad o desafuero, en las Constituciones paraguayas y en la Carta Política

La Constitución de 1870, arts. 63, 64, 65 ; la Carta Política del 40, art. 74 ; la Constitución de 1967, art. 142 y la vigente de 1992, art. 191, mantienen uniformemente los tres fueros o inmunidades con similares características en cuanto al inicio y término de la protección de la inmunidad de arresto, e igualmente respecto de la inviolabilidad de opinión. Sin embargo, difieren entre sí en el procedimiento, alcance y efecto del desafuero.

La Constitución de 1870. Exige que, si se forma querrela contra un Senador o Diputado, la Cámara respectiva, “examinado el mérito del sumario”, con dos tercios de votos “podrá suspenderlo en sus funciones”.

La Carta Política del 40. Emplea una terminología diferente de la anterior, y exige el mismo voto calificado de la Cámara de Representantes para “suspender en sus funciones al acusado” cuando se

le forme proceso, y hubiese lugar a dictar auto de prisión preventiva, pero no aclara que elementos debe proporcionar el Juez de la causa para determinar la viabilidad o no del desafuero, lo que hace presumir que, si el Juez informa "que hubiese lugar a dictar auto de prisión preventiva" y comunica a la Cámara de Representantes, la misma toma por la mayoría correspondiente, la decisión de otorgar o no el desafuero. En otros términos el Juez no remitía sumario alguno y, obviamente, la Cámara de Representantes no examinaba su mérito y tomaba entonces la decisión, estrictamente de índole política, de conceder o no el desafuero.

La Constitución de 1967. Mantiene similares características de la anterior, pero difiere en cuanto al procedimiento, al establecer que a un parlamentario a quien se le forme proceso y hubiere lugar al auto de prisión, el Juez, antes de dictarlo, informa a la Cámara correspondiente, la que, con la mayoría de dos tercios de votos, "suspenderá al acusado" y lo pondrá a disposición del Juez.

La redacción nos permite extraer las siguientes conclusiones: a) el Juez no remite sumario alguno y solo informa - lo mismo que disponía la Carta Política del 40 -; b) la Cámara, por mandato imperativo del verbo utilizado, debe suspender necesariamente al acusado, si se reúnen los dos tercios de votos exigidos; c) la decisión es también eminentemente política.

La Constitución de 1992. Nos remitimos, de momento, exclusivamente a lo que dispone el art. 191 de la Constitución paraguaya vigente y de acuerdo con su texto, el Juez no se limita a comunicar a la Cámara respectiva la situación procesal del encausado, sino debe remitir copia de los antecedentes a los efectos de que la Cámara resuelva si ha lugar o no al desafuero, para someterlo a proceso; en caso afirmativo "*le suspenderá en sus fueros*". Respecto al alcance jurídico de la suspensión de los fueros, lo comentaremos en oportunidad de examinar lo atinente al desafuero.

El artículo 191 de la C. P. exige al Juez de la causa la remisión de los antecedentes y devuelve a la Cámara la atribución prevista en la Constitución de 1870 - eliminada en la Carta del 40 y en la

Constitución de 1967 - de "examinar el mérito del sumario" antes de tomar la decisión correspondiente. Antecedentes procesales éstos que no fueron enviados completos, ajustados a la exigencia constitucional, por los magistrados en varios de los pedidos de desafueros. Lo que impide resolver con la responsabilidad debida las solicitudes enviadas a las Cámaras correspondientes.

7. DESAFUERO

Aclaremos suficientemente que la palabra fuero es sinónimo de inmunidad, prerrogativa o privilegio. Algunos destacados constitucionalistas y penalistas como Sebastián Soler objetan el vocablo fueros por la "connotación feudal o corporativa" que denotaban los privilegios que poseían ciertas corporaciones o estamentos de la Edad Media²⁰.

8. NATURALEZA Y EFECTOS DEL DESAFUERO.

La decisión que toma la Cámara acerca de otorgar o no el desafuero es política, judicial o mixta. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existen opiniones divergentes acerca de la naturaleza del desafuero.

Sagüés recoge fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, los que consideran que el desafuero "*es una medida de índole política que se desenvuelve sobre la base de apreciación política, actuando la Cámara como Juez político*"²¹. Agrega que esa decisión no debe resultar de una evaluación partidista que conduce a la arbitrariedad y, en consecuencia, puede ser declarada inconstitucional. Acotamos que los fallos de la Corte Suprema de Justicia, a los que alude Sagüés, se refieren a los pronunciados por esa instancia judicial en el caso seguido contra Ricardo Balbin durante la hegemonía peronista.

²⁰ Jorge Seall Sasiain. "Las inmunidades, el desafuero y el juicio político en la Constitución de 1992". *A.A.D.C. Boletín Informativo*.

²¹ Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, p. 380.

Para Emilio Pfeffer Urquiaga tanto el otorgamiento como la negativa del desafuero es una "*función esencialmente judicial*", porque considera que en el examen debe prevalecer el criterio jurídico antes que el político desprendido de todo prejuicio partidista o de otro orden extraño a las exigencias de una justa decisión²². Entendemos que el Tribunal Constitucional Español considera que el desafuero o suplicatorio, como lo denomina la legislación española, es de índole judicial, habida cuenta de las modalidades y exigencias relacionadas con la substanciación que comprende: la admisibilidad, la tramitación y la resolución de la Cámara. Todos estos pasos suponen, a nuestro juicio, un perfil de evaluación judicial, especialmente la resolución de la Cámara que debe ser motivada y, en caso de rechazo del suplicatorio, la posibilidad de declarar nulo el Acuerdo del Pleno de la Cámara, como se resolvió con la Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 1992 fundado por su (Acuerdo de la Cámara de Senadores) "*insuficiencia argumental para fundamentar una denegación para autorizar el procesamiento al Senador Sr. González Bedoya*"²³ "

Nosotros nos atrevemos a considerar al desafuero como de naturaleza mixta: judicial y política, sobre todo, atendiendo a la redacción del art. 191 de la C. P., que exige al Juez la remisión de los antecedentes de la causa incoada contra el parlamentario y la competencia de la Cámara respectiva de examinar el mérito del sumario. El examen de los antecedentes, conformados por los actos de investigación realizados, exige una evaluación jurídica de los antecedentes para decidir sobre la aceptación o rechazo del desafuero; lo cual nos induce a sostener que la prejudicialidad en favor de la Cámara para decidir sobre la cuestión de fondo, supone una medida de índole judicial, tanto en caso de rechazo, como de aceptación de la solicitud de desafuero. En la primera situación, el alcance de la decisión no implica la inocencia o absolución del inculpado, sino la suspensión de la causa hasta el término del mandato del legislador. En la segunda, se habilita al Juzgado para que prosiga la causa y la defina por vía del sobreseimiento o de la sentencia absolutoria o condenatoria. Por otra

²² *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo 2, p.159.

²³ Merino Merchán, obra citada, p. 178.

parte, no puede excluirse la índole política, tanto en cuanto a su tratamiento como a la Resolución que tome la Cámara correspondiente. En efecto, la oportunidad del tratamiento del pedido de desafuero es, en principio, privativa de la Cámara correspondiente, al no existir plazo ni exigencia, constitucional o legal para su consideración y resolución del Pleno. Respecto de la Resolución de la Cámara, la misma reviste también ese carácter por la cuota de politicidad del acto que realiza, que no es revisable judicialmente, y por las consecuencias propias de orden político que genera el rechazo o aceptación del desafuero.

Suspensión de los fueros en el art. 191 de la Constitución

Recordamos que la Constitución de 1870 (art.65), la Carta del 40 (art. 74) emplean la misma frase: “*suspender en sus funciones al acusado*”, y la Constitución de 1967 (art. 142) dice: “*suspenderá al acusado*”, en tanto que la Constitución vigente de 1992 (art. 191) emplea: “*suspenderá en sus fueros*”. Consecuencias éstas que se dan repetimos en cualesquiera de los casos en que la Cámara correspondiente hace lugar al desafuero.

La frase empleada en los textos citados, tiene algún efecto jurídico con respecto al parlamentario sometido a proceso?. A nuestro juicio sí lo tiene, porque el efecto del desafuero en los precedentes citados importaba la suspensión de las funciones del legislador en tanto durase y concluyese el proceso por sobreseimiento libre o condena absolutoria, y ni qué decir si la sentencia fuese condenatoria.

La corriente garantista de la Constitución de 1992, que se traduce firmemente en la presunción de inocencia, en los principios del debido proceso y en la restricción de la prisión preventiva, etc., parece haberse trasegado en el efecto o alcance del desafuero. En ese sentido creemos que la Constitución vigente, “*al suspender en sus fueros*” o inmunidades del legislador y habilitar su procesamiento y no “*suspenderlo en sus funciones*”, le posibilita que siga ejerciendo las mismas, desde su banca, siempre que no exista una resolución judicial que lo impida v.g.: reclusión penitenciaria o domiciliaria. De no existir esos obstáculos u otros fundamentos válidos de fuente judi-

cial, el legislador encausado tendría derecho a ocupar su banca sin que fuese menester el cumplimiento de ninguna formalidad, salvo la comunicación correspondiente a la Cámara respectiva.

Senadores vitalicios. Antecedentes

Antes de plasmar mis reflexiones sobre el tema del acápite, coincidente con las expuestas y publicadas en La Revista Jurídica Paraguaya “La Ley” en 1999, debo hacer una rectificación expresa de criterios que sostuve en 1996, con motivo del pedido de desafuero del Senador vitalicio Andrés Rodríguez, al considerar, entonces equivocadamente, que los senadores vitalicios tenían la tríada de fueros o inmunidades que establece la Constitución en el art. 191. Esta aclaración es importante porque no hacer las rectificaciones que correspondan y persistir en el error es propio de necios, carácter del que jamás quisiera “adornarme”.

En efecto, el art. 189 de la Constitución paraguaya vigente, que consagra las senadurías vitalicias, no mereció discusión alguna en la sesión ordinaria N° 30 de la Constituyente, con fecha 22 de mayo de 1992, en la que el pleno de la Convención aprobó entonces su creación bajo el número de art. 183. Solamente dejaron constancia de su oposición los Convencionales Federico Callizo y Luis Alfonso Resck. En la Comisión Redactora hubo sí opiniones a favor y en contra de instituir las senadurías vitalicias. Varios de los que la apoyamos manifestamos que el interés en el mantenimiento de la propuesta favorable era, exclusivamente, en función a la experiencia valiosa que podrían aportar los ex presidentes, “electos democráticamente” y que no “hubieran sido sometidos a juicio político y hallados culpables”. Se concordó plenamente que los senadores vitalicios **no integran el quórum, ni votan.**

Fueros o inmunidades de los senadores vitalicios

Hemos profundizado el tema del acápite con motivo de un artículo que elaboramos, cuya publicación se hizo en la Revista Jurídica

dica Paraguaya La Ley²⁴”, En esa oportunidad, como ahora, rectificamos el criterio equivocado de considerar que los senadores vitalicios, como miembros del Congreso, tenían las tres inmunidades conocidas: de opinión, de detención o arresto y de ante juicio o proceso.

Lamentablemente, esa tesis equivocada, a nuestro juicio, se mantuvo en la oportunidad de los desafueros solicitados contra el Senador vitalicio Juan Carlos Wasmosy. En ocasión de su tratamiento y debate sobre dichos desafueros en el pleno del Senado, expusimos nuestro criterio objetivo basado estrictamente en lo que dispone la Constitución, a cuyos principios y preceptos nos hemos ajustado siempre, salvo que la lesionáramos por alguna interpretación equivocada, pero de absoluta buena fe.

Sostenemos nosotros que los senadores vitalicios ni siquiera tendrían fuero de opinión, menos todavía los de detención y de proceso o ante juicio. Se funda nuestro criterio, tanto en lo que dispone nuestra Constitución como en lo que consagra la doctrina, y lo resumimos seguidamente:

- 1) Uniformemente la doctrina establece el carácter de derecho objetivo de los fueros, inmunidades o prerrogativas, que preservan la independencia y autonomía del Poder Legislativo, los cuales, al proteger directamente el funcionamiento y la voluntad de las Cámaras, garantizan el estatus individual de los miembros del Congreso. Alfonso Fernández Miranda²⁵ comentarista del art. 71 de la Constitución española, coincidente con la opinión de Jorge Xifra Heras²⁶, dice: “los fueros o inmunidades son normas de derecho objetivo y no atribuyen derecho subjetivo a los miembros de la Cámara; éstos ni pueden afectar con sus actos a la sustancia del derecho atribuido trasmitiéndolo o renunciándolo”.

²⁴ *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, junio de 1999.

²⁵ Alfonso Fernández Miranda, *Comentario a las Leyes Políticas*, p. 309.

²⁶ Jorge Xifra Heras, *Inmunidad Parlamentaria*, p. 719.

- 2) Podemos afirmar con propiedad que los senadores vitalicios no son miembros titulares del Senado, porque no han sido elegidos directamente por el pueblo, ni integran el número de 45 miembros titulares actuales, de conformidad con lo que disponen los arts. 182 apartado 2 y 223, respectivamente, de la C. P. Confirma plenamente lo mencionado precedentemente el art. 189 de la C. P., que excluye a los senadores vitalicios del quórum y del voto, lo que impide su participación en el funcionamiento de la Cámara (quórum) y en la voluntad de la misma mediante el voto. La única inmunidad o inviolabilidad discutible que le otorgaría la Constitución sería la de opinión.

- 3) El rechazo de la solicitud de desafuero contra un Senador vitalicio en una causa penal promovida, trae como consecuencia jurídica fáctica el sobreseimiento libre, por toda la vida del Senador vitalicio, pero concedido en Sede Legislativa, por el motivo expresado en el trabajo citado que publicamos en "La Ley" cuya parte pertinente transcribimos: *"...porque la causa quedaría definitivamente cerrada, habida cuenta de que el fuero o inmunidad se mantendría incólume hasta el cese de sus funciones, que solo concluye con la muerte del Senador vitalicio. En otros términos, fácticamente, el sobreseimiento libre se daría en sede de la Cámara de Senadores y no en la del Poder Judicial. En cambio, si el encausado es un Senador electo y la cámara rechaza la solicitud de desafuero, el efecto de la decisión tendría el alcance de un sobreseimiento provisional porque el Juez, al cesar el mandato del Senador electo deberá reiniciar el proceso, que debe concluir en SEDE JUDICIAL, con sobreseimiento libre, con Sentencia absolutoria o con Sentencia condenatoria"*.

En síntesis, el Senado, al rechazar la solicitud de desafuero de un Senador vitalicio, se arroga atribuciones judiciales, expresamente prohibidas en la Constitución en el art. 148, quebranta la independencia del Poder Judicial y sustituye en la competencia y jurisdicción al juez natural.

Cierra perfectamente el examen lógico y objetivo, de los principios y preceptos constitucionales, acerca de que los senadores

vitalicios no son integrantes del Poder Legislativo (art. 182) ni componen la Cámara de Senadores (art. 223), ni participan del funcionamiento de la Cámara (quórum), ni de la voluntad de ella (voto), art. 189. No sería acaso aberración jurídica equiparar en sus prerrogativas los senadores vitalicios con los senadores electos por el pueblo?. A mi criterio, los Constituyentes les hemos dado solamente la denominación formal de senadores sin las funciones propias de ese cargo y, en consecuencia, sin las prerrogativas que, en su caso pueden servir de obstáculo para el sometimiento a causas incoadas en su contra en la justicia. En ese orden de ideas, sostenemos que solo participan como asesores o consejeros del Senado - carácter limitado que se les dio en el debate en la Comisión Redactora - pudiendo emitir opiniones, sin que la presencia o ausencia en la Cámara; implique una situación que altere el funcionamiento o la voluntad de la misma en consecuencia, si se les otorgan las otras inmunidades (arresto y/o proceso), las mismas tendrían el carácter de privilegios irritantes, que corrompen principios básicos de una República y los convertirían en titulares de derechos subjetivos que podrían conducir en los casos de rechazo del desafuero a la impunidad perpetua, con motivo de acciones penales incoadas contra ellos. Gozarían así de la impunidad de la *vis coactiva*, propia de los monarcas absolutos.

La denominación de Senador, en el caso de los vitalicios, no es título suficiente para asignarle los derechos y atribuciones propios de un Senador titular ungido por la voluntad popular. La Constitución en la descripción de la composición del Poder Legislativo (art. 182 párrafo 2) ni en la de la Cámara de Senadores (art. 223) mencionan a los Senadores vitalicios y sólo tienen, repetimos, la denominación meramente formal de "Senadores", siendo como son meramente consejeros del órgano institución al estar excluidos del quórum y del voto, atributos exclusivos de quienes integran el Senado y el Congreso de la República.

Muy distinta es la situación que ofrece el estatus de los Senadores vitalicios en la Constitución de Chile. En efecto, quienes accedan a esa condición (ex presidentes que hayan desempeñado el cargo por 6 años en forma continua) "estos Senadores lo son por derecho propio" según dice el art. 45 inciso a. En esa misma disposición se

aclara que el Senado se compone de miembros elegidos por el pueblo y de los Senadores vitalicios y otros designados (dos ex Ministros de la Corte; ex Contralor de la República; ex Comandante en Jefe del Ejército; etc, etc.). En conclusión, los Senadores vitalicios son miembros del Senado por expresa disposición de la Ley Suprema de Chile y lo integran con todos los derechos y atribuciones inherentes al cargo.

9. CONCLUSIONES

1. El vocablo fuero es sinónimo de inmunidad o prerrogativa.
2. Las inmunidades son derechos objetivos en beneficio del funcionamiento y de la voluntad de las Cámaras, que indirectamente garantizan contra la instrumentación política del procesamiento de los parlamentarios.
3. No atribuyen derechos subjetivos a los parlamentarios y no son renunciables.
4. Los suplentes electos y proclamados, pero no incorporados a las Cámaras no tienen ninguna de las inmunidades, pero la adquieren al sustituir a los titulares cumpliendo con el trámite de la incorporación, y vuelven a perderla cuando recobra el titular su banca.
5. Los Senadores vitalicios no tienen ninguna de las tres inmunidades, por todos los argumentos expuestos en esta entrega.
6. La naturaleza del desafuero es mixta, judicial y política.
7. Su rechazo suspende el proceso penal y la prescripción hasta el término del mandato del legislador.
8. Su aceptación habilita al Juez de la causa a proseguirla y dictar las medidas que considere necesarias, dentro del marco de la Constitución y de las leyes formales.
9. La resolución de las Cámaras que hace lugar al desafuero de sus miembros titulares, su alcance previsto según el art. 191 de la C. P. vigente es de "suspensión en sus fueros" que trae consecuencias muy distintas a las previstas de las Constituciones históricas, que "suspendían en sus funciones al acusado".
10. A nuestro juicio, el Juez en una causa incoada contra cualquier Senador vitalicio no debiera solicitar a la Cámara de Senadores el previo desafuero, dado que carece de inmunidades por las razones expuestas.

11. En la tramitación del desafuero de un Senador vitalicio su rechazo implica, fácticamente, el sobreseimiento libre "ad perpétuam" en Sede Legislativa, lesionando la independencia y las atribuciones propias del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- AGESTA, Luis Sánchez, *Documentos Constitucionales y Textos Políticos*, Madrid, Editora Nacional, 1976.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases 1*, Editorial Castellvi, Buenos Aires, 1963.
- BISCARETTI, Paolo, *Derecho Constitucional*, 1965, Editorial Tecnos S.A., Colección de Ciencias Sociales N° 48.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico*, Tomo IV, Editorial Espasa- Calpe S.A., 1989.
- COLAUTTI, Carlos E., *Inmunidades de los funcionarios. Fondo Editorial de Derecho y Economía*, Agosto de 2000.
- Comentario a la Constitución Homenaje al 5° Aniversario*, Editado por la Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997.
- Diccionario de Ciencias Sociales*, 2 Tomos, Editado por el Instituto de Estudios de Madrid, 1975.
- Diccionario Jurídico OMEBA*, Tomo XII, Editorial Bibliográfica Argentina, 1954.
- FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, *Constitución Española de 1978*, Tomo VI, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989.
- GENTILE, Jorge H., *Derecho Parlamentario Argentino*, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Instituciones del Derecho Constitucional Español*, 1994, Ediciones Beramar. S.R.L.
- OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 1984, Editorial Heliasta. S.R.L., Buenos Aires.
- PALLIERI, Balladore, *La Constitución de la República Italiana*, Editada por la Asociación Dante Alighieri, 1957.
- PFEFFER URQUIADA, Emilio, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo 1 y 2, Chile, Editorial Ediar, 1990.
- SAGUÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I y II, 1993, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993.
- SANTOALLA, Fernando, *Derecho Parlamentario Español*, Editorial Espasa- Calpe S.A., 1990.
- XIFRA HERAS, Jorge, *Inmunidad Parlamentaria*, Ed. Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIII.

Documentos y otras fuentes:

- AGUIAR, Luis y LÓPEZ GUERRA, Luis, *Las Constituciones de Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- CAMPOS CERVERA, Rodrigo, "Desafuero de Legisladores", *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*. Asunción, Editada por La Ley Paraguaya S.A. Editora e Impresora., Junio de 1999.
- CAMPOS CERVERA, Rodrigo, "La desconstitucionalización gravita más", Asunción, *Periódico Sendero*, Agosto de 1987.
- C. SÁNCHEZ, Viamonte, *Manual de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Kapelusz, 1967
- Debates en el plenario de la Cámara sobre Desafueros en las sesiones del 12 de agosto de 1999 y 9 de noviembre de 2000.
- GENTILE, Jorge H., *Derecho parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1963.
- LOEWENSTEIN, Kart, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, España, Editorial Ariel S.A., 1986.
- LÓPEZ, Mario Justo, *Instrucción a los Estudios Políticos*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1983.
- MENDONCA, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, España, Editorial Gedisa, 2000.
- MENDONCA, Daniel, *Cómo hacer las cosas con la Constitución, Una introducción al análisis constitucional*, Asunción, Editora Litocolor SRL, 1999.
- MENDONCA, Daniel, *Los secretos de la ética*, Madrid, Editorial Tecnos, 2001.
- MENDONCA, Juan Carlos, *Crítica al nacimiento de una Constitución*, Asunción, Editora Litocolor S.R.L., 2000.
- MENDONCA, Juan Carlos, *La Constitución de la República del Paraguay y sus Antecedentes*.
- MENDONCA, Juan Carlos, *Conocimiento, validez y derogación de normas jurídicas*, Asunción, Editora Litocolor, 2000.
- PRIETO, Justo José, *Constitución y régimen político en el Paraguay*, Asunción, Imprenta Salesiana, 1987.

SEALL SASIAIN, Jorge, *Las inmunidades, el desafuero y el juicio político en la Constitución de 1992*, A.A.D.C. Boletín Informativo, Buenos Aires, Diciembre de 1999.

TELLECHEA SOLÍS, Antonio y Lezcano Claude, Luis, *Constitución de la República del Paraguay*, Asunción. Editora La Ley Paraguaya S. A. ,1992.

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS Y DESAFUERO

Evelio Fernández Arévalos

SUMARIO: 1. TUTELAS FUNCIONALES. 2. INMUNIDADES PARLAMENTARIAS. A) ANTECEDENTES NACIONALES. B) ANTECEDENTES INTERNACIONALES. 3. CARACTERES GENERALES Y CLASES DE INMUNIDAD PARLAMENTARIA. INMUNIDAD DE OPINIÓN. INMUNIDAD DE DETENCIÓN. INMUNIDAD DE PROCESO PENAL. 4. DESAFUERO.

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS Y DESAFUERO

Evelio Fernández Arévalos

En este trabajo nos ocuparemos de las inmunidades parlamentarias de los legisladores, esto es, de las tutelas funcionales personales de los órganos-persona del Poder Legislativo (diputados y senadores), y de la suspensión relativa de ellas en virtud del desafuero, y lo haremos casi exclusivamente desde un punto de vista constitucional.

No nos ocuparemos, por consiguiente, de aquellas tutelas funcionales colectivas que dicen relación con el funcionamiento del Congreso, de sus Cámaras, de las comisiones, etc., tales como la atribución del Congreso y de sus Cámaras de dictarse su propio reglamento, el poder disciplinario de cada Cámara sobre sus miembros, el derecho de cada cámara y de sus comisiones de citar y hacer comparecer a personas, y de solicitar informes, etc.

El tema de las inmunidades parlamentarias y del desafuero fue discutido por la Comisión Redactora de la Convención Nacional Constituyente de 1992 en su Sesión N° 25, llevada a cabo el 3 de abril de ese año, transcripta en el diario de sesiones en las páginas 24/29. Anteriormente la Sub-Comisión N° 3 había trabajado el tema y consensuado una propuesta que fue aceptada por la Comisión Redactora, y ulteriormente por el plenario de la Convención Nacional Constituyente.

El debate llevado a cabo en el seno de la Comisión Redactora puso de manifiesto la preocupación de los convencionales miembros de ella de lograr un equilibrio entre la necesidad de preservar las inmunidades parlamentarias y la conveniencia de no crear privilegios que impidieran cumplir con su cometido a la administración de justicia respecto de legisladores.

Fruto de ese criterio fue que la propuesta final consagrara el amparo casi irrestricto de la expresión de opinión por parlamentarios, en el cumplimiento de sus funciones; la inmunidad de detención,

salvo flagrancia, y la inmunidad de proceso, pero con la posibilidad de que la justicia penal investigara los hechos supuestamente punibles y, ante suficientes elementos de juicio para formación de causa penal, lo comunicara a la Cámara respectiva, con mandato para que ésta considerara el mérito de esa investigación judicial para otorgar o no el desafuero, por decisión de una mayoría calificada.

El plenario de la Convención Nacional Constituyente en su Sesión Ordinaria N° 30 llevada a cabo el 22 de mayo de 1992, aprobó sin modificaciones el dictamen de la Comisión Redactora (pág. 43), que es el texto actual del Art. 191 de la Constitución Nacional (191 CN).

1. TUTELAS FUNCIONALES

En todos los regímenes constitucionales contemporáneos existen dispositivos tendientes a preservar el funcionamiento regular de los órganos del estado, evitar trabas, cortapisas u obstáculos que embaracen su capacidad decisoria y su funcionalidad y a posibilitar que los funcionarios que los integran o representan actúen en el marco de la ley con libertad y responsabilidad.

En el ámbito del Poder Legislativo, la Constitución Nacional establece un sistema de derechos y procedimientos que, con esos objetivos, elimina cortapisas, interferencias o perturbaciones que impidan o estorben a sus órganos componentes -Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, comisiones, etc.- la adopción de decisiones que sean expresión cabal de su voluntad o el cumplimiento de sus funciones en el marco de sus atribuciones y deberes.

También existen previsiones constitucionales que, con la misma finalidad, protegen el funcionamiento regular de los demás poderes supremos del estado (Poder Ejecutivo y Poder Judicial) y de los órganos extrapoderes (Vicepresidencia de la República, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, etc.).

Se trata de tutelas funcionales, toda vez que su "telos" es lograr el desenvolvimiento regular de órganos del estado y de la gestión

de funcionarios que constituyen el elemento humano a través de cuyas acciones esos órganos estatales actúan.

Esas tutelas funcionales operan simultáneas en dos ámbitos diferentes, aunque complementarios, que constituyen el anverso y el reverso del instituto:

1. *tutelas funcionales colectivas* orientadas a tutelar al órgano-institución (Congreso, Poder Ejecutivo, Corte Suprema de Justicia, etc., considerados como instituciones).

2. *tutelas funcionales personales* orientadas a tutelar al órgano-persona que representa o integra cada órgano-institución y mediante cuya gestión ésta actúa (diputados y senadores, presidente de la República, ministros de la Corte Suprema de Justicia, etc.).

Una tutela funcional, para que sea realmente tal, ha de abarcar los dos ámbitos (el institucional y el personal), ya que de nada valdría que su protección se restringiera a la institución, dejando en desamparo a los seres humanos que los integran y representan y mediante los cuales se forma su voluntad y adoptan sus decisiones, porque de ese modo sería fácil entorpecer la gestión del órgano-institución mediante el simple expediente de condicionar, trabar o impedir la libertad ambulatoria, la actuación o la libre formación y expresión de voluntad de los órganos-persona que los integran o representan. El mismo criterio es aplicable a la situación inversa: que la protección solamente amparara a los órganos-persona, pero no a la institución.

2. INMUNIDADES PARLAMENTARIAS

Nuestra Constitución de 1992 (CN 1992 o simplemente CN) establece en el Art. 191 las siguientes tutelas funcionales personales de los órganos-persona del Poder Legislativo (diputados y senadores):

1. La inmunidad de opinión
2. La inmunidad de detención y
3. La inmunidad de proceso penal

a) ANTECEDENTES NACIONALES

Brevemente expuestos, son antecedentes nacionales en materia de inmunidad parlamentaria, los siguientes:

1. En la "Ley Que Establece la Administración Política de la República y Demás Que En Ella Se Contiene", promulgada el 16 de marzo de 1844, no se halla ninguna disposición que otorgue inmunidades a parlamentarios, pese a que dedica veinticuatro artículos al Congreso o Legislatura Nacional (Título I, Arts. 1 y 2; Título II, Arts. 1/10, Título III, Arts. 1/12).

2. La Constitución de 1870 consagró:

a) la inmunidad de opinión en el Art. 63: "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita, desempeñando su mandato de legislador"

b) la inmunidad de arresto en el Art. 64: "Ningún Senador o Diputado desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, excepto en caso de ser sorprendido en crimen in fraganti que merezca pena corporal infamante, dando en seguida cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho"

c) la inmunidad de proceso penal en el Art. 65: "Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier Senador o Diputado, examinando el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara con dos tercios de votos suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento".

3. La Carta Política de 1940 consagró las tres inmunidades en el Art. 74:

1. inmunidad de opinión: "Ningún Representante puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por opiniones que emita en el desempeño de su mandato de legislador"

2. inmunidad de arresto: "Desde el día de su elección hasta el de su cese, no puede ser arrestado, excepto en caso de ser sorprendido en delito in fraganti"

3. inmunidad de proceso penal; "Cuando se forme proceso ante la justicia ordinaria contra cualquier Representante y hubiese lugar a dictar auto de prisión preventiva contra el mismo, la Cámara, con dos tercios de votos, podrá suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición de la justicia para su juzgamiento".

4. La Constitución de 1967 consagró las tres inmunidades en el Art. 142:

a) inmunidad de opinión: "Ningún miembro del Congreso puede ser acusado ni interrogado judicialmente por los opiniones que emita en el desempeño de sus funciones de legislador."

b) inmunidad de arresto: "Desde el día de su elección hasta el de su cesamiento, ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, salvo que fuere hallado en flagrante delito. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta inmediata del hecho a la Cámara respectiva, y remitirá los antecedentes a la justicia ordinaria."

c) inmunidad de proceso penal: "Si ésta (la justicia ordinaria) formase proceso por ese u otro hecho delictuoso, y hubiere lugar al auto de prisión, el juez de la causa, antes de citarlo, informará a la misma Cámara que, con dos tercios de votos, suspenderá al acusado y lo pondrá a disposición de aquél."

b) ANTECEDENTES INTERNACIONALES

Con el correr del tiempo y de una u otra forma, todos los Parlamentos del mundo fueron estableciendo inmunidades para asegurar su funcionamiento autónomo y libre de presiones, desarrollando los antecedentes normativos de Gran Bretaña, Estados Unidos de América y Francia.

Añejos antecedentes históricos en la *Gran Bretaña* fueron: el libre acceso a la Corona obtenido por los Comunes en 1536; la libertad de palabra de los parlamentarios en 1541; la inmunidad de arresto (*freedom from arrest*) en 1544, y el *Bill of Rights* del 13 de febrero de 1689, cuya Sección IX prescribe "Que las libertades de expresión, discusión y actuación del Parlamento, no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro tribunal que el Parlamento".

En la misma línea, la Constitución de los *Estados Unidos de América* de 1787 establece en su Art. 1º, Sección 6 que los senadores y los representantes, durante el período de sesiones de sus respectivas Cámaras, así como mientras se dirijan a las mismas, o regresen de ellas, no podrán ser arrestados excepto en caso de traición, delito grave y alteración de la paz, y que por ningún discurso o debate en las Cámaras serán molestados en algún otro lugar.

Poco después, la Constitución *francesa* de 1791 incorporó en lo esencial lo dispuesto en el Decreto del 26 de junio de 1790, que pasó ser la Ley del 13-17 de junio de 1791. El Art. 51 de esa ley estableció que los representantes de la Nación son inviolables desde el momento de su proclamación electoral, durante la legislatura de la que formen parte y, además, durante un mes ulterior a su transcurso, y el Art. 55 estatuyó que ellos podrán ser detenidos por delitos cometidos fuera de sus funciones en caso de delito flagrante o en virtud de una orden de arresto; pero que el proceso no podrá continuarse hasta que el cuerpo legislativo haya declarado hacer lugar a la acusación.

3. CARACTERES GENERALES Y CLASES DE INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Si bien las inmunidades parlamentarias amparan a cada uno de los legisladores (diputados y senadores), no son prerrogativas establecidas en su beneficio sino en el del Congreso como Poder del Estado, para asegurar que se desenvuelva normalmente en un Estado social de derecho democrático (Art. 1 CN), y que gobiernen con los otros dos poderes supremos en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control (Art. 3 CN). De modo que las inmunidades de diputados y senadores rigen en función de la preservación del desempeño regular y de la independencia del Congreso como uno de los tres poderes supremos del Estado.

Es por ello que las inmunidades parlamentarias son irrenunciables: existe un interés público en que el Poder Legislativo cumpla a cabalidad con sus funciones y haga uso de sus atribuciones consti-

tucionales, y a ese interés público no puede sobreponerse la decisión personal de un legislador. Por lo demás, es frecuente que los parlamentarios, por decoro, pretendan renunciar a sus prerrogativas, muchas veces aún a sabiendas de que rodea al caso un trasfondo *non sancto*.

La fase aun incipiente de nuestras instituciones y las deficiencias que se evidencian en el funcionamiento de muchas de ellas, hacen especialmente recomendable en esta difícil etapa política, que se mantenga incólume el principio de irrenunciabilidad de las inmunidades, más aún cuando la propia Constitución ofrece los mecanismos procedimentales para que sean las Cámaras las que para causas específicas dejen en suspenso alguna inmunidad (desafuero).

En el ordenamiento jurídico paraguayo, el Art. 191 CN consagra tres inmunidades.

1. INMUNIDAD DE OPINIÓN

Comienza el Art. 191 CN estableciendo que *“Ningún miembro del Congreso puede ser acusado judicialmente por las opiniones que emita en el desempeño de sus funciones”*.

2. INMUNIDAD DE DETENCIÓN

Continúa el Art. 191 CN: *“Ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, desde el día de su elección hasta el de cese de sus funciones, salvo que fuera hallado en flagrante delito que merezca pena corporal. En este caso la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la cámara respectiva y al juez competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad”*.

3. INMUNIDAD DE PROCESO PENAL

Dice el último párrafo del Art. 191 CN: *“Cuando se formase causa contra un Senador o un Diputado ante los tribunales ordinarios, el juez lo comunicará, con copia de los antecedentes, a la Cá-*

mara respectiva, la cual examinará el mérito del sumario, y por mayoría de dos tercios resolverá si ha lugar o no al desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo, le suspenderá en sus fueros”.

Abordaremos el estudio de cada una de estas inmunidades.

3. 1) INMUNIDAD DE OPINIÓN

La inmunidad de opinión, con distintas denominaciones y matices, aparece en todas las constituciones.

Nuestra historia constitucional evidencia que desde la Constitución de 1870, ha mantenido esta inmunidad (CN 1870, Art. 63; Carta Política de 1940, Art. 74, primer párrafo; CN 1967, Art. 142, primer párrafo. (Ver I, a).

Nuestra Constitución, la argentina, la alemana y la uruguayana no la denominan de modo específico; la de España, Bolivia, Brasil y Chile la denominan *inviolabilidad*, la de Francia, “*irresponsabilité*”, la de Italia, “*insinducibilità*”, la de Estados Unidos “*privilege of freedom*”.

En todas ellas se protege la libertad de opinión y expresión de los legisladores y, en distinto grado, se impide o atenúa la posibilidad de que sean enjuiciados penal o civilmente por esas opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Esquemáticamente:

- *nuestra constitución* prohíbe que sean acusados judicialmente, y habla de opiniones que los legisladores emitan en el ejercicio de sus funciones (191)
- la *argentina*, que sean acusados, interrogados judicialmente ni molestados; y mienta a opiniones o discursos que emita en el desempeño de su mandato de legislador (68)
- la *uruguayana* dice que “jamás serán responsables”; y se refiere “a opiniones y votos durante el ejercicio de sus funciones” (112)
- la *alemana* establece que en ningún momento serán sometidos a proceso judicial o administrativo o responsabilizados de otra forma

fuera del Consejo Nacional, y mienta a votos o declaraciones que hicieran en el Consejo Nacional o en las comisiones (46)

- la *francesa* expresa que “ningún miembro del Parlamento puede ser procesado, perseguido, detenido, preso o juzgado por los opiniones o votos emitidos en el ejercicio de sus funciones” (25)

- la *italiana* determina que no serán perseguidos por opiniones o votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (68)

- las de Bolivia (51), Brasil (53), Chile (58) y España (71) usan la expresión “son *inviolables*”.

- la *boliviana* mienta a “opiniones o discursos que emita en el ejercicio de sus funciones” (51)

- la *brasileña*, a opiniones, palabras y votos (sin ninguna referencia al ejercicio de funciones o lugar de emisión) (53)

- la *chilena* a opiniones y votos en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión (58), y

- la *española* a opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones (71).

a) FINALIDAD

La razón primordial de esta inmunidad es que la primera y fundamental condición para que un parlamentario desempeñe sus funciones -y que, por ende, también lo hagan las Cámaras del Congreso- es que pueda forjarse sus propias opiniones y expresarlas con entera libertad, para asegurar de esa forma que la voluntad de cada órgano legislativo se sustente en lo que realmente piensan, opinan, debaten y desean los parlamentarios que la componen.

Desde un punto de vista subjetivo esta inmunidad está, pues, orientada a preservar el ejercicio del “derecho a voz” de los legisladores, determinando que su libertad de expresión sea amplia y sin ataduras, y esté exenta de control judicial.

b) CARACTERÍSTICAS

En nuestro régimen constitucional la inmunidad de opinión constituye una indemnidad absoluta, permanente (perpetua) e irrenunciable.

Es una indemnidad porque genera una irresponsabilidad amplia, en el sentido de que el legislador no incurre en responsabilidad penal o civil por las expresiones y opiniones que exprese y por los votos que emita, en el desempeño de sus funciones.

Esa característica tiene como consecuencia importante que los que podrían ser calificados como demás participantes (autores y partícipes, comprensivos estos últimos de los instigadores y los cómplices, Art. 14, 9 y 10, C. Penal), -por ejemplo, los editores o directores de un diario que publicara las opiniones de un legislador, que pudieran ser calificadas de injuriosas- tampoco incurren en responsabilidad penal o civil.

Es absoluta en el sentido de que no reconoce excepciones, las que, por lo demás, no están previstas en la norma constitucional.

Es permanente (perpetua) porque tutela al legislador y a los que podrían haber sido calificados de participantes (autores y partícipes, Art. 14, 9 y 10, Cód. Penal) aún después de concluido el mandato del parlamentario y durante toda su vida.

Es irrenunciable porque si bien protege a cada legislador, su finalidad y razón de ser es la tutela de la institución (el Congreso), como uno de los poderes supremos del Estado.

c) SUJETOS PROTEGIDOS

Están protegidos por esta inmunidad los “*miembros del Congreso*” (191 CN), esto es, los diputados y senadores que hayan sido proclamados como tales por la Justicia Electoral (273 CN) y que se hayan incorporado a la Cámara respectiva al haber prestado el juramento prescrito en el art. 188 de la Constitución.

Continúan amparados por las opiniones que viertan, hasta tanto cesen en sus funciones por cualquiera de las causales previstas en la CN (renuncia aceptada (190 CN), por incompatibilidad sobreviniente (196 CN), aunque -como quedó dicho en b)- la protección es

permanente (perpetua) para las opiniones expresadas cuando estaban en funciones como parlamentarios.

Protege también a los legisladores con goce de permiso - incluso aquéllos a los que se refiere 199 CN- y a los que sean objeto de suspensión disciplinaria (CN 190), toda vez que en ninguna de esas hipótesis el parlamentario pierde su condición de diputado o senador.

Tutela asimismo a los **senadores vitalicios**, toda vez que éstos revisten indudablemente la condición de senadores, con todos sus derechos, prerrogativas y deberes, con las únicas y taxativas excepciones establecidas expresamente en el art. 189 de la Constitución: no integrar el quórum, y tener voz pero no voto. Fuera de esas excepciones, los senadores vitalicios, como cualquier otro senador:

- para su incorporación a la Cámara de Senadores han de prestar el juramento o promesa (180 CN)
- pueden ser amonestados, apercibidos o suspendidos disciplinariamente (190 CN)
- tienen iniciativa legislativa (pueden presentar proyectos de ley)
- tienen iniciativa parlamentaria (pueden presentar proyectos de resolución y de declaración)
- pueden renunciar a su condición de senadores vitalicios (190 CN)
- pueden integrar comisiones (186 CN), incluso comisiones conjuntas de investigación (195 CN), etc.

Los que sostienen que los senadores vitalicios son simples figuras decorativas, confunden su condición con la de senadores honorarios. No hay, por otra parte, ningún dispositivo constitucional que los prive de sus derechos, atribuciones y deberes -salvo las dos excepciones ya indicadas- privación de derechos que no puede presumirse y que no estuvo en el espíritu de la Comisión Redactora ni en el de la Convención Nacional Constituyente de 1.992. Para comprobarlo, basta seguir el debate sobre el tema en la Comisión Redactora, sesión N° 25 del 3 de abril de 1992, págs. 9/18, dictamen que fue acogido por el plenario en su Sesión Ordinaria N° 30, del 22 de mayo de 1992, Diario de Sesiones, pág. 43.

No tutela a los candidatos a legisladores, a los legisladores electos que todavía no hubiesen prestado juramento, ni a los suplentes de legisladores, por las razones indicadas.

d) ÁMBITO FÍSICO

Esa protección no es geográfica sino institucional: no se limita a las opiniones que el legislador emita dentro del recinto parlamentario, sino también a las que exprese en cualquier otro lugar, siempre que lo haga en el desempeño de sus funciones.

Las funciones parlamentarias no se agotan en la actuación dentro del recinto del Congreso, porque los legisladores, en función de la representación que ejercen y de la investidura que ostentan, actúan como tales en diversos ámbitos físicos del país y del exterior, ya sea

- dentro del país, en misiones parlamentarias en el interior (investigación de eventos, mediación en conflictos, participación en congresos departamentales, etc.) y en tribunas públicas (mítines, manifestaciones, convenciones partidarias, paneles, entrevistas radiales o televisivas, etc.).
- en el exterior, en órganos parlamentarios (PARLATINO, Comisión Parlamentaria del MERCOSUR, congresos parlamentarios, etc.) o en órganos o instancias no parlamentarios (conferencias internacionales, misiones oficiales específicas).

3. 2) INMUNIDAD DE DETENCIÓN

Esta inmunidad está orientada a preservar la libertad ambulatoria de diputados y senadores, condición imprescindible para que puedan ejercer sus funciones: desplazamiento libre para la concurrencia a las reuniones plenarias de las cámaras, a las reuniones conjuntas de éstas o a la reunión de ellas en congreso; para participar en los debates, votar, participar en las reuniones de las comisiones, etc.

Ella, con distintos matices, también aparece en todas las constituciones. Aunque tienen diferentes formulaciones, expresan:

- los legisladores no podrán ser detenidos desde el día de la elección hasta el día del cese (*Paraguay*, 191),
- arrestados desde el día de la elección hasta el día del cese (*Argentina*, 69, *Uruguay*, 113)
- acusados, perseguidos o arrestados desde el día de la elección hasta el día del cese (*Bolivia*)
- presos desde la expedición del diploma (*Brasil*, 53. 1 y 3)
- acusados, perseguidos o arrestados desde el día de la elección, designación o incorporación (*Chile*, 58)
- detenidos durante el período de su mandato (*España*, 71.2)
- detenidos (*Alemania*, 46.2 y 46.3)
- arrestados o sometidos a cualquier medida restrictiva de su libertad los miembros del Parlamento (*Francia*, 26)
- arrestados o privados de otro modo de su libertad los miembros del Parlamento (*Italia*, 68).

Asimismo, casi todas las constituciones, con matices diferentes, establecen una sola excepción a esa regla: la flagrancia.

a) FINALIDAD

De lo expuesto resulta que todas esas disposiciones constitucionales protegen la libertad física, corporal, del legislador, a fin de posibilitar que cumpla con sus funciones como tal, y, en definitiva, que el cuerpo -el Congreso- desempeñe a cabalidad con sus atribuciones y deberes como uno de los poderes supremos del Estado.

En rigor de verdad, esta inmunidad tutela *la libertad ambulatoria* del legislador, comprensiva de la libertad física o corporal y de la protección contra impedimentos o trabas a su acceso a lugares públicos o a su permanencia en ellos, contra impedimentos o trabas para su ingreso, permanencia o egreso de recintos privados de su tenencia (su hogar, sus oficinas, etc.) y contra actos de hostigamiento que afecten su locomoción o desplazamiento.

b) SUJETOS PROTEGIDOS

Dentro de nuestro sistema constitucional, están protegidos por la inmunidad de detención todos los parlamentarios, desde el día de su elección hasta el de su cese en esas funciones.

Salta a la vista la diferencia entre esta inmunidad y la de opinión: la inmunidad de detención ampara a los legisladores desde el día de su elección como tales en tanto que la inmunidad de opinión ampara solamente a los legisladores en funciones, esto es, a los que hubiesen sido electos, proclamados como tales por el Tribunal Superior de Justicia Electoral (273 CN) y que se hubiesen incorporado a su Cámara al haber prestado el juramento prescrito en el art. 188 de la Constitución.

La inmunidad de detención ampara a los legisladores con permiso -incluso a aquéllos a los que se refiere el Art. 199 CN- y a los suspendidos por razones disciplinarias (Art. 190 CN), toda vez que en ninguno de esos supuestos cesan como parlamentarios.

Protege también a los senadores vitalicios, por las razones explicadas en 3. 1), c).

Por no ser parlamentarios electos o en funciones, no protege a los candidatos a legisladores ni a los suplentes de legisladores.

Entendemos que si un ciudadano es electo estando aprehendido o detenido, correspondería que, en virtud de la inmunidad de detención, se lo ponga en libertad; sin perjuicio de que, de corresponder, se produzca ulteriormente su desafuero. De otra manera, sería posible que se frustre su gestión parlamentaria, mediante el simple expediente de aprehenderlo o detenerlo antes de las elecciones en la que compita como candidato; situación más probable si se trata de un político opositor con chances de triunfo en los comicios.

En caso de que hubiese sido aprehendido en flagrancia, se ha de proceder en la forma que se verá para esa situación.

c) **ÁMBITO DE VIGENCIA**

En nuestro ordenamiento constitucional, el ámbito en que opera esta inmunidad no se restringe al penal. Por el contrario, alcanza a cualquier órgano, entidad, autoridad o persona que ordene o proceda a la aprehensión o detención de un parlamentario, y cualquiera sea la causa invocada por la aprehensión o detención o embarazo de la libertad ambulatoria.

De esta manera, la tutela de esta inmunidad está por encima de las resoluciones o acciones sean dispuestas y llevadas a cabo por órganos, entidades o autoridades de cualquier tipo, inclusive por particulares – como se daría en el caso en que turbas impidan o estorben el desplazamiento o la permanencia del legislador en sitios públicos y, con más razón, hacia, en o desde su domicilio u oficina.

d) **QUÉ DEBERÁ ENTENDERSE POR “DETENCIÓN”**

La Constitución utiliza en el Art. 191, la expresión *detención* en un amplio sentido, esto es, para referirse a cualquier modo de afectar la libertad de parlamentarios, comprensiva de privarle de su libertad corporal (física) y estorbar o impedir su desplazamiento, ingreso, permanencia o egreso de lugares públicos o privados de su tenencia particular.

Así, pues, la expresión *detención* de la CN incluye tanto la aprehensión, detención y prisión preventiva del código de rito penal (Arts. 210, 237, 239, 240 y 253 del Código de Procedimientos Penales, CPP), los previstos en los Arts. 17 y 334 de Código de Procedimientos Civiles y el previsto en el Art. 236 del Código de Organización Judicial, así como cualquier otra forma de afectación de la libertad ambulatoria de los parlamentarios, dentro del espectro de situaciones ya comentado varias veces.

e) **CARACTERÍSTICAS**

Es una inmunidad cuasi-absoluta, temporaria e irrenunciable.

a) Es cuasi-absoluta porque constituye una regla general que solamente admite la excepción que establece el mismo Art. 191 CN, y que, por ello mismo -por constituir excepción a una regla- ha de interpretarse estrictamente. Más adelante nos ocuparemos de la excepción.

b) Es temporaria porque dura desde el momento en que el legislador es electo y hasta el día en que cese en sus funciones parlamentarias. Nada impide que al día siguiente el legislador sea aprehendido o detenido.

c) Como todas las inmunidades contempladas en el Art. 191 CN es irrenunciable. A riesgo de ser repetitivos, recordemos que la irrenunciabilidad se funda en que el fin de esta inmunidad es que el cuerpo (el Congreso o sus Cámaras) ejercite libre y regularmente sus atribuciones y pueda cumplir con sus funciones.

f) EXCEPCIONES A LA REGLA. FLAGRANCIA

El mismo párrafo del Art. 191 CN establece una excepción precisa a la regla de inmunidad de arresto o detención: "...salvo que fuera hallado en flagrante delito que merezca pena corporal".

La excepción que comentamos se ciñe indudablemente al *ámbito penal*, ya que el enunciado constitucional mienta de modo nítido al que fuera "hallado en flagrante *delito que merezca pena corporal*", delimitación que excluye la detención en flagrancia por la comisión de hechos que constituyen faltas, contravenciones, o cualquier ilícito no penal.

La segunda excepción no es en sí misma tal, sino la posibilidad de ser sometido a juicio previo desafuero (último párrafo del Art. 191 CN). Esta segunda excepción habilita a que el legislador desafuero sea sometido a juicio penal y da la posibilidad para que, conforme a las circunstancias del proceso, resuelto el desafuero, se produzca o no su aprehensión, detención o prisión preventiva. Esta segunda excepción será estudiada más adelante.

Ciféndonos a la excepción a la inmunidad de detención, ella también es acogida por las constituciones de otros países, con matices diferentes:

- la del Paraguay restringe la excepción al legislador que fuera hallado en flagrante delito (191);
- la *argentina*, sorprendido in fraganti en la ejecución de un crimen que merezca pena de muerte, infamante o aflictiva (69);
- la *brasileira*, flagrante crimen no afianzable (53.1 y 53.3);
- la *chilena*, flagrante delito (58);
- la *uruguaya*, delito in fraganti (113);
- la *alemana*, flagrante delito o en el curso del día siguiente (46.2);
- la *española*, flagrante delito (71.2);
- la *francesa*, flagrante delito, crimen o sentencia definitiva condenatoria (26);
- la *italiana*, sorprendido en el acto de comisión de un delito, para lo cual es obligatorio mandamiento (judicial) o auto de prisión (68);
- la *estadounidense*, traición, delito grave de alteración de la paz (I, Sec. 6)

f) 1. DELITO

La expresión *delito* utilizada por nuestra CN, ha de entenderse como *hecho punible* en la terminología del Art. 13 del Código Penal, comprensiva de crímenes y delitos, pero aun en la esfera de lo ilícito penal, la excepción *excluye* las figuras que no admitan *pena corporal*.

Nuestro Código Penal establece tres clases de penas (Art. 37): principales, complementarias y adicionales. Interesan para el caso solamente las penas principales y, dentro de éstas, la pena privativa de libertad (Art. 37, 1º, a), porque ésta es la única subsumible en la conceptualización constitucional de "delito que merezca pena corporal".

El Código Penal no define en qué consiste la pena privativa de libertad: no lo hace en los Arts. 37 a 51, y tampoco en la clasificación del Art. 13 ni en las definiciones del Art. 14, con lo que remite al

significado que se asigna al sintagma *pena privativa de libertad* en el uso común y en el técnico-penal.

Nos remitimos sobre el particular a los estudios especializados, rescatando solamente que el núcleo central del significado de ese sintagma es el de privar o embarazar la libertad física (corporal) de seres humanos, por decisión judicial.

No procederá, entonces, la detención en flagrancia por hechos punibles para los cuales el Código Penal no determine la aplicación de una pena privativa de libertad sino cualquier otra (multa, apercibimiento, etc.). Tampoco procederá la detención en flagrancia cuando el hecho es sancionado en el Código Penal con una *medida*, porque la medida, si bien constituye sanción, sin embargo no es una pena: el Art. 14, apartado 7, del Código Penal distingue claramente entre la sanción que constituye pena y la sanción que constituye medida.

f) 2. FLAGRANCIA

Otro concepto central de la formulación constitucional paraguaya, es el de la **flagrancia**, ya que ella es exigida como condición necesaria -aunque no suficiente- para que proceda la detención de un legislador, como excepción a la regla general tuitiva de la prerrogativa parlamentaria contra la detención.

Entre las medidas cautelares de carácter personal el Código Procesal Penal establece en el Art. 239 que la Policía Nacional, o cualquier persona, podrá aprehender, sin orden judicial, entre otros casos, cuando una persona sea sorprendida en flagrante comisión de un hecho punible o cuando sea perseguida inmediatamente después de su comisión.

Pero luego el mismo Art. 239 define la *flagrancia* en los siguientes términos: "cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza policial, por la víctima o por un grupo de personas."(Art. 239, inc. 1) CPP).

Aunque esta definición de nuestro código de rito penal se contradiga parcialmente con lo establecido en la primera parte del mismo inciso 1) del Art. 239 CPP -ya que allí distingue entre flagrancia, por un lado y, por otro, la persecución inmediatamente después de su comisión-, hemos de atenernos a la definición *explícita y estipulativa* que hemos transcripto, en razón de ambos caracteres de esa definición.

De modo que la flagrancia dentro de nuestro ordenamiento legal no sólo se limita al que sea sorprendido en el momento de intentar o cometer el hecho punible, sino también inmediatamente después de ellos, o mientras -inmediatamente después de cometerlo o intentarlo- es perseguido por la fuerza policial, por la víctima o por un grupo de personas. De ese modo, incluye, tanto la flagrancia como la cuasi-flagrancia.

Así, pues, la segunda condición necesaria para que proceda la detención, es que haya flagrancia, en los términos expuestos.

El Ministerio Público podrá ordenar y proceder a la detención de un parlamentario solamente si a su órgano persona (fiscal) le consta personalmente la flagrancia, lo cual requerirá la presencia física del agente fiscal en el lugar del hecho durante su realización, inmediatamente después y mientras su autor es perseguido por la fuerza policial, por la víctima, o por un grupo de persona (Art. 240 y 239, inc. 1), CPP).

f) 3. ULTERIORIDADES A LA DETENCIÓN

El Art. 191 CN establece que, producida la detención en flagrancia del parlamentario, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta del hecho a la Cámara respectiva y al juez competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad.

El último párrafo del apartado a) del Art. 328 CPP desarrolla la directiva del 191 CN y faculta al juez también a "ordenar la liber-

tad del legislador si corresponde a las normas de este código, o cuando así lo disponga la cámara respectiva”.

a) Autoridad interviniente podrá ser la Policía Nacional o el Ministerio Público, excepcionalmente un juez o juez de alzada, autoridades municipales, etc.

Pero también puede darse el caso de que no intervenga autoridad alguna, ya que en caso de flagrancia el penúltimo párrafo del Art. 239 del Código Procesal Penal autoriza a “cualquier persona a practicar la aprehensión e impedir que el hecho punible produzca consecuencias”, situación en la cual el procedimiento tendrá dos tramos: el *particular aprehensor* pondrá al parlamentario aprehendido a disposición de la *autoridad más cercana* (penúltimo párrafo del Art. 239 CPP) y ésta lo pondrá bajo custodia en su residencia y dará cuenta de inmediato a la Cámara respectiva y al juez competente.

b) En cualquier caso, como se dijo, la autoridad interviniente (policial, militar, municipal, departamental, nacional) pondrá al aprehendido *bajo custodia* en su residencia, y *dará cuenta de inmediato* a la Cámara respectiva (de Diputados o de Senadores), y al juez competente.

c) Como hemos visto, el mismo juez puede ordenar la libertad del legislador cuando ello corresponda conforme a las prescripciones del CPP (Art. 328, a).

Si no sucediera tal, la Cámara de la cual el legislador aprehendido forma parte, resolverá lo que ha de hacerse con aquél de acuerdo con las circunstancias del caso (gravedad del hecho, elementos de juicio recogidos, etc.). De acuerdo con esas circunstancias, la Cámara podrá ordenar su inmediata libertad o, excepcionalmente, mantenerlo detenido en su residencia en breve espera de que la justicia penal resuelva si hay mérito para la formación de causa, en cuyo caso entramos en la etapa contemplada en el último párrafo de 191 CN (trámite del desafuero), que estudiaremos más adelante.

3. 3) INMUNIDAD DE PROCESO PENAL

Esta inmunidad también está orientada a resguardar al Congreso evitando que se trabe, dificulte, neutralice o impida la labor de diputados y senadores, y por ende, la de las Cámaras del Congreso, mediante la promoción de acciones penales impulsadas por denuncias, querellas o actuaciones de oficio.

Algunos autores la denominan *fuero de improcedibilidad penal* (Hernández Valle, Rubén, T. II, pág. 43) ya que es una garantía de que los legisladores no puedan ser procesados penalmente si previamente su fuero no fuera suspendido o levantado por la Cámara respectiva, o por el Parlamento en los regímenes unicamerales.

Nuestras cartas fundamentales consagraron la inmunidad de proceso penal desde la Constitución de 1.870 (Art. 65). La Carta Política de 1940 y la Constitución de 1.967 lo hicieron en los artículos 74 y 142, respectivamente.

Aunque sin una denominación específica, esta inmunidad está también consagrada en la mayoría de las constituciones, con matices y en grados diferentes, con excepción de la de Chile:

- la *paraguaya* impide que legisladores sean sometidos a proceso, salvo desafuero (191, último párrafo)
- la *argentina*, la formación de querellas ante justicias ordinarias (62), salvo desafuero
- la *boliviana*, no podrá ser acusado ni perseguido, salvo desafuero (52)
- la *brasileña*, prevé el juzgamiento por el Supremo Tribunal Federal (53.3 y 4)
- la *chilena* no admite esta inmunidad (Art. 58, penúltimo y último párrafo)
- la *uruguaya*, no podrá ser acusado criminalmente, salvo desafuero (114)
- la *alemana*, no podrán ser responsabilizados a causa de actos objeto de sanción penal (46.2), siendo necesaria la autorización del Consejo Nacional para iniciar procedimiento penal o que pueda involucrar la

pérdida de derechos consagrados en el Art. 18; aún iniciado el procedimiento, él puede ser suspendido por decisión del Consejo Nacional (46.4)

- la *española* no pueden ser inculcados ni procesados (71), salvo autorización de la Cámara

- la *francesa*, ningún miembro del Parlamento, durante la duración de los períodos de sesiones, puede ser objeto de persecución o detención por causa criminal o correccional, más que con autorización de la Cámara de la que forma parte (26)

- la *italiana*, ningún miembro del Parlamento puede ser sometido a procedimiento penal, sin autorización de la Cámara a la que pertenece (68)

El núcleo conceptual de esta inmunidad, es que como regla general los parlamentarios no pueden ser sometidos a proceso ni a sus ulteriores posibilidades (aprehensión, detención, prisión preventiva, juicio, condena), salvo que (excepción a la regla) medie desafuero, autorización de la Cámara, etc.

a) FINALIDAD

Como todas las inmunidades, la de proceso penal está fundamentalmente orientada a preservar el normal funcionamiento de la institución (el Congreso o Parlamento), evitando que se utilice la persecución judicial penal para impedir, restringir o neutralizar la labor de los legisladores y, por ende, la del Congreso.

Si no existiera la inmunidad de proceso penal, sería fácil urdir un repertorio inagotable de maniobras que impidan que los legisladores cumplan con sus funciones y, de esa forma, que lo haga el Congreso como institución.

Bastaría con orquestar y dosificar denuncias penales y querrelas criminales, de forma tal que el legislador objeto de ellas se vea constreñido a aplicar su tiempo, su energía y sus recursos, a realizar los actos que el Código Procesal Penal determina.

Por otra parte, sería abrir una ventana por la que pudiera colarse un avance inconstitucional (3 CN) del Ministerio Público y los jueces en detrimento del Poder Legislativo, cuyo funcionamiento regular podrá verse afectado ya sea por las actuaciones de oficio de agentes fiscales y jueces penales, ya por “acompañar” de manera complaciente las denuncias o querellas que tengan como blanco a los legisladores.

b) SUJETOS PROTEGIDOS

Están protegidos por la inmunidad de proceso penal los diputados y senadores, entendiéndose como tales a quienes sean miembros del Congreso porque hayan sido proclamados como tales por el Tribunal Superior de Justicia Electoral (273 CN) y que se hayan incorporado a la Cámara respectiva al haber prestado el juramento prescrito en el art. 188 de la Constitución.

La protección se extiende hasta el momento en que cesen en sus funciones y no ampara a candidatos de legisladores, a legisladores electos que no hubiesen sido proclamados como tales ni prestado juramento, ni a suplentes de legisladores. Nos remitimos sobre este tema a lo expresado en el ítem “sujetos protegidos”.

c) ÁMBITO DE VIGENCIA

El texto constitucional no deja dudas de que esta inmunidad se refiere exclusivamente al ámbito penal y procesal penal, al utilizar expresiones aplicables a esa esfera, tales como *formase causa, sumario y proceso*.

Ese criterio se refuerza porque esa restricción al ámbito penal se da en legislación comparada y por el hecho de que cuando entró en vigencia la Constitución de 1992 regía en el Paraguay el Código Procesal Penal promulgado el 15 de noviembre de 1.890, el cual:
- denominaba *proceso* a todas las diligencias procesales penales desde su inicio hasta su terminación (todo el Libro Segundo –Del *proceso*, que se inicia con el Art. 99 y culmina en el 648)

- dividía el proceso penal en dos etapas: *sumario* (Título II, art. 131 y siguientes) y *plenario* (Título XXIII, Arts. 445 y siguientes).

Sostener el criterio de que esta inmunidad cubre también las acciones no penales, nos llevaría al absurdo de que un parlamentario no podría ser demandado por cobro de alquileres, alimentos, ejecución hipotecaria, divorcio, etc., situaciones que obviamente no afectan al desenvolvimiento del cuerpo (el Congreso), y que, por ello, sería un privilegio irrazonable porque no se trataría de una tutela funcional (Ver I.).

Recordemos, sin embargo, que existe indemnidad en materia de inmunidad de opinión, lo cual impide que el legislador (y los demás participantes —autores y partícipes) sean objeto de acciones penales y civiles por las opiniones que aquél hubiese expresado en el ejercicio de sus funciones (Ver III.1)

d) CARACTERÍSTICAS

De la letra del texto constitucional (191, último párrafo CN) resultan sus características fundamentales. Dice el texto constitucional: “Cuando se formase causa contra un Senador o Diputado ante los tribunales ordinarios, el juez lo comunicará con copia de los antecedentes, a la Cámara respectiva, la cual examinará el mérito del sumario y, por mayoría de dos tercios resolverá si da lugar o no al desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo, le suspenderá en sus fueros”.

De acuerdo con esa formulación, la norma constitucional paraguaya es amplia en cuanto a la protección de la inmunidad de proceso penal y restrictiva en cuanto al otorgamiento del desafuero ya que, salvo una excepción, impide que un legislador en funciones sea sometido en cualquier carácter o condición —menos la de testigo— a procedimientos que digan relación con la investigación de un hecho punible (crimen o delito): no puede ser aprehendido, ni detenido, ni ser objeto de prisión preventiva, ni imputado, ni procesado, ni acusado, ni condenado. Como hemos visto, en el derecho comparado esa protección o no existe (Chile), o está restringida de una u otra forma, o es tan amplia como en el Paraguay.

En este capítulo obviaremos todos los aspectos que digan relación con la suspensión de fueros o desafuero -la cual será estudiada en el capítulo siguiente- y nos ceñiremos a la inmunidad de proceso.

El texto constitucional establece una regla general: que los parlamentarios no pueden ser sometidos a proceso penal, y una excepción: el caso en que la Cámara respectiva resuelva el desafuero.

Se trata de una inmunidad cuasi-absoluta, temporaria e irrenunciable.

a) Es cuasi-absoluta porque constituye una regla general que solamente admite la excepción que establece el mismo párrafo tercero del Art. 191 CN (desafuero).

b) Es temporaria porque dura desde el día en que el legislador está en funciones pero solamente hasta el momento en que cese en ellas.

c) Es irrenunciable porque si bien protege a cada legislador, su finalidad y razón de ser es la institución (Congreso), como uno de los poderes supremos del Estado.

e) EXCEPCIÓN A LA REGLA Y ULTERIORIDADES

La regla general de protección establecida mediante la inmunidad de proceso penal, reconoce una excepción: que la Cámara respectiva resuelva que haya lugar al desafuero de un legislador para ser sometido a proceso.

El tema será considerado en el capítulo siguiente.

También podría considerarse una excepción a la regla la facultad del Poder Ejecutivo en el *estado de excepción*, de ordenar por decreto la detención de un legislador indiciado de participar en los hechos que invocó para su establecimiento, o su traslado de un punto a otro de la República (228 quinto párrafo CN). De cualquier forma, se trata de una materia ajena al contenido de este trabajo.

4. DESAFUERO

4. 1. INTRODUCCIÓN

Desafuero no es una expresión feliz para referirse a la habilitación para que un legislador sea sometido a proceso, tanto por su ambigüedad (significa compilación de leyes, determinadas jurisdicciones, privación de inmunidades, etc.) como por su vinculación con los *fueros* que consistían en ventajas y exenciones discriminatorias e injustas de las que en el medioevo y en la época de las monarquías absolutas gozaban sólo contados privilegiados (la nobleza o ciertas ciudades), en contraste con inmensas mayorías injustamente privadas de derechos y cargadas de obligaciones (siervos de la gleba, pueblo llano, etc.), inequidades que comenzaron a desmoronarse recién con la Revolución Francesa.

Como resabio de esa connotación negativa, se asimilan erróneamente los fueros parlamentarios a privilegios, ventajas y prerrogativas personales, aunque en rigor de verdad no es un fuero ni un privilegio sino una inmunidad parlamentaria- inmunidad de proceso penal- de la que no es titular cada legislador como persona, sino el Congreso como órgano-institución.

De hecho, existen inmunidades en todos los ámbitos de los poderes supremos y de los órganos extrapoderes (Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Contraloría General de la República, etc.) porque un Estado de Derecho democrático requiere que sus instituciones estén adecuadamente protegidas para que puedan cumplir con sus atribuciones y deberes con independencia, sin interferencias ni condicionamientos que inficionen la formación de su voluntad y traben la ejecución de sus decisiones. Esas inmunidades se dan inclusive con relación a representantes diplomáticos de estados extranjeros.

4. 2. DERECHO COMPARADO

El desafuero estuvo consagrado en nuestros regímenes constitucionales anteriores: la Constitución de 1970 lo estableció en el Art.

65; la Carta Política de 1940, en el Art. 74, y la Constitución de 1967, en el Art. 142. (Ver II, a).

Figura también, aunque con especificaciones y efectos muy diversos, en las constituciones contemporáneas:

- en algunos casos tiene el alcance de simple suspensión en los fueros para que el legislador sea sometido a juicio (*Paraguay*, 191);
- en otros suspende al legislador en su carácter de tal y lo pone a disposición del juez o tribunal competente para su juzgamiento (*Argentina*, 69; *Uruguay* 114), o
- consistente en el otorgamiento de una licencia al legislador, por decisión de una mayoría de dos tercios de la Cámara respectiva, licencia que habilita a su juzgamiento (*Bolivia*, 52), o
- o supedita su procesamiento a la autorización del Tribunal de Alzada en pleno, decisión apelable para ante la Corte Suprema (*Chile*, 56), o
- requiere autorización del Consejo Nacional (*Alemania*, 46), o
- requiere autorización de la Cámara respectiva (*España*, 71), o
- en materia criminal o correccional, requiere autorización de la mesa de la asamblea de la que forme parte, y la detención, las medidas privativas de libertad y la persecución (penal) son suspendidas a requerimiento de la asamblea. Se exceptúan la flagrancia y la condena definitiva. (*Francia*, 26), o
- requiere autorización de la Cámara respectiva para ser sometido a procedimiento penal o para detener o mantener en estado de detención en ejecución de una sentencia, aunque sea firme (*Italia*, 68).

De lo expuesto resulta que el desafuero es amplio o restringido de acuerdo con cada ordenamiento constitucional. En algunos casos es restringido a punto tal que no solamente el procesamiento requiere de autorización de la Cámara respectiva sino también la detención o el mantenimiento del estado de detención aún en ejecución de una sentencia, aunque esa sentencia sea firme (*Italia*, 68), o reserva a la Cámara la facultad de decidir la suspensión de la condena penal (*Francia*, 26.3).

He aquí dos muestras más de la variedad que existe en materia de desafuero:

- la Constitución del *Brasil* prevé el desafuero solamente para la flagrancia de crímenes inafianzables y, para el caso de que la Cámara respectiva autorice la formación de causa a un legislador, su procesamiento solamente puede realizarse por el Supremo Tribunal Federal (53, 3 y 4).
- la de *España*, producido el desafuero, prevé el juzgamiento del parlamentario por la Sala Penal del Tribunal Supremo, a lo que hay que agregar que el texto de los artículos 754 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 7 de la Ley del 9 de febrero de 1912 determinan que si se denegase la autorización para procesar (si se denegase el desafuero), se dispondrá el sobreseimiento libre del senador o diputado, aunque algunos no aceptan esa interpretación.

4. 3. FINALIDAD

Ya hemos dicho que, como tutela funcional, la finalidad de la inmunidad de proceso penal no es otra que preservar la independencia y el desempeño eficiente del congreso y de los legisladores, eliminando cortapisas, interferencias o perturbaciones que impidan o estorben a sus órganos- instituciones y a sus órganos-persona —cámaras, comisiones, legisladores- el cumplimiento de sus funciones en el marco de sus atribuciones y deberes constitucionales, nos remitimos a lo expresado en el parágrafo 4. 1.

Pues bien, el desafuero constituye una *excepción a esa regla*, excepción que habilita la posibilidad de que el parlamentario sea sometido a un proceso penal específico, cuando a criterio de la Cámara respectiva no está en juego aquella tutela funcional y cuando existen elementos de juicio que aconsejen que sea suspendido en su inmunidad de proceso penal, con relación a una causa penal determinada. Mantener en esas condiciones la inmunidad de proceso, importaría desnaturalizar su condición de tutela funcional e implicaría un privilegio inaceptable.

4. 4. EXCEPCIÓN A UNA REGLA

Dentro de nuestro régimen constitucional el desafuero es una excepción a la regla que preserva la inmunidad de proceso penal para los parlamentarios y tiene por objeto posibilitar que, en mérito de los antecedentes y del sumario, la Cámara de la cual forma parte el legislador, haga lugar o no al desafuero para ser sometido a proceso, y en caso afirmativo, le suspenda en sus fueros con relación a una causa determinada, siempre que de esa forma no se afecte aquella tutela funcional (inmunidad de proceso penal).

4. 5. QUIÉNES PUEDEN SER DESAFORADOS

El desafuero es aplicable solamente a quienes gozan de inmunidad de proceso penal, esto es, a legisladores que estén incorporados como tales a su Cámara por haber sido proclamados senadores o diputados por la Justicia Electoral (273 CN) y haber jurado en el acto de su incorporación a la Cámara respectiva (188 CN).

También pueden ser desafortados los senadores vitalicios (Ver 3. 1 c).

Por no gozar de inmunidad de proceso, no son desafortables los legisladores electos pero no incorporados, ni los suplentes de diputados o senadores.

4. 6. FACULTAD EXCLUSIVA DE CADA CÁMARA

Si no se da ninguna de las circunstancias que hagan conveniente el mantenimiento de la regla general de inmunidad de proceso penal, sopesando el mérito de los antecedentes y del sumario, la Cámara respectiva está **facultada** –no obligada– a apartarse de esa regla general (el mantenimiento de la inmunidad de proceso penal) y a desafortar al legislador, habilitando su sometimiento a un proceso específico.

De manera que en el procedimiento de desafuero y en la decisión de otorgarla o no otorgarla, no tiene ninguna intervención la Cámara de la cual no forma parte el legislador en cuestión.

4. 7. CARÁCTER RELATIVO (NO ABSOLUTO) DEL DESAFUERO

Una nota característica del desafuero en nuestro sistema constitucional es su *carácter relativo*, en oposición a otros sistemas en los cuales el desafuero tiene carácter absoluto. Esa relatividad consistente en que de acuerdo con el texto de 191 CN el desafuero tiene el efecto de habilitar para que el legislador desafortado sea sometido *a un proceso penal determinado*, en tanto que el desafuero absoluto habilita para que sea sometido a cualquier proceso penal.

El carácter relativo del desafuero resulta de la expresión constitucional “para ser sometido a proceso” —*proceso*, en singular- y muy especialmente del mandato constitucional de que la Cámara respectiva reciba “copia de los antecedentes” y deba examinar “el mérito del sumario”, lo cual implica sin lugar a dudas que son esos antecedentes y ese “mérito del sumario” los que ha de sustentar su decisión de desafortar o de no hacerlo.

En esas condiciones sería absurdo que se otorgue el desafuero sobre la base específica y concreta del mérito de *un* sumario determinado para habilitar a que el legislador sea sometido a *cualquier otro* proceso penal, cuyos antecedentes y cuyo “mérito” no han sido previamente conocidos ni sopesados o evaluados por la Cámara. Si han de evaluarse los antecedentes del caso y el mérito del sumario para poder concederse el desafuero, es evidente que ese desafuero puede tener lugar únicamente respecto de la causa penal cuyos antecedentes y cuyo mérito se tomaron en consideración y evaluaron por mandato constitucional expreso.

4. 8. OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL DESAFUERO

El carácter institucional de la inmunidad de proceso se hace patente en su condición esencialmente *temporal* y, por ello, si el desa-

fuego no es otorgado por la Cámara respectiva, solamente *se posterga* el sometimiento del legislador a proceso penal, hasta el momento en que cese en su condición de parlamentario.

a) FORMACIÓN DE CAUSA ANTE TRIBUNALES PENALES ORDINARIOS Y COMUNICACIÓN A LA CÁMARA

Previo al tratamiento y consideración del desafuero se requiere que haya mérito para que se forme causa ante los tribunales ordinarios en lo penal, que de una u otra forma *prima facie* esté involucrado un legislador en un hecho punible que merezca pena corporal y que el juez del fuero penal interviniente comunique a la Cámara respectiva que hay mérito para la formación de causa penal a su respecto, con copia íntegra del sumario.

Aunque nos ocuparemos nuevamente del tema después, adelantamos nuestro criterio de que, dada la necesidad de estos recaudos, ninguna de las Cámaras puede resolver de oficio el desafuero de uno de sus miembros.

b) NO ES PROCESO PENAL NI JUICIO POLÍTICO

El desafuero no ha de confundirse con el proceso penal ni con el juicio político.

No es un proceso penal porque:

- nuestra carta fundamental prohíbe el juzgamiento y eventual condena de una persona fuera de la órbita de los órganos encargados de impartir justicia (247 y 248 CN)
- porque el otorgamiento del desafuero no implica sentencia condenatoria ni su rechazo implica sentencia absolutoria. De hecho, el rechazo del desafuero sólo conlleva la postergación del sometimiento a proceso del legislador, hasta tanto pierda su condición de tal.

Y no constituye un juicio político entre otros motivos:

- porque de acuerdo con el Art. 225 CN son otros funcionarios —entre los que no figuran los legisladores— los que pueden ser sometidos a juicio político;

- porque, a diferencia del juicio político, el otorgamiento del desafuero no hace perder al legislador desaforado su condición de tal, limitándose a habilitar su sometimiento a determinado proceso penal;
- porque el juicio político sigue un procedimiento especial en el cual necesariamente intervienen con roles diferentes ambas Cámaras del Congreso, en tanto que en el procedimiento de desafuero interviene única y exclusivamente la Cámara que integra el legislador en cuestión.

c) EVALUACIÓN FORMAL Y DE FONDO DE LOS ANTECEDENTES Y DEL MÉRITO DEL SUMARIO

La Cámara respectiva ha de sopesar y evaluar los antecedentes y el mérito del sumario penal y las circunstancias que rodean al caso, lo que, obviamente, no implica juzgamiento en el sentido de administrar justicia, sino en el de fundar su decisión en la convicción lograda a través de elementos de juicio serios y racionalmente considerados.

La Constitución manda y ordena en forma clara que la Cámara respectiva sopesa y evalúe los antecedentes y el mérito del sumario (191, último párrafo CN), lo cual excluye de raíz la posibilidad de que su decisión se base exclusivamente en *elementos formales* (cumplimiento de los recaudos de mérito para la formación de causa, tribunal ordinario, comunicación del juez, copia de los antecedentes). Aunque se den esos elementos meramente formales, la Cámara está obligada, por mandato expreso de nuestra Carta Fundamental, a tomar en cuenta el mérito de los antecedentes y del sumario, esto es a evaluar las circunstancias que rodean al caso y las *cuestiones de fondo* (*no formales*).

d) COMPETENCIA EXCLUSIVA DE CADA CÁMARA

La decisión sobre el desafuero es competencia exclusiva de la Cámara de la cual forme parte el legislador respecto del cual el juez en lo penal comunicó que había lugar mérito para la formación de causa penal, y esa decisión requiere una mayoría de dos tercios (191

CN), esto es, una mayoría de dos tercios de los miembros presentes (185, tercer párrafo CN).

e) EFECTOS DEL DESAFUERO

¿Cuáles son los efectos del desafuero? Suspender al legislador en sus fueros para ser sometido a un proceso penal determinado (191 CN). Aquí la expresión *fueros* se refiere a la inmunidad de proceso penal, de modo que el efecto del desafuero es *la suspensión de la inmunidad de proceso para ser sometido a un proceso penal determinado*.

En nuestro sistema constitucional, el desafuero no hace perder la condición de parlamentario al legislador desaforado y tampoco lo suspende en su calidad de tal. Su efecto es el de despojarlo de su inmunidad de proceso respecto de una causa penal determinada y habilitar de esa forma a que como cualquier habitante sea sometido a los procedimientos y a las resultas de esa causa penal. Volveremos sobre el particular.

4.9. SITUACIÓN Y RECAUDOS PROCESALES ANTES DE HABERSE RESUELTO EL DESAFUERO

Entre las condiciones que la Constitución establece para que se haga lugar al desafuero, 191 CN menciona:

- la formación de causa ante los tribunales ordinarios
- la comunicación del juez de la causa de la formación de la causa, a la Cámara respectiva, con adjunción de la copia de los antecedentes, sobre cuya base la Cámara examinará el mérito del sumario.

El Código Procesal Penal (CPP) especifica esos extremos de la manera que a continuación explicamos.

De acuerdo con el Art. 74 del CPP se denomina

- **imputado** a la persona a quien se le señale como autor o participe de un hecho punible; y en especial a la persona señalada en el *acta de imputación (apartado a)*
- **acusado** a aquel contra quien exista una acusación del Ministerio Público o del querellante, según el caso (*apartado b*)

- **condenado** a aquél sobre quien ha recaído una sentencia condenatoria firme.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, anticipamos que a nuestro juicio es indudable que ningún senador o diputado puede revestir la calidad de *imputado*, *acusado* o *condenado* sin que previamente la Cámara de la que forma parte previamente lo desafuere. Es más, si no otorga el desafuero tampoco a su respecto:

- puede darse por concluida la *etapa preparatoria* (Arts. 347/351 CPP)
- ni, por ende, por iniciada la *etapa intermedia* (Arts. 352/364)
- ni menos aún llegar a la *etapa del juicio oral y público* (Arts. 365/405 CPP)

El CPP trata el tema como una de las *excepciones al progreso del procedimiento* (Art. 329,2) que torna aplicable el Art. 328, que se refiere al desafuero. Es por ello que el artículo 328 CPP estatuye una *secuencia procesal especial* para el caso de que se opongan al procedimiento obstáculos fundados en privilegios o inmunidades establecidos en la Constitución Nacional.

En lo referente a legisladores, establece una *secuencia de dos estadios* (Art. 328,a, CPP), en la que es menester que se cumpla el primero de esos estadios para pasar al segundo:

a) cuando se formule denuncia o querrela privada contra el legislador, el *juez penal competente* practicará una *información sumaria* que no vulnere la inmunidad de aquél y que tenga por objeto realizar:

- los actos de investigación cuya pérdida sea de temer;
- los actos de investigación no reproducibles ulteriormente,
- y los actos de investigación indispensables para fundar el mérito para formar causa contra el legislador y disponer su sometimiento a proceso, y la consiguiente comunicación a la Cámara respectiva.

b) cumplido el estadio anterior,

- si existiese mérito para formar causa contra el legislador y para disponer su sometimiento a proceso,

- *sin ordenar su captura* el juez penal competente lo comunicará a la Cámara respectiva (de Diputados o de Senadores)
- acompañando copia *íntegra* de las actuaciones producidas,
- para que la Cámara resuelva si hay lugar o no al desafuero del legislador, para ser sometido a proceso.

La formulación de la norma es muy clara y de factura adecuada a la Constitución. Esta *excepción al progreso del procedimiento* (Art. 329, 2, CPP) determina, pues, una *secuencia procesal particular* ajena al procedimiento ordinario (Arts. 279 a 406 del CPP), en la cual ha de producirse la referida *información sumaria*, cuya tramitación la realizará el juez penal competente, información sumaria que tramitará en forma de *incidente* (Art. 330 CPP).

¿En qué consiste una *información sumaria*? El Código Procesal Penal no la define pero de acuerdo con las prácticas procesales en nuestro medio, se trata de un procedimiento que tiene lugar generalmente “inaudita parte” y que está orientado a constatar hechos que han de servir para obtener alguna autorización judicial, para proceder a la rectificación de instrumentos, para acreditar algunos extremos no probatorios (falta de recursos económicos, domicilio, identidad de personas) o, como en la especie, realizar los actos de investigación (recabar informaciones, recibir testimonios, realizar inspecciones y pericias, etc.) que alleguen elementos de juicio para determinar el mérito para la información de causa contra un senador o diputado. Sin definirla, el Código Procesal Civil se refiere a la información sumaria en los Arts. 591, a), y 707.

Si bien el Art. 330 CPP -ver Art. 329, 2) CPP)- le confiere a esa información sumaria el trámite de los *incidentes*, no se ajustará sino en la medida de lo posible al trámite allí establecido para los incidentes, toda vez que no interviene todavía ningún “interesado” ni hay “partes litigantes”.

¿Qué calidad procesal tiene el legislador no desaforado?. Lo expuesto nos ratifica en la conclusión de que, hasta que se opere el desafuero, el legislador en cuestión *no reviste la condición de imputado, y menos aún la de procesado o condenado*. Entre otras razones:

- no puede ser *imputado*, porque no tiene a su cargo la investigación respecto del legislador ningún agente fiscal sino el juez penal competente, situación en la cual no pueden haber actos de investigación fiscal (Arts. 315 y ss. CPP), requerimiento fiscal (Art. 301 CPP) ni, por ende, acta de imputación (Art. 302 CPP);
- ello así, es obvio que el legislador tampoco puede revestir la condición de *acusado*, toda vez que no hay intervención del Ministerio Público para formular acusación y solicitar la apertura a juicio (Art. 347 CPP), lo que también impide que se ingrese a la etapa intermedia (Art. 352 y ss. CPP); finalmente
- estando de esa manera cerrado el camino para que se llegue al juicio oral y público (Art. 365 y ss. CPP), es imposible que el legislador no desafortado sea *condenado*.

El planteo precedente nos hace ver que el legislador no desafortado *no puede ser indagado ni prestar declaración como imputado*, tanto porque no hay intervención del Ministerio Público (art. 350), como porque todavía no existe causa que pueda ingresar a la etapa intermedia, la cual comienza con la audiencia preliminar (Art. 355 CPP).

Obviamente los parlamentarios, salvo que no estén facultados a testimoniar o estén obligados a abstenerse de hacerlo (Art. 205 y 206 CPP), tienen siempre el deber de testificar (Art. 203 CPP), aunque pueden hacerlo en su domicilio (Art. 204 CPP) o por oficio, pero no cabe a su respecto la compulsión (Art. 210 CPP) ni la aprehensión inmediata (Art. 212 CPP). Como cualquier ser humano, el legislador que testifica no está obligado a declarar contra sí mismo ni contra las demás personas que menciona el art. 18 de la Constitución.

El inciso c) del Art. 328 CPP prescribe que cuando se proceda contra *varios imputados* y solo alguno de ellos goce de inmunidad constitucional, el proceso podrá *formarse y seguirse* respecto de los otros.

4. 10. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO PARA PROVOCAR LA DECISIÓN DE LA CÁMARA SOBRE EL DESAFUERO

Los *requisitos formales* para provocar la decisión de una Cámara sobre el desafuero de uno de sus miembros son (Art. 191, último párrafo CN):

- que de la información sumaria a juicio del juez en lo penal resulte mérito para la formación de causa penal contra el legislador ante tribunales ordinarios;
- que el juez en lo penal comunique a la Cámara que a su juicio hay mérito para la formación de causa contra el legislador;
- que adjunte a la comunicación copia íntegra de la información sumaria.

Nos remitimos a lo ya expuesto en el ítem anterior, y agregamos los breves comentarios siguientes:

1) La formulación constitucional impide que las Cámaras del Congreso dispongan el desafuero de cualquiera de sus miembros *de oficio*, sin la comunicación previa del juez en lo penal, sin que en esa comunicación se exprese que a su juicio hay mérito para la formación de causa contra un legislador o sin que se acompañe copia íntegra de la información sumaria.

2) Cuando la Constitución expresa *tribunal ordinario y juez*, se refiere a la *justicia penal ordinaria nacional* y a los *jueces en lo penal* que la integran. El texto constitucional no admite que la comunicación sea efectuada por un juez o tribunal ordinario extranjero, aunque sea penal, por juez o tribunal ordinario que no sea penal (juez en lo civil y comercial, juez tutelar del menor, etc.), y tampoco por jueces que no integren la magistratura judicial ordinaria (jueces o tribunales militares, jueces administrativos, jueces municipales de faltas, jueces integrantes de tribunales arbitrales, etc.).

3) La formulación constitucional mienta a *comunicación* a la Cámara respectiva, con lo que descarta que el juez penal solicite el desafuero.

Esa formulación constitucional es correcta porque está orientada a preservar la independencia de criterio de las Cámaras del Congreso, independencia de criterio que en cierto modo puede verse afectada

tada por una solicitud de desafuero, ya que una solicitud de esa laya hace presumir que el criterio del juez penal es que en la especie se habrían reunido los recaudos formales y de fondo que harían conveniente o necesario que se otorgara desafuero.

4) Los *antecedentes* y el *sumario* mencionados en el Art. 191 CN, con los precisados en el Art. 328 CPP.

Se trata de la información sumaria que comentamos pormenorizadamente en el ítem anterior.

5) No existe en nuestra normativa procesal penal la figura de “*formación de causa*” sino una etapa preparatoria (Art. 279 y ss. CPP), uno de cuyos componentes es el requerimiento fiscal y acta de imputación (301 y 302 CPP) y que puede culminar con la acusación y solicitud de apertura a juicio (Art. 347 CPP).

Es por ello que el Art. 328 CPP con acierto establece que la información sumaria tiene, entre otros, el objeto realizar actos de investigación para fundar la comunicación a la Cámara respectiva, y agrega que “si existiese mérito para formar causa y disponer su sometimiento a proceso (del legislador), sin ordenar su captura, el juez penal lo comunicará, acompañando copia íntegra de las actuaciones producidas, a la Cámara respectiva, para que resuelva si hay lugar o no al desafuero para ser sometido a proceso”.

En definitiva el *sumario*, consiste en la totalidad de las actuaciones producidas desde el inicio de la información sumaria prescrita por el Art. 328 CPP hasta su terminación, y la *copia de los antecedentes* se refiere a la copia íntegra de esas actuaciones sumariales.

4. 11. SUJETOS DEL DESAFUERO

Como ya lo hemos expresado, pueden ser desaforados solamente los diputados y senadores que gocen de inmunidad de proceso, que son los que integran la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores por haber sido proclamados como tales por la Justicia Electro-

ral (273 CN) y por haber prestado juramento en el acto de su incorporación a la Cámara respectiva (188 CN).

A riesgo de incurrir fatigosas en repeticiones insistimos en que por el motivo indicado -esto es, por no perder su condición de legisladores- pueden ser desaforados los diputados y senadores con permiso, incluso aquéllos a los que se refiere 199 CN y los suspendidos por motivos disciplinarios (190 CN). Y por las razones ya explicadas en 3. 1) c), también pueden ser desaforados los senadores vitalicios.

4. 12. RESOLUCIÓN OTORGANDO O DENEGANDO EL DESAFUERO

La resolución sobre “si ha lugar o no al desafuero para ser sometido a proceso” (191 CN) es de competencia exclusiva y excluyente de la Cámara (de Diputados o Senadores) de la cual forme parte el legislador objeto de la comunicación del juez en lo penal.

La Constitución no establece puntualmente el procedimiento al que ha de ceñirse el tratamiento de la comunicación judicial referida, salvo el mandato de que la Cámara respectiva examine el mérito de los antecedentes y del sumario y que la mayoría requerida para otorgar el desafuero es de dos tercios, entendida como las dos terceras partes de los miembros presentes (185, último párrafo CN). Reunidos ambos extremos, la tramitación del desafuero se rige por las disposiciones de los respectivos reglamentos (de la Cámara de Senadores o de la Cámara de Diputados) (190 CN).

Si bien el procedimiento no culmina en una sentencia penal condenatoria o absolutoria ni se trata de un juicio político (ver 4. 8, b) que en rigor tornan inaplicable el art. 16 de la Constitución, la tramitación parlamentaria del desafuero requiere que se dé oportunidad al legislador afectado, a ser oído para que esgrima sus argumentos y defensas.

Aunque la formulación constitucional parece dar a entender que se requiere esa mayoría calificada de dos tercios tanto para hacer

lugar como para rechazar el desafuero, entendemos que ella es requerida solamente para hacer lugar al desafuero y no para denegarlo, toda vez que la regla es la inmunidad de proceso penal de los parlamentarios y, por ello mismo, salirse de esa regla y decidirse por la excepción (el desafuero) es lo único que puede justificar la exigencia de una mayoría tan calificada y rigurosa.

4. 13. EFECTO DEL DESAFUERO

Dentro de nuestro régimen constitucional, el único efecto del desafuero es la suspensión de los fueros del legislador desaforado para ser sometido a un proceso penal específico, o, más exactamente, *la suspensión de la inmunidad de proceso para ser sometido a un proceso penal específico* en las mismas condiciones que cualquier habitante del país, y el Ministerio Público y la magistratura penal han de adoptar las decisiones a su respecto, que correspondan según las prescripciones del Código Procesal Penal y las circunstancias fácticas.

De esta manera, el legislador desaforado *continúa en funciones, con todos sus derechos, competencias, atribuciones y deberes*: el desafuero por sí mismo no implica ninguna cortapisa ni impone ninguna restricción al legislador desaforado.

En otros ordenamientos constitucionales pueden darse otros efectos: así en los argentinos, chilenos y uruguayos el legislador desaforado queda suspendido como tal mientras no culmine de alguna manera el proceso penal.

Al estudiar las características del desafuero tal cual está diseñado en la Constitución de 1.992, hemos subrayado su relatividad (4. 7) en el sentido de que el otorgamiento del desafuero es relativo a una determinada causa penal; en oposición al desafuero absoluto -que también se da en el derecho comparado- que habilita a que el parlamentario desaforado sea sometido a cualquier proceso penal y no solamente a aquél que motivó la comunicación del juez en lo penal de que a su juicio habría mérito para la formación de causa.

Dado ese carácter relativo del desafuero en nuestro ordenamiento constitucional, el efecto señalado de habilitar para que el legislador desafortado sea sometido a proceso, se restringe *única y exclusivamente* al proceso que se substancie por los hechos supuestamente punibles que fueron objeto de la información sumaria realizada en sede penal y que culmine con la comunicación del juez a la Cámara respectiva de que habría mérito para la formación de la causa.

La resolución de la Cámara de *rechazo* del desafuero ya sea por cuestiones formales ya sea por cuestiones de fondo, es vinculante y causa estado, de forma tal que no cabe el tratamiento o consideración de una nueva comunicación judicial que se genere en la misma información sumaria que motivó la primera comunicación judicial.

El juez penal que tuvo a su cargo substanciar la información sumaria que prevé el Art. 328 CPP no está constreñido por plazos ni por otras limitantes para su labor investigativa, de modo que dispone de todo el tiempo necesario para su tarea y de todos los medios que el código de rito penal habilita a tales efectos. Consiguientemente, no existe ninguna justificación racional para que una vez que consideró agotada la investigación y terminada a cabalidad su tarea, se le permita reeditar todo el procedimiento mediante una nueva comunicación a la Cámara respectiva, en detrimento de la seguridad jurídica y de la certeza de las decisiones parlamentarias.

Cualquiera sea la resolución de la Cámara, ella ha de ser puesta en conocimiento del juez en lo penal que efectuó la comunicación de que habría mérito para la formación de causa.

4. 14. ULTERIORIDADES

Caben ulterioridades ajenas en sí mismas al desafuero y derivadas de las alternativas del proceso penal, pero que en algunos casos pueden incidir de una u otra forma en la situación parlamentaria del legislador desafortado.

Por ello mismo, no corresponde que esas ulterioridades sean consideradas en este trabajo.

Una de esas ulterioridades es la siguiente: si en cualquier etapa de las diligencias pautadas por el CPP se resuelve de una u otra forma restringir la libertad ambulatoria del parlamentario desaforado de manera tal que le impida concurrir a la sede legislativa o realizar regularmente sus tareas parlamentarias en el plenario o en las comisiones, él ha de ser substituido transitoriamente por el suplente que corresponda.

Hay que tener en consideración que el CPP cuenta con un repertorio amplio de medidas cautelares de carácter personal (aprehensión, detención, prisión preventiva, medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva, etc.), de manera que puede privarse de la libertad ambulatoria no solamente por aprehensión (Art. 239), detención (Art. 240) o prisión preventiva (Art. 243), sino también restringirse esa libertad ambulatoria por otras medidas cautelares personales, tales como arresto domiciliario (Art. 245, 1), prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares (Art. 245, 5) y la prohibición de comunicarse con personas determinadas (Art. 245, 6).

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Argentina, EDIAR, 1988.
- CAMACHO, Emilio, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, Asunción, Paraguay, Intercontinental Editora, 2001.
- DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Argentina, Edit. Ciudad Argentina, 1994.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires (Argentina), Depalma, 1994.
- FERNÁNDEZ- BIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido, *La inviolabilidad e inmunidad de los diputados y senadores- La crisis de los "Privilegios Parlamentarios*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1990.
- FERNÁNDEZ – MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, *La inmunidad parlamentaria en la actualidad*, Madrid, España, Revista de Estudios Políticos, N° 215.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *El derecho de la Constitución*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1993.
- MERINO MERCHAN, José Fernando, PEREZ-UGENA COROMINA, María y VERA SANTOS, José Manuel, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, España, Tecnos, 1995.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, Tercera Edición, 1999.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Las Instituciones políticas en la historia universal*, Buenos Aires, Argentina, Omeba, 1962.
- VERDUGO, MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- ZARINI, Helio Juan, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1992.

INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS MIEM- BROS DEL CONGRESO

Luis Lezcano Claude

SUMARIO: 1. Inhabilidades. 2. Incompatibilidades. 3. Pérdida de investidura.

INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS MIEMBROS DEL CONGRESO

Luis Lezcano Claude

En este trabajo nos abocaremos al estudio de tres temas que se relacionan con quienes ejercen la función legislativa. La vinculación que existe entre los mismos, explica que su estudio sea abordado en forma conjunta, pero, por otra parte, determina que la distinción de la naturaleza y el alcance de cada una de las figuras jurídicas constituya una parte imprescindible de este escrito.

La inclusión de las disposiciones referentes a estos temas en la Constitución de 1992, constituyó una innovación, en particular en cuanto se refiere a las inhabilidades y a la pérdida de la investidura, por su tratamiento en forma específica y por la amplitud que se le dio. En las páginas que siguen hacemos una revisión de cada tema con referencia a las discusiones en el seno de la Convención Nacional Constituyente de 1992, a lo poco que se tiene escrito sobre el particular y al derecho comparado. Se analizan igualmente los problemas derivados del texto de los artículos constitucionales pertinentes, así como de las omisiones observadas.

1. INHABILIDADES

La Ley Suprema establece las inhabilidades en los artículos que transcribimos a continuación:

Art. 197. De las inhabilidades. No pueden ser candidatos a senadores ni a diputados:

1) los condenados por sentencia firme a penas privativas de libertad, mientras dure la condena;

2) los condenados a penas de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, mientras dure aquella;

3) los condenados por la comisión de delitos electorales, por el tiempo que dure la condena;

4) los magistrados judiciales, los representantes del Ministerio Público, el Procurador General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor, y los miembros de la Justicia Electoral;

5) los ministros o religiosos de cualquier credo;

6) los representantes o mandatarios de empresas, corporaciones o entidades nacionales o extranjeras, que sean concesionarias de servicios estatales, o de ejecución de obras o provisión de bienes al Estado;

7) los militares y policías en servicio activo;

8) los candidatos a Presidente de la República o a Vicepresidente, y

9) los propietarios o copropietarios de los medios de comunicación.

Los ciudadanos afectados por las inhabilidades previstas en los incisos 4), 5), 6) y 7), y deberán cesar en su inhabilidad para ser candidatos noventa días, por lo menos, antes de la fecha de inscripción de sus listas en el Tribunal Superior de Justicia Electoral.¹

Art. 198. De la inhabilidad relativa. No podrán ser electos senadores ni diputados los ministros del Poder Ejecutivo; los subsecretarios de Estado; los presidentes de Consejos o administradores generales de los entes descentralizados, autónomos, autárquicos, binacionales o multinacionales, los de empresas con participación estatal mayoritaria, y los gobernadores e intendentes, si no renuncian a sus respectivos cargos y se les acepta las mismas por lo menos noventa días antes de la fecha de las elecciones.²

¹ De acuerdo con la Fe de Erratas, en el inc. 9, del Art. 197 Constitución, en vez de "medios de comunicación", debe decir "medios masivos de comunicación social".

En el último párrafo, donde dice "los incisos 4), 5), 6), y 7) y deberán", debe decir: "los incisos 4), 5), 6) y 7), deberán".

² La redacción del artículo en la parte que dice "... se les acepta las mismas ...", no es correcta. En primer lugar, creemos que debería ser "aceptan"; pero, además, la expresión "las mismas" debería estar referida al sustantivo

La distinción entre "inhabilidades" e "inhabilidad relativa", que se hace en los artículos 197 y 198 de la Constitución, merece algunos comentarios. En principio, debemos señalar que si bajo la denominación de "inhabilidad relativa" mencionamos algunos casos, es dable suponer que los demás no lo son y sólo cabe pensar que, por el contrario, constituyen inhabilidades absolutas.

Entendemos que la diferencia entre las inhabilidades relativas y las absolutas radica en que, tratándose de las primeras, es posible superarlas; y, en cambio, cuando se trata de las segundas, ello resulta imposible. Si a la luz de estos conceptos estudiamos las inhabilidades incluidas en el artículo 197 y las mencionadas en el artículo 198, habremos de concluir que no es posible establecer ninguna distinción entre las mismas. Las del último precepto, como el epígrafe del artículo lo indica, son, sin duda, inhabilidades relativas. Pero también lo son, en sentido estricto, todas las inhabilidades citadas en el otro artículo.

En el caso de los condenados a penas privativas de libertad, a penas de inhabilitación para el ejercicio de la función pública o por la comisión de delitos electorales, la inhabilitación subsiste mientras dure la condena o la inhabilitación (cfr. artículo 197, incisos 1, 2 y 3, Constitución).

En los casos previstos en los incisos 4, 5, 6 y 7 del artículo 197 de la Constitución, la posibilidad de superar las inhabilidades está sujeta a la única condición de que la renuncia a los cargos o a las funciones de los que derivan aquellas, se produzca con la antelación indicada en el último párrafo del citado precepto.

"renuncias", sin embargo, precedentemente sólo se emplea el verbo "renuncian".

El debate referente a estos dos artículos puede leerse en:

Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones de la Comisión Redactora, Sesión N° 25, del 3 de abril de 1992.

Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones del Plenario, Sesión N° 31, del 25 de mayo de 1992.

En cuanto a los candidatos a Presidente de la República o Vicepresidente, y a los propietarios o copropietarios de medios masivos de comunicación social (incisos 8 y 9), pueden superar la inhabilidad de inmediato, al dejar de tener tales calidades, dependiendo únicamente de los plazos que la ley electoral establece para la inscripción de candidaturas.

Solamente en los casos que involucran a condenados (Art. 197, incs. 1, 2 y 3 Constitución), en cierto sentido se podría hablar del carácter absoluto de dichas inhabilidades. En efecto, ellas resultan insalvables en cuanto a las elecciones que hubieren de celebrarse durante el lapso que dure la condena o la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos. En ese espacio de tiempo, la superación de las mismas no depende de la voluntad de los interesados. Pero luego la inhabilidad desaparece³.

³ En cierto que la duración de la pena privativa de libertad puede determinar la inhabilitación de los condenados para varias elecciones. En efecto, de acuerdo con el Código Penal, dicha pena puede tener una duración de hasta veinticinco años (Art. 38).

Los delitos electorales están tipificados en el Código Penal en los Arts. 275 a 281; y en el Código Electoral en los Arts. 314 a 330. En estos casos la pena privativa de libertad puede llegar hasta cinco años. En los casos excepcionalmente graves de coerción al elector, la pena puede llegar a diez años (Art. 278 C.P.).

En la Constitución están previstos dos casos de inhabilitación para el ejercicio de la función pública.

El Art. 236 de la Constitución dispone lo siguiente: *De la inhabilidad por atentar contra la Constitución. Los jefes militares o los caudillos civiles de un golpe de Estado, revolución armada o movimientos similares que atenten contra el orden establecido por esta Constitución, y que en consecuencia asuman el poder como Presidente de la República, Vicepresidente, Ministro del Poder Ejecutivo o mando militar propio de oficiales generales, quedan inhabilitados para el ejercicio de cualquier cargo público por dos periodos constitucionales consecutivos, sin perjuicio de sus respectivas responsabilidades civiles y penales.*

El Art. 248 de la Constitución dice en su último párrafo: *Los 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.*

caso, este impedimento debe surgir del régimen interno de cada iglesia u asociación religiosa, en particular⁵.

No obstante, debemos apuntar que esta causal de inhabilidad está prevista en la constitución de la Argentina (Art. 73, según la reforma de 1994), de Bolivia (Art. 50, inc. 1), de Honduras (Art. 198, inc. 4), de México (Art. 55, inc. VI) y de Nicaragua (Art. 134, *in fine*).

Revisando los antecedentes nacionales vemos que la Constitución de 1870 (artículo 69), la Constitución de 1940 (artículo 75) y la Constitución de 1967 (artículo 145), consideraban al estado eclesial como causal de inhabilidad o de incompatibilidad en relación con los cargos de diputado o senador.

En varios de los proyectos de constitución presentados a la Convención Nacional Constituyente de 1992 figura la causal de inhabilidad que estamos estudiando. Al respecto pueden verse los del Partido Colorado (artículo 151), Constitución Para Todos (artículo 91, inciso 6), Partido Revolucionario Febrerista (artículo 186, inciso 4) y CIDSEP (artículo 146, inciso 6).

En relación con "los candidatos a Presidente de la República o a Vicepresidente" cabe mencionar que en el Derecho comparado encontramos posiciones bastante disímiles. De acuerdo con la Constitución nicaragüense los candidatos a Presidente y Vicepresidente que, habiendo participado en la elección correspondiente, no resultaron electos, forman parte de la Asamblea Nacional como representantes propietarios y suplentes respectivamente, siempre que alcanzaren cierta cantidad de votos (cfr. artículo 133). La Constitución peruana de 1979 establecía expresamente lo siguiente: *los candidatos a la presidencia y vicepresidencias pueden integrar las listas de candidatos a Senadores y Diputados* (artículo 166). La actual Constitución de 1993 ha restringido esta disposición al excluir a los candidatos a la

⁵ Tanto en el debate en la Comisión Redactora como en el Plenario de la C.N.C., se planteó la supresión de esta inhabilidad.

presidencia de la posibilidad de integrar las listas de candidatos a congresistas (cfr. artículo 90).

La disposición contenida en el inc. 9 del Art. 197 Constitución, proviene del proyecto de Constitución de la ANR (artículo 151), que a su vez la tomó del Proyecto Vasconsellos (artículo 168).

Quienes propusieron o apoyaron esta disposición sostenían que la calidad de propietario o copropietario de un medio masivo de comunicación social, coloca al candidato a diputado o senador que la ostenta, en una situación de notoria ventaja en relación con los demás candidatos.

La aplicación de este precepto tropieza, sin embargo, con algunos obstáculos. En efecto, los más importantes medios masivos de comunicación social están constituidos en sociedades por acciones, por lo que resulta imposible identificar al propietario, salvo que se considere como tales a todos los accionistas. En este caso se estaría inhabilitando a un considerable número de personas, la mayor parte de las cuales no está en condiciones de hacer uso del medio de modo tal que de ello pueda derivar una considerable ventaja sobre los otros candidatos. Lo más probable es que esta norma sólo pueda ser aplicada a los propietarios de pequeños medios masivos de comunicación social. Además, no debe olvidarse la posibilidad de burlarla mediante transferencias temporarias a prestanombres.

Creemos que la solución al problema que puede derivar del control de importantes medios masivos de comunicación social no es ésta, sino una adecuada regulación del uso de los mismos para realizar propaganda electoral. Dicha regulación debe incluir la prohibición de uso antes del período de campaña electoral, y la limitación de uso durante el mismo⁶.

⁶ En el sentido que indicamos, el Código Electoral establece cuanto sigue: Art. 290, 4° pfo.: *La propaganda electoral a través de los medios masivos de comunicación social se extenderá por un máximo de sesenta días., contados retroactivamente desde dos días antes de los comicios. En los comicios in-*

Entre los funcionarios de alto rango inhabilitados para ser candidatos a senador o diputado inexplicablemente no figura el Vicepresidente de la República. El punto fue planteado tanto en la Comisión Redactora como en el plenario, pero, sin fundamento alguno, no fue incluido⁷. Es indudable que, atendiendo a las funciones que le corresponden y al considerable poder que puede detentar, el Vicepresidente debió haber figurado entre los inhabilitados. Cabe recordar que para ser electo presidente para el período posterior, debe cesar en su cargo seis meses antes de los comicios respectivos (cfr. art. 229 de la Constitución).

En cuanto al Presidente de la República, se pensó que al quedar éste, una vez concluido el periodo de ejercicio de sus funciones, como senador vitalicio, no era necesario incluirlo entre los inhabilitados. Sin embargo, esta omisión no queda totalmente justificada o explicada en virtud de la circunstancia mencionada, de la cual lógicamente se podría deducir que no tendría ningún interés en postularse a los citados cargos como integrante de la lista respectiva de un partido político.

ternos de los partidos políticos la propaganda electoral no podrá exceder de treinta días.

Art. 299. Los medios masivos de comunicación social, una vez dictada la convocatoria a elecciones, están obligados, en un lapso no mayor de ocho días, a remitir al Tribunal Electoral de la circunscripción, sus tarifas ordinarias por los espacios de publicidad que venden.

En ningún caso tales tarifas tendrán variación, en más, en relación con las ordinarias para publicidad comercial. En el supuesto de que establecieren tarifas superiores a las normales, serán sancionados como más adelante se establece.

Art. 301. La propaganda estará limitada, por partido, movimiento político o alianza, a no más de media página por edición o su equivalente en número de centímetros de columna, en cada uno de los periódicos y revistas. En lo que respecta a la propaganda por televisión o radio, cada partido, movimiento político o alianza tendrá derecho a un máximo de cinco minutos por canal o radio, por día.

⁷ Al discutirse el texto del actual Art. 197 de la Constitución, se planteó el tema. De lo dicho por varios de los convencionales se deduce que la propuesta de agregado, no fue comprendida a cabalidad.

Esto es válido para *los ex presidentes de la República, electos democráticamente* (Art. 189 Constitución), e incluso también lo sería para el Vicepresidente electo del mismo modo, que accediera a la presidencia de la República. Pero las disposiciones referentes a la senaduría vitalicia no son aplicables a quienes hayan accedido a la titularidad del Poder Ejecutivo en virtud del orden de sucesión establecido en el art. 234 de la Constitución para cuando se produjere una doble acefalía simultánea. Tal es el caso del actual gobernante, Dr. Luis González Macchi.

En la misma situación se encontrará también el que, habiendo sido electo por el Congreso como Vicepresidente, en los dos últimos años del período constitucional en curso, por vacancia de dicho cargo, posteriormente accediera a la presidencia de la República.

En los dos casos que señalamos, el que está en ejercicio de la presidencia, por una parte, no se convierte en senador vitalicio al concluir su mandato; y, por otra parte, no está inhabilitado para integrar listas de candidatos a cualquiera de las cámaras legislativas.

En el párrafo final del art. 197 de la Constitución se establece que las personas afectadas por determinadas inhabilidades pueden ser candidatos si las mismas cesan *noventa días, por lo menos, antes de la fecha de inscripción de sus listas en el Tribunal Superior de Justicia Electoral*.

Esta referencia a la fecha de inscripción de listas ante el Tribunal Superior de Justicia Electoral, no parece ser lo más acertado. De acuerdo con la legislación vigente, *las elecciones para llenar cargos de elección popular serán convocadas ... con seis meses como mínimo de antelación a la fecha de los comicios* (Art. 153 del Código Electoral). Además, *las candidaturas deberán presentarse dentro de los cuatro meses siguientes a la convocatoria a elecciones, ante la Justicia Electoral* (Art. 155 del Código Electoral). En consecuencia, la inscripción de listas puede hacerse hasta aproximadamente dos meses (sesenta días) antes de las elecciones.

En relación con las inhabilidades, tenemos que a los noventa días exigidos en el último párrafo de artículo 197, deben sumarse sesenta días más como mínimo, lo cual totaliza ciento cincuenta días. Esto significa que la inhabilidad tendrá que ser salvada, por lo menos, cinco meses antes de las elecciones, suponiendo que la inscripción de lista se realice hacia el final del plazo previsto por la ley. Inexplicablemente se establece un régimen más riguroso para superar las inhabilidades en cuanto a quienes están afectados por las inhabilidades del Art. 197 (incs. 4,5, 6 y 7), que para los que están afectados por el Art. 198.

Se trata en forma más estricta, por ejemplo, a un juez de primera instancia o a un agente fiscal, que a un ministro del Poder Ejecutivo; a un policía en servicio activo, cualquiera sea su rango, que a un gobernador o intendente. Esto resulta absurdo si lo que se pretende es evitar que los afectados puedan utilizar con fines proselitistas los recursos y la influencia que deriven del ejercicio de un cargo o de una función.

Por otra parte, el cómputo de los noventa días previos a la inscripción de lista ante el Tribunal Superior de Justicia Electoral, debe efectuarse por separado para los candidatos incluidos en cada una de las listas, ya que el plazo dentro del cual puede verificarse dicha inscripción es de cuatro meses.

Éste es el único artículo en que, en circunstancias similares, se hace referencia a una fecha variable y no a una fecha única y válida para todos como sería el día de las elecciones. En el artículo 198, en relación con otras inhabilidades de los congresistas; en el artículo 229, en cuanto al tiempo de antelación con que el Vicepresidente debe cesar en su cargo para ser candidato a Presidente para el período siguiente; y en el artículo 235, con referencia a la superación de ciertas inhabilidades para Presidente de la República y Vicepresidente, se adopta el criterio mencionado en segundo lugar.

En el artículo 198 de la Constitución se usa una terminología diferente a la empleada en la disposición precedente. El primero dice: "no podrán ser electos ...", y la segunda, "no pueden ser candidatos a

...". Es cierto que inelegibilidad e inhabilidad son palabras sinónimas, pero nos parece más exacta la expresión incluida en el artículo 197 Constitución Además, como se ha dicho, "desde luego que no podrá ser electo quien no puede ser candidato o quien no es candidato. De modo que substancialmente si bien la redacción es diferente el efecto ... es el mismo"⁸.

En la parte final del artículo 198 se agrega ... *si no renuncian a sus respectivos cargos y se les acepta las mismas por lo menos noventa días antes de la fecha de las elecciones*. Más arriba ya hemos señalado los errores que contiene esta parte, desde el punto de vista gramatical.

Si tenemos en cuenta que el plazo fijado por la ley electoral para la inscripción de listas se extiende hasta antes de dos meses de las elecciones (Cf. Art. 153 y 155 del Código Electoral) y que las renunciaciones deben producirse con una antelación de tres meses, por lo menos, llegamos a la conclusión de que los funcionarios mencionados en el artículo 198 de la Constitución, en realidad, por lo menos en los tres meses previos a las elecciones, no podrán ser candidatos a senadores o diputados si no han superado la inhabilidad respectiva en tiempo y en forma. Al respecto, nos parece muy riesgoso hacer depender la superación de la inhabilidad no sólo de la renuncia al cargo respectivo, sino también de la aceptación de la misma. Esto podría dar lugar a especulaciones. Quizá lo que se quiso decir, es que no sólo presenten renuncia al cargo, sino que también dejen efectivamente de ejercerlo.

De acuerdo con el Art. 198 de la Constitución, están inhabilitados:

- a) Los ministros del Poder Ejecutivo.

⁸ José A. Moreno Ruffinelli, "Derecho parlamentario", en *Nuevas Instituciones de la Constitución Nacional*, Asunción, Ed. Litocolor, 1996, pp. 96 y 99.

- b) Los subsecretarios de Estado o viceministros⁹.
- c) Los presidentes de consejos o administradores generales de los entes descentralizados, autónomos, autárquicos, binacionales o multinacionales.
- d) Los presidentes de consejos o administradores generales de empresas con participación estatal mayoritaria.
- e) Los gobernadores.
- f) Los intendentes municipales.

En el derecho comparado encontramos también como causas de inhabilidad, la pérdida de la investidura de legislador y el matrimonio o el parentesco con autoridades¹⁰. Al respecto transcribimos las partes pertinentes de algunas constituciones latinoamericanas.

Constitución del Brasil, Art. 14, inc. 7º: *Son inelegibles, en el Territorio de jurisdicción del titular, el cónyuge y los parientes consanguíneos o afines hasta el segundo grado, o por adopción, del Presidente de la República, del Gobernador de Estado o Territorio, del Distrito Federal, del Prefecto, ...*

Constitución de Colombia, Art. 179: *No podrán ser congresistas: 4º Quienes hayan perdido la investidura de congresistas; 5º Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco ... con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.*

Constitución de Costa Rica, Art. 109: *No pueden ser elegidos Diputados, ni inscritos como candidatos para esa función: ... 8. Los parientes de quien ejerza la Presidencia de la República hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, inclusive.*

⁹ La equivalencia entre ambas expresiones está consignada en el Art. 235, inc. 1, Constitución. En el Art. 240 de la Constitución se usa la expresión "viceministro".

¹⁰ La inclusión de la inhabilidad por pérdida de la investidura fue planteada en el debate en el plenario de la Convención Nacional Constituyente. La causal de matrimonio o el parentesco con autoridades, está prevista en nuestra Constitución sólo en relación con los cargos de Presidente de la República o Vicepresidente (Art. 235, inc. 9).

Constitución de Guatemala, Art. 164: *No pueden ser diputados: ... c) Los parientes del Presidente de la República y los del Vicepresidente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad ...*

Constitución de Honduras, Art. 199: *No pueden ser elegidos diputados: ... 10. El cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente y los Designados a la Presidencia de la República, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los jefes militares con jurisdicción nacional, de los miembros del Tribunal Nacional de Elecciones, etc.*

Debe tenerse presente que la Constitución prevé también la suspensión del ejercicio de la ciudadanía. El Art. 153 de la Constitución reza así:

De la suspensión del ejercicio de la ciudadanía.

Se suspende el ejercicio de la ciudadanía:

- 1) *por adopción de otra nacionalidad, salvo reciprocidad internacional;*
- 2) *por incapacidad declarada en juicio, que impida obrar libremente y con discernimiento, y*
- 3) *cuando la persona se hallara cumpliendo condena judicial, con pena privativa de libertad.*

La suspensión de la ciudadanía concluye al cesar legalmente la causa que la determina.

El Código Penal establece que *el que ... se hiciera proponer como candidato para una elección, pese a no ser elegible, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa, salvo que el hecho sea sancionado por otro artículo con una pena mayor (Art. 277, inc. 4)*

2. INCOMPATIBILIDADES

Las incompatibilidades están prescriptas en el artículo constitucional que se transcribe a continuación.

Art. 196. Podrán ser electos, pero no podrán desempeñar funciones legislativas, los asesores de reparticiones públicas, los funcionarios y los demás empleados a sueldo del Estado o de los municipios, cualquiera sea la denominación con que figuren y el concepto de sus retribuciones, mientras subsista la designación para dichos cargos.

Se exceptúan de las incompatibilidades establecidas en este artículo, el ejercicio parcial de la docencia y el de la investigación científica.

Ningún Senador o Diputado puede formar parte de empresas que exploten servicios públicos o tengan concesiones del Estado, ni ejercer la asesoría jurídica o la representación de aquellas, por sí o por interpósita persona.

Los senadores y diputados no pueden:

- a) Ser asesores de reparticiones públicas.
- b) Ser funcionarios o empleados del Estado o de los Municipios. Debe incluirse también a los Gobiernos departamentales.

En estos dos casos se entiende que se trata de cargos que los ciudadanos electos senadores o diputados tenían desde antes de su elección. Al respecto se establece que no pueden desempeñar funciones legislativas mientras subsista la designación para dichos cargos. Es necesario limitar el tiempo que pueden coexistir la calidad de senador o diputado electo (pero que no puede asumir sus funciones) y el desempeño de aquellos cargos. En caso de sobrepasar el límite fijado, se incurre en violación del régimen de incompatibilidades, lo cual es causal de pérdida de la investidura.

- c) Formar parte de empresas que exploten servicios públicos o tengan concesiones del Estado, o ser asesores jurídicos o representantes de las mismas.

- d) Ejercer otro cargo, salvo el de Ministro del Poder Ejecutivo.

vo o diplomático. Lo dispuesto en el artículo 199 de la Constitución¹¹ debe entenderse *contrario sensu* como una incompatibilidad para el ejercicio de otros cargos que no sean los mencionados. El incumplimiento de dicha norma, implica la pérdida de la investidura al constituir una violación del régimen de incompatibilidades (Cf. Art. 201, inc. 1).

Atendiendo a que la Constitución menciona el cargo de “diplomático” sin ninguna especificación, la excepción se amplía considerablemente. De acuerdo con la Ley N° 1335/99, “Del servicio diplomático y consular de la República del Paraguay”, las categorías del escalafón diplomático son las siguientes: embajador, ministro, consejero, primer secretario, segundo secretario y tercer secretario (Art. 3°). De modo que todos estos funcionarios tendrían que ser incluidos en la categoría de “diplomático” que establece el precepto constitucional.

Al estudiarse el tema en la Comisión Redactora, se propuso que se especificara que se trataba de los cargos de embajador o de jefe de misión diplomática. Sin embargo, la opinión prevaleciente fue la de mantener la mención del cargo de “diplomático”, en forma amplia, a fin de permitir, según se dijo, que se pudiera encomendar a senadores o diputados, misiones diplomáticas en casos específicos y en forma excepcional¹². Sobre la base de este argumento, quedó desvirtuada la finalidad del artículo.

Entre los proyectos de constitución, solamente el del PLRA (Art. 148) y el del PRF (Art. 187), contienen la expresión “Jefe de Misión Diplomática”.

¹¹ Art. 199 de la Constitución: *De los permisos. Los Senadores y Diputados sólo podrán aceptar cargos de Ministro o de diplomático. Para desempeñarlos, deberán solicitar permiso a la Cámara respectiva, a la cual podrán reincorporarse al término de aquellas funciones.*

¹² Cf. Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones de la Comisión Redactora*, de fecha 6 de abril de 1992, pp. 8 a 13.

En la Constitución hondureña se especifica que los parlamentarios ... *podrán desempeñar los cargos de ... Jefe de Misión Diplomática, Consular, o desempeñar Misiones Diplomáticas Ad-hoc ...* (Art. 203).

Al respecto, la Constitución peruana sólo permite *el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarias de carácter internacional* (Art. 92, 2° pfo.).

e) Incurrir en alguna de las inhabilidades previstas en los artículos 197 y 198 de la Constitución. En virtud de lo dispuesto en el artículo 201, inc. 1 de la Constitución, las inhabilidades funcionan como incompatibilidades, una vez electos los legisladores¹³.

Debe mencionarse que la incompatibilidad de la función legislativa con el ejercicio de "actividades privadas de carácter profesional, comercial, industrial, productivo o de servicio", fue aprobada por la Comisión Redactora de la Convención Nacional Constituyente, aunque luego tal limitación fue suprimida durante el estudio en el plenario¹⁴.

La Constitución peruana establece lo siguiente: *La función de congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso* (Art. 92, 1er. pfo.).

¹³ Nos referimos a este tema en forma más amplia, al tratar la pérdida de la investidura.

¹⁴ En favor de la restricción se adujeron, entre otras, las siguientes razones: la mayor eficacia y productividad del congresista en la tarea legislativa mediante la dedicación a ella en exclusividad, la necesidad de evitar el tráfico de influencias que pueda producirse en el ejercicio de las mencionadas actividades privadas, la necesidad de establecer un criterio de igualdad entre los integrantes de los tres poderes del Estado, la necesidad de profesionalización de la "clase política". Cf. C.N.C., Comisión Redactora, *Diario de Sesiones* N° 25, del 3 de abril de 1992, pp. 61/71; C.N.C., Plenario, *Diario de Sesiones* N° 31, del 25 de mayo de 1992, pp. 18/70.

La Constitución venezolana dice al respecto: *Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional están obligados a cumplir sus labores a dedicación exclusiva, en beneficio de los intereses del pueblo ...* (Art. 197).

La Constitución panameña exceptúa de la prohibición general establecida para los legisladores, entre otras cosas, el ejercicio de la profesión de abogado *fuera del período de sesiones o dentro de éste mediante licencia* (Art. 152.4).

En nuestro país, en fecha relativamente reciente, se canceló la intervención en juicios tramitados ante órganos jurisdiccionales, a abogados investidos también de la calidad de congresistas. Se procedió de este modo atendiendo a lo preceptuado por el Art. 248 de la Constitución en la parte que dice: *... En ningún caso los miembros de los otros Poderes ... podrán ... intervenir de cualquier modo en los juicios*

En nuestra opinión, dicha prohibición debe ser entendida en el contexto general de la mencionada norma constitucional. Para dicho efecto, hacemos una trascripción más amplia de la misma:

Art. 248 Constitución: 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

Se observa que la finalidad de la norma es la preservación de la independencia del Poder Judicial y de su exclusividad en materia jurisdiccional. Se mencionan algunos actos cuya realización implicaría una violación de tales características y va de suyo que la realiza-

ción de aquellos habrá de ser indebida para que se produzca tal violación. En efecto, existe la posibilidad de que los mencionados actos sean realizados en debida forma: en la misma disposición se admite la posibilidad de que órganos de otro poder ejerzan atribuciones judiciales si ello está autorizado constitucionalmente; en ciertos casos se pueden revivir procesos fenecidos (cfr. Art. 17, inc. 4, Constitución; Arts. 481 y sigtes., Código Procesal Penal); e igualmente, actuando dentro del marco legal, se puede paralizar juicios o intervenir en ellos.

Por tanto, creemos que lo expresado en el Art. 248 de la Constitución supone la realización indebida de tales actos, entre ellos, la intervención en juicios. *Contrario sensu*, si se interpretara literalmente la frase *ni intervenir de cualquier modo en los juicios*, ello implicaría en cuanto a senadores y diputados, que ni el Congreso, ni las cámaras podrían estar en juicio alguno, ya que la intervención se daría por medio de representantes designados por aquellos. Por otra parte, los legisladores tampoco podrían intervenir a título personal. Todo esto resulta absurdo. En consecuencia, la prohibición de realizar ciertos actos, contenida en el Art. 248 de la Constitución, supone el carácter indebido de los mismos por ser contrarios a la independencia del Poder Judicial y a su potestad exclusiva en materia jurisdiccional.

Lo que acabamos de señalar, sumado al rechazo de la propuesta de incluir entre las incompatibilidades parlamentarias la prohibición de ejercer actividades privadas de carácter profesional, nos lleva al convencimiento de que no se puede impedir a abogados que al mismo tiempo sean legisladores, la posibilidad de intervenir en juicios como representantes de terceros.

Están exceptuados del régimen de incompatibilidades el ejercicio parcial de la docencia y el de la investigación científica. Al respecto, la Constitución ecuatoriana prescribe lo siguiente: "Podrán desempeñar la docencia universitaria si su horario lo permite" (Art. 135, 2° pfo.). La Constitución peruana establece la prohibición general de *ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso* (Art. 92, 1er. pfo.). Creemos que las expresiones contenidas en estas disposiciones nos pueden servir para determinar el alcance del ejercicio a tiempo parcial de la docencia y

la investigación científica. Lo fundamental es que tales actividades no afecten el desempeño de las tareas propias de la función parlamentaria. Debe quedar en claro que lo principal es el cargo de senador o diputado y que el tiempo que se debe dedicar al cumplimiento de las obligaciones inherentes al mismo no puede ser menoscabado por una dedicación excesiva a las otras actividades permitidas.

La violación del régimen de incompatibilidades produce la pérdida de la investidura (Cf. Art. 201, inc. 1, Constitución).

3. PÉRDIDA DE INVESTIDURA

La Constitución se refiere al tema de la pérdida de la investidura en el artículo que transcribimos a continuación.

Art. 201. *Los senadores y diputados perderán su investidura, además de los casos ya previstos, por las siguientes causas:*

- 1) *la violación del régimen de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en esta Constitución, y*
- 2) *el uso indebido de influencias, fehacientemente comprobado*¹⁵.

Los casos ya previstos de pérdida de investidura a que se refiere esta norma, son el de remoción por incapacidad física o mental, y el de renuncia, contenidos en el artículo 190 Constitución. En relación con los mismos está determinado el órgano competente para declarar la pérdida de la investidura y el procedimiento respectivo. En efecto, la facultad corresponde a cada cámara y se requiere mayoría absoluta en el primer caso, y simple mayoría en el segundo caso.

Es conveniente aclarar que el desafuero (Art. 191 Constitución) no importa la pérdida de la investidura. En este caso el senador o el diputado es suspendido en sus fueros y puesto a disposición de la justicia ordinaria para ser sometido a proceso. Pero aún cuando, por haberse decretado su prisión, dejare de ejercer el cargo, si luego no

¹⁵ En la fe de erratas se establece que en el inciso 1, en vez de "inhabilidades e incompatibilidades", debe decir "inhabilidades o incompatibilidades".

resultare condenado, el congresista puede reasumir sus funciones. Esto demuestra que no ha perdido su investidura.

Con posterioridad a la asunción de su cargo, un senador o un diputado puede incurrir en alguna de las inhabilidades previstas en los artículos 197 y 198 de la Constitución, que en estas circunstancias en realidad actúan como incompatibilidades.

En consecuencia, un congresista pierde su investidura cuando resulta condenado a pena privativa de libertad, a pena de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, o por la comisión de delitos electorales (Art. 197, incisos 1, 2 y 3, Constitución).

Sucede lo mismo cuando un legislador se convierte en ministro o religioso de algún credo, o en propietario o copropietario de un medio masivo de comunicación social (Art. 197, incs. 5 y 9, Constitución). Igualmente el diputado o senador cuya candidatura a Presidente de la República o Vicepresidente se inscribe ante la autoridad electoral, pierde su investidura (Art. 197, inc. 8, Constitución).

La asunción de cualquiera de los cargos o el desempeño de alguna de las funciones que se mencionan en el artículo 197, incisos 4, 6 y 7, y en el artículo 198 Constitución, producen asimismo el efecto señalado. De hecho, el Art. 199 Constitución establece implícitamente la incompatibilidad para senadores y diputados, de ocupar cualquier otro cargo, salvo los de ministro del Poder Ejecutivo o diplomático. En relación con estos últimos cargos, deben solicitar permiso a la cámara respectiva antes de desempeñarlos. Al término de sus funciones, pueden reincorporarse, lo cual indica que no han perdido su investidura. Pero, en sentido contrario, debe entenderse que si un legislador ocupa cualquier cargo que no sea uno de los exceptuados, pierde su investidura¹⁶.

¹⁶ La Secretaría de la Mujer fue creada por Ley N° 34, del 18 de septiembre de 1992. Es un órgano dependiente de la Presidencia de la República, pero no constituye un ministerio. En nada altera esta circunstancia el hecho de que, en virtud del decreto respectivo del Poder Ejecutivo, se otorgue a la persona nombrada al frente de la misma "el rango, honores y prerrogativas

La violación del régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 196 de la Constitución, determina igualmente la pérdida de la investidura.

Finalmente, la tercera causal es *el uso indebido de influencias, fehacientemente comprobado*. Se exige que el uso de influencias sea indebido, esto es, que vaya más allá del ejercicio de las atribuciones propias de los legisladores. Además, dicho "uso indebido" debe ser "comprobado fehacientemente", es decir, las pruebas que se aporten deben ser fidedignas.

En el artículo 201 de la Constitución no está determinada la autoridad competente para declarar la pérdida de la investidura por las causales previstas en dicha norma. ¿Debe ser la cámara respectiva o un órgano de la Justicia Electoral? A esta última le corresponde el juzgamiento "de los derechos y de los títulos de quienes resulten elegidos" (Art. 273 Constitución). Por ello pensamos que también debería realizar el juzgamiento de las causales de pérdida de investidura en cada caso concreto. El hecho de que se deban aportar pruebas al respecto así como la obligación de asegurar a los afectados fundamentalmente el derecho a la defensa, abonan el criterio de que el procedimiento respectivo debe llevarse a cabo ante una autoridad de carácter jurisdiccional.

Los senadores vitalicios están también expuestos a la pérdida de su investidura por incurrir en cualquiera de las causales previstas en el artículo 201 de la Constitución. En efecto, no vemos por qué se los habría de exonerar de la obligación de observar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o la prohibición del uso indebido de influencias.

La Constitución brasileña establece que también pierde la investidura el diputado o senador *que dejase de asistir, en cada período*

correspondientes a los Ministros del Poder Ejecutivo" (Dto. N° 129/93). En consecuencia, este cargo no está entre los que pueden ser ocupados por los congresistas sin que ello implique la pérdida de su investidura.

legislativo, a la tercera parte de las sesiones ordinarias de la Cámara a la que perteneciese, salvo licencia o misión autorizada por ésta (Art. 55, inc. III). Igual consecuencia se produce en relación con el legislador *que sufriese condena penal por sentencia firme* (Art. 55, inc. VI). Hemos señalado ya que en nuestro régimen ocurre lo mismo, al incurrir el congresista en uno de los casos previstos en el Art. 197 de la Constitución (incisos 1, 2 ó 3).

La Constitución colombiana prevé también el caso de inasistencia. Al respecto dice: *Los congresistas perderán su investidura: ... 2° Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura* (Art. 183). En este mismo precepto, se establece que asimismo pierden la investidura: *... 3° Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse*¹⁷.

¹⁷ La pérdida de la investidura está prevista en las constituciones de los siguientes países: Bolivia (Arts. 54 y 67, inc. 4), Brasil (Arts. 55 y 56), Colombia (Arts. 183 y 184), Costa Rica (Arts. 111 y 112), Chile (Art. 57), Ecuador (Art. 135), México (Art. 62), Panamá (Art. 150), Uruguay (Arts. 122, 123 y 124), Venezuela (Art. 191).

BIBLIOGRAFÍA

CAMPOS CERVERA, Rodrigo, "Alcance de la reforma del Poder Legislativo en la Constitución de 1992", en *Comentario a la Constitución*, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1997.

Convención Nacional Constituyente, *Diario de sesiones de la Comisión Redactora*, 1992.

Convención Nacional Constituyente, *Diario de sesiones del Plenario*, 1992.

MORENO RUFFINELLI, José A., "Derecho parlamentario", en *Nuevas Instituciones de la Constitución Nacional*, Asunción, Ed. Litocolor, 1996.

CONSTITUCIONES

Constitución argentina de 1994.

Constitución boliviana de 1967.

Constitución brasileña de 1988.

Constitución colombiana de 1991.

Constitución costarricense de 1949.

Constitución chilena de 1980.

Constitución ecuatoriana de 1998.

Constitución salvadoreña de 1983.

Constitución guatemalteca de 1985.

Constitución hondureña de 1982.

Constitución mexicana de 1917.

Constitución nicaragüense de 1986.

Constitución panameña de 1972.

Constituciones paraguayas de 1870, 1940, 1967 y 1992.

Constituciones peruanas de 1979 y 1993.

Constitución uruguaya de 1966.

Constitución venezolana de 1999.

LEGISLACIÓN

Código Electoral, Ley N° 834/96.

Código Penal, Ley N° 1160/97.

Ley N° 34, del 18 de septiembre de 1992.

PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD JUDICIAL

Marcos Riera Hunter

SUMARIO: 1. CONCEPTOS GENERALES. 2. NATURALEZA DE LA INAMOVILIDAD JUDICIAL. 3. ALCANCE FUNCIONAL DE LA INAMOVILIDAD JUDICIAL. 4. SISTEMAS DE INAMOVILIDAD. 5. LA INAMOVILIDAD JUDICIAL EN EL PARAGUAY.

PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD JUDICIAL

Marcos Riera Hunter

1. CONCEPTOS GENERALES

La independencia funcional de los Jueces debe ser convenientemente garantizada si se desea, en realidad, instituir un sistema judicial que sirva de instrumento idóneo para la consolidación y mantenimiento del Estado de Derecho.

Una de las garantías consideradas como fundamentales para la concreción e institucionalización de esa finalidad cívica y política es la inamovilidad judicial que ha sido concebida por algunos autores como un verdadero dogma constitucional por cuanto que sin ella difícilmente podría sostenerse la existencia de una carrera judicial y un Poder Judicial emancipado de influencias políticas y libre de inseguridades de diversa índole que perturban, a veces decisivamente, la labor jurisdiccional¹.

En el afán de consolidar y garantizar al máximo la independencia del Poder Judicial y asegurar su eficacia e idoneidad, la doctrina ha discutido largamente acerca del principio de inamovilidad judicial, el cual, por su innegable contenido ideológico-político, ha provocado grandes polémicas que han dividido a los tratadistas en favor o en contra de la mencionada garantía funcional. Así, la inamovilidad es considerada por muchos autores como uno de los resortes constitucionales más importantes para la independencia de los Magistrados Judiciales subjetivamente considerados, en tanto que para otros ella no sólo conspiraría contra la idoneidad judicial al permitir la perpetuación en el cargo de Jueces ineptos, sino que, además, atentaría contra la misma esencia del sistema republicano de gobierno desde que a través de ella se estaría consagrando un Poder Judicial

¹ Cf.: José Roberto Dromi, *El Poder Judicial*, p. 49.

monárquico o aristocrático, incompatible con la tradición del sistema democrático basado en la alternabilidad de los cargos públicos.

Tales posiciones doctrinarias se relacionan con el problema de la extensión temporal de la inamovilidad, cuestión que será analizada en el tópico correspondiente. Por el momento, basta decir que la doctrina negadora de la inamovilidad permanente no parece haber considerado con la profundidad suficiente la natural debilidad del Poder Judicial con relación a los otros Poderes del Estado, la que debe ser compensada para que el órgano judicial pueda funcionar dentro del esquema republicano basado en el equilibrio de los Poderes; por lo demás, el instituto de la inamovilidad no puede ser incorporado como una medida aislada, sino como parte integrante de toda una estructura política y judicial que es la que, en última instancia, garantiza y asegura la independencia de los Jueces, y la idoneidad y eficacia tan deseada en los Magistrados el Poder Judicial.

2. NATURALEZA DE LA INAMOVILIDAD JUDICIAL

Puede definirse a la inamovilidad judicial como aquella garantía que tiene por finalidad asegurar la independencia funcional de los Magistrados Judiciales. Refiere Alsina que "históricamente, la inamovilidad es una consecuencia de la venalidad de los cargos, como lo es también el carácter hereditario de algunos de ellos en legislaciones extranjeras, porque el principal que los había vendido no podía privar al comprador de su ejercicio sino por causa justificada. Hoy puede decirse que no es propiamente una garantía para el Juez, sino para los litigantes, pues a éstos interesa que el que haya de juzgarlos tenga la fuerza suficiente para resistir a las solicitudes y amenazas de quienes podrían poner en peligro su estabilidad; ciertamente, que el Juez es quien se beneficia en primer término con su inamovilidad, pero esa consecuencia necesaria no es la que se ha previsto al sentar el principio²".

² Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, p. 273.

Criterios doctrinarios idénticos sostienen otros autores, como González Calderón para quien "la inamovilidad de los Jueces no es solamente una garantía para el ejercicio independiente de las funciones que la Constitución y las leyes les encomiendan, sino también una garantía necesaria de los derechos y de los intereses de los habitantes del país cuando acuden ante aquellos en demanda de justicia. Esa garantía de la inamovilidad de los jueces está en la esencia misma de nuestro régimen político y es una de las bases más firmes de la libertad civil que la Constitución ampara³".

3. ALCANCE FUNCIONAL DE LA INAMOVILIDAD JUDICIAL

Se sostiene a veces que la inamovilidad protege al Magistrado únicamente en el ejercicio del cargo, de donde resulta que el Juez amparado en dicha garantía no podría ser removido o destituido arbitrariamente, sino por las causales y por el procedimiento establecidos en la ley. Sin embargo, es necesario señalar que la inamovilidad tiene un alcance funcional mucho más amplio que la sola protección del cargo. El concepto mismo de "inamovilidad" sugiere aquello que no puede ser "movido" en modo alguno, aquello que es estable, permanente y duradero, que no puede ser modificado. Sin embargo, tal estabilidad, a raíz de una interpretación errónea o interesada, puede ser lesionada como consecuencia de traslados o ascensos inconsultos, es decir, decretados sin el consentimiento del afectado o interesado.

Es por ello por lo que la garantía de la inamovilidad puede ser quebrantada en diferentes formas:

1. En primer lugar, se atenta contra la independencia funcional del Magistrado cuando éste es destituido, o removido, o suspendido arbitrariamente en el ejercicio del cargo. Esta estabilidad es fundamental porque "vana sería la independencia de cualquier Poder cuyos miembros pudieran ser nombrados y removidos por otros Po-

³ Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, T. III, p. 428.

deres a su antojo. Como lo dijo la Corte norteamericana en 1935: "Es por completo evidente que el que conserva su cargo por el tiempo que quiera otro no es digno de confianza para conservar una actitud de independencia contra la voluntad de ese otro"⁴. Es por ello por lo que, en cuanto al ejercicio del cargo, la inamovilidad significa, en primer término, que el Magistrado Judicial no puede Ser destituido o separado del mismo sino únicamente por las causales que establezca la ley , por el procedimiento instituido para el efecto, y ante el organismo que fuere competente para conocer y decidir en el juicio de responsabilidad promovido contra el Magistrado acusado o inculpado.

2. En segundo lugar, se atenta contra la inamovilidad judicial cuando el Magistrado es trasladado sin su consentimiento expreso y previo de un cargo a otro, sea en el mismo fuero o no, sea dentro de la misma jurisdicción territorial o no. A menos que el traslado se encuentre expresamente autorizado en la Constitución, y el mismo se ajuste al procedimiento establecido, debe ser calificado de inconstitucional por cuanto que la inamovilidad protege también la sede del cargo judicial, entendiéndose por "sede" no solamente el lugar de asiento del Juzgado o Tribunal, sino el cargo específico para el cual el Magistrado fue nombrado, siendo comprensiva, por tanto, del fuero y el Turno o Sala, según corresponda. Ello significa, por ejemplo, que un Juez en lo Civil no puede ser trasladado sin su consentimiento al fuero Laboral, ni dentro ni fuera de la jurisdicción territorial del cargo para el cual fue designado originariamente. De la misma manera, el magistrado no puede ser trasladado de un turno a otro, aunque fuese en el mismo fuero y dentro de la misma jurisdicción territorial. Los traslados -inconsultos, que pueden ser utilizados como expedientes para separar a los Jueces de la atención de juicios delicados, quebrantan la garantía de la inamovilidad judicial por cuanto que el Magistrado es "movido" contra su voluntad, acto que debe ser calificado de flagrantemente inconstitucional y, por ende, atentatorio de la inde-

⁴ Juan Fernando Segovia, "La Independencia del Poder Judicial y el Estado de Derecho", en el libro: *El Poder Judicial*, Varios Autores.

pendencia judicial⁵.

3. En tercer lugar, se atenta también contra la inamovilidad cuando el Magistrado es ascendido (o peor aun, cuando es descendido) sin su consentimiento expreso y previo, vale decir, por escrito y con anterioridad al nuevo nombramiento. Obviamente, estos ascensos inconsultos solamente pueden acontecer en aquellos sistemas en donde no existe una carrera judicial en la cual los ascensos son discernidos previo concurso de antecedentes y / o de oposición de los interesados, cuya participación en el concurso importa ya el consentimiento respectivo.

Por lo demás, se señala que los traslados o los ascensos inconsultos a otra jurisdicción territorial no solamente importan una clara violación a la independencia funcional de los jueces, sino que afectan a dichos Magistrados desde el punto de vista estrictamente personal. En efecto, a nadie escapa que el Magistrado, como cualquier otro ser humano, tiene familia, hijos, compromisos de diversa índole en el lugar de asiento del Juzgado o tribunal. El traslado o el ascenso sin su consentimiento previo importa una falta de respeto y un sensible agravio a la dignidad de la persona humana que ni el Derecho, ni la moral pueden tolerar. Tampoco puede admitirse como argumento de justificación las razones de "mejor servicio" por cuanto que, precisamente, el mejor servicio a la justicia se ve resentido y afectado como consecuencia de la modificación de ese "status" judi-

⁵ Segundo V. Linares Quintana refiere que "el 2 de abril de 1945, con motivo del decreto dictado por el Poder Ejecutivo de hecho el 28 de febrero del mismo año, trasladando al Juez federal de Santa Fe, doctor Salvador M. Dana Montaña a San Rafael, Mendoza, y al juez federal de este último lugar, Luis Nemesio González, a Santa Fe, la Corte Suprema declaró que "los traslados que se le han comunicado, violan la garantía de la inamovilidad de los Jueces consagrada por el art. 96 de la Constitución Nacional". Véase: Autor citado, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Parte Especial, T. IX., p. 420. Véase, igualmente, Hugo Alsina, Op. cit., p. 274.

cial que no puede ser alterado con prescindencia de la voluntad del titular⁶.

La garantía de la inamovilidad, por tanto, comprende el cargo, la sede y el grado, y es este alcance funcional el que ha sido legislado en las Constituciones modernas, como la del Perú de 1979 (art. 242, inc. 2) que dispone: "El Estado garantiza a los Magistrados Judiciales...su permanencia en el servicio hasta los setenta años y la inamovilidad en sus cargos, mientras observen buena conducta e idoneidad propias de la función. Los Magistrados no pueden ser ascendidos ni trasladados sin su consentimiento". De la misma manera, la Constitución de la Provincia argentina de Santiago del Estero de 1986 (art. 164) preceptúa: "Los Magistrados y representantes del Ministerio Público son inamovibles y conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta y observen fiel desempeño de sus funciones. La inamovilidad comprende el grado y la sede. No podrán ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento. Sólo podrán ser removidos en la forma y por las causales previstas en esta Constitución". Disposiciones similares contienen las Constituciones de las Provincias de La Rioja de 1986 (art. 130), San Juan de 1986 (art. 200), Brasil de 1988 (art. 95) y Dinamarca de 1953 (art. 64), entre otras.

4. SISTEMAS DE INAMOVILIDAD

Cuando se habla de la inamovilidad judicial generalmente se piensa en la estabilidad permanente, es decir, en aquel sistema en virtud del cual el Magistrado continúa "ad vitam" en el ejercicio de sus funciones mientras dure su buena conducta e idoneidad, o hasta que llegue a la edad en que debe acogerse a la jubilación obligatoria, siempre y cuando no haya incurrido en las causales que autorizan su enjuiciamiento y remoción.

⁶ Cf.: Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. II, p. 305. Asimismo, S.V. Linares Quintana, Op. cit., p. 419.

Si bien la inamovilidad de tipo permanente constituye el modelo o paradigma del principio de inamovilidad y es, por ello, el más aconsejable para salvaguardar el sistema republicano de gobierno y la independencia funcional del Poder Judicial, no es, sin embargo, el único tipo o clase de inamovilidad que regulan las diversas legislaciones. En efecto, dicha garantía puede ser otorgada por un período de tiempo relativamente corto, o bien prolongarse con una continuidad hasta una edad más o menos avanzada del Magistrado. En el primer caso, se tiene el sistema de inamovilidad transitoria o temporal, en el segundo, la inamovilidad de tipo permanente, pudiendo implementarse también un tercer sistema, denominado mixto, que constituye una combinación de los dos sistemas anteriores.

4. 1. SISTEMA DE INAMOVILIDAD TEMPORAL

El sistema de inamovilidad temporal, como la dice su denominación, es aquel en el cual el Juez goza efectivamente de la estabilidad en cuanto al cargo, grado y sede, tal como se ha explicitado anteriormente, pero por un período de tiempo limitado, transcurrido el cual el Magistrado cesa en sus funciones, pudiendo ser o no elegido nuevamente, según lo establezca la legislación de que se trate. Los partidarios de este tipo de inamovilidad sostienen que es el que mejor se aviene con el principio de periodicidad o alternabilidad de los cargos públicos, y el que mejor favorece la idoneidad del magistrado Judicial, quien, interesado en la confirmación, se esforzará en cumplir una judicatura capaz en el más amplio sentido del concepto.

Son diversas las legislaciones constitucionales que acogen este sistema de inamovilidad, entre las cuales pueden mencionarse a las Constituciones de Guatemala de 1985 (arts. 208 y 215), para todos los Jueces; Nicaragua de 1986 (art. 162), también para todos los magistrados; Nicaragua de 1948 (art. 208), para todos los Magistrados; Haití de 1950 (art. 100), para los Jueces de la Corte de Casación, de las Cortes de Apelación y los de los Tribunales Civiles; Paraguay de 1940 (art. 82), para todos los Jueces; Honduras de 1982 (art. 305), para los Jueces de la Corte Suprema de Justicia, y Colombia de 1991 (art. 233), para los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado, quienes son nombrados por un período de ocho años y "no

nombrados por un período de ocho años y "no podrán ser reelegidos". Una modalidad especial de inamovilidad temporal, que, en realidad, tiende a una inamovilidad prácticamente permanente es la legislada en la Constitución de Costa Rica de 1949 (art. 158) por la cual se establece que "Los Magistrados de la Corte Suprema de justicia serán electos por ocho años y se considerarán reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde la contrario" .Idéntico sistema previene la Constitución de El Salvador de 1983(art.186).

Prescindiendo de la modalidad incorporada por las Constituciones de Costa Rica y El Salvador que, como se dijo, es muy especial y a pesar de las "cualidades" que el sistema de inamovilidad temporal pudiera ofrecer, según sus propios partidarios, el mismo no puede ser considerado como el más adecuado para garantizar la independencia de los Magistrados Judiciales, por las siguientes razones:

A. En primer lugar, los nombramiento temporales, entendiéndose por tales aquellas designaciones otorgadas por espacios de tiempo relativamente cortos(cuatro, cinco, seis años), adolecen del insuperable defecto de provocar zozobra, incertidumbre e inseguridad en los Magistrados Judiciales quienes no tienen la certeza de que al finalizar sus mandatos podrán continuar en el ejercicio de sus cargos. Tal incertidumbre puede conspirar seriamente contra la idoneidad en el desempeño de las funciones judiciales, especialmente cuando se acerca el fin de los períodos pertinentes, fenómeno éste que no resulta justificable en absoluto pero que la experiencia ha demostrado que efectivamente ocurre, si no en todos los magistrados, sí al menos en un porcentaje importante de los cuadros judiciales. Los despachos disminuyen el ritmo de trabajo, o simplemente se paralizan, aguardando las eventuales confirmaciones. La función judicial es una de aquellas que más que ninguna otra necesita un ambiente de tranquilidad y seguridad profesional que, evidentemente, el sistema de inamovilidad temporal es incapaz de proveer.

B. En segundo lugar, el sistema de inamovilidad temporal no es congruente con el instituto de la Carrera Judicial cuyo concepto importa

necesariamente la permanencia y, consecuentemente, la continuidad en el ejercicio de los cargos. La Carrera Judicial constituye uno de los mecanismos más importantes para la independencia institucional del Poder Judicial puesto que posibilita la asunción del rol político que a dicho órgano le corresponde cumplir en un Estado de Derecho. Pero, la carrera judicial no puede concebirse con un sistema de inamovilidad temporal o transitoria puesto que, en tal caso, le estaría faltando uno de sus elementos esenciales, que es la inamovilidad permanente. No puede existir carrera judicial sin inamovilidad permanente, aunque sea posible concebir lo contrario.

C. En tercer lugar, debe señalarse que la función judicial no es de aquellas que pueden ser improvisadas; por el contrario, exige una especialización y un conocimiento que no puede consolidarse sino luego de años en el ejercicio constante y permanente de la judicatura. La experiencia es fundamental en la función judicial y es, precisamente, esta experiencia la que se impide formar con un sistema de inamovilidad temporal por el cual puede interrumpirse el ejercicio de aquella precisamente cuando el magistrado se encuentra íntimamente consustanciado con la judicatura.

D. En cuarto lugar, hay que señalar que el sistema de inamovilidad temporal, dadas sus características de incertidumbre, relatividad, etc., no favorece en nada la incorporación de profesionales idóneos y capaces a la función judicial. Refiere Sagüés que "si los nombramientos judiciales lo son por períodos limitados, difícilmente podrían atraerse para ellos a las personas más calificadas que ejerzan actividad privada. Ellas, por cierto, no abandonarían sus asuntos particulares para desempeñar empleos precarios. La estabilidad absoluta, en cambio, es un verdadero atractivo para concitar la atención de los juristas más capacitados en la tarea judicial⁷". Debe recordarse que los Jueces en general se encuentran sujetos a un régimen de incompatibilidades y prohibiciones que les impide absolutamente el dedicarse, paralelamente a sus funciones judiciales, a actividades como el comercio, la

⁷ Néstor Pedro Sagüés, *¿Poder Judicial: Inamovilidad Permanente o Inamovilidad Transitoria?*, Rev. Jurid. Argentina LA LEY, p. 753.

industria, la profesión de abogado, etc. Ello significa que el abogado que desea ingresar a la judicatura debe cortar, por razones jurídicas y también éticas, sus lazos y compromisos profesionales lo que constituye, a no dudarlo, un enorme sacrificio y un riesgo que puede afectar importantes aspectos de su vida personal y familiar si el cargo judicial al cual accede tiene un tiempo limitado de duración, a lo cual se suma la incertidumbre que significa el ignorar si podrá continuar o no en el ejercicio del mismo al término del período para el cual fue designado. Es por ello por lo que no le faltaba razón a Salvador Dana Montaña cuando afirmaba que "los más calificados abogados del foro local no apetecen los cargos judiciales porque no ofrecen ninguna seguridad ni perspectiva de progreso comparadas con las que presenta el ejercicio de la profesión, y, en consecuencia, los mismos deben llenarse con jóvenes inexpertos o abogados viejos o fracasados, sin pleitos, que producen en el Poder Judicial el deplorable fenómeno de la burocratización de la Justicia con todas las inevitables y perjudiciales secuelas de lentitud, mediocridad, morosidad, etc., que estamos acostumbrados a sufrir en nuestro País⁸".

E. En quinto lugar, la inamovilidad transitoria crea las condiciones más favorables para incentivar la dependencia, y hasta la sumisión de los Jueces con personalidad débil respecto del órgano que designa, a quien halagarán y complacerán en sus deseos con la finalidad de obtener la confirmación en sus respectivos cargos. En este sentido, decía Hamilton que "los nombramientos periódicos, cualquiera que sea la forma como se regulen o la persona que los haga, resultarían fatales para esa imprescindible independencia. Si el poder de hacerlos se encomendase al Ejecutivo o bien a la Legislatura, habría el peligro de una complacencia indebida frente a la rama que fuera dueña de él; si se atribuyese a ambas, los Jueces sentirían repugnancia a disgustar a cualquiera de ellas y si se reservase al pueblo o a personas elegidas por él con este objeto especial, surgiría una propensión exagerada a pensar en la popularidad, por lo que sería imposible confiar en que no se tuviera en cuenta otra cosa que la Constitución y las leyes., No

⁸ Salvador Dana Montaña, *La Independencia del Poder Judicial y la futura Constitución de Santa Fe*, Rev. Juríd. Argentina LA LEY, T. 105, p. 1120.

puede haber lugar a dudas que la Convención procedió con prudencia al imitar las Constituciones que han adoptado la "buena conducta" como norma de duración de los Jueces en sus oficios, y que lejos de ser censurable por ello, su plan habría sido inexcusablemente defectuoso si le hubiera faltado este importante elemento distintivo del buen gobierno⁹. Sánchez Viamonte es también contrario al sistema de nombramientos por períodos limitados¹⁰.

Por todos estos fundamentos, que, se estima, son razonables y atendibles, el sistema de inamovilidad temporal debe ser descartado si se pretende instituir un Poder Judicial independiente, imparcial, idóneo, cumplidor de roles políticos, y cimentado en el instituto de la carrera judicial que ofrezca garantía de seguridad no sólo a los Jueces, sino a los mismos justiciables y, en general, a la estructura del Estado basada en el imperio del Derecho.

4.2. SISTEMA DE INAMOVILIDAD PERMANENTE

El segundo sistema de inamovilidad judicial es el denominado "permanente", el cual puede asumir dos modalidades: el de la inamovilidad vitalicia, en virtud del cual el Magistrado continúa en sus funciones mientras dure su buena conducta e idoneidad, sin límite de edad (*ad vitam*); y el de la inamovilidad cuasi-vitalicia, o semi-vitalicia, por el cual el Juez continúa en su cargo mientras dure su buena conducta e idoneidad, pero no indefinidamente, sino hasta la edad en que debe acogerse a la jubilación obligatoria, que generalmente se establece entre los 65 y 72 años.

La primera modalidad ha sido legislada en las Constituciones de la Nación Argentina de 1853 (art. 96); Provincia argentina de Bs. Aires de 1934 (arts. 166, 170); Provincia Argentina de San Juan de 1986 (art. 200); Santiago del Estero de 1986 (art. 164); Córdoba de 1987 (art. 154); Brasil de 1988 (art. 95), cuyo vitaliciado se adquiere

⁹ Citado por S.V. Linares Quintana, *op. cit.*, p. 415.

¹⁰ Cf.: Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 315.

luego de dos años de ejercicio; China Nacionalista de 1947 (art. 81); Luxemburgo de 1868 (art. 91); Italia de 1947 (art. 107).

La segunda modalidad (semi-vitaliciado) ha sido incorporada por las Constituciones de la República Federal de Alemania (Ley Fundamental) de 1949 (art. 97), aunque la fijación del límite de edad no constituye un imperativo, sino una opción que puede ser establecida por la ley secundaria; Chile de 1980 (art. 77); Austria de 1920 (art. 88); Perú de 1979 (art. 242, inc. 2); Turquía de 1961 (art. 134) y Grecia de 1975 (art. 88, inc. 1 y 5), entre otras.

De las dos modalidades de inamovilidad permanente, la más aceptable es la segunda de ellas por cuanto que el sistema del vitaliciado o designación indefinida, aunque ha surtido buenos resultados en países de tradición democrática, como, por ejemplo, en los Estados Unidos de América para los jueces federales, ofrece algunos aspectos cuestionables pues no parece razonable, salvo excepciones, que una persona de edad propecta se encuentre en condiciones de cumplir a cabalidad, y con el rigor que se espera, en la judicatura. Por el contrario, la modalidad del semi-vitaliciado constituye un sistema más adecuado porque, por una parte, conjura todos los riesgos y peligros que comporta la inamovilidad temporal, es coherente con el instituto de la carrera judicial y, además, tiene en cuenta la idoneidad de las funciones judiciales que, se supone, no resultarán menguadas sino hasta después de cierta edad cuyo límite, como se dijo, varía según las legislaciones.

No obstante, los partidarios de la inamovilidad temporal oponen contra la inamovilidad permanente, dos argumentos: el argumento denominado "democrático", y el argumento de idoneidad.

A. El argumento democrático que se esgrime en contra de la inamovilidad permanente, y a favor de la temporal, no es sino una aplicación de los principios de la forma republicana de gobierno que impone la periodicidad de los cargos públicos. Sus sostenedores alegan que no es admisible, desde el punto de vista de tales principios, que los Magistrados Judiciales puedan gozar de una inamovilidad permanente, y, en consecuencia, de una permanencia ilimitada, o casi ilimitada en el

tiempo por cuanto que tal sistema no es congruente con la alternabilidad de los cargos públicos, y el cargo judicial es esencialmente público. Por ello, se sostiene que la inamovilidad permanente "atenta contra la práctica de una auténtica democracia, que exige la periodicidad en el ejercicio de las funciones públicas, y da a los Magistrados la sensación de que son dueños del cargo y terminan por ser desaprensivos a las exigencias públicas"¹¹. Igualmente, se ha dicho que tal sistema de inamovilidad es notoriamente inconveniente porque "una vez que los Jueces están seguros y muchos años en sus cargos pueden volverse dictatoriales; tiránicos"¹² (12).

B. Por su parte, el argumento de idoneidad sostiene que la inamovilidad permanente constituye un peligro ante el ingreso de Jueces incompetentes o inidóneos, al mismo tiempo que facilita la molición, la comodidad y la soberbia de los Magistrados quienes, ante la seguridad de sus cargos, tendrán tendencia a adormecerse en sus funciones en desmedro de la calidad y cantidad de las resoluciones, creándose el ambiente propicio para la burocracia judicial con todos los perjuicios que ello comporta para una sociedad que pretende fundarse en el Derecho. Por el contrario, dicen, la inamovilidad transitoria o temporal evita que la incompetencia o la incapacidad se perpetúe en la función judicial, al tiempo que "la renovación periódica obraría a manera del tábano de la fábula, para mantenerlos despiertos, vigilantes y laboriosos..."¹³.

Empero, ninguno de los argumentos esgrimidos en contra de la inamovilidad permanente tiene la virtualidad de impugnarla como sistema válido.

Con relación al argumento democrático, puede afirmarse—muy paradójicamente, por cierto— que es el sistema de inamovilidad permanente y no el transitorio el que resulta congruente con los principios y valores que sustentan a la forma republicana de gobierno. El

¹¹ Cita de Salvador Dana Montaña, op. cit., p. 1121, nota N° 3.

¹² Cita de Néstor Pedro Sagüés, op. cit., p. 755, nota 13.

¹³ Salvador Dana Montaña, op. cit., p. 1120.

punto de partida es el principio de división de Poderes en virtud del cual el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial deben funcionar dentro de un marco de separación, equilibrio e interdependencia, siendo cada uno de ellos independientes y supremos en sus respectivas esferas, es decir, en tanto actúen en el ámbito de competencias que les asigna la Constitución. La nota de "división" no guarda relación sino con las funciones del Poder Estatal, las que son ejercidas por órganos distintos; el "equilibrio" significa que todos los órganos superiores del Estado (Poderes) tienen la misma jerarquía política, e institucional y que ninguno de ellos debe predominar sobre el otro; y la "interdependencia". significa que los Poderes se controlan recíprocamente a fin de constituir un sistema de frenos y contrapesos y lograr, como decía Montesquieu, "*que el poder detenga al poder*".

La independencia de los Poderes es fruto del equilibrio y de la interdependencia, y si bien todos los Poderes deber ser independientes, con especial énfasis dicho valor político debe ser asegurado respecto del Poder Judicial. Decía Sánchez Viamonte que el Poder Judicial "necesita independencia en todo sentido, y muy especialmente con relación al Poder Ejecutivo. La independencia es aun mas necesaria cuando la Administración de Justicia está a cargo de un Poder Judicial con jerarquía de poder público, guardián de la Constitución y al cual se le reconoce la potestad jurisdiccional de juzgar la constitucionalidad de leyes, decretos, etc.¹⁴".

Pero, ya se dijo, la independencia es el fruto del equilibrio, tanto político como económico, entre los Poderes y es aquí, precisamente, donde surge la necesidad de reforzar institucionalmente la independencia del Poder Judicial a través de diversos mecanismos que le permitan cumplir el rol político-institucional al cual está llamado por cuanto que el órgano judicial es el Poder más débil de la tríada que compone el poder estatal, posición doctrinaria ésta que, desde Hamilton, es admitida y reconocida por los tratadistas y doctri-narios del Derecho Político y Constitucional. En "El Federalista", decía Hamilton que "quien considere con atención los distintos depar-

¹⁴ Carlos Sánchez Viamonte, op. cit.,p. 314.

tamentos del Poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentran separados, el Judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo -dice Hamilton- no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El Judicial, en cambio, ni influye sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta que tengan eficacia sus fallos. Esta sencilla manera de ver el problema sugiere algunas consecuencias importantes. Demuestra incontestablemente que el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del Poder; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que puede defenderse de los ataques de aquellos¹⁵.

La situación desventajosa en que se encuentra naturalmente el Poder judicial con relación a los demás Poderes de la tríada hace que sea necesaria, a fin de mantener la vigencia del principio republicano del equilibrio entre los Poderes, la adopción de ciertas determinaciones que tengan por objeto compensar esa "natural debilidad" del organismo de la justicia, y de ahí, entre otros mecanismos, la justificación institucional del principio de la inamovilidad permanente que ha merecido la aprobación decidida de la doctrina especializada. En efecto, para González Calderón la inamovilidad permanente "es la única garantía verdadera de la independencia de los Magistrados Judiciales en el desempeño de sus cargos¹⁶"; para Sagüés "es la fórmula que nivela el Poder Judicial frente a sus colegas en el Poder políti-

¹⁵ Hamilton, citado por S,V. Linares Quintana, op. cit., p. 414.

¹⁶ Juan A. González Calderón, op. cit., p. 420.

co¹⁷", y para Linares Quintana "es condición esencialísima de la forma republicana de gobierno"¹⁸.

B .Con relación al argumento de Idoneidad, no puede negarse que la inamovilidad permanente puede provocar, como lo sostienen sus detractores, un clima propenso a la burocratización del Poder Judicial en detrimento del servicio de Justicia. Pero, tales males no tienen por qué derivar necesariamente del mencionado sistema si, como se dijo al principio, concomitantemente con él se incorporan también otros mecanismos que permitan superar o neutralizar los defectos que pudiera traer consigo. En efecto, la inamovilidad permanente, tomada o establecida como una medida aislada, sí podría generar los males que de ella se temen, pero nunca si se la inserta como pieza de una estructura que, en su conjunto, sirve a la justicia con independencia e idoneidad.

A fin de que la inamovilidad permanente no tenga un efecto contraproducente deben instituirse, por lo tanto, los siguientes mecanismos institucionales:

a) En primer lugar, el futuro Juez debe ser formado en la Escuela Judicial, que constituye el instrumento destinado a hacer realidad tangible el principio de formación que es, a su vez, derivación del principio de idoneidad. Con este mecanismo se puede suponer, muy razonablemente, que los profesionales que se integran a la judicatura son capaces e idóneos, y que no acceden a la función judicial para aprender y entrenarse, sino, al contrario, para volcar en ella los conocimientos incorporados en el ejercicio de la profesión y en la Escuela Judicial, sin perjuicio, es obvio, del perfeccionamiento permanente a que deben hallarse sometidos los magistrados Judiciales.

b) En segundo lugar, el postulante al cargo judicial debe ser seleccionado por concurso por el órgano que para ello fuere competente, el.cual, en muchos casos es el llamado Consejo de la Magistratura. Con este mecanismo se hacen realidad concreta dos principios

¹⁷ Néstor Pedro Saglús, op. cit., p. 757.

¹⁸ Segundo V. Linares Quintana, op. cit. p. 419.

fundamentales para todo sistema de integración de la judicatura: el principio de idoneidad (porque solamente los más capaces pueden resultar seleccionados), y el principio de independencia, (porque la delicada función de selección no es cumplida por organismos políticos, sino por un órgano extra-poderes de composición plural con cuya intervención se pretende suprimir desde el inicio la discriminación y el favoritismo porque debe actuar no en forma discrecional, sino atendiendo a pautas regladas y objetivas).

c) En tercer lugar, los postulantes que han sido seleccionados por el Consejo de la Magistratura deben ser propuestos en temas a la Corte Suprema de Justicia, que hará las designaciones correspondientes, lo que supone una nueva selección esta vez efectuada por el más alto Tribunal de la República.

d) En cuarto lugar, una vez designado, el Magistrado debe ser sometido obligatoriamente a un período de perfeccionamiento en la Escuela Judicial, especializándose en la materia propia de su judicatura, con análisis riguroso de la jurisprudencia respectiva, de fondo y de forma. Tal período de perfeccionamiento es obligatorio y la negativa o la conducta remisa deben constituir causal de sanción disciplinaria y, eventualmente de enjuiciamiento y remoción. Nuevamente se asegura el principio de idoneidad.

e) En quinto lugar, puede, inclusive, hacerse preceder a la inamovilidad permanente un período de inamovilidad temporal, vencido el cual el Juez que no haya demostrado capacidad, eficiencia, contracción al trabajo y, especialmente, independencia de criterio, y, no obtiene la confirmación tácita y, por supuesto, no adquiere tampoco la inamovilidad judicial permanente, siendo así excluido del organismo judicial. Esta modalidad, en realidad, pertenece al denominado sistema mixto de inmovilidad, que será analizado más adelante.

f) En sexto lugar, es necesario que la Corte Suprema de Justicia implemente un eficiente sistema de superintendencia, totalmente informatizado, a fin de controlar con seguridad y celeridad la marcha de los Juzgados y Tribunales de toda la República y, consecuentemente, detectar las falencias en que pudieran haber incurrido los Ma-

gistrados determinando, por ejemplo, el número de juicios que se han iniciado en el año, el número de resoluciones que han sido dictadas en el año o en el mes, cuántas de ellas han sido revocadas por sentencias firmes, cuántas han sido anuladas, cuántas han sido anuladas por arbitrariedad, cuántos recursos de queja por retardo de justicia se han promovido justificadamente en el año judicial, cuántos de los citados recursos se han hecho lugar, el número de sanciones disciplinarias que hayan podido ser decretadas contra los Magistrados, y, en fin, toda la información que la técnica moderna puede facilitar actualmente, combinados con otros sistemas de control más directo y personal.

g) En séptimo lugar, debe legislarse un sistema de enjuiciamiento y remoción ágil, sin trabas ni interferencias (como las fianzas y las cauciones), con un procedimiento de carácter público y predominantemente oral que, sin perjuicio de la responsabilidad del denunciante, haga posible la exclusión del Poder Judicial del Juez venal, inepto, o indigno en un lapso relativamente breve, sin menoscabo, por supuesto, del derecho de defensa del inculpado o acusado.

Todos estos mecanismos, aunque no pueden garantizar la perfección total de la función judicial dada la falibilidad de la condición humana, sí pueden, en cambio, prevenir y remediar en gran manera los errores o falencias que pudiera generar la inamovilidad permanente. Por ello, una vez neutralizados esos vicios, no existen razones valederas para desestimar dicho instituto como medio de garantizar la independencia funcional del Poder Judicial. El sistema de inamovilidad permanente, en consecuencia, puede y debe ser incorporado a las normativas constitucionales de los Estados que aspiren a un régimen republicano más perfecto.

4.3. SISTEMA MIXTO

Denomínase sistema mixto a aquel que incorpora, por un lado, la inamovilidad permanente, la cual se encuentra precedida, sin embargo, de un período que puede ser de interinato, o de inamovilidad temporal. La combinación de los sistemas tiene por finalidad prevenir aun más los peligros que pudieran derivarse de un sistema

de inamovilidad permanente, si ésta no fuera convenientemente regulada. Desde este punto de vista, pueden configurarse las siguientes modalidades:

A. El primer sistema es aquel que concede la inamovilidad permanente a los Magistrados, pero no en forma inmediata a su designación, sino luego de un período en el cual los Jueces tienen solamente la calidad o condición de magistrados interinos, pudiendo, en consecuencia, ser removidos en cualquier momento antes del vencimiento del período de interinato sin necesidad de enjuiciamiento alguno. Si no fueren removidos al término del período del interinato, adquieren de pleno derecho la inamovilidad permanente del tipo del semi-vitaliciado, sin necesidad de confirmación expresa de autoridad alguna.

Esta modalidad es la legislada por la Constitución del Uruguay de 1966 que dispone que los nombramientos de los Jueces Letrados efectuados por la Corte Suprema de Justicia "tendrán carácter de definitivos desde el momento en que se produzcan cuando recaigan sobre ciudadanos que ya pertenecían, con antigüedad de dos años, a la judicatura, al Ministerio Público y Fiscal, o a la Justicia de Paz, en destinos que deban ser desempeñados por abogados. Si los mismos funcionarios tuviesen menos antigüedad en sus respectivos cargos serán considerados con carácter de Jueces Letrados interinos, por un período de dos años, a contar desde la fecha de nombramiento, y por el mismo tiempo tendrán ese carácter los ciudadanos que recién ingresen a la Magistratura. Durante el período de interinato la Suprema Corte podrá remover en cualquier momento al Juez Letrado interino, por mayoría absoluta del total de sus miembros. Vencido el término del interinato, el nombramiento se considerará confirmado de pleno derecho" (art. 239, inc. 5).

El sistema de la constitución uruguaya de 1966 se funda en que la provisionalidad y la precariedad que implica un cargo interino permiten depurar ágilmente la judicatura de elementos que durante el lapso de dos años no han demostrado la idoneidad exigida y deseada para las funciones judiciales. Pero, si existiera un sistema de carrera judicial (que implica una Escuela Judicial, un sistema de concursos,

Consejo de la magistratura, etc.), no parece coherente mantener el sistema de la magistratura interina por cuanto que no resultaría razonable que un Magistrado que ha egresado de la Escuela Judicial, que se ha sometido a los concursos de antecedentes y de oposición, que ha sido seleccionado por el órgano competente para ello, y, consecuentemente, acreditado idoneidad, quede, al ser nombrado, en la precaria condición de un Juez interino. Por ello, si se parte de la base de la institucionalización de la carrera judicial la modalidad uruguaya debe ser descartada por no ser congruente con el sistema que se desea implantar .

B. El segundo sistema se caracteriza porque "los Magistrados son designados por un período determinado, vencido el cual podrán ser confirmados por un nuevo acuerdo, en cuyo caso permanecerán en sus cargos mientras dure su buena conducta. Tanto en el primero como en el segundo período son inamovibles y sólo podrán ser removidos por el procedimiento de juicio político o "jury" de enjuiciamiento..."¹⁹. Este sistema, también mixto, incorpora las modalidades de la inamovilidad temporal para el primer período de nombramiento, y el de la inamovilidad permanente del tipo del vitaliciado, con posterioridad a dicho período siempre y cuando el Magistrado haya sido confirmado en el cargo. El sistema resulta más coherente con la carrera judicial y ha sido legislado en la Constitución de la Provincia argentina de Salta de 1986²⁰.

El sistema que se comenta ha sido objeto de algunas críticas por parte de estudiosos de la materia. Así, Zavalía sostiene que el sistema mixto de inamovilidad "contraría las exigencias más elementales del concepto científico de la división de Poderes, y que somete al riesgo de que los Jueces traten de asegurar su reelección llevando complacencia para con el Poder Ejecutivo a límites exagerados que

¹⁹ Ricardo Alberto Vergara, "Poder judicial", en el libro: *Derecho Público Provincial*, Varios Autores, p. 256.

²⁰ Cf.: Pedro J. Frías, "La nueva Constitución de Salta", en el libro: *Las Nuevas Constituciones Provinciales*, Varios Autores, p. 237.

perjudican el prestigio de la Administración de Justicia²¹". Por su parte, Dana Montañó sostiene que el citado sistema comporta un verdadero "período de prueba" que, según expresa, "es incompatible con la dignidad de los Jueces" a la par que el tal período constituye "una verdadera trampa a la inamovilidad judicial, desde que se deja librada la permanencia de los Jueces en el cargo a la discreción del gobierno que ha de pedir el acuerdo definitivo para su confirmación²²".

Tales críticas merecen algunos comentarios:

a) Por una parte, se señala que el sistema en cuestión no puede lesionar el principio de división de Poderes desde que, en realidad, está destinado a consagrar la inamovilidad permanente de los Jueces. El período inicial que los autores llaman "de prueba", no tiene sino como finalidad asegurar en lo posible el principio de idoneidad, que es también un principio de jerarquía constitucional.

b) Por otra parte, no puede existir precisamente un desmerecimiento por el hecho de que los Jueces estén sometidos a un sistema que intenta acreditar la idoneidad. Debe tenerse en cuenta que si el sistema de inamovilidad temporal (que implica tiempo limitado de designación, transcurrido el cual debe obtenerse un nuevo nombramiento, y así sucesivamente) no comporta precisamente una ofensa o un agravio a la investidura judicial, sino más bien una fragilidad del sistema judicial, no se comprende por qué el sistema mixto sería incompatible con la dignidad de los Jueces, si, como se dijo, lo único que se pretende es acreditar la idoneidad de los mismos quienes, de serlo, están destinados a obtener la inamovilidad permanente.

c) Por último, la crítica de que tal sistema fomenta la obsecuencia de los magistrados respecto del Poder Ejecutivo no tiene asidero razonable porque esa misma crítica puede ser formulada -a fortiori- con

²¹ Clodomiro Zavallía, citado por Ricardo Alberto Vergara, op. cit., p. 256.

²² Salvador Dana Montañó, *El Régimen Judicial en la Nueva Constitución de Catamarca*, Jurisprudencia Argentina, 1966-V-, p. 14.

relación al sistema de inamovilidad temporal, aparte de que ello depende del sistema de designación que sea legislado. Si se instituyen el Consejo de la Magistratura, el concurso, la Escuela Judicial y la designación por la Corte Suprema de Justicia, la influencia del Ejecutivo, la obsecuencia, etc. se tornan absolutamente imposibles.

El sistema mixto de inamovilidad, por ende, no es malo. Pero, puede ser mejorado, tal como se verá seguidamente.

C. El tercer sistema es una combinación de los dos anteriores y consiste en establecer la inamovilidad temporal para el primer período, transcurrido el cual el Magistrado, si no es cuestionado por la Corte Suprema de Justicia, adquiere de pleno derecho la inamovilidad permanente del tipo del semi-vitaliciado. Como se ve, la modalidad referida adopta de la Constitución de Salta de 1986 el primer período con inamovilidad temporal, y de la Constitución uruguaya de 1966 la adquisición de la inamovilidad permanente por el mero vencimiento del período "de prueba", sin necesidad de acuerdo o nueva designación. De esta manera, el magistrado goza de inamovilidad (cargo, sede y grado) en todo momento del ejercicio de la función judicial y no necesita de una designación formal para adquirir la inamovilidad permanente; le basta con que no sea cuestionado durante el primer período por la Corte Suprema de Justicia, que es el órgano que ejerce la superintendencia y, por ende, el competente para evaluar la labor de los Magistrados Judiciales.

La inamovilidad permanente, por tanto, debe ser acogida dentro del referido sistema mixto, modalidad que, por lo demás, debe constituir una pieza de un engranaje más amplio y complicado a fin de asegurar, como se explicó, la idoneidad y la independencia funcional del magistrado Judicial.

5. LA INAMOVILIDAD JUDICIAL EN EL PARAGUAY

En la República del Paraguay la inamovilidad judicial se encuentra expresamente consagrada en la norma del artículo 252 de la Constitución de 1.992, en concordancia con la del artículo 8 de las

Disposiciones Transitorias, que incorporan en el ordenamiento jurídico constitucional normativas más modernas en materia de inamovilidad judicial destinadas a garantizar más eficazmente la independencia funcional de los Magistrados Judiciales. Dichas disposiciones, para un mejor desarrollo hermenéutico, deben ser interpretadas en un contexto normativo sistemático que incluye a otras instituciones de fundamental importancia, también consagradas en la ley fundamental, como la Carrera Judicial (art. 101), la Escuela Judicial (art. 265), el Consejo de la Magistratura (arts. 262, 263 y 264), el concurso como mecanismo de selección por idoneidad (art. 264), las facultades de la Corte Suprema de Justicia como órgano que designa los Jueces (art. 251) y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados como órgano competente para la destitución de los Magistrados (art. 253).-

La Constitución de 1967, en su artículo 196, disponía que los Jueces en general eran designados “por periodos de cinco años, coincidentes con el presidencial, y podían ser reelectos. Sólo serán removidos por comisión de delitos o mal desempeño en sus funciones...”.

Esta disposición no solamente no incorpora expresamente el concepto amplio de inamovilidad judicial, sino que, al disponer también la anterior Constitución que la designación de los jueces era competencia del Poder Ejecutivo, antes que garantizar la independencia funcional de los Magistrados, en la práctica garantizaba exactamente lo contrario, es decir, la dependencia funcional de los órganos jurisdiccionales respecto del Poder Administrador con las consecuencias negativas que de tal situación pueden derivarse en el ejercicio concreto de la función judicial.

A diferencia de la anterior Constitución, la actual, de 1992, registra un avance normativo cualitativo en la normación del instituto que se analiza. En efecto, el artículo 252 dispone “*Los magistrados son inamovibles en cuanto al cargo, a la sede o al grado, durante el término para el cual fueron nombrados. No pueden ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento previo y expreso. Son designados por periodos de cinco años, a contar de su nombramiento. Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos periodos siguientes al de su elección, adquieren la inamovilidad en el cargo*”

hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia". Claramente se advierte lo siguiente: que el artículo 252 incorpora expresamente el concepto de inamovilidad judicial dando carta de ciudadanía constitucional a un concepto de elemental importancia para la independencia funcional de los Jueces, que en la anterior Constitución solamente se hallaba contemplada en forma implícita permitiendo interpretaciones restrictivas en detrimento del auténtico contenido conceptual del instituto.

5. 1. ALCANCE FUNCIONAL DE LA GARANTIA

El artículo 252 desarrolla el concepto de inamovilidad judicial protegiendo no solamente la permanencia o estabilidad en el ejercicio del cargo, sino también la sede y el grado. Ello significa que:

A. El Magistrado judicial no puede ser separado o removido del ejercicio de sus funciones, sino únicamente en caso de enjuiciamiento por comisión de delitos o mal desempeño definido en la ley por decisión de un órgano extrapoderes llamado Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, que debe ejercer su competencia conforme los procedimientos reglados por la ley.-

B. El Magistrado Judicial no puede ser trasladado en forma inconsulta, es decir, sin su consentimiento previo y expreso (antes del traslado y por escrito, pudiendo ser verbal, pero asentándose en acta), a diferencia de lo que fácticamente acontecía antes de la vigencia de la Constitución de 1.992 ya que a consecuencia de una mala e interesada interpretación de las normas entonces vigentes (abonada por deficiencia en la formulación de las cláusulas constitucionales) se buscó entender que el Poder Ejecutivo podía trasladar a los Jueces en forma inconsulta. Este criterio debe juzgarse como básicamente equivocado por lesionar no solamente el concepto mismo de inamovilidad judicial, sino también el principio de legalidad en virtud del cual los órganos del Estado solamente pueden actuar o adoptar determinaciones conforme a lo permitido por la ley, permisión que puede ser expresa o implícita a partir de cláusulas expresas que traduzcan claramente una finalidad que no podría concretarse sin la implementación de ciertos y determinados medios o mecanismos. Lo que no está permitido o

autorizado por la ley, debe conceptuarse prohibido y, por ende, fuera de la esfera de la legalidad o licitud. Es por ello por lo que el criterio sostenido bajo el imperio de la Constitución de 1967 de que el poder ejecutivo podía trasladar a los Jueces en forma inconsulta “por razones de mejor servicio” adolecía de flagrante inconstitucionalidad que tampoco podía justificarse con el argumento de que si el Poder Ejecutivo podía nombrar a los jueces, con más razón podía trasladarlos (el que puede lo más, con más razón puede lo menos) por cuanto que el argumento “a-fortiori a maiori ad minus” al cual se alude no resulta aplicable en el caso tratado. Una cosa es el acto de designación, y otra distinta es el acto de traslado. Si el Juez goza de inamovilidad no puede ser trasladado de una sede a otra porque, en tal supuesto, es “movido” lesionándose su independencia funcional.

C. El Magistrado Judicial no puede ser tampoco ascendido en forma inconsulta, circunstancia peculiar que la Constitución en vigencia es poco menos que imposible por cuanto que en la sistemática constitucional, que incluye la institución de la Carrera Judicial, el consentimiento previo y expreso que exige el artículo 252 solo puede configurarse cuando el interesado se postula o se candidata para un cargo superior a fin de poder ser seleccionado, en su caso, por concurso por el órgano competente de la selección que es el Consejo de la Magistratura. Sin perjuicio de lo señalado, a-fortiori, el Magistrado judicial tampoco puede ser descendido porque si se prohíbe lo menor (ascenso inconsulto), con más razón debe conceptuarse prohibido lo mayor (descenso inconsulto).

D. A diferencia de lo que establecía la Constitución de 1967, la normativa constitucional en vigencia preceptúa que los nombramientos de los Jueces —también por espacio de cinco años— no son coincidentes con el periodo presidencial, sino que son personales, por lo que dichos periodos se cuentan en cada caso particular a partir de la fecha de los respectivos nombramientos o designaciones.

5. 2. SISTEMAS DE INAMOVILIDAD

Es absolutamente esencial destacar que el artículo 252 de la Constitución de 1992 no incorpora un sistema de inamovilidad sim-

plemente temporal (inamovilidad en el cargo, grado y sede por un espacio o periodo de tiempo determinado), y tampoco una inamovilidad directamente permanente (vitaliciado o semivitaliciado a partir del primer nombramiento), sino un sistema mixto que combina ambas modalidades señaladas.

A. En efecto, se instituye un mecanismo complejo que comprende dos periodos de prueba transcurridos los cuales si los jueces obtienen la doble confirmación adquieren a partir de la última la inamovilidad permanente hasta el límite de edad establecido para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia que, de acuerdo con el artículo 261 de la Constitución, que merecerá un comentario especial más adelante, es de 75 años.

B. Este sistema mixto implica que a los efectos de que el Magistrado pueda adquirir el beneficio o la garantía de la inamovilidad permanente, debe merecer en total tres designaciones o nombramientos consecutivos y permanecer en el ejercicio del cargo por espacio de diez años (dos periodos de cinco años cada uno) tras los cuales, a partir del tercer nombramiento o designación (segunda confirmación) adquiere la inamovilidad permanente hasta el límite de edad previsto para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Se estima que dicho sistema mixto resulta coherente con la carrera judicial, con el principio de independencia funcional del Magistrado, y al propio tiempo también con el principio de idoneidad que es el único que debe presidir o regir los criterios de nombramientos en el ejercicio de la función pública. El sistema adoptado por la Constitución no permite que el Magistrado adquiera la inamovilidad sino luego de haber demostrado en el ejercicio de la judicatura por dos periodos consecutivos la idoneidad y la buena conducta que requiere el ejercicio de la función jurisdiccional.-

C. La modalidad que legisla el artículo 252 de la Constitución de 1.992 resulta un tanto distinta a la establecida en el artículo 8 de las Disposiciones Transitorias, legislado para atender normativamente ciertos y determinados casos que afectan a Magistrados que habiendo sido designados antes de la Constitución de 1.992 (por los mecanis-

mos de la Constitución de 1967), se encontraban en el ejercicio funcional de sus cargos al tiempo de la entrada en vigencia de aquella.

a) El artículo 8 transitorio constitucional dispone: *“Los Magistrados Judiciales que sean confirmados a partir de los mecanismos ordinarios establecidos en esta Constitución adquieren la inamovilidad permanente a que se refiere el 2do. Párrafo, del artículo 252, “De la inamovilidad de los Magistrados”, a partir de la segunda confirmación”*. Puede advertirse que la normativa transitoria no suprime el criterio de que deben darse dos confirmaciones para que el Magistrado pueda luego adquirir, a partir de la segunda designación, la inamovilidad permanente. La especialidad de dicha disposición transitoria radica en que en el caso de dichos Magistrados el primer nombramiento o confirmación que obtengan conforme a los mecanismos ordinarios previstos en la Constitución equivalen a la “primera confirmación”, y el segundo nombramiento consecutivo por los mismos mecanismos equivale a la “segunda confirmación”, adquiriendo, a partir de esta última, la inamovilidad permanente hasta el límite de edad previsto a los 75 años. Lo dicho evidencia que, conforme a las normas constitucionales, mientras los candidatos a jueces que no se hallaban en ejercicio de la judicatura al tiempo de la entrada en vigencia de la Constitución de 1.992 deben contar con tres designaciones y ejercer como tales por espacio de diez años consecutivos (periodo de prueba integrado por dos periodos de cinco años cada uno), los Magistrados nombrados bajo la vigencia de la Constitución de 1967 que se hallaban en ejercicio de sus cargos al tiempo de la entrada en vigencia de la Constitución de 1.992, solamente requieren dos nombramientos (confirmaciones) más conforme los nuevos mecanismos constitucionales y ejercicio jurisdiccional por cinco años para adquirir, de pleno derecho y a partir de la última designación, la inamovilidad permanente a que alude la última parte del artículo 252 de la Constitución.

b) La cláusula constitucional del artículo 8 transitorio, a su vez, ha sido objeto de tratamiento legislativo en el artículo 5 de la ley 1634/2000, “Que establece el procedimiento para la confirmación de Magistrados del Poder Judicial”, al disponer: *“Los Magistrados y funcionarios mencionados en el artículo 1 que hubieran sido confirmados por dos periodos consecutivos, adquirirán la inamovilidad permanente. Los Magistrados que hubiesen sido designados por el*

procedimiento previsto en la Constitución de 1.967 y que hubieran sido confirmados por la Constitución de 1.992, adquirirán la inamovilidad permanente a partir de la segunda confirmación”.

5. 3. CONFIRMACION E INAMOVILIDAD DE MAGISTRADOS

Uno de los puntos que ha sido causa de discusión jurídica, motivando incertidumbre en los cuadros judiciales, es el relacionado con el procedimiento de confirmación de los Magistrados Judiciales ya que se ha debatido doctrinariamente acerca del alcance conceptual de los términos de “elección”, “designación”, “nombramiento” y “confirmación”, planteándose, por una parte, el problema acerca de cuál es el órgano que debe confirmar a los Jueces, puesto que la Constitución alude a la confirmación pero no indica – al menos no en forma expresa – el órgano competente para ello, y, por otra parte, si dicha confirmación supone o no transitar por todo el proceso de selección por concurso ante el Consejo de la Magistratura con la consiguiente elaboración de ternas por este organismo Constitucional.

A. La “designación” o “nombramiento” constituye el acto por el cual el órgano competente nombra a una determinada persona para el ejercicio de un cargo o función determinada. La “elección” no tiene en el caso que se analiza una acepción o significado conceptual diferente por cuanto que “elegir”, por el mecanismo que fuere, importa designar (o nombrar), a una persona para un cargo o función. La “confirmación”, por último, implica en términos generales convalidar lo ya aprobado, o ratificar lo aprobado o resuelto con anterioridad por medio de *otro acto o sucesión de actos de la misma naturaleza*.

B. El principio general, y al mismo tiempo el punto de partida, que debe ser tenido en cuenta para identificar al órgano competente para efectuar la confirmación es el de la competencia del órgano designante. En otras palabras: el órgano que tiene facultades para designar es el que tiene también facultades para confirmar. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia es el órgano competente para designar a los Magistrados Judiciales en toda la República, a propuesta en Ternas del Consejo de la

Magistratura. En consecuencia, aplicando el principio general antes enunciado, si la Corte Suprema es el órgano que designa a los Jueces, debe entenderse entonces que es ella, y no otro órgano, la que tiene facultades para confirmar o no confirmar a los Jueces de la República. Por ello de acuerdo con este esquema de pensamiento, en cuanto la cuestión tratada se relaciona con los Jueces inferiores a la Corte Suprema de Justicia, la confirmación tendría que ser entendida como el ulterior acto de designación o nombramiento de la misma persona para el mismo cargo o función judicial que ya venía desempeñando. Incluso, desde este punto de vista, si se quiere, hasta podría sostenerse que la confirmación importa una segunda (o tercera, en su caso) elección, o simplemente una ulterior reelección.

C. Ahora bien: ha sido motivo de arduo debate doctrinario si la Corte Suprema de Justicia tiene competencia o facultades para confirmar a los Jueces sin la intervención del Consejo de la Magistratura. La respuesta no puede sino ser negativa por la única y sencilla razón de que en caso de vacancias el procedimiento legal para cubrirlas está dado por el mecanismo ordinario establecido en la Constitución, vale decir, la selección por concurso ante el Consejo de la Magistratura, la elaboración de ternas por este organismo (art. 264, inc. 2, C.N.), y, posteriormente, la designación por la Corte Suprema de Justicia de un candidato integrante de la terna.

D. Cabe señalar que las vacancias a que alude la ley orgánica del Consejo de la Magistratura se producen no solamente por fallecimiento, renuncia, o destitución del Magistrado, sino también por el vencimiento o expiración del plazo del mandato que le ha sido conferido. Debe recordarse que los jueces son designados por un periodo de cinco años, contados a partir de las fechas de sus respectivos nombramientos. Pues bien: al cumplirse el plazo de cinco años se configura tácitamente, y de pleno derecho, la vacancia que es cubierta provisionalmente por el mismo Magistrado quien continua en ejercicio de sus funciones como interino. Ello es posible no solo por principio básico del Derecho Administrativo, sino porque los plazos de nombramiento en los casos de Magistrados Judiciales no son fatales o perentorios, como ocurre, por ejemplo, con el mandato presidencial que, indefectiblemente, culmina el último día del período respectivo,

el día 15 de Agosto siguiente a las elecciones (art. 229 C.N.) sin que el mandato pueda extenderse un solo día más. El interinato del cargo judicial se extiende hasta que la vacancia sea cubierta definitivamente de conformidad con el mecanismo ordinario constitucional, es decir, selección por concurso ante el Consejo de la Magistratura, elaboración de las ternas y ulterior designación por la Corte Suprema de Justicia de entre los candidatos que integran la terna. Si la nueva designación recae en el Magistrado que ya venía ejerciendo el cargo, pues entonces dicha designación, que es la culminación de un proceso más amplio, constituye para el mismo una confirmación en el sentido estricto del concepto. Dos confirmaciones por procedimiento constitucional (selección – designación) confieren al Magistrado designado la inamovilidad permanente que previene el artículo 252 de la Constitución en vigencia.

E. Ahora bien: se plantean en este punto del análisis que se desarrolla algunas interrogantes de fundamental importancia: 1) Si la confirmación de los Magistrados Judiciales constituye una facultad privativa de la Corte Suprema de Justicia, ¿cómo podría el Alto Tribunal Judicial ejercer la facultad de su competencia, es decir, confirmar o no confirmar a los Jueces, si los Magistrados que pretenden su confirmación no integran las ternas cuya elaboración corresponde privativamente al Consejo de la Magistratura? 2) Si la facultad de confirmar a los Magistrados Judiciales es privativa de la Corte Suprema de Justicia, pero si tal facultad no pudiera ser ejercida porque en las ternas no se ha incluido a los Magistrados que pretenden la confirmación, ¿podría afirmarse que tal situación estaría configurando un menoscabo o detrimento a las facultades constitucionales de la Corte Suprema de Justicia, al propio tiempo que una violación del derecho de los Magistrados que pretenden la confirmación a ser evaluados a dicho efecto por el mismo órgano que los designó?

F. Precisamente, la naturaleza sensiblemente controversial del tema objeto de análisis ha motivado que numerosos miembros de la Magistratura Judicial (aunque no todos), cuyos mandatos se encontraban vencidos, hayan impugnado de inconstitucionalidad las disposiciones de la ley N° 1634/2000, que establece el procedimiento de confirmación de los Magistrados del Poder Judicial, específicamente el artícu-

lo 4 que textualmente dispone: *“Los Magistrados y funcionarios mencionados en el artículo 1 podrán postularse nuevamente para integrar las ternas a ser elevadas a la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de una nueva designación por cinco años de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias que organizan el Consejo de la Magistratura. No se podrá integrar una terna con más de un Magistrado o funcionario mencionado en el artículo 1 que pretenda su confirmación. Tampoco se admite la tácita postulación”*. Conforme se desprende del fallo de la Corte Suprema de Justicia que resolvió la acción de inconstitucionalidad (Acuerdo y Sentencia N° 1033, del 19 de Diciembre del 2001), los accionantes han conceptualizado inconstitucional la citada ley reglamentaria por las siguientes razones: 1) Porque no establece procedimiento de confirmación, sino de reelección, con lo cual se trasgrede el artículo 252 de la Constitución; 2) Porque desplaza a la Corte Suprema de Justicia de su competencia de confirmar a los Magistrados inferiores a favor del Consejo de la Magistratura, que solo tiene competencia para seleccionar, con lo cual se trasgreden los artículos 263 y 264 de la Constitución; 3) Porque viola el artículo 248 de la Carta Magna que consagra la independencia del Poder Judicial; 4) Porque confiere competencia al Consejo de la Magistratura para la remoción de los Magistrados, con lo que interfiere con la competencia del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados; 5) Porque establece la cesantía de hecho de los Magistrados por el transcurso del plazo de designación, con lo que se viola el artículo 101 de la Constitución.

G. Un criterio de solución que permitiría superar la coyuntura controversial suscitada con motivo de la vigencia de la ley N° 1634/2000, respetando las competencias de los diversos organismos constitucionales, al propio tiempo que el derecho de los jueces que pretenden su confirmación es entender que en la sistemática determinada por la Constitución de 1.992 la confirmación de los Magistrados Judiciales no está dada por un solo acto de autoridad, sino está configurada como un proceso que principiaría con la fase de selección ante el Consejo de la Magistratura y culminaría con el acto de designación propiamente a cargo de la Corte Suprema de Justicia respecto de los candidatos integrantes de las diversas ternas. Desde este punto de vista la confirmación supondría el cumplimiento no de un solo acto,

sino de dos fases fácilmente discernibles: la fase de selección y la fase de designación, en cada una de las cuales operarían los órganos constitucionales de acuerdo con las atribuciones propias de su competencia: el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de Justicia, cumpliéndose así con los mecanismos ordinarios legislados en la Constitución de 1.992.

H. Un segundo criterio de solución en cuanto a la cuestión que plantea el tema de las confirmaciones judiciales consiste en reconocer que la Corte Suprema de Justicia, como órgano que designa a los Jueces, es quien tiene la competencia privativa para confirmar a los Magistrados por medio de un ulterior acto de nombramiento o nueva designación para el mismo cargo o función que venía desempeñando. La confirmación, en este caso, ya no estaría concebida entonces como un proceso de selección – designación, sino tan solo como un ulterior acto de designación por el órgano competente para ello. Pero, entendiendo que esa facultad privativa de la Corte Suprema de Justicia se ejerce con un carácter restringido, es decir, dentro de la terna que puede incluir o no al Magistrado que pretende su confirmación, determinación que ya no corresponde a la Corte Suprema de Justicia, sino al organismo Seleccionador. En consecuencia, si se admitiera una concepción restringida de la facultad de confirmación que tiene la Corte Suprema de Justicia, la no inclusión en la terna del Magistrado que pretende su confirmación no podría conceptuarse como violatoria de la facultad de la Corte, y tampoco como una violación del derecho del Magistrado a ser confirmado por ella. La Corte Suprema de Justicia le podrá confirmar, o no, si es incluido en la terna respectiva. La violación de la facultad confirmatoria de la Corte Suprema de Justicia, y por ende, del derecho del Magistrado de ser confirmado por ella, solo podrá configurarse como tal si dicha facultad confirmatoria no fuera concebida con carácter restringido, sino con un carácter lato o amplio, es decir, sin que el órgano seleccionador pueda determinar si incluye o no al Magistrado en ejercicio en la terna respectiva.

I. Precisamente, esta concepción amplia de la competencia de la Corte Suprema de Justicia es la que, como tercer criterio de solución, ha sido determinada por el Supremo Tribunal en el Acuerdo y Sentencia N° 1033 del 19 de Diciembre del 2001, anteriormente aludido. Por la

citada sentencia la Corte resolvió desestimar la acción de inconstitucionalidad promovida por los Magistrados, pero con un alcance interpretativo de la ley N° 1634/2000 de fundamental importancia que ha sido asentado expresamente en la parte resolutive del fallo que textualmente dispone: “No hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad deducida por los Magistrados accionantes contra la ley N° 1634/2000, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República determinar el alcance y sentido del artículo 4 in fine de la ley 1634/2000, en el sentido de que el Consejo de la Magistratura no podrá excluir de las ternas de candidatos al Magistrado que se presentare a concursar pretendiendo su confirmación en el cargo”.

J. La decisión del Alto Tribunal, que falló la causa en Pleno, se fundó en que se ha advertido en la ley 1634/2000 “una trasgresión a la facultad de la Corte Suprema de Justicia de confirmar a los Magistrados del Poder Judicial, en razón de que no se estableció en la misma que el Magistrado que concursa por su cargo indefectiblemente deberá integrar la terna. De lo contrario se estaría otorgando al Consejo de la Magistratura una facultad que por disposición constitucional compete a la Corte Suprema, es decir, la de no confirmar en sus cargos a los Magistrados Judiciales... Es evidente que todos los Magistrados cuyos mandatos se encuentran vencidos se tendrán que presentar ante el Consejo de la Magistratura a manifestar su deseo de ser confirmados ..., a su vez, el órgano seleccionador, para no burlar la facultad confirmatoria de la Corte Suprema de Justicia, deberá incorporar al Magistrado cuando este se postula en defensa de su propio cargo, pero dicha obligación cesa cuando la postulación sea para otro fuero, circunscripción o cargo superior. Igualmente, nada impediría por estas razones que pudiera incorporarse a dos o más magistrados en una misma terna, pues la confirmación referida por la Constitución se limita al cargo actual ejercido por el Magistrado. Por otra parte, y tal como lo pretenden los accionantes, si la Corte Suprema de Justicia confirmase directamente a los magistrados que deseen serlo, estaría violando la “garantía de la igualdad” prevista en el artículo 46 inc. “3” que garantiza para los habitantes de la República el derecho al acceso a la función pública sin más requisitos que la idoneidad. La pretensión de los recurrentes debe ser desestimada porque se pretende

que la Corte realice la confirmación sin ningún tipo de competencia y si tomamos en cuenta que la “confirmación” consiste en revalidar lo ya aprobado, se nota que ella no necesariamente es opuesta a la “competencia”. Finalmente, para garantizar suficientemente el derecho constitucional de la Corte Suprema de Justicia de confirmar a los Magistrados Judiciales que pretendan ser confirmados, y el de estos a que su pretensión sea considerada por la Corte, y sin que signifique menoscabo al derecho que también ampara al Consejo de la Magistratura, los magistrados que deseen ser confirmados harán saber su decisión al Consejo para que éste los incluya en las respectivas ternas, para que sea la Corte Suprema de Justicia la que confirme o no a los mismos, según la evaluación del desempeño Corresponde rechazar la acción de inconstitucionalidad , debiendo ser interpretado el artículo 4 de la ley 1634/2000 en la forma expuesta precedentemente”.

K. El fallo de la Corte Suprema de Justicia fue dictado en mayoría, con la disidencia de uno de los Ministros en cuanto al alcance interpretativo de la ley N° 1634/2000 por entender que dicha interpretación afecta a las facultades constitucionales del Consejo de la Magistratura y se aparta del Principio constitucional de la igualdad previsto en el artículo 46 de la Constitución de 1.992.

L. Resulta claro que el precedente constituido por el fallo de la Corte]Suprema de Justicia determinó judicialmente las siguientes conclusiones en relación a las confirmaciones judiciales: 1) Que la confirmación es la convalidación de lo ya aprobado; 2) Que la confirmación del Magistrado Judicial no constituye en la sistemática constitucional un proceso integrado por las fases de selección y de designación, sino que está configurada única y exclusivamente por el ulterior acto de nombramiento para el mismo cargo y función que ya venía ejerciendo el Magistrado que pretende la confirmación; 3) Que, por principio, el órgano que tiene la competencia para designar es también el órgano que tiene la competencia para confirmar; 4) Que siendo la Corte Suprema de Justicia quien tiene la competencia constitucional para designar a los Magistrados Judiciales , es también ella la que tiene la competencia privativa y amplia para confirmar a los mismos, en las condiciones señaladas en el mismo fallo que interpretó el alcance del artículo 4 de la ley N° 1634/2000.

5. 4. INAMOVILIDAD DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

La inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia constituye otro de los puntos constitucionales que ha generado intenso debate y reflexión doctrinaria e, incluso, el pronunciamiento de una sentencia del más Alto Tribunal Judicial de la República que puso término a la controversia suscitada.-

Concretamente, se ha discutido si los Ministros de la Corte Suprema de Justicia gozan de inamovilidad permanente desde el inicio de sus respectivos nombramientos, o, por el contrario, la inamovilidad de los mismos obedece al mismo régimen normativo contemplado en el artículo 252 de la Constitución de 1.992. La discusión o debate implica no solamente efectuar la “faena hermenéutica constitucional” que, al decir de Linares Quintana, exige criterios no siempre idénticos a los que se emplean en la interpretación de las cláusulas legales infraconstitucionales, sino realizar también una de las operaciones lógicas más importantes de la Lógica Material, como lo es la “definición” de los conceptos que, como entidades mentales, solamente pueden expresarse a través de sus respectivas envolturas lingüísticas, es decir, los términos, palabras, o vocablos respecto de los cuales debe determinarse al alcance conceptual - amplio o restringido - como igualmente su aplicación a los casos singulares.

A. Se ha sostenido que la norma del artículo 252 de la Constitución no resulta aplicable a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia porque dicha disposición se encuentra ubicada, según la sistemática legislativa constitucional, en la Sección I, del Capítulo del Poder Judicial, referida a las “Disposiciones Generales”, en tanto que las cláusulas constitucionales referidas específicamente a los Ministros de la Corte se hallan en la sección II, del mismo Capítulo, entre los cuales se ubica el artículo 261 constitucional.

B. La norma del artículo 261 dispone: *“De la remoción y cesación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia: Los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de 75 años”*. Si se admitiera la exclusión del artículo 252 por la razón anotada preceden-

temente, se podría sostener que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia gozan de inamovilidad permanente desde el inicio de sus respectivos nombramientos hasta la edad de retiro obligatorio, fijada en 75 años. En efecto, la afirmación pretende hallar sustento en que si el artículo 252 no es aplicable a la Corte Suprema de Justicia; si los Ministros no pueden ser destituidos sino únicamente por el procedimiento de juicio político (lo cual excluye todo otro tipo de procedimiento o medio de privarlos de sus cargos); si no se ha determinado en la Constitución plazo de duración de sus mandatos (como ocurre con los demás magistrados que son nombrados por cinco años, sujetos a confirmación) si – finalmente – cesan en sus cargos a la edad de 75 años, no parece irrazonable entender que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia gozan de la inamovilidad permanente desde el inicio de sus nombramientos hasta la edad del retiro obligatorio, lo que evidenciaría en la Constitución un régimen por completo distinto al que ha sido legislado para los demás Magistrados.

C. Ahora bien: la exclusión del artículo 252 constitucional sobre la base de que se encuentra ubicado en una sección distinta a la que hace relación específica con los Ministros de la Corte Suprema de Justicia no constituye un argumento capaz de provocar la convicción jurídica. En efecto, debe tenerse en cuenta que en la Sección I del Capítulo del Poder Judicial la Constitución incorpora numerosas normas jurídicas, algunas de las cuales son aplicables a todos los Magistrados, incluyendo a los Ministros de la Corte, otras aplicables sólo a los Magistrados inferiores a la Corte, quedando en discusión si el art. 252 es aplicable a todos los Magistrados, incluyendo a los Ministros, o solamente a los Magistrados no integrantes de la Corte Suprema de Justicia.

D. El análisis destinado a esclarecer la cuestión debatida parte, precisamente de la tarea de definir el concepto de “Magistrados” para luego determinar la aplicación del concepto definido a los casos particulares. El trabajo lógico exige, entonces, la determinación de la “comprensión” del concepto y de la “extensión” del mismo (o lo que es igual, la “connotación” y la “denotación”). En términos genéricos puede afirmarse que “Magistrados” son todos aquellos funcionarios del Poder Judicial que integran órganos que, a su vez, tienen la com-

petencia para ejercer la función jurisdiccional (declaración del derecho de las partes en el proceso a través de ese instrumento normativo particular denominado sentencia). Teniendo en cuenta que los órganos jurisdiccionales – que integran y ejercen el Poder Judicial – son los que se encuentran enunciados taxativamente (en forma limitativa, y por ende, en forma excluyente) en el artículo 247 de la Constitución (Corte Suprema de Justicia, Tribunales y Juzgados), debe concluirse que “Magistrados” o “Magistrados Judiciales”, que es lo mismo, son las personas de los Jueces, tanto de la Corte Suprema de Justicia (con el título de Ministros, art. 258), como de los Tribunales y Juzgados de toda la República.

E. Ahora bien: cabe destacar que el concepto de “Magistrado” o “Magistrado Judicial” tiene en la normativa constitucional dos acepciones: una lata o amplia, y otra restringida, lo cual es importante diferenciar por cuanto que existe una diversidad de normas constitucionales que incorporan todas el concepto de “Magistrado”, pero que no pueden aplicarse indiscriminadamente a todos los Magistrados o Jueces de la República. En su acepción amplia el concepto de “Magistrados” comprende a todos los Jueces de la República, incluyendo, obviamente, a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Es por ello por lo que les son aplicables también a estos las normas constitucionales de los artículos 248 (atentado contra la independencia de los Magistrados) 254 (incompatibilidades de los Magistrados), 255 (inmunidad de los Magistrados). En su acepción restringida el concepto “Magistrados” comprende a todos los Jueces de la República con exclusión de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Es por ello por lo que no es aplicable a estos la norma del artículo 253 de la Constitución referida al enjuiciamiento y remoción de Jueces inferiores a la Corte Suprema de Justicia por decisión de un organismo extrapoderes denominado Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Los ministros de la Corte no están sujetos al Jurado, sino al procedimiento de destitución del juicio político previsto en los artículos 225 y 261 de la Constitución. Pero, la cuestión relativa a la aplicabilidad del concepto de “Magistrado” se presenta como discutible en tratándose de la norma del artículo 252 (concretamente si el concepto allí contenido lo es en el sentido amplio o restringido), cuestión esencial porque de tal determinación dependerá si los Ministros de la Corte

Suprema de Justicia, que son Magistrados Judiciales, se encuentran sujetos o no al régimen de confirmaciones y de inamovilidad legislado en dicha norma constitucional.

F. Se estima que la norma del artículo 251 incorpora el concepto de "Magistrados" con un sentido restringido, vale decir, aplicable a todos los Jueces de la República, pero con exclusión de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Varias razones pueden esgrimirse en apoyo de la precedente afirmación: 1) La cláusula constitucional preceptúa que los Magistrados no pueden ser trasladados sin su consentimiento previo y expreso. Pero, fácil es advertir que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia no pueden ser objeto de traslados porque la sede de la Corte y de los demás Poderes del Estado se encuentra en la Ciudad de la Asunción, Capital de la República, conforme lo dispone el artículo 157 constitucional, no existiendo posibilidad de que dicha sede pueda ser trasladada a otro punto del territorio nacional; 2) La Constitución prohíbe que los Jueces sean ascendidos sin su consentimiento previo y expreso. Pero, los Ministros de la Corte Suprema no tienen posibilidad alguna de que pueda operarse respecto de ellos un ascenso en el ámbito del Poder Judicial porque el cargo que ejercen es el máximo en la estructura judicial.; 3) El último párrafo del artículo 252 dispone que "Los Magistrados que hubiesen sido confirmados por dos periodos siguientes al de su elección, adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia". Luego, parece claro que dicha norma no se refiere a los Ministros de la Corte, cuyo límite de edad es tomado como parámetro o punto de referencia en la Constitución, sino que legisla para los demás Magistrados, inferiores a la Corte Suprema de Justicia; 4) La norma del artículo 252 es unitaria y no puede ser fragmentada. Consiguientemente, si parte de ella resulta claramente inaplicable a los Ministros de la Corte (traslados y ascensos inconsultos, referencia al límite de edad), debe entenderse que el resto de la normativa que alude al término de los mandatos, y la confirmación de dos periodos siguientes a la primera elección, tampoco les puede resultar aplicable.

G. Las reflexiones que anteceden posibilitan un retorno a la norma del artículo 261 anteriormente aludida como base normativa para

fundar la inamovilidad permanente de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia desde el inicio de los nombramientos. Se podría, no obstante, intentar objetar la recurrencia a dicha disposición constitucional en base a dos argumentos, que también han sido sostenidos como razones jurídicas de objeción: 1) Que la norma del artículo 261 no legisla sobre la inamovilidad de ningún Magistrado y, por ende, tampoco sobre la de los Ministros de la Corte; 2) Que dicha cláusula solamente contiene dos normas que son ajenas a la cuestión que se analiza: una, relacionada con el procedimiento de destitución de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, que es el juicio político, disposición - se dijo - de la cual no podría desprenderse la garantía de inamovilidad; la otra, que alude solamente al retiro obligatorio por fijación del límite de edad en 75 años. Pero, entonces, si la norma del artículo 261 no puede fundar la inamovilidad de los Ministros de la Corte, y si tampoco puede aplicarse la del artículo 252 por las razones antes anotadas, ¿podría afirmarse que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia carecen de inamovilidad?. Responder la interrogante en forma afirmativa importaría sostener un desatino inadmisibles en la ciencia jurídica ya que tal aserto implicaría que los Ministros podrían ser destituidos de sus cargos en cualquier momento y por cualquier medio, criterio que, de sostenerse, colisionaría frontalmente con la institución del juicio político, único mecanismo admitido por la Constitución como medio de remoción de tales Magistrados.

H. Debe dejarse en claro, en este punto, que el Derecho Positivo está integrado no solamente por normas expresamente formuladas, sino también por normas implícitas, no formuladas, que se hacen patentes a partir de las enunciadas por vía de interpretación e inferencias lógicas. Unas y otras integran el ordenamiento jurídico con idéntica fuerza normativa. En consecuencia, es verdad que al instituirse en el artículo 261 el juicio político para los Ministros se está normando la exclusión de todo otro procedimiento distinto, pero también es verdad que tal norma en conjunción con la que determina la cesación en los cargos a los 75 años presupone o implica otra implícita o tácita relativa a la inamovilidad de los Ministros de la Corte, tal como ocurre, por ejemplo, con la figura del Presidente de la República. En ninguna norma constitucional se afirma - no expresamente - la inamovilidad del Presidente de la República. Pero, tal inamovilidad no puede

ser negada desde el momento en que el citado mandatario dura cinco años en sus funciones (art. 229) y solamente puede ser destituido por medio del juicio político (art. 225).

I. Se estima, consiguientemente, que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, que son Magistrados Judiciales, gozan de inamovilidad, garantía constitucional que se encuentra contenida implícitamente en el artículo 261 de la ley fundamental con carácter permanente desde el inicio de sus respectivos nombramientos. La norma constitucional implícita podrá ser objeto de crítica desde el punto de vista político, o de la técnica legislativa de los constituyentes, pero tales valoraciones son independientes del análisis jurídico destinado a develar por vía de interpretación lo permitido, lo prohibido, lo ordenado y lo facultativo en el ordenamiento jurídico positivo nacional.

J. La Corte Suprema de Justicia, conforme los Acuerdos y Sentencias N° 222 y 223 de fecha 5 de Mayo del 2000, sostuvo el criterio de inamovilidad permanente de los Ministros de la Corte desde el inicio de sus nombramientos, con base en el artículo 261 constitucional, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley N° 609/95, la Resolución N° 421 del 5 de Noviembre de 1.999, dictada por la Cámara de Senadores y el Decreto N° 6131 dictado por el Poder Ejecutivo, en virtud de los cuales la Cámara de Senadores resolvió confirmar a varios Ministros y no confirmar a otros, con el acuerdo del Ejecutivo, inconstitucionalidad que se declaró con el alcance previsto en el artículo 137, último párrafo, de la Constitución, por conceptuar que tales normativas quebrantaban la garantía de inamovilidad de los Ministros y lesionaban el principio de la independencia del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFIA

- ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. II, Ediar, Bs. Aires, 1957.
- BADENI, Gregorio, *El Poder Judicial y la Estabilidad de los Jueces*, El Derecho, T. 103.
- BARGALLO, Juan Miguel, *La situación del Poder Judicial*, El Derecho, T. 47.
- BANDRES, José Manuel, *Poder Judicial y Constitución*, Bosch, Barcelona, 1987.
- BERGERO, Eliseo B. D., *Las designaciones en el Poder Judicial*, Rev. Juríd. Arg. La Ley, T. 125.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- DANA MONTAÑO, Salvador M., *Acerca de la designación de Magistrados*, Jurisprudencia Argentina, 1979, II.
- DANA MONTAÑO, Salvador M., *El régimen judicial en la nueva Constitución de Catamarca*, Jurisprudencia Argentina, 1966, V, sec. doctr.
- DANA MONTAÑO, Salvador M., *Las Escuelas Judiciales como sistema de selección de Magistrados y funcionarios judiciales*, Jurisprudencia Argentina, 1951, I. sec. doctr.
- DANA MONTAÑO, Salvador M., *La independencia del Poder Judicial y la futura Constitución de Santa Fe*, Rev. Juríd. Arg. La Ley, T. 105.
- DANA MONTAÑO, Salvador M., *La importancia de la independencia del Poder Judicial y de la inamovilidad de los Jueces, como garantía de la misma*, Rev. Juríd. Arg. La Ley, T. 92.
- DROMI, José Roberto, *El Poder Judicial*, Ed. Ciudad Argentina, Mendoza, 1984.
- FRIAS, Pedro José y VARIOS AUTORES, *Derecho Público Provincial*, Depalma, Bs. Aires, 1987.
- FRIAS, Pedro José y VARIOS AUTORES, *Las nuevas Constituciones Provinciales*, Depalma, Bs. Aires, 1989.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, J. Lajouane Ed., Bs. Aires, 1931.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro y OTROS AUTORES, *La Función Judicial*, Depalma, Bs. Aires; 1981.
- LEZCANO CLAUDE, Luis, *El Poder Ejecutivo en el Paraguay*, Ed. Intercontinental, Asunción, 1989.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Ed. Alfa, Bs. Aires, 1963.
- PEREZ GUILHOU, Dardo y OTROS AUTORES, *El Poder Judicial*, Depalma, Bs. Aires, 1989.
- RAME, Roberto; LARRAIN, Ernesto y ARANDA LA V ARELLO, Eduardo, *Acerca de una carrera judicial abierta. Una propuesta concreta*, Rev. Juríd. Arg. La Ley, 1980, B.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Reforma Judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la Escuela Judicial en el Derecho argentino y comparado*, Astrea, Bs. Aires, 1978.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Reforma Judicial y reforma constitucional*, El Derecho, T. 114.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Carrera Judicial: Perspectivas y posibilidades en Argentina*; El Derecho, T. 99.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Poder Judicial: ¿Inamovilidad permanente o Inamovilidad transitoria?*, Rev. Juríd. Arg. La Ley, 1982, "8".
- SAGÜES, Néstor Pedro, *El perfeccionamiento de los mecanismos de selección de magistrados y su problemática constitucional*, Rev. Juríd. Arg. La Ley, 1977, C.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *En torno a la reforma judicial*, Rev. Juríd. Arg. La Ley, 1978, C.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Kapelusz, Bs. Aires, 1964.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *La independencia de la Magistratura Judicial y la selección de los Jueces*, El Derecho, T. 101.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, *Administración de Justicia y Carrera Judicial*, Rev. Juríd. Arg. La Ley, T. 81.
- SERRA, María Mercedes, *Poder Judicial: su presupuesto*, Rev. Juríd. Arg. La Ley, 1985, C.
- VARIOS AUTORES, *La independencia de Jueces y abogados en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*, Comisión Internacional de Juristas, Montevideo, 1988.

VELAZQUEZ, Rafael Eladio, *Reflexiones acerca de la inamovilidad de los Magistrados*, Rev. Jur. Paraguaya La Ley, año 14, NR 1.

ZAMORA, Antonio, *Digesto Constitucional Americano*, Ed, Claridad, Bs. Aires, 1958.

CARTAS CONSTITUCIONALES

Constitución del Paraguay de 1.992

Constitución del Paraguay de 1967.

Constitución del Paraguay de 1940.

Constitución del Paraguay de 1870.

Estatuto Provisorio para la Administración de Justicia (en el Paraguay), de 1842.

Constitución de la Nación Argentina de 1853.

Constitución de la Provincia argentina de La Rioja de 1986.

Constitución de la Provincia argentina de Córdoba de 1987.

Constitución de la Provincia argentina de Córdoba de 1923.

Constitución de la Provincia argentina de Santiago del Estero de 1986.

Constitución de la Provincia argentina de San Juan de 1986.

Constitución de la Provincia argentina de Bs. Aires de 1934, con las enmiendas de 1989/90.

Constitución de la Provincia argentina de Formosa de 1957.

Constitución del Uruguay de 1966.

Constitución de Costa Rica de 1949.

Constitución de Venezuela de 1961.

Constitución de Bolivia de 1966/67.

Constitución de Guatemala de 1985.

Constitución del Ecuador de 1984.

Constitución de Panamá de 1972.

Constitución de México de 1.917

Constitución de Colombia de 1.991

Constitución del Salvador de 1.983

Constitución de Honduras de 1.982

Constitución de Nicaragua de 1.986

Constitución de Perú de 1.979

Constitución de Chile de 1.980

Constitución de Cuba de 1.976

Constitución de Rca. Dominicana de 1.966
Constitución de Brasil de 1.988
Constitución de Brasil de 1.969
Constitución del Estado de San Pablo de 1.989
Constitución de Grecia de 1.975
Constitución de Estados Unidos de América de 1.787
Constitución de Turquía de 1961
Constitución de la Unión Soviética de 1977
Constitución de Portugal de 1976
Constitución de Chipre de 1960
Constitución de Francia de 1958
Constitución de Irlanda de 1937
Constitución del Reino de Dinamarca de 1.953
Constitución de Luxemburgo de 1868
Constitución de Italia de 1947
Constitución de Austria de 1.920
Constitución de China Nacionalista de 1947
Constitución de España de 1978
Constitución de Suiza de 1978
Ley fundamental de la República Federal de Alemania de 1949
Cartas Constitucionales Americanas hasta 1958, publicadas por Antonio Zamora en su *Digesto Constitucional Americano*, cuyas referencias obran en el "Índice de Autores"

FALLOS JUDICIALES

Acuerdo y Sentencia N° 133, del 19 de Diciembre de 2001, C.S.J.
Acuerdos y Sentencias N° 222 y 223 de fecha 5 de Mayo del 2000.

EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS

Manuel Ramírez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO. 3. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. 4. ANTECEDENTES NACIONALES. 5. NATURALEZA DEL JURADO. 6. EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS EN EL DERECHO VIGENTE. 7. EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO Y REMOCIÓN DE LOS MAGISTRADOS.

EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS

Manuel Ramírez

1. INTRODUCCIÓN

Este órgano público creado por el art. 253 de la Constitución, adquiere por vez primera rango constitucional en nuestra historia jurídica, y tiene por finalidad principal ejercer el control de la actuación de los magistrados judiciales inferiores a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

El artículo constitucional al crear este órgano de control ha determinado expresamente y en forma cerrada su competencia, que abarca únicamente la atribución de enjuiciar, y en su caso, remover a los magistrados judiciales de sus funciones cuando concurren los supuestos de comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones.

La norma de referencia ha delegado al legislador solamente dos funciones: definir en que consiste el mal desempeño de las funciones del magistrado judicial y regular el funcionamiento del órgano.

El análisis de este órgano se hará partiendo de su concepto, sus antecedentes en el derecho comparado y nacional, sus caracteres constitucionales y las características más relevantes de la ley que regula su funcionamiento.

2. CONCEPTO

El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados es un órgano constitucional con competencia para ejercer el control de la idoneidad del magistrado judicial, tanto en el desempeño de sus funciones, como en su conducta privada, cuando sus acciones afecten el decoro y la dignidad de la función ejercida.

2. 1. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCION EN EL DERECHO COMPARADO

En el recuento de los antecedentes de este órgano de control de la actividad de los magistrados judiciales, se hará referencia a los de Inglaterra y Estados Unidos para demostrar su larga tradición institucional, además de dos países vecinos, Argentina y Brasil para evidenciar sus diferencias con el modelo vigente en nuestro país.

2.2. INGLATERRA: En este país, en el año 1376 se instituyó el "impeachment" como mecanismo para juzgar la responsabilidad de algunos funcionarios públicos por parte del Parlamento. Este juicio político "no se aplicaba a los jueces, pues por virtud del "Act of settlement", es el monarca quien los destituye, si bien a pedido del Parlamento, previo procedimiento similar al "impeachment"; la Cámara de los Comunes acusa y si la de los Lores admite la acusación, pide la destitución"¹.

Es decir, conforme con lo apuntado por el autor citado, en dicho país se estableció un régimen de control de la actuación de los magistrados consistente en su juzgamiento por el parlamento teniendo la función acusadora la Cámara de los Comunes y la admisión de la acusación y pedido de destitución a la otra Cámara denominado de los Lores.

El procedimiento de control establecido en dicho país constituye un antecedente importante en el control de la actuación de los magistrados, con una nítida separación entre órgano de acusación, juzgamiento y destitución que en última instancia es competencia del Monarca.

2.3. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA: La Constitución norteamericana ha establecido que "El Presidente, el Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los E.E.U.U. pueden ser sometidos a juicio político" (Art. 2º, sección 4º). Si bien "Lo que ha creado cierta confusión en cuanto al alcance de su interpretación es la expresión "funcionarios civiles", que pueden ser objeto de juicio político"², el autor

¹ Florentín López Cáceres, *El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados*, p. 21.

² Florentín López Cáceres, *op. cit.*, p. 26.

nacional concluye que entre los funcionarios públicos que pueden ser sometidos a juicio político están los magistrados judiciales y han sido objeto de dicho juicio cinco magistrados judiciales.

El juicio político establecido en este país, también se caracteriza por la separación del órgano de acusación que corresponde a la Cámara de Representantes y el Juzgamiento al Senado.

Con los antecedentes señalados, se evidencia la existencia de antecedentes remotos en el establecimiento del control de la actuación de los magistrados judiciales con una nítida separación entre órgano de acusación y de juzgamiento.

2.4. ARGENTINA: El sometimiento a juicio político de los magistrados judiciales en la Argentina ha sido instituido en la Constitución de 1853 y en su reforma de 1860, en la que se incorpora como sujeto de dicho juicio de responsabilidad funcional, además del Presidente de la Nación, el Jefe de Gabinete de Ministros, Ministros de la Nación, Ministros de la Corte Suprema y los jueces Federales.

En el juicio político, establecido por imperio de la citada Constitución, se destaca la Cámara de Diputados como el órgano de acusación, y el Senado de la Nación es el órgano decisorio encargado del juzgamiento de sujetos acusados, siendo exigencia contar con mayoría calificada en ambas cámaras.

Las causales previstas para el enjuiciamiento son el mal desempeño de la función, la comisión de delitos en el ejercicio de la función y la comisión de delitos comunes.

El procedimiento para el juicio político se halla establecido en la propia Constitución y en los reglamentos de las respectivas Cámaras del Congreso de la Nación.

En la actualidad con la reforma constitucional operada en 1994, se incorpora el Consejo de la Magistratura dentro de la estructura de organización del Estado, con facultades de selección de los

magistrados, enjuiciamiento y remoción, con excepción de los Ministros de la Corte Suprema de la Nación.

El Consejo de la Magistratura Argentina compuesto de 20 miembros, elige a 9 de sus miembros, provenientes en número de 3, del sector de los magistrados, parlamentarios y abogados para cumplir con la función de Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Esta composición y el procedimiento a seguir para el cumplimiento de su competencia institucional se hallan regladas en las leyes Nro. 24.937/97 y Nro. 24939/97.

El procedimiento establecido en las leyes precedentemente mencionadas, confieren la función acusadora a una Comisión, mientras que la función decisoria queda a cargo del pleno del Jurado, éste último puede aplicar dos tipos de sanciones: las disciplinarias y la de remoción.

2.5. BRASIL: En la República Federativa del Brasil, el sistema de control de la actividad funcional de los magistrados judiciales es diametralmente opuesto a los precedentes que hemos reseñado. En la legislación de este país es posible diferenciar dos niveles de control de las actuaciones de los magistrados en atención al cargo desempeñado. La diferencia radica en el control de las actividades de los Ministros del Supremo Tribunal Federal y los Magistrados inferiores.

Para los Ministros del Supremo Tribunal Federal existe el control político, habida cuenta que conforme con los términos del Art. 52. II, se establece la competencia exclusiva del Senado Federal, consistente en “procesar y juzgar a los Ministros del Supremo Tribunal Federal, el Procurador General de la República y al Abogado General de la Unión, por crímenes de responsabilidad”.

Sin embargo, para los miembros inferiores de la magistratura no admiten el control externo, por considerarlo contrario al principio de la separación de Poderes e Independencia del Poder Judicial, por lo que estos magistrados sólo podrán ser controlados en el ejercicio de sus funciones por órganos integrantes del propio Poder Judicial.

La Constitución Federal atribuye la competencia de control de las actividades funcionales de los magistrados judiciales al Superior Tribunal de Justicia (Art. 105.I.), a los Tribunales Regionales Federales (Art. 108.I. inciso a), y al Consejo de Justicia Federal en lo relativo a las funciones administrativas y presupuestaria (Art. 105. Parágrafo único).

Resulta importante resaltar que el propio Supremo Tribunal Federal ha impedido la existencia de controles externos sobre los miembros de la magistratura al declarar inconstitucional las Constituciones de los Estados de Paraíba, Pará, Bahía y Mato Grosso, que establecieron órganos de control externo en sus respectivas normativas.

*“El Supremo Tribunal Federal declaró la inconstitucionalidad de la Constitución del Estado de Paraíba, que instituía el Consejo Estadual de Justicia, compuesto por dos desembargadores (miembro de Tribunal), un representante de la Asamblea Legislativa del Estado, el Procurador General del Estado y el Presidente de la sección de la Orden de Abogados del Brasil, atribuyéndole la fiscalización de las actividades administrativas y el desempeño de deberes funcionales del Poder Judicial, del Ministerio Público, de la Abogacía General del Estado y de la Defensoría Pública, pues entendió que esa previsión ofendía flagrantemente, el principio de separación de Poderes. (Supremo Tribunal Federal, Adin. N.º. 135-PB- Rel. Min. Octávio Gallotti- d. 21-11-96- Informativo STF, n.º 54)”.*³

El Supremo Tribunal Federal en ocasión de declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de Mato Grosso que establecía la creación de un control externo de la magistratura afirmó: “...Poder Judicial: el control externo por colegiado de formación heterogénea y participación de agentes o representantes de otros poderes: Es inconstitucional su institución en las Constituciones de sus Estados miembros. La formulación positiva del constitucionalismo republicano brasileño, el auto gobierno del Poder Judicial – además de espacio variables de autonomía financiera y presupuestaria se reputa corolario

³ Alexandre Moraes, *Direito Constitucional*, p. 384.

de la independencia del Poder Judicial. Esto viola, pues, la institución de órgano llamado control externo, con participación de agentes o representantes de otros poderes del Estado" (Supremo Tribunal Federal, Adin. n° 98-5/MT- Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diario de Justicia, Sección I, 131, octubre 1997, p. 55.539)⁴.

3. ANTECEDENTES NACIONALES

El primer antecedente nacional del juicio de responsabilidad de los magistrados se encuentra en la normativa del Código de Procedimientos Penales de origen argentino que fuera incorporado al orden jurídico nacional el 15 de noviembre de 1890.

3.1. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1890: El referido cuerpo normativo estableció un capítulo denominado "Del juicio de responsabilidad de los jueces" desde el art. 690 al 700, de cuya lectura se puede concluir que las características de dicho procedimiento son las siguientes:

"1º) Solamente era sometido a juicio de responsabilidad los magistrados por la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones sin que sean consideradas otras causas; 2º) El procedimiento indica que la acusación debía ser formulada ante el Tribunal de Jurado, órgano judicial facultado a estudiar si existen o no méritos y una vez resuelta esta situación, admitido el enjuiciamiento, se remiten los autos al Juez en lo Penal para la instrucción del sumario correspondiente, y en caso de rechazo disponer el archivamiento del expediente imponiendo las costas al acusador; 3º) Una vez que el proceso del magistrado haya llegado al estado de sentencia, el expediente debía ser devuelto al Tribunal de Jurado para que dicte fallo. Era el Tribunal de Jurado el órgano competente que en definitiva en su fallo establecía la existencia o no del delito imputado al magistrado, en base a las pruebas aportadas en la investigación efectuada por el Juez en lo Penal en el proceso respectivo, que culmina con la resolución de

⁴ Alexandre Moraes; *op. cit.*, p. 385.

*autos para sentencia; el fallo del órgano Juzgador se limitaba sólo a remover o absolver al imputado*⁵.

Se desprende de esta normativa histórica, la separación entre órgano de acusación, investigación y decisión sobre la responsabilidad del magistrado judicial y la limitación de la causal de enjuiciamiento en la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones.

3.2. LEY N° 325/18 ORGANICA DE LOS TRIBUNALES: En esta ley de organización de los Tribunales se dispone que el órgano competente para juzgar en juicio sumario y remover a los magistrados es el Superior Tribunal de Justicia equivalente a la Suprema Corte de Justicia actual, máximo órgano dentro de la organización de la magistratura (Art. 284 de la Ley 325/18).

La ley, en el artículo referido establece el carácter del procedimiento que será sumario con la debido respeto de las etapas esenciales del proceso de carácter penal como la acusación, defensa, prueba y sentencia que se deben efectuar todas ante el máximo órgano del Poder Judicial.

Esta ley presentaba la particularidad de omitir las causales de enjuiciamiento de los magistrados judiciales.

3.3. LEY N° 391/20 DE ENJUICIAMIENTO Y REMOCION DE MAGISTRADOS: Esta ley en esencia modifica las disposiciones contenidas en la Ley 325/18, orgánica de los Tribunales en materia de enjuiciamiento de magistrados. En efecto, no introduce modificación en cuanto órgano encargado de la investigación y juzgamiento que permanece como competencia del Tribunal Superior de Justicia, pero introduce modificación en cuanto a los sujetos habilitados para la acusación e incorpora las causales de enjuiciamiento.

En relación a los sujetos habilitados para acusar se dispone que la misma es facultad del damnificado y el fiscal (Art. 4°); acusa-

⁵ Florentín López Cáceres, *op. cit.*, p. 58.

ción que deberá ser hecha por escrito ante el Superior Tribunal de Justicia, con enunciación circunstanciada de los hechos en que se fundare y con determinación clara y precisa de los medios de prueba (Art. 5°).

El Tribunal Superior de Justicia podrá rechazar aquellas acusaciones o denuncias que no reúnan las condiciones exigidas por la ley, pero sin embargo está obligado a ordenar de oficio una información sumaria sobre la seriedad de la acusación o denuncia (Art. 6°).

En cuanto a las causales de enjuiciamiento, en el Art. 2°, de la ley de referencia, se establecen los siguientes: a) La comisión de delitos calificados por el Código Penal atribuidos al imputado sin distinguir si son comunes o dentro de la función. El autor Florentín López Cáceres considera que se incluyen ambos⁶; b) La mala conducta. La Ley aclara que “se entenderá por tal, cualquier acción u omisión que constituye grave inmoralidad o fuere lesiva a la dignidad de un funcionario público o desviación reiterada del cumplimiento estricto del deber, o una parcialidad manifiesta a favor de determinadas personas en perjuicio de los intereses legítimos de terceros”; c) Cualquier condición que inhabilite para el desempeño regular del cargo por razón de incapacidad legal, física o mental o por ignorancia de las leyes reveladas por actos reiterados.

En el ámbito probatorio faculta al Tribunal Superior de Justicia a dictar medidas probatorias para mejor proveer (Art. 17), y con la conclusión de esta etapa se fija audiencia pública para oír los informes orales y luego dictar el fallo en el plazo de 30 días.

3.4. LEY N° 879/81 QUE ESTABLECE EL CODIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL: El Código que organiza el Poder Judicial, contiene un capítulo para reglar el procedimiento de enjuiciamiento y remoción de los jueces y funcionarios judiciales, mantiene la competencia del máximo órgano del Poder Judicial para el juzgamiento de los magistrados judiciales, siguiendo a su antecedente de

⁶ Florentín López Cáceres; *op. cit.*, p. 59.

1920, ahora con la denominación actual de Corte Suprema de Justicia.

El procedimiento establecido en la ley mencionada en los Arts. 207 al 231, presenta las características siguientes: a) Las causas de enjuiciamiento son: 1) comisión de delitos, también sin especificar el carácter de la misma; y 2) El mal desempeño de sus funciones. Se entenderá por tal, los actos u omisiones que constituyesen grave inmoralidad o fueren lesivos para la dignidad de un funcionario público, o una desviación reiterada del cumplimiento del deber, o parcialidad manifiesta, o la ignorancia de las leyes reveladas por actos reiterados.

La particularidad de esta ley en materia de causal de enjuiciamiento respecto a su antecesora es la supresión de las inhabilidades físicas o mentales.

Asimismo, establece dos tipos de procedimientos en razón de la naturaleza de la imputación que afecta al magistrado. Cuando la acusación se refiere a la comisión de delitos, la Corte Suprema de Justicia ordenará que el magistrado o funcionario denunciado sea puesto a disposición de Juez competente, al cual se pasarán los antecedentes del caso. Si hubiere presunciones graves de culpabilidad contra el magistrado o funcionario, este será suspendido en sus funciones. La suspensión se decretará siempre que el Juez del Crimen dicte auto de prisión del encausado (Art. 210).

Se desprende de la mencionada disposición legal que si la causal imputada al magistrado o funcionario es la prevista como mal desempeño será la propia Corte Suprema de Justicia la que efectuará la investigación y dictará el fallo concluida la misma.

Se establece también, el requisito del arraigo suficiente del particular denunciante que en caso de no satisfacer el mismo se tendrá por desistida la acción (Art. 215), con la competencia de la Corte Suprema de Justicia de exonerar dicho requisito y la competencia oficiosa de la Corte de dictar sentencia en caso de desistimiento. Esta

disposición vuelve superflua dicha exigencia legal. El requisito del arraigo tampoco afecta al Ministerio Público, que conforme se desprende del Art. 228, última parte, también se halla habilitado para formular denuncia o acusación.

4. NATURALEZA DEL JURADO

En la doctrina constitucional existe controversia sobre la naturaleza del enjuiciamiento de los magistrados, para un sector de la doctrina es un juicio de carácter administrativo o jurídico, para otros de carácter político o discrecional, y existe una tercera postura, según la cual es de naturaleza mixta o político-judicial.

El Jurado, en varios fallos ha dejado establecido el carácter administrativo del enjuiciamiento. Así en la S.D. Nro. 20, de fecha 28 de julio de 1993, expresó que *“El proceso de enjuiciamiento de magistrados no tiene por finalidad la determinación de la responsabilidad civil, penal o política del acusado, sino la responsabilidad funcional o administrativa del mismo. Se genera esta clase de responsabilidad como consecuencia de la ejecución de actos que, sin perjuicio de producir otro tipo de sanciones, comprometen en forma directa y principal la calidad de la administración de justicia. Siendo así, el procesamiento de magistrados, como juicio de responsabilidad administrativa, tiene existencia autónoma y está orientado a finalidades específicas propias. Y decirse que el enjuiciamiento de magistrados implica un juzgamiento de carácter administrativo, apunta a determinar básicamente la permanencia o separación de un magistrado del órgano administrador de justicia”*.

Por otra parte, autores como el argentino Francisco Fernando Armagnague y el autor compatriota Florentín López Cáceres participan del criterio de que el enjuiciamiento de magistrado es un juicio de carácter político. Este último ha señalado que *“Evidentemente, el Jurado no es un Tribunal y sus fallos no son recurribles y siendo solamente admitida contra ellos la Acción de Inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, nos encontramos ante un proceso que no tiene carácter judicial ni administrativo, ya que el Jurado aprecia la*

conducta del Magistrado en el contexto de sus actuaciones, a fin de determinar si se hallan o no acreditadas las causales invocadas en el proceso o apreciar si el imputado reúne las condiciones de honorabilidad y confianza que debe inspirar un juez para permanecer en sus funciones. Resulta claro que el Jurado, al remover a un magistrado en estas condiciones, no establece la responsabilidad administrativa o de la función, sino la responsabilidad política del mismo”⁷.

El autor paraguayo citado, agrega que “De la exposición precedente concluimos que el Juicio de responsabilidad a que son sometidos los magistrados judiciales es eminentemente político, proceso que por deficiencias de la estructura constitucional del Jurado, así como de las leyes que fueron dictadas para su implementación han ocasionado una desviación de este carácter”⁸.

La postura mixta, considera que el juicio es en lo sustancial político, pero en lo formal debe observarse las reglas del debido proceso⁹.

Para una mejor comprensión de la naturaleza del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados hemos de señalar las características de un juicio político, y atendiendo a dichos caracteres determinar si el juicio de los magistrados judiciales reglado en nuestro ordenamiento jurídico se ajusta al mismo o no.

El autor argentino Juan F. Armagnague, sostiene que el enjuiciamiento de los magistrados es de naturaleza política por la presencia de los siguientes elementos en esta clase de juicio: “1) Las causales de enjuiciamiento son las mismas de la constitución de 1853 y son de naturaleza política; 2) El criterio para el juzgamiento sigue basado

⁷ Florentín López Cáceres, *op. cit.*, p. 132.

⁸ Florentín López Cáceres, *op. cit.*, p. 133.

⁹ A favor Néstor Sagüés, en “Elementos de Derecho Constitucional”, t. I, pp 560 y 561; quien se inclina por una postura mixta: político-judicial.

en la discrecionalidad política, según la cual se analiza la conveniencia de la continuidad o no de un magistrado, conforme a la conducta que ha desarrollado, reprochable o no; 3) El procedimiento se inicia con un órgano acusador, el cual desaparece. Todo tribunal tiene permanentemente un órgano o una parte específica que ejerce la acción. En cambio, el Consejo de la Magistratura insta el procedimiento pero no continúa en él, ya que éste queda totalmente en manos del jurado, que así reafirma su calidad política y no jurisdiccional; 4) La jurisprudencia ha entendido que “de la naturaleza no penal del juicio político se deriva la no exigibilidad de la tipicidad de la conducta”, argumento que invertimos a nuestros fines: la falta de tipicidad es una demostración de la naturaleza política; 5) Se persigue solamente la destitución del magistrado, el cual será sometido a juicio ordinario, si corresponde, ahora sí, ante un tribunal judicial; 6) En su composición se incluye a abogados que no son jueces; 7) El fallo es irrecurrible”¹⁰.

Los elementos citados por el autor argentino, se adecuan al sistema jurídico argentino, pero son inaplicables al caso paraguayo por las diferencias puntuales existentes en la materia entre ambos sistemas jurídicos.

Así, utilizando las características referidas por el autor y el sistema vigente en nuestro país, se pueden apuntar los siguientes elementos definitorios de nuestro sistema de enjuiciamiento:

1) Las causales de enjuiciamiento del magistrado judicial no guardan identidad con las causales del juicio político, que se hallan regladas en artículos diferentes, el art. 253 de la C.N. para los magistrados, y el art. 225 C.N. para el juicio político.

Si bien, en ambos supuestos se refieren a mal desempeño de las funciones, en el caso de los magistrados, la causal “mal desempeño” debe ser definida por ley, es decir, tipificada en la ley y en el caso del juicio político se deja abierta a la discrecionalidad del órgano juzgador.

¹⁰ Juan F. Armagnague, *Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento en la nueva Constitución Nacional*, pp. 297 y 298.

2) No existe discrecionalidad política en el enjuiciamiento del magistrado porque las causales de su remoción son la comisión de delitos y mal desempeño de sus funciones tipificado en la ley. En nuestro ordenamiento jurídico los supuestos de mal desempeño de las funciones del magistrado se hallan tipificados en el art. 14 de la Ley N° 1084/97.

3) En nuestro régimen de procedimiento existe una parte acusadora en forma permanente, que puede participar desde el inicio hasta la conclusión del proceso y asume responsabilidad por el resultado del proceso, cargando con las costas y demás responsabilidades.

4) En el procedimiento de enjuiciamiento nacional, la causal de mal desempeño de funciones, se halla debidamente tipificado en el artículo 14 de la Ley N° 1084/97, por lo que no existe discrecionalidad política para la decisión final del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Cuando la causal que motiva el enjuiciamiento del magistrado es la comisión de delitos, se remite previamente la causa al Juez en lo Penal correspondiente, y el Jurado solo decide conforme con el resultado de dicho juicio.

5) La destitución del magistrado por la causal de comisión de delito se halla supeditada a la sentencia condenatoria recaída en el fuero penal; mientras que en el supuesto de mal desempeño de las funciones, la destitución deviene como consecuencia de la comprobación de la concurrencia de alguna de las causales prevista en el art. 14 de la Ley N° 1084/97.

6) En la composición del Jurado se incluye a representantes del gremio de abogados, que al integrar el jurado tienen las mismas prerrogativas e incompatibilidades de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, lo cual reafirma el carácter técnico – jurídico de su composición.

7) Sus decisiones son recurribles ante la Corte Suprema de Justicia, por vía de la acción de inconstitucionalidad, lo cual eviden-

cia que la decisión del Jurado de Enjuiciamiento es de carácter jurídico y no de discrecionalidad política.

Por consiguiente, el juicio al magistrado judicial es de carácter estrictamente jurídico y la sentencia debe ajustarse a la Constitución y a la leyes, pudiendo ser objeto de nulidad por vía de la inconstitucionalidad, y no de carácter político porque no existe margen para la discrecionalidad del órgano de control en las causales que puedan atribuirse al magistrado.

5. EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS EN EL DERECHO VIGENTE

El funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, se halla previsto en el orden jurídico vigente, en el art. 253 de la Constitución y en la Ley 1084/97, que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados

5.1. EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS EN LA CONSTITUCIÓN: La Convención Nacional Constituyente reunida en los años 1991/92 que sancionó la Constitución vigente el 20 de junio de 1992, instituyó por primera vez en la historia constitucional un órgano específico encargado de ejercer el control de la actuación de los magistrados judiciales con competencia para su juzgamiento y remoción en el ejercicio del cargo desempeñado.

En efecto, la Constitución vigente dentro de las disposiciones generales relativas al Poder Judicial, establece en el art. 253 "Del enjuiciamiento y de la remoción de los Magistrados judiciales". "Los magistrados judiciales solo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones definidos en la ley, por decisión de un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Este estará integrado por dos Ministros de la Corte Suprema de Justicia, dos miembros del Consejo de la Magistratura, dos senadores y dos diputados; estos cuatro últimos deberán ser abogados. La ley

regulará el funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados”.

CARACTERÍSTICAS DEL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS: Conforme con la disposición constitucional que establece un órgano vinculado a la función del Poder Judicial, la competencia que le atribuye para el ejercicio del control de las actividades de determinados miembros de dicho poder del Estado y la composición del órgano, se pueden puntualizar las características siguientes de este órgano estatal:

a) Es un órgano extrapoder: En la doctrina constitucional se atribuye el carácter de órgano extrapoder a los órganos públicos incorporados dentro de la estructura organizativa del Estado sin la dependencia funcional en relación a los demás Poderes.

El autor paraguayo Evelio Fernández Arévalos señala que los órganos extrapoderes tienen las siguientes características *“a) Son órganos creados directamente por la Constitución, b) no son parte integrante de ninguno de los poderes constitucionales supremos del Estado ni de otros órganos extrapoderes, c) gozan de autonomía respecto de los poderes constitucionales supremos y de los demás órganos extrapoderes, aunque sus funciones puedan estar especialmente vinculada a un determinado poder constitucional supremo del Estado, d) Sus atribuciones, deberes y competencias están determinados expresamente por la Constitución, aunque generalmente en forma abierta (delegación constitucional a la Ley), e) Sus decisiones y gestiones, aun en el marco de sus atribuciones, deberes y competencias, no se imputan por sí mismas al Estado”*¹¹.

Conforme con los elementos que configuran un órgano extrapoder, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados responde a dichas características habida cuenta que: 1) Es un órgano creado por el art. 253 de la Constitución, 2) No es un órgano integrante de los poderes que ejercen el gobierno del Estado, denominado por Fernández Arévalos, poderes constitucionales supremos, ni tiene dependencia en

¹¹Evelio Fernández Arévalos, *La Defensoría del Pueblo*, p. 49.

relación con otros órganos públicos, 3) Es un órgano constitucional que goza de autonomía administrativa y presupuestaria en los términos de la ley que establece su funcionamiento (Ley 1084/97), 4) Su competencia esta expresamente determinado en la Constitución, consistente en enjuiciar a los magistrados judiciales por la comisión de delitos y mal desempeño de sus funciones, 5) Sus decisiones no se imputan al Estado.

b) Es un órgano pluripersonal: La composición plural de este órgano del Estado, se establece en el art. 253 de la Constitución al disponer que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados estará integrado por dos Ministros de la Corte Suprema de Justicia, dos miembros del Consejo de la Magistratura, dos senadores y dos diputados.

El carácter plural de un órgano estatal tiene su incidencia jurídica en el procedimiento de toma de decisiones que implica la necesidad de convocatoria de sus miembros, el *quorum* para su instalación, las deliberaciones de sus miembros y la mayoría requerida para la validez de su decisión.

La Ley reglamentaria vigente, en este sentido señala que “El Jurado deliberará válidamente con la presencia de por lo menos cinco de sus miembros y dictará sentencias y autos interlocutorios con el voto coincidente del mismo número de miembros. Las demás resoluciones, incluso las que resuelvan los incidentes en las audiencias, se adoptarán por simple mayoría de votos. Ningún miembro presente se abstendrá de emitir su voto, pero no estará obligado a dejar constancia del sentido del mismo.” (art. 7° de la Ley N° 1084/97).

c) Es un órgano autónomo: La autonomía de este órgano en los ámbitos administrativos, financiero surge de la ley reglamentaria ordenada por la propia Constitución. En este sentido, el art. 2 inciso f) dispone que el Presidente del Jurado tiene la competencia de “proponer al Jurado el nombramiento del Secretario y de los funcionarios” y el art. 38 expresa que “El Jurado dictará su propio reglamento”, disposiciones que consagran la autonomía administrativa del órgano público.

La autonomía financiera se halla recogida en el art. 5° de la Ley reglamentaria al disponer que "...Los requerimientos financieros que demanden el cumplimiento de la presente ley, serán provisto en el Presupuesto General de la Nación, en programa específico independiente de la que corresponda a cualquier otro órgano del Estado"; se deduce que el Jurado tiene la competencia implícita de elaborar su propio presupuesto en los términos de la norma referida.

d) Es un órgano con personería pública: Surge de su consagración como órgano público de rango constitucional, cuya representación es ejercida por el Presidente del Jurado en los términos del art. 2 inciso a) de la Ley N° 1084/97.

e) Es un órgano con competencia restringida: Esta característica surge de la normativa constitucional que establece el órgano. El art. 253 de la Constitución dispone que las funciones del Jurado de Enjuiciamiento son dos: 1) Enjuiciar a los magistrados; y 2) remover a los mismos de los cargos que desempeñan si concurren las dos circunstancias fácticas previstas en la norma constitucional: a) comisión de delitos; y b) mal desempeño de sus funciones definidos por ley.

En los términos de la norma constitucional referida no existe la apertura para la ampliación de la competencia del Jurado de Enjuiciamiento de magistrados, habida cuenta que la remisión a la ley solamente se habilita para las siguientes cuestiones: 1) Definición por ley de la causal de enjuiciamiento denominada "mal desempeño de sus funciones"; este mandato fue cumplido con el art. 14 de la Ley 1.084/97 que en 20 inciso ha definido la causal de mal desempeño de sus funciones; y 2) La definición legal del funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados que se halla cumplida con la Ley N° 1084/97.

COMPOSICION DEL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS: Conforme con la disposición constitucional que crea el órgano, la misma se compone de: 1) dos Ministros de la Corte Suprema de Justicia, 2) dos miembros del Consejo de la Magistratura, 3) dos Senadores, y 4) dos Diputados.

Conforme con el criterio de integración del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, el control de las actividades funcionales de los magistrados es eminentemente externo. Es decir, los integrantes del organismo de control provienen en su mayoría de otros poderes del Estado.

Esta integración mayoritaria por agentes provenientes de otros poderes del Estado, cuatro por el Poder Legislativo y dos por el Consejo de la Magistratura no resulta compatible con el principio de división de poderes y de la independencia del Poder Judicial, habida cuenta que se deja a los poderes externos la competencia de juzgar y destituir a los miembros del Poder Judicial.

Esta antinomia constitucional entre las normas de organización de un órgano constitucional extrapoder y los principios constitucionales de separación de funciones del Estado y la independencia del Poder Judicial debe ser resuelta a favor de los principios rectores de un Estado de Derecho y forma de Gobierno Republicano establecido en el art. 1 de la Constitución, pues siempre que surjan contradicciones entre las normas y los principios fundamentales del orden constitucional deben prevalecer estos últimos.

Es decir, la composición del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados es abiertamente inconstitucional por violentar los principios de la división de poderes y la independencia del Poder Judicial. Esta afirmación se halla avalada por las resoluciones del Supremo Tribunal del Brasil que ha declarado la inconstitucionalidad de las Constituciones de los Estados de Paraíba, Pará, Mato Grosso y Bahía, por establecer estas constituciones estatales Consejo de Justicia con integración proveniente de otros poderes del Estado para el juzgamiento de magistrados judiciales, por violentar los principios de separación de poderes e independencia del Poder Judicial.

La colisión de la integración externa del Jurado con el principio de la independencia del Poder Judicial ya fue advertida en el seno de la Convención Nacional Constituyente, en ocasión del debate sobre la creación del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. En este sentido, expresaba el convencional José Ismael Candia: "También

decimos que, aquí en este proyecto que estamos aprobando, existen disposiciones en el Capítulo III, Sección I del Poder Judicial, disposiciones generales del proyecto de la Comisión Redactora en lo que respecta a la Administración de justicia y la independencia del Poder Judicial y, sobre todo, desde el punto de vista de la independencia del Poder Judicial, que debe ser precautelada, y que debe estar ajena a todo tipo de interferencia, lo cual puede peligrar de confiarse a un órgano experimental, tribunal de jurados Ad-hoc, integrado por miembros representantes de otros poderes y de otros organismos extrajudiciales”¹².

FUNCIONES DEL JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS: La atribuciones conferidas por la Constitución a este órgano de control, son las siguientes: a) enjuiciar a los magistrados, y b) removerlos de las funciones desempeñadas cuando concurran las causales constitucionales de comisión de delitos y mal desempeño de sus funciones.

El mandato al legislador solo se vincula a los dos supuestos, de regulación del funcionamiento y definición de la causal de mal desempeño de las funciones del magistrado. Al Poder Legislativo le esta vedada la facultad de ampliar las funciones originarias del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, pues la Carta Magna al establecer la competencia funcional de este órgano de control, no utiliza la formula de apertura legal “*los demás deberes y atribuciones que fije la ley*”.

Por consiguiente, las funciones del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados se halla limitada a: 1) enjuiciar al magistrado. El enjuiciamiento implica la habilitación competencial de iniciar un procedimiento para determinar la responsabilidad del magistrado denunciado o acusado por los órganos o personas habilitadas para el efecto por la supuesta comisión de los hechos previstos en la Constitución consistente en comisión de delitos o mal desempeño de sus

¹² José Ismael Candia, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1992*, sesión Nro. 34 del 28/05/92, p. 80

funciones; y 2) concluir el procedimiento, en caso de comprobación de las causales constitucionales, con la remoción del magistrado.

El enjuiciamiento de los magistrados judiciales, siendo competencia exclusiva de este órgano constitucional no depende de la facultad dispositiva del acusador cuya acusación tiene la virtualidad jurídica de incitar al órgano pero no determina la iniciación del procedimiento ni su conclusión. Esta circunstancia está reglamentada en los Arts. 20 y 22 de la ley regulatoria. El Art. 20 de la Ley N° 1084/97, dispone que la presentación que no reúna los requisitos formales será rechazada *in limine*, que implica la decisión del órgano de no someter a proceso al magistrado y el Art. 22 dispone que el desistimiento de la acusación no obstará a que el Jurado resuelva la prosecución del enjuiciamiento hasta la sentencia.

6. EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO Y REMOCION DE LOS MAGISTRADOS

El procedimiento de enjuiciamiento de los magistrados judiciales se rige, en primer lugar, por los principios informadores del proceso sancionador establecidos en los Arts. 16 y 17 de la Constitución y por las normativas procesales prevista en la Ley N° 1084/97.

La Constitución, en los artículos referidos establecen lo que podría denominarse principios informadores del debido proceso sancionador. El Art. 16, establece el derecho básico y fundamental de todo proceso, el derecho a la defensa y el Art. 17, los derechos procesales aplicable tanto al proceso penal como a cualquier otro tipo de proceso del cual pudiera derivarse pena o sanción. El enjuiciamiento del magistrado puede tener como consecuencia la sanción de la remoción del cargo ejercido.

Por consiguiente, los principios informadores del debido proceso sancionador, tales como el de la defensa, la presunción de inocencia, la legalidad de la sanción, la legalidad de las pruebas, la prohibición del doble juzgamiento y la independencia e imparcialidad de los integrantes del Jurado, deben ser estrictamente observados

dentro del procedimiento por la que se investiga la responsabilidad funcional de los magistrados judiciales como presupuestos de legitimidad del proceso.

La Ley que actualmente regula el procedimiento de enjuiciamiento de los magistrados es la N° 1084, del 25 de julio de 1997, que contiene 40 artículos, de los cuales 37 se dedican con especificidad a las reglas procesales en la materia.

Además, por expresa remisión de la ley es aplicable supletoriamente al juicio de responsabilidad por las disposiciones del Código Procesal Civil y leyes complementarias, en cuanto le sean aplicables (art. 21 de la Ley N° 1084/97).

Para exponer en forma ordenada el procedimiento establecido en la ley reglamentaria del procedimiento, nos permitimos dividir conforme con las reglas procesales más relevantes establecidas en la ley, tales como: denuncia, acusación, legitimación para denunciar, causales de enjuiciamiento, clases de proceso y recursos.

6.1. DENUNCIA: La denuncia, conforme con la ley que regula el procedimiento para enjuiciamiento de magistrados es un acto formal por medio del cual se hace llegar a conocimiento del Ministerio Público la comisión de los hechos que configuran las causales de enjuiciamiento del magistrados a los efectos de que este proceda a iniciar el proceso respectivo en la hipótesis de existir méritos para la acusación.

Es un acto formal porque se requiere que la presentación sea por medio escrito que deberá contener: el objeto del enjuiciamiento, el nombre y domicilio real y legal del acusador, nombre y domicilio legal del acusado, la enunciación circunstanciada de los hechos en que se funde, las normas legales infringidas, el petitorio claro y preciso; la acreditación del carácter de litigante o profesional afectado y la solvencia económica para garantizar las resultas del enjuiciamiento; acompañar los documentos relacionados con la acusación que se hallasen en su poder o indicar el lugar donde se encuentren, ofrecer las pruebas que hagan a su derecho y solicitar las medidas necesarias

para que ellas se produzcan y acompañar copias para el traslado (art. 19).

La omisión de las formalidades del acto de acusación facultado al Jurado, si lo considera notoriamente improcedente, su rechazo *in limine*.

Es un acto de comunicación de la supuesta existencia de las causales constitucionales de enjuiciamiento, pues la iniciación del procedimiento dependerá de la decisión del Jurado y en caso de su notoria improcedencia lo rechazará *in limine*. El acto de enjuiciamiento depende de la decisión del órgano público y no de la voluntad del acusador instrumentada por medio del escrito de denuncia. No siquiera constituye, la denuncia un acto esencial para el inicio del procedimiento, pues la denuncia debe ser previamente examinada por el Ministerio Público, conforme con lo dispuesto en los artículos 16 y 18 de la Ley 1.084/97.

Es decir, la denuncia no es presentada directamente ante el Jurado de Enjuiciamiento sino ante la Fiscalía General del Estado para estudiar la procedencia de la misma y si correspondiere formular la acusación.

6.2. ÓRGANOS HABILITADOS PARA DENUNCIAR

El art. 16 de la ley reglamentaria del procedimiento establece que las personas físicas y jurídicas públicas habilitadas para formular acusación, que conforme con la interpretación sistemática de los arts. 16 y 18, son las personas habilitadas para denunciar ante la Fiscalía General del Estado.

Las personas habilitadas para formular denuncia ante la Fiscalía General del Estado son las siguientes:

El litigante o profesional afectado: Se entiende que estas personas estarán habilitadas a formular denuncia en el caso de la ocu-

rrencia de la causal de mal desempeño de las funciones cometidas por el magistrado en el expediente en que el litigante defiende su derecho y el profesional lo representa en dicho caso. En la causal de comisión de delito existe víctimas que solo tienen derecho a accionar en los delitos de acción privada conforme con el nuevo Código Procesal Penal.

Por consiguiente, existe una notoria insuficiencia en los términos utilizados en la normativa legal, pues consideramos que si el litigante civil tiene habilitación para denunciar y en la comisión de un delito de carácter privado la víctima debiera tener la facultad de denunciar al magistrado.

Estas personas habilitadas para denunciar podrán hacerlo personalmente o por medio de mandatario con poder especial.

La Corte Suprema de Justicia: Esta competencia de la Corte Suprema de Justicia surge de su carácter de órgano superior del Poder Judicial con facultades de superintendencia sobre los magistrados.

La Corte Suprema de Justicia tiene facultades disciplinarias sobre los magistrados, por lo que hará uso de esta competencia de denunciar ante el Jurado cuando concurren las causales constitucionales de comisión de delito y el mal desempeño de las funciones en los términos de la definición de esta causal en el art. 14 de la Ley N° 1084/97.

Por otra parte, atento a la integración del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por parte de dos Ministros de la Corte Suprema, la suscripción de los mismos de la denuncia los inhabilita para integrar el Jurado para resolver la situación del denunciado. La integración del Jurado por los Ministros denunciadores viola la disposición constitucional del art. 16, última parte, que establece el derecho, de toda persona sometida a proceso en que habrá de recaer sanción, a un Juez imparcial.

Este derecho de los procesados al juzgamiento por un Juez o Tribunal imparcial tiene una triple dimensión: a) como derecho del imputado, lo cual habilita a la recusación de los Ministros denunciante; b) como garantía institucional y c) como obligación de los juzgadores, circunstancias que impone a los Ministros a excusarse de entender en sus propias denuncias.

El Ministerio de Justicia y Trabajo: La inclusión de este Ministerio como órgano habilitado para formular denuncia se justifica por su competencia funcional vinculada a la administración de justicia.

Sin embargo, también consideramos que en caso de que el representante del Poder Ejecutivo ante el Consejo de la Magistratura sea integrante del Jurado, el representante del Ejecutivo debe apartarse de enjuiciar al magistrado denunciado por el Ministerio de Justicia y Trabajo, habida cuenta de la dependencia jerárquica del Ejecutivo del denunciante y del integrante del Jurado.

En caso de no apartarse se vulnera el derecho al Juez imparcial del enjuiciado prevista en el art. 16 de la Constitución.

El Ministerio Público: El Ministerio Público en su carácter de órgano encargado del examen del mérito de las denuncias presentadas por las personas habilitadas, entendemos que es el único órgano con competencia para presentar una acusación directa ante el Jurado. Es decir, no requiere formular denuncia sino directamente presentar la acusación ante el Jurado y como no tiene representante ante el Jurado no presentan las dificultades apuntadas con respecto a los demás órganos.

La Cámara de Senadores: La facultad para denunciar conferida a la Cámara de Senadores introduce una especie de control popular sobre la actuación de los magistrados, habida cuenta del carácter de representante del pueblo de sus integrantes, pero el problema radica en que dos de los integrantes del Jurado provienen de dicho cuerpo legislativo, estos también deben apartarse cuando la denuncia pro-

viene del órgano al que representan, a los efectos de preservar el derecho al juez imparcial previsto en la Constitución.

La Cámara de Diputados: Los diputados que integran el jurado deben apartarse del juzgamiento de los magistrados denunciados por la Cámara de la cual provienen, en observancia de la disposición constitucional que consagra el derecho al Juez imparcial.

El Consejo de la Magistratura: También los representantes de este órgano ante el Jurado deben apartarse del juzgamiento cuando la denuncia proviene del órgano al que representan.

El Jurado de oficio: Esta competencia del Jurado de Enjuiciamiento constituye una abierta violación del derecho al Juez imparcial prevista en el art. 16 de la Constitución.

El derecho al Juez imparcial es reconocido a todas las personas sometidas a proceso, del cual pueda recaer sanción, y el proceso ante el jurado implica la posibilidad de pérdida del cargo desempeñado, lo cual constituye una sanción de extrema gravedad para el magistrado judicial.

La competencia oficiosa del Jurado para iniciar el enjuiciamiento afecta la imparcialidad de sus miembros, pues asumen el rol de Juez y parte, por lo que esta habilitación debe ser expulsada del orden jurídico nacional porque afecta garantías sustanciales del debido proceso vigentes en nuestro orden constitucional y legal.

El propio Jurado de Enjuiciamiento al señalar las ventajas de la Ley N° 1084/97, al publicar dicha ley mencionaba en la introducción que “Se hizo necesario convertir al Jurado en un órgano dedicado a “juzgar” de conformidad a la ley, sin agregarle la función de “investigar”, ya que, además del inconveniente de acumular ambas funciones, son incompatibles entre sí”¹³. Esta opinión del Jurado también sirve para el caso de la denuncia oficiosa que violenta los derechos del procesado y devuelve la inquisición en el seno de dicho ór-

¹³ Florentín López Cáceres, *op. cit.*, p. 85.

gano de control, pues si ha denunciado tendrá interés en probar su denuncia o lo que es más grave la base fáctica de la sentencia será la denuncia y la acusación del Ministerio Público.

6.3. LA ACUSACIÓN. La acusación es competencia de la Fiscalía General del Estado que recibida la denuncia de las personas habilitadas para el efecto debe proceder a evaluar los méritos de la misma y en caso de encontrarla procedente deberá formular la acusación.

Esta competencia de la Fiscalía General del Estado, en los términos del art. 16 y el 18 de la Ley N° 1084/97, se constituye en un antejuicio del magistrado porque debe realizar el estudio de los méritos de las imputaciones atribuidas al magistrado denunciado y para el efecto podrá ordenar una información sumaria previa sobre los hechos para verificar su seriedad. Este antejuicio tiene similares características del juicio de desafuero del parlamentario, pues si el Fiscal General del Estado no encuentra mérito para enjuiciar al magistrado no formulará acusación y consecuentemente no habrá juicio ante el jurado.

Es decir, no existe acusación directa contra el magistrado ante el Jurado; esta circunstancia ocurre solamente cuando sin denuncia, el Ministerio Público decide acusar. La acusación directa no ocurre ni siquiera cuando el Jurado pretende enjuiciar de oficio al magistrado, pues conforme con la disposición del art. 16, última parte, "Las personas y entidades citadas podrán limitarse a formalizar una denuncia ante la Fiscalía General del Estado, la cual, de considerarlo procedente, formulará la acusación correspondiente", y el Jurado se incluye dentro de las entidades citadas.

Es por lo apuntado, que la practica del Jurado de iniciar una investigación preliminar contra los magistrados es una usurpación de la competencia del Ministerio Público y además vulneran el principio del juez imparcial que tiene la triple dimensión de derecho del procesado, garantía institucional y obligación de los magistrados.

6.4. CAUSALES DE ENJUICIAMIENTO DEL MAGISTRADO

Las casuales de enjuiciamiento por imperio del art. 253 de la Constitución son dos: 1) la comisión de delitos, y 2) el mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.

La comisión de delitos. La norma constitucional no especifica el tipo de delito, por lo que comprende todos los hechos punibles tipificados en el Código Penal. Si admitiéramos solo los delitos, conforme con la clasificación de los hechos dispuestos por el Código Penal que dispone “Son delitos los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad hasta cinco años o multa” (art. 13 inciso 2°), se omitiría responsabilizar a los magistrados por los crímenes cuya sanción es de pena privativa de libertad de 5 a 25 años. Por lo que atendiendo a una correcta interpretación del concepto de delito que tuvo en cuenta el constituyente en ocasión de sancionar la norma y la finalidad de la misma, la expresión “delito” debe ser entendida como “hecho punible” conforme con la normativa penal vigente.

El mal desempeño de sus funciones. La Constitución autoriza al legislador a definir en la ley los supuestos que constituyan la causal de mal desempeño de las funciones del magistrado.

No obstante, debemos señalar que conforme con el término constitucional, las mismas deben constituir hechos externos que implican una desviación de las tareas comprensivas de la competencia funcional del magistrado.

Por tanto, establecer supuestos de mal desempeño que no se exteriorizan con hechos externos que afectan la función del magistrado, constituye una interpretación legislativa contraria a la norma constitucional.

Los diferentes supuestos que configuran mal desempeño en el ejercicio de la magistratura judicial se definen en el artículo 14 de la Ley N° 1084/97, mientras que en el artículo 15 establece la causal de

remoción por incapacidad física o mental. Asimismo, la Ley que reglamenta el Hábeas Corpus, establece como causal de remoción la mora en dictar sentencia en dicho juicio.

Los supuestos que configuran mal desempeño del magistrado judicial, previsto en el Art. 14 de la Ley N° 1084/97 son los siguientes:

a) No observar las incompatibilidades previstas en el Art. 25 de la Constitución, o incumplir lo establecido en los artículos 104 y 136 de la misma: En primer lugar, debe señalarse que el incumplimiento de cualquier normativa constitucional por parte del magistrado constituye mal desempeño de sus funciones, porque como integrante del Poder Judicial tiene la función de custodio de la Constitución.

No obstante, en lo específico de la causal mencionada, consideramos que la primera norma esta vinculada a asegurar la Independencia del Poder Judicial; la segunda, en función de preservar la honestidad del funcionario; y la tercera, en brindar la efectiva protección de los derechos de las personas por medio de las garantías constitucionales.

b) Incumplir en forma reiterada y grave las obligaciones previstas en la Constitución, Códigos Procesales y otras leyes referidas al ejercicio de las funciones: Esta causal se fundamenta en el Art. 257 de la C.N., que establece la subordinación de los órganos públicos a la legalidad, y el magistrado como titular de un órgano estatal debe preservar el principio de la legalidad en su actuación funcional, por lo que la violación de la ley en forma reiterada y grave constituye motivo válido para su remoción.

c) No conservar la independencia personal en el ejercicio de sus funciones y someterse, sin que ley alguna los obligue, a órdenes e indicaciones de magistrados de jerarquía superior o funcionarios de otros poderes u órganos del Estado: Esta causal guarda relación con el principio de la Independencia del Poder Judicial, en la dimensión de Juez – Persona, por lo que el magistrado debe preservarlo, pues la

misma no constituye un privilegio para él sino una garantía para los litigantes y un presupuesto de legitimidad del propio régimen político. La violación de esta garantía institucional por el propio magistrado justifica su separación del cargo.

d) Dictar tres sentencias definitivas que fueran declaradas inconstitucionales en el lapso de un año judicial. El Jurado evaluará los antecedentes: Esta causal esta en función de la supremacía constitucional y la declaración de que las sentencias de un magistrado es contraria a la constitución representa una omisión de su deber de aplicar la Constitución como fundamento de sus fallos.

El Jurado habrá de evaluar los antecedentes de cada caso, para determinar si existió negligencia o desconocimiento de la ley por parte del magistrado, lo cual resulta apropiado porque si los casos guardan relación temática entre si, puede tratarse de un criterio jurídico adoptado por el magistrado en cuestión, o puede que los fallos se funden en una disidencia de un Ministro de la Corte, o de una doctrina mayoritaria; y aun cuando los casos no guardan relación temática, puede tratarse de un tema que haya generado interpretaciones divergentes en el seno de la propia Corte Suprema de Justicia.

Otra situación se plantea cuando el magistrado se aparta de una jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema, en cuyo caso, la declaración de inconstitucionalidad de la Corte es vinculante para el magistrado por imperio del Art. 137 de la Constitución.

e) No dictar sentencia definitiva dentro del plazo que el superior le hubiese fijado en el incidente de queja por retardo de justicia en por lo menos tres casos en el lapso de un año judicial. Si se trata de magistrados integrantes de órganos colegiados, sólo se eximirán de responsabilidad los que acrediten haber realizado las gestiones a su alcance para que el órgano dicte sentencia y las haya comunicado a la Corte Suprema de Justicia: La morosidad judicial implica incumplimiento de los plazos procesales por el magistrado judicial, que es producto de la desidia, la irresponsabilidad o la falta de idoneidad para el ejercicio de las funciones que le asigna la ley. La mora judicial genera un grave daño a los sujetos privados del proceso y se

constituye en una verdadera violación del derecho al acceso igualitario de las personas a la justicia, consagrado en el Art. 47.1 de la Constitución.

f) Haber admitido el tribunal de alzada cinco quejas por retardo de justicia durante el año judicial: Esta causal tiene la clara finalidad de evitar la morosidad judicial, porque la queja por retardo de justicia, es un dato revelador de esta situación. El magistrado que no despacha los expedientes dentro del plazo legal omite cumplir con su deber funcional, atentando contra el derecho de acceso a la justicia de las personas que recurren ante los órganos judiciales para dirimir sus conflictos.

g) Mostrar manifiesta parcialidad o ignorancia de las leyes en juicios, reveladas por actos reiterados: El primer supuesto está destinado a preservar el derecho de los litigantes al Juez imparcial, mientras que el segundo busca la idoneidad en el ejercicio de la función judicial. El magistrado que viola con su actuación la garantía institucional de la imparcialidad y demuestra falta de idoneidad para el ejercicio de la función debe ser sancionado, porque estos supuestos son derechos y principios establecidos en el orden jurídico constitucional.

h) Cometer actos u omisiones que constituyan inmoralidad en su vida pública o privada y sean lesivos a su investidura: La moralidad se constituye en una cláusula indeterminada porque ella depende de los valores culturales de las personas, por lo que los actos u omisiones que se ajustan a las pautas de moralidad pueden ser variables. No obstante, los criterios definidores de la moralidad pública pueden ser contruidos partiendo de los valores o principios que deben inspirar la actuación de un funcionario público y desde dicha perspectiva sostener que es contrario a la moralidad pública los supuestos de actos discriminatorios practicados por el magistrado en el ejercicio de sus funciones sean por razones ideológicas, religiosas o políticas, también el trato discriminatorio por motivo de sexo o condición económica de los sujetos del proceso.

También puede ser considerado como una inmoralidad pública que el magistrado judicial haga una ostentación de riqueza que no

este acorde con sus ingresos e incluso las frecuentes reuniones privadas con grupos de profesionales que reciben un trato preferencial en su Juzgado.

Tampoco resulta fácil delimitar los alcances de la expresión: moralidad en la vida privada, las acciones u omisiones que integran su contenido por la dependencia de pautas culturales variables. A título de ejemplificar la dificultad se puede citar el supuesto de las uniones de hecho, que aun habiendo sido equiparado al matrimonio, a los efectos de su protección jurídica, para un sector de la sociedad puede configurar una inmoralidad en la vida privada.

Por otra parte, cláusulas indeterminadas de esta naturaleza conllevan el peligro de que las mismas sean delimitadas en base a criterios subjetivos y de acuerdo a las pautas culturales de los juzgadores.

i) Cometer actos de desacato contra la Corte Suprema de Justicia, cuando ésta actúe en ejercicio de sus funciones de superintendencia. Esta causal implica incumplimiento de los deberes legales por parte del magistrado, habida cuenta que la Corte Suprema de Justicia es su superior jerárquico. Este supuesto típico se halla fundado en el principio de la jerarquía que orienta la organización del Estado.

j) Delegar la elaboración intelectual de sentencias, resoluciones o dictámenes, o encomendar la redacción material de ellos a personas u otros funcionarios extraños a la magistratura, salvo las providencias de mero trámite: Este supuesto fáctico tiene su fundamento en el carácter personal de la función pública que se traduce en la obligatoriedad de la prestación personal de la función encomendada a la persona investida de la autoridad pública. Al delegar las tareas propias que le competen, viola su deber legal de prestación personal de la función y revela, en el caso del magistrado, su falta de responsabilidad, de idoneidad.

k) Ejercer el comercio, la industria o cualquiera otra actividad profesional o cargos oficiales o privados, o actividades políticas en partidos o movimientos políticos. Con la instauración de ésta causal

se pretende preservar la independencia funcional del Juez, que puede ser alterada por las vinculaciones comerciales o partidarias.

Aquí se plantea la cuestión de si los magistrados judiciales pueden ejercer los cargos de director o decano en las instituciones de enseñanza. Consideramos que la misma es compatible con su función, habida cuenta que la propia Constitución lo habilita para el ejercicio de la docencia a tiempo parcial, y estos cargos constituyen el máximo cargo en una institución docente, que se equipara a la función de la docencia.

l) Participar en manifestaciones públicas cuando tales actos pudieran comprometer seria y gravemente su independencia e imparcialidad, como también el uso de distintivos e insignias partidarias: La primera hipótesis se vincula a manifestaciones que pudieran comprometer la independencia e imparcialidad, como los actos políticos partidarios. No son comprensivas de esta prohibición las manifestaciones de carácter nacional, como por ejemplo, la recordación de la independencia nacional, la jura de la Constitución, etc.

ll) Proporcionar información o formular declaraciones o comentarios a la prensa o a terceros, sobre juicio a su cargo, cuando ellos pueden perturbar su tramitación o afectar el honor, la reputación o la presunción de inocencia establecida en la Constitución; o mantener polémica sobre juicios en trámite: La causal de perturbar la tramitación con la información se vincula a la necesidad de resguardar el orden en la tramitación de la causa o investigación que se confía al magistrado, por lo que él mismo no debe contribuir a afectarlo. La segunda hipótesis, es a los efectos de salvaguardar la honorabilidad de las personas; la tercera, es un derecho del imputado que no debe ser afectado por el Juez de la causa y la polémica no constituye la forma en que el juez debe tratar los juicios en trámite.

m) Faltar reiteradamente al despacho o abandonarlo sin causa justificada en los días y horas establecidos por la Corte Suprema de Justicia. Esta circunstancia implica incumplimiento del deber legal del magistrado y revela desinterés e irresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

Recibir dádivas o aceptar promesas u otros beneficios, directa o indirectamente, de las personas que de cualquier manera tengan o puedan tener intervención o interés en los juicios a su cargo: Los hechos tipificados son los que en término amplio se denomina corrupción; implican la obtención de beneficios económicos indebidos a través del ejercicio de la función.

La tipificación de los hechos que implican la obtención de beneficios económicos indebidos tiene vinculación con la necesidad de preservar los principios de la imparcialidad y objetividad del magistrado, porque además del carácter delictivo de estos hechos, enervan la independencia personal del Juez, es un elemento subjetivo del principio de la independencia del Poder Judicial.

n) Permitir o tolerar reiteradamente a sus dependientes o subordinados, sin tomar los recaudos pertinentes, que infrinjan leyes, reglamentos, acordadas u ordenes en el desempeño de sus funciones. Los magistrados son los jefes administrativos de sus Juzgados, por lo que la tolerancia a la violación de las normas legales por funcionarios que se hallan bajo su dependencia, revela incapacidad para ejercer el poder de dirección o desinterés en ejercer dicha competencia legal.

ñ) Abstenerse de su excusación en un pleito a sabiendas de que se halla comprendido en algunas de las causales previstas por la ley, si de ello resulte grave perjuicio o si dicha actitud menoscaba ostensiblemente la investidura del magistrado. El deber de imparcialidad de los magistrados, consagrado como derecho de los litigantes por el Art. 16 de la C.N., impone al magistrado la obligación de abstenerse en los casos previstos en la ley. Al no excusarse viola una obligación constitucional y afecta el derecho fundamental de los sujetos del proceso a ser juzgados por jueces imparciales.

o) Contraer obligaciones pecuniarias con sus subalternos o con los litigantes o letrados que tengan juicio pendiente en que intervenga. La primera causal se vincula a su carácter de superior jerárquico como jefe del juzgado, e implicará pérdida de autoridad ante el dependiente, y la segunda se encamina a resguardar la imparcialidad.

Ambas hipótesis afectan el normal y correcto desempeño de sus funciones.

p) Estar concursado civilmente, haber sido declarada su quiebra o como consecuencia de una sentencia definitiva, decretada su inhibición general de vender y gravar bienes. En principio, estas dos circunstancias implican irresponsabilidad del magistrado al haber asumido compromisos patrimoniales que no puede cubrir. Sin embargo, no encontramos vinculación de las mismas con las actividades funcionales del magistrado; por otra parte, la insolvencia del magistrado puede obedecer a circunstancias fortuitas, y no refleja necesariamente desarreglo en su conducta.

q) La incapacidad física o mental que lo inhabilite permanentemente para el ejercicio del cargo. La incapacidad física o mental que le impida el ejercicio de las funciones asignadas no implica ejercicio del cargo sino el no ejercicio. La imposibilidad física o mental para desempeñar el cargo no puede ser elemento constitutivo del tipo "mal desempeño del cargo", porque lo que no se ejerce no puede ser calificado como bueno ni malo.

Sin embargo, la incapacidad física o mental sea definitiva o temporal puede traducirse en hechos que signifiquen el mal desempeño del cargo, tales como la morosidad en el despacho de los expedientes o la emisión de resoluciones ilegales. Estos hechos fueron efectivamente incorporados como causal de mal desempeño del cargo en el Art. 14 de la Ley N° 1084/97.

Por consiguiente, la inhabilidad física o mental para el ejercicio del cargo, dispuesta como causal de remoción en el Art. 15 de la Ley 1.084/97, no resulta necesaria porque los efectos de la incapacidad sobre la actividad funcional de los magistrados ya fueron previstos en el Art. 14 de la ley citada como supuesto típico de mal desempeño de las funciones.

6.5. RECUSACION DE LOS MIEMBROS DEL JURADO

El art. 8, establece la posibilidad de la recusación con causa de los miembros del jurado conforme con las disposiciones previstas por la ley.

Estas causales están previstas en el Código Procesal Civil de aplicación supletoria en el procedimiento reglado por la ley citada.

El art. 10, limita la recusación de los miembros solamente a cuatro por cada parte. Esta limitación no se compadece con la finalidad de la institución de la recusación que es la de apartar a los jueces sospechado de parcialidad o falta de objetividad.

La limitación cuantitativa de los miembros que pueden ser recusados constituye una violación del derecho a Juez imparcial de los magistrados sometidos al enjuiciamiento.

Por otra parte, la disposición referida carece de razonabilidad porque la finalidad de la institución de la recusación es preservar la imparcialidad de los jueces y la misma no se preserva con la limitación del número de los recusados sino con la posibilidad de apartar de la causa a los jueces carentes de objetividad, lo cual no esta en razón del número sino de su conducta.

6.6. CLASES DE PROCESO

La ley de procedimiento que analizamos establece dos vías procesales en atención de las causales que motiva el procesamiento. Así, para los imputados de la comisión de delitos remite los antecedentes al Juez en lo Penal correspondiente para la tramitación de la causa y sólo una vez dictada la sentencia respectiva procede a reanudar el juicio para dictar el fallo respectivo.

En los hechos de mal desempeño de funciones, procede a la tramitación del juicio hasta dictar el fallo condenatorio o absolutorio.

7. LOS RECURSOS

Los recursos previstos contra las decisiones del Jurado son la de reposición, que por aplicación del Código Procesal Civil se vincula a las de mero trámite; la aclaratoria que tiene la finalidad de aclarar los términos de la decisión o suplir algunas omisiones.

7.1. La acción de inconstitucionalidad: La Ley N° 1084/97, en su art. 33 dispone que contra la sentencia definitiva del Jurado podrá interponerse la acción de inconstitucionalidad, que deberá ser resuelta por el pleno de la Corte.

En la hipótesis de haber omitido la Ley N° 1084/97, la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra la sentencia definitiva del Jurado, dicha acción igual sería procedente habida cuenta que la misma tiene la finalidad de controlar cualquier acto normativo y las decisiones del Jurado constituyen actos normativos de carácter particular.

Sin embargo, el art. 33 de la Ley N° 1084/97 presenta dos aspectos relevantes para la admisión y la resolución de la acción. En primer lugar, sólo procede contra la sentencia definitiva del Jurado y no contra actos interlocutorios y la decisión sobre la misma se confiere al pleno de la Corte y no a la Sala Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARMAGNAGUE, Juan F., *Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento en la nueva Constitución Nacional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

DE MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, 4° edición revisada y ampliada, Editora Atals S.A., 1998.

CANDIA, José Ismael, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Sesión Nro, 34 del 28/05/92.

FERNANDEZ AREVALOS, Evelio, *La Defensoría del Pueblo*, Intercontinental Editora, Asunción, 2001.

LOPEZ CACERES, Florentín, *El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados*, Intercontinental Editora, Asunción, 2000.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional, t. I*, Ed. Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 1997.

**EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: AL-
GUNAS CONSIDERACIONES, NORMATIVA
CONSTITUCIONAL Y LEGAL. LEGISLACIO-
NES COMPARADAS
LA ESCUELA JUDICIAL. SU FUNDAMEN-
TACIÓN E IMPORTANCIA**

Federico Callizo Nicora

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONSEJO DE LA MAGIS-
TRATURA. NATURALEZA. DENOMINACIÓN. JE-
RARQUÍA CONSTITUCIONAL. FUNCIONES. CON-
CLUSIÓN PARCIAL. LA CONSTITUCIÓN Y LA INTE-
GRACIÓN DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. 3.
LA ESCUELA JUDICIAL. FINALIDAD. FUNDAMEN-
TO.

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: ALGUNAS CONSIDERACIONES, NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL. LEGISLACIONES COMPARADAS LA ESCUELA JUDICIAL. SU FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA

Federico Callizo Nicora

1. INTRODUCCIÓN

En este breve trabajo hemos pretendido presentar de una manera compendiada todo lo referente al Consejo de la Magistratura, relacionándolo con los artículos correspondientes de nuestra Constitución, y planteando los deseos de modificación de sus funciones principalmente con respecto a la creación y pleno funcionamiento de una escuela judicial para nuestro país, que juntamente con la exigencia de concursos públicos de méritos y aptitudes, se logre el mejoramiento sustancial de la justicia en beneficio de quienes la necesitan. Traduce la idea de que si la calidad de la justicia es el fin deseado, los medios para lograrla deben ser buscados y evaluados.

Tanto el Consejo de la Magistratura como la Escuela Judicial deben ser vistos desde la perspectiva de un cambio o reforma judicial importante y serio. A nadie escapará que el constituyente del 92 se enfrentó con referencia al Poder Judicial con una situación harto compleja y difícil.

Se salía de más de medio siglo de autoritarismo cuyo pico más significativo se alcanza con la larga dictadura del general Strossner que sometió al país a la más abierta destrucción de los valores morales, en la que se vio envuelta lamentablemente toda la administración de justicia, desde los miembros de la Corte Suprema de Justicia hasta los últimos jueces de paz de la República, con solo quizá muy limitadas excepciones. Los jueces paraguayos de esa triste época se sometieron, salvo unos pocos (dignos de mencionarlos alguna vez), sin atenuantes a los dictados del autócrata

Cómo encarar este trance. Basta conocer las discusiones tanto en la comisión redactora como de la plenaria de la Constituyente para apreciar las grandes dudas que caracterizó el estudio de la normativa constitucional referente al Poder Judicial. ¿Cómo hacer para que este poder dejara de seguir siendo cautivo de la política-partidaria? Implementar de nuevo el sistema clásico dejando en manos del ejecutivo y del Senado la selección, elección y designación de los magistrados judiciales, o recurrir a nuevas instituciones que se venían creando en distintos países latinoamericanos, con resultados contradictorios por cierto.

Se encaró la designación de los magistrados judiciales como el enjuiciamiento y la destitución de los mismos con criterios innovadores, creando nuevos órganos con composición plural e independientes de los clásicos poderes del Estado democrático. Estos son el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados respectivamente.

Nos referiremos solamente al primero de ellos y para eso, su estudio lo hemos dividido en los siguiente puntos: 1) naturaleza del Consejo de la Magistratura; 2) denominación; 3) jerarquía constitucional; 4) funciones; 5) una propuesta de integración; con una conclusión Parcial; y 6) la escuela judicial.

2. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Estrechamente vinculado con los principios de independencia e idoneidad de la función judicial , y, más propiamente, como instrumento o vehículo de los mismos, ha sido concebido por la Constitución un organismo muy especial denominado “Consejo de la Magistratura”.

2. 1. Naturaleza

El Consejo de la Magistratura constituye un organismo de composición plural porque aglutina dentro de su seno a representantes de diversos sectores de la sociedad, no sólo del sector público (jueces, legisladores), sino del sector privado (abogados, docentes universita-

rios), siendo ésta, principalmente, la razón por la cual resulta imposible ubicarlo dentro del ámbito de influencia de ninguno de los Poderes del Estado. Por su naturaleza, el Consejo de la Magistratura es un "órgano extra-poderes", es decir, un organismo que se encuentra al margen de los Poderes públicos, con independencia y autonomía funcionales, pero en relación y colaboración con aquellos, más aun si se tiene en cuenta, como se dijo, que algunos de sus componentes provienen de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No obstante su composición plural, no todas las legislaciones ya sean de 1º y 2º grado lo consideran un órgano extra-poderes. Por ejemplo la Ley boliviana N° 1817 del 22/12/1997, textualmente expresa: Artículo 1.- (NATURALEZA).- "*El Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial*".

En la Argentina con motivo de la reforma constitucional del año 1994, que entre otras normas innovadoras, se crea el Consejo de la Magistratura, se ha discutido ampliamente su naturaleza jurídica, predominando la opinión de que es un órgano que forma parte de la estructura del poder judicial¹. Al respecto, Bidart Campos concluye luego de un profundo análisis que "el nuevo Consejo de la Magistratura hace parte del Poder Judicial Federal..." En igual sentido Bianchi, Alberto B.² sostiene que la ley del 6/XII/94 "Que organiza el funcionamiento del Consejo de la Magistratura", le dan categoría de un órgano extra-poderes. En el mismo sentido Rafael Bielsa -Eduardo Graña³ coinciden en que el texto constitucional no es suficientemente claro, y en que la ley de desarrollo, debería zanjar el problema, nos hemos declarado partidarios de la primera posición, considerando al Consejo de la Magistratura como un órgano perteneciente al Poder Judicial, aunque carece de atribuciones jurisdiccionales. Nos gustaría profun-

¹ Bidart Campos, "La Reforma constitucional de 1994", *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, p. 500.

² Alberto B. Bianchi, *El Consejo de la Magistratura (Primeras Impresiones)*.

³ Rafael Bielsa -Eduardo Graña, *Justicia y Estado - A propósito del Consejo de la Magistratura*.

dizar en este análisis, pero nos deberíamos extender demasiado, para las limitadas pretensiones de este trabajo.

2. 2. Denominación

La denominación frecuentemente utilizada es la de “Consejo de la Magistratura”, aunque, sin embargo, en los textos constitucionales se han utilizado varias denominaciones que si bien no son idénticas, sí son análogas. Así por ejemplo, “Consejo Superior de la Magistratura”, en Italia y Portugal; “Consejo General del Poder Judicial”, en España; “Consejo de la Judicatura”, en Venezuela y Bolivia; “Consejo Superior de la Judicatura”, en Colombia; “Consejo de la Magistratura” en la Argentina, (Constitución 1994), y en la Provincia del Chaco; “Junta Calificadora”, en la de Río Negro; “Consejo Nacional de la Magistratura”, en Perú, etc.

La denominación del citado organismo tiene su importancia puesto que, de alguna manera, guarda relación con las funciones que al mismo se le asignan como ocurre, por ejemplo, con la denominación de “Consejo General del Poder Judicial” que es utilizada por la Constitución española de 1978, que atribuye al organismo facultades de gobierno y superintendencia del Poder Judicial, entre otras. Reflexión semejante puede formularse respecto de la denominación “Consejo Superior de la Judicatura”, que no es lo mismo que “Consejo Superior de la Magistratura” por cuanto que la primera alude únicamente a la Magistratura Judicial, en tanto que la segunda es englobante de la del Ministerio Público Fiscal, tipificada por alguna doctrina como “Magistratura requirente”. Es conveniente, por ello, designar a dicho órgano con el nombre de “Consejo de la Magistratura” que resulta más amplio y comprensivo de las funciones que se le pueden atribuir, como también de los diferentes magistrados a quienes deba seleccionar (jueces y fiscales, entre otros).

2. 3. Jerarquía Constitucional

Usualmente el Consejo de la Magistratura tiene una regulación normativa de jerarquía constitucional. En la nuestra está regulado por los arts. 262/264. Sin embargo, existen sistemas positivos que

incorporan dicho instituto en normas infraconstitucionales, modalidad que resulta admisible siempre y cuando la ley secundaria no colisione con las normas primarias o constitucionales. Si la Constitución establece que la designación de los Jueces es facultad del Poder Ejecutivo, tal facultad no podría ser transferida al Consejo de la Magistratura sino únicamente por medio de una reforma constitucional. Pero, en cambio, teniendo en cuenta que una cosa es la designación y otra distinta la selección, sí puede atribuirse a dicho organismo extrapoderes por simple ley la facultad de efectuar la selección de los postulantes que posteriormente serán sometidos o propuestos a los órganos correspondientes que se encargarán de hacer, de entre los seleccionados, la designación pertinente. Es aconsejable y conveniente, no obstante, regular básicamente el Consejo de la Magistratura en la Ley Fundamental de la Nación por cuanto que el mismo forma parte de un sistema que hace a la composición de uno de los Poderes del Estado.

2. 4. Funciones del Consejo de la Magistratura

Las funciones que puede desempeñar el Consejo de la Magistratura son diversas; es por ello por lo que las constituciones y en su caso leyes orgánicas que incorporan a dicho organismo pueden ser clasificadas en los siguientes grupos:

A. El primer grupo de Constituciones atribuye al Consejo de la Magistratura funciones de selección de Jueces. Tal es el caso de las cartas políticas del Perú 1979 (arts. 245 y 247), para la selección de jueces de la Corte Suprema de Justicia y Cortes Superiores, sustituida por la del año de 1993 que más adelante comentamos; Guatemala de 1985 (art. 215, inc. "b"), referida a la postulación parcial de Jueces de la Corte Suprema; El Salvador de 1983 (art. 187), referida a la selección de Jueces de Cámaras de Apelación y de Primera Instancia; Provincias argentinas de San Juan de 1986 (art. 216); y Santiago del Estero de 1986 (art. 165), esta última referida a la selección de Jueces de Tribunales inferiores. La Constitución Paraguaya se inscribe en este primer grupo. Su artículo 264, expresa: *"Son deberes y atribuciones del Consejo de la Magistratura: 1) proponer las ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes, y elevarlas*

a la Cámara de Senadores, para que los designe, con acuerdo del Poder Ejecutivo; 2) proponer en ternas a la Corte Suprema de Justicia, con igual criterio de selección y examen, los nombres de candidatos para los cargos de miembros de los tribunales inferiores, los de los jueces y los de los agentes fiscales; 3) elaborar su propio reglamento, y 4) los demás deberes y atribuciones que fijen esta Constitución y las leyes.

La Ley reglamentaria. Esta facultad fue ampliada posteriormente por la Ley N° 763/95 incluyendo, dando mayor claridad, a los Tribunales de Apelación de los distintos fueros, del Tribunal de Cuentas, Jueces de Primera Instancia de los distintos fueros, Jueces Letrados, Jueces de Instrucción, Sindico General de Quiebras, Agentes Síndicos, Miembros del Ministerio Público, Ministerio de la Defensa Pública, el Ministerio Pupilar y Jueces de Paz. El artículo 269 de la Constitución establece además que el Fiscal General del Estado es nombrado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura. Y por último, la ley que regula el funcionamiento de la Escribanía Mayor de Gobierno, también dispone que el nombramiento del Escribano Mayor de Gobierno se haga por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado de una terna de candidatos elevada por el Consejo de la Magistratura. Es eminentemente un órgano seleccionador.

B. El segundo grupo de constituciones atribuye al Consejo de la Magistratura facultades de designación o nombramiento de los Magistrados Judiciales, así como ascensos y traslados, tal como acontece, por ejemplo, en las Constituciones de Portugal de 1976 (art. 223, inc. 2); España de 1978 (art. 122, inc. 2); Chipre de 1960 (art. 157); Italia de 1947 (art. 105); Grecia de 1975 (art. 90).

Puede afirmarse que la modalidad constitucional de atribuir al Consejo de la Magistratura facultades de selección y nombramiento de jueces es legítima, recomendable y hasta se podría decir que es necesaria desde el punto de vista institucional puesto que con sus intervenciones se reduce sensiblemente la participación, antes decisoria, de los órganos políticos del Estado, y se asegura la aplicación

concreta del principio de independencia en beneficio de la carrera judicial.

C. Un tercer grupo de constituciones atribuye al Consejo de la Magistratura facultades de superintendencia con poder disciplinario sobre los tribunales, como las cartas de Italia de 1947 (art. 105); Chipre de 1960 (art. 157, inc. 2); Portugal de 1976 (art. 223, inc. 2); Turquía de 1961 (art. 144); Francia de 1958 (art. 65); Venezuela de 1961 (art. 217). Un caso particular es la Constitución española de 1978 (art. 122, inc. 2) que atribuye el Consejo General del Poder Judicial el carácter de órgano de gobierno del mismo, como en la de Bolivia. Quizá el Consejo de la Magistratura tal como se lo concibe en la Constitución argentina se acerca mucho al ejemplo español que indudablemente le ha servido como fuente.

Esta modalidad de atribuir al Consejo de la Magistratura un poder gubernativo, de superintendencia, de inspección y de disciplina sobre los organismos del Poder Judicial debe ser objeto de crítica por cuanto que tales atribuciones son concedidas en detrimento de las que le corresponden a la Corte Suprema de Justicia, cuya condición de cabeza del Poder Judicial resulta así desconocida ilegítimamente. Debe tenerse muy en cuenta que el Consejo de la Magistratura constituye un órgano extra-poderes, es decir, al margen de los Poderes del Estado, razón por la cual no resulta admisible que el Poder Judicial, que constituye un Poder del Estado, se encuentre sometido y sea gobernado por un organismo que no integra su estructura y que, desde luego, tampoco puede integrarla, precisamente por su condición de organismo extra-poderes de composición mixta o plural.

La modalidad constitucional de subordinar al Poder Judicial al gobierno de un cuerpo externo a la judicatura no es sino producto de la tradición del constitucionalismo europeo que no concibe al Poder Judicial como órgano de gobierno del Estado, que generalmente se lo identifica con el Poder Ejecutivo. Es por ello, por ejemplo, por lo que, a excepción de Portugal (Const. de 1976, art. 207), las Constituciones europeas no atribuyen al organismo judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, adjudicando esa delicada función a un órgano no judicial usualmente denominado Tribunal

Constitucional o Corte Constitucional.

Por el contrario, en la tradición del constitucionalismo latinoamericano se concibe al Poder Judicial como parte del gobierno de la República, al mismo nivel institucional que los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y es por ello por lo que, a excepción de algunos países, la mayoría de las legislaciones constitucionales otorgan al Poder Judicial y, específicamente, a la Corte Suprema de Justicia, la facultad de controlar la constitucionalidad de los actos normativos emanados de los otros Poderes. Si se privara a la Corte Suprema de Justicia de tal facultad, se estaría desconociendo el rol político que le corresponde ejercitar en un Estado de Derecho, como igualmente se estaría negando la esencia política de la función jurisdiccional en general; si, además, se lo somete al gobierno y al régimen disciplinario de un órgano extra-poderes como el Consejo de la Magistratura se afectaría el principio de división de Poderes, base del sistema republicano de gobierno. Debe, por tanto, tenerse mucho cuidado con la doctrina que propicia la incorporación al sistema normativo constitucional de un Consejo de la Magistratura con atribuciones de gobierno sobre el Poder Judicial, atribuciones, que, por su naturaleza, son privativas de la Corte Suprema de justicia.

D. El cuarto grupo de constituciones atribuye al Consejo de la Magistratura funciones de enjuiciamiento y de remoción de Magistrados Judiciales; tal es el caso de las cartas políticas de Turquía de 1961 (art. 144); Italia de 1947 (art. 107), y Chipre de 1960 (art. 157). Constituye ésta una modalidad que va siendo acogida favorablemente por la doctrina y por la legislación constitucional comparada por cuanto que resulta coherente con la política, cada vez más creciente, de sustraer a los órganos políticos la facultad de destituir a los miembros del Poder Judicial, lo que importa, además del nombramiento, un condicionante que puede disminuir la independencia funcional de aquellos.

E. Independientemente de las funciones de selección y designación de jueces, como las de remoción de los mismos, cuyas modalidades dependen del sistema normativo imperante, se otorgan al Consejo de la Magistratura, a veces, algunas funciones que resultan

un tanto particulares por lo inusual de las mismas, tal como lo hace la Constitución de Turquía de 1961 (art. 144) según la cual debe requerirse el dictamen del Consejo de la Magistratura para la supresión de tribunales, o para la modificación del ámbito de jurisdicción de los mismos. Por su parte, la Constitución francesa de 1958 (art. 65) atribuye al Consejo de la Magistratura la facultad de emitir dictámenes sobre indultos, como también opiniones sobre las propuestas del Ministro de Justicia sobre nombramientos de Jueces. La ya citada Ley boliviana le atribuye una gama extensa de atribuciones: a) en materia de políticas de desarrollo y planificación del Poder Judicial; b) en materia económica y financiera; c) en materia de Recursos Humanos; d) en materia de infraestructura, e) en materia disciplinaria y de control; f) en materia reglamentaria, y en materia de coordinación e información, etc. No obstante, tales atribuciones son raras, circunscribiéndose más bien las funciones generales del Consejo de la Magistratura a garantizar los beneficios de la carrera Judicial .-

2. 5. Conclusión parcial.

El Consejo de la Magistratura tiene un rol de fundamental importancia en el proceso de integración de la judicatura, más aún si conjuga su actuación con otros mecanismos de indiscutible valor como los concursos públicos y la capacitación, que posibilitan la institucionalización de la carrera judicial destinada a garantizar la independencia funcional de los Jueces y el rol político-institucional que en una democracia real debe ejercitar la institución judicial.

La corta experiencia en nuestro país del funcionamiento de este Consejo nos coloca en la situación de someterlo a un riguroso, serio y realista análisis con el cometido de proveerle de un alto contenido de proyección para el mejoramiento de la función judicial.

2. 6. La Constitución y la integración del Consejo de la Magistratura

Uno de los aspectos de mayor relevancia es el que guarda relación con la integración o composición del Consejo de la Magistratura. No debe olvidarse que normalmente se atribuyen al citado orga-

nismo funciones de decisiva importancia para el sistema judicial y de gran repercusión política e institucional en el Estado. Es por ello por lo que su integración debe ser cuidadosamente regulada. Algunas legislaciones constitucionales son parcas en cuanto al punto mencionado concierne puesto que remiten a la ley la determinación o composición de sus miembros integrantes, como lo hacen las constituciones de Venezuela de 1961 (art. 217); Francia de 1958 (art. 65); El Salvador de 1983 (art. 187) y Portugal de 1976 (art. 223, inc. 1.) Argentina 1994 – (art. 114). Empero, esta modalidad de encomendar a la ley secundaria todo lo relativo a la integración como a las funciones del Consejo ha sido objeto de crítica en la doctrina por cuanto que se ha considerado preferible que “la norma constitucional disponga la estructura básica del Consejo y sus roles fundamentales; pero sin entrar en detalles reglamentarios que son, por su misma naturaleza, flexibles y cambiantes, propios de la ley ordinaria”

Por la forma de integración, los Consejos de la Magistratura pueden ser clasificados en dos grupos: los de integración judicialista y los de composición mixta.

A. Los organismos de composición judicialista son aquellos cuyos miembros pertenecen íntegramente al Poder Judicial, pudiendo hacerse o no una representación distribuida entre todos los estamentos judiciales, o simplemente concentrar esos cargos en Magistrados de Tribunales Supremos. Pertenecen a este grupo los Consejos de la Magistratura consagrados por las Constituciones de Turquía de 1961 (art. 143); Grecia de 1975 (art. 90) y Chipre de 1960 (art. 157, inc. 1).

Sin embargo, el criterio judicialista en la composición del Consejo de la Magistratura no puede constituir una opción recomendable por cuanto que, dada su composición radicalmente homogénea y la identidad de intereses, favorece la formación de un cuerpo que carece totalmente del pluralismo ideológico que es deseable para esta clase de organismos extra-poderes, lo cual lo inclina a consolidar un espíritu corporativista que favorece el sistema de cooptación. Aunque la composición judicialista del Consejo de la Magistratura tiene la virtualidad de neutralizar la influencia política proveniente de los poderes Ejecutivo y Legislativo, es proclive al carecer de esa misma

cualidad para neutralizar el espíritu de “gremio sindical” que redundaría en detrimento de la institucionalidad del Poder Judicial y de los órganos jurisdiccionales que corren el peligro de convertirse en una casta de intocables, calificada alguna vez como la “oligarquía de la toga”. Debe descartarse el mencionado sistema de integración puesto que, en el fondo, no importa sino una desnaturalización de la esencia y de la finalidad perseguida con su incorporación al sistema de integración de la judicatura.

B. Las composiciones mixtas, por su parte, pueden ser nuevamente reagrupadas según que en las integraciones del Consejo exista un predominio judicialista, una minoría judicial, o una distribución relativamente equilibrada de los poderes del Estado y otros estamentos de la sociedad.

a) Entre las Constituciones que regulan un Consejo de la Magistratura con un claro predominio judicialista se encuentran las de España de 1978 (art. 122, inc. 3) cuyo Consejo General, aparte del Presidente del Tribunal Supremo, que lo preside, se integra con doce Jueces de un total de veinte miembros; Italia de 1947 (art. 104) cuyo Consejo está presidido por el Presidente de la República y forman parte de él como miembros natos el primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal Supremo. Los demás componentes son, en sus dos tercios, magistrados judiciales; y, por último, Francia de 1958 (art. 65).

El predominio judicialista, que según la doctrina es la tendencia más marcada en el constitucionalismo moderno, importa obviamente una disminución en la integración de representantes de otros sectores, razón por la cual puede oponérsele, en alguna medida, objeciones similares a las que han sido formuladas con relación al Consejo de integración netamente judicialista. Aquella modalidad solamente podría justificarse si se atribuyeran al Consejo de la Magistratura funciones de gobierno y de superintendencia sobre el Poder Judicial. Pero, si así no fuese, tal predominio no parece ser necesario ni imprescindible.

b) El extremo contrario lo suministran las Constituciones que

integran al Consejo de la Magistratura en forma plural, es cierto, pero con una absoluta minoría judicial, como, por ejemplo, la de Guatemala de 1985 (art. 215, inc. b), según la cual el Consejo (que la carta política denomina "Comisión de Postulación") se encuentra integrado con los Decanos de las Facultades de Derecho del país, con miembros del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, y con "un representante del Organismo Judicial nombrado por la Corte Suprema de Justicia". Tal integración podría ser calificada de deficiente desde que los intereses institucionales del Poder judicial exigen mayor representación que la prevista en la Constitución referida.

c) Por último, se encuentran aquellas legislaciones constitucionales que integran el Consejo de la Magistratura de manera a obtener un relativo equilibrio entre los diversos sectores que deben tener representación en dicho cuerpo. Entre estas Constituciones se encuentran las siguientes: la de la Provincia argentina de San Juan de 1986 (art. 214) que integra al Consejo de la Magistratura con un legislador, un miembro de la Corte de Justicia y un Ministro del Poder Ejecutivo (no se incluyen a los representantes del foro ni a los de las universidades); la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero de 1986 (art. 166) que integra al Consejo con dos Magistrados Judiciales (uno del Tribunal Superior de Justicia y otro de las Cámaras de Apelación), dos diputados (uno por la mayoría y el otro por la minoría) y dos abogados en ejercicio de la profesión, inscriptos en la matrícula y que reúnan las condiciones para ser miembros del Superior Tribunal de Justicia.

También debe citarse a la Constitución peruana de 1979 (art. 246), según la cual el organismo selector de Jueces está compuesto por "el fiscal de la Nación que lo preside; dos representantes de la Corte Suprema; un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú; un representante del Colegio de Abogados de Lima; y dos representantes de las Facultades de Derecho de la República". La pluralidad de este Consejo se mantiene pero con una supresión total de elementos políticos. No existen legisladores, ni Ministros del Poder Ejecutivo; únicamente el Fiscal del Estado, pero debe señalarse que en el Perú el Ministerio Público es autónomo (art. 250), razón por la cual no recibe influencia de ninguno de los Poderes

públicos. Una disposición importante que incluye la norma constitucional peruana es aquella que establece que los miembros del Consejo de la Magistratura “no están sujetos a mandato imperativo”, razón por la cual las instituciones u organismos a quienes representan no pueden imponerles instrucciones, como si fuesen mandatarios de Derecho Privado (civil), ni sancionarlos por la conducta que asumieren o por las opiniones que emitieren en el ejercicio de sus funciones. Una disposición idéntica se consagra en el artículo 176 referido a los senadores y diputados los cuales no son representantes ni mandatarios privados de los partidos políticos o movimientos que los hubiesen postulado, sino que “representan a la Nación”.

La actual Constitución Política del Perú vigente desde 1993 en su artículo 155 mantiene similar composición plural que la del 79, al expresar: “*Son miembros del Consejo de la Magistratura, conforme a la ley de la materia: 1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena; 2. Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos; 3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta; 4. Dos elegidos, en votación secreta, por los demás Colegios Profesionales del país, conforme a la ley; 5. Uno elegido en votación secreta por los rectores de las universidades nacionales; 6. Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares*”. El mismo artículo agrega: “*El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial. Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos conjuntamente con los suplentes, por un periodo de cinco años, en secreto, por los rectores de las universidades nacionales*”.

Es importante señalar que los miembros del Consejo de la Magistratura en la República del Paraguay duran solamente en sus funciones tres años y pueden ser reelectos únicamente por un período más.

Consideramos oportuno intentar –sin que el mismo constituya

un criterio definitivo sobre el problema- una propuesta de integración, que adscribe al principio del equilibrio de fuerzas dentro del Consejo de la Magistratura. Sería de la siguiente forma:

- a) Con un Ministro de la Corte Suprema de Justicia. Se debería hacer exclusión del Presidente de la Corte atendiendo a la responsabilidad que debe asumir como cabeza de uno de los Poderes del Estado.
- b) Con un representante del Ministerio Público Fiscal. El Consejo de la Magistratura debe también tener facultades para realizar la selección y postulación de los Magistrados del Ministerio Público. Es por ello que debe incluirse entre los miembros del Consejo a un representante de los fiscales, toda vez que el Ministerio Público como ocurre con nuestra Constitución sea un órgano independiente del Poder Ejecutivo.
- c) Con dos miembros de Tribunales de Apelación elegidos directamente por toda la magistratura judicial de la República en elecciones organizadas y controladas por la Corte Suprema de Justicia. Podría preverse también que los jueces de la Cámara integren el Consejo como integrantes de la Asociación de Magistrados, no obstante puede ocurrir que tales organizaciones gremiales no existan , o que por motivos intestinos no se encuentren en condiciones institucionales de asumir la responsabilidad de promover y concretar una elección de tanta importancia. Por ello es preferible la adopción de la primera modalidad.
- d) Con dos miembros de la legislatura, un Senador y un Diputado elegidos de entre los miembros de sus respectivas Cámaras. Los legisladores debe ser abogados en ejercicio, o profesores de disciplinas jurídicas en la Universidad.
- e) Con dos abogados en representación del foro de profesionales del Derecho, con más de 10 años de ejercicio profesional y ser elegidos por los abogados matriculados en elecciones directas organizadas y controladas por la Corte Suprema de Justicia. La presencia de estos profesionales en el Consejo de la Magistratura constituye un requisito prácticamente inexcusable en la integración del mismo por cuanto que es el abogado en ejercicio el que tiene la vivencia y la experiencia suficien-

tes para calibrar objetivamente la deficiencias del funcionamiento del Poder Judicial y las cualidades o valores que deben reunir los postulantes a los diferentes cargos judiciales y fiscales.

- f) Por último el Consejo de la Magistratura debe estar integrado también con representantes (profesores) de los Decanos de las Facultades de Derecho más antiguas que existan en el país, modalidad recomendable y que ha sido adoptada en diversas legislaciones constitucionales.

Se señala que en la nómina sugerida para integrar el Consejo de la Magistratura no figura ningún representante del Poder Ejecutivo por los siguientes fundamentos: 1) Debe tenerse en cuenta que el elemento político ya se encuentra representado con la integración de los parlamentarios, razón por la cual no se justificaría incluir otro ingrediente político cuando precisamente el Consejo ha sido concebido para disminuir la influencia que puede provenir de tales organismos del Estado.

En la legislación comparada la presencia del Ejecutivo en el Consejo de la Magistratura puede darse a través del mismo Presidente de la República, tal como acontece en las Constituciones de Francia de 1958 (art. 65) e Italia de 1947 (art. 104), que le otorgan, ambas, la presidencia de dicho cuerpo; o bien a través de un funcionario designado por el mismo, por ejemplo un representante del Ministerio de Justicia. Lo primero no parece ser la modalidad más usual, y menos en las organizaciones políticas latinoamericanas. En cuanto a lo segundo, la doctrina ha cuestionado alguna vez la existencia de dicho Ministerio, por lo demás, si el Consejo de la Magistratura tiene como función la selección, y a veces, la designación de los jueces, y la Corte Suprema de Justicia tiene el gobierno, la administración y la superintendencia sobre todos los órganos judiciales y oficinas dependientes, no se comprende cuán sería la función específica que cumpliría un Ministerio de Justicia en relación al engranaje judicial.

Por último, la presencia política del Poder Ejecutivo en el Consejo de la Magistratura no sería necesaria si el Presidente de la República tuviera participación directa en el proceso de selección y

designación de jueces, en cuyo caso dicha participación debería ser limitada 1) a la designación de los Jueces de la Corte Suprema de Justicia, Los demás magistrados deben ser seleccionados por el Consejo de la Magistratura y designados por la Corte; 2) por la actuación previa del Consejo de la Magistratura que debe seleccionar a los candidatos para la integración de la Corte y proponerlos en terna vinculante al Ejecutivo; 3) por la función de control por parte del Senado que deberá aprobar o no la nominación efectuada por el Ejecutivo. De este modo se podría resolver la engorrosa redacción del inc. 1) del art.264, al referirse a la inadecuada expresión con “acuerdo” del Poder Ejecutivo, para la designación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia. A nuestro criterio el “acuerdo” lo debería prestar el cuerpo deliberante que es la Cámara de Senadores al candidato que de la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura designe el Presidente de la República.

a. LA ESCUELA JUDICIAL

Una de las más caras aspiraciones de toda sociedad es contar con una judicatura cualificada que por su solvencia e idoneidad intelectual y moral se encuentre en condiciones de asumir con responsabilidad y eficacia la delicada función de administrar la justicia a través de la Constitución y las Leyes. Como es obvio, ello supone contar con un cuerpo de Magistrados que conozca la técnica de la función judicial antes de ingresar a la magistratura; es más, justamente por conocer con precisión el Derecho y su técnica de aplicación son llamados al ejercicio de la función judicial, obviedad que, sin embargo, no siempre ocurre puesto que a causa de la inexistencia de los mecanismos de selección, o a causa de la ineficiencia de los mismos, algunos profesionales que son integrados a la judicatura no son idóneos y muchas veces acceden a ella como un medio de capacitación jurídica, lo cual debe ser considerado como una grave inversión de los valores puesto que mientras esos Magistrados adquieren la capacitación buscada incurrir en numerosos errores que podrían haberse evitado o disminuido si su ingreso hubiera sido precedido de un período de formación técnica y especializada. Y esto es así, porque no se trata de una cuestión banal visto el rol relevante que desempeña el juez ante la ciudadanía, al decidir, tanto sobre los bienes como sobre la libertad

de los ciudadanos, siempre de acuerdo con la constitución y las leyes, justamente en ese orden. Y por ello mismo es que la forma de elección de los jueces y su previa formación debe interesar en mucho al conjunto de la sociedad.

La formación jurídica del juez ciertamente debe iniciarse en las aulas universitarias, pero hasta qué punto esa formación, por cierto deficitaria y puramente teórica permite una formación adecuada para la función judicial. Incluso en países en que se necesita pasar por un examen de oposición, esta suele detenerse solo en la dogmático, sin proyectarse a *“configurar profesionales dotados de una formación menos descriptiva del Derecho que, sin perjuicio de la necesaria formación dogmática, pueda facilitar el desembarco menos traumático a la actividad en las diversas profesiones legales”*.

El principio de idoneidad exige que solamente los profesionales más preparados accedan al ejercicio de la Magistratura Judicial, preparación que difícilmente podría obtenerse sin el concurso de una institución especializada conocida como la “Escuela Judicial”. De la misma manera que los principios de independencia y de idoneidad, fundamentales para la integración de una judicatura en el marco de la carrera judicial, exigen la institucionalización del Consejo de la Magistratura y el concurso, respectivamente, así también el principio de formación exige la creación y el funcionamiento de una Escuela para Magistrados Judiciales, tal como ha sido acogida en numerosos países con diferentes denominaciones: “Escuela de Jueces” (Chile); “Centro de Estudios Judiciales” (Portugal y Provincia del Chaco, Argentina); “Escuela Judicial” (Costa Rica, España y Santa Fe); “Escuela de Capacitación del Poder Judicial” (Provincia de Neuquén, Argentina); “Instituto de Estudios Judiciales” (Provincia de Bs. Aires, Argentina); “Escuela Nacional de la Magistratura” (Francia); “Instituto de Entrenamiento e Investigaciones Legales” (Japón).

⁴ Artículo publicado en el diario “El País” de Madrid 02-04-02, bajo el título “Formación de los Jueces” del Prof. Marc Carrillo de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España).

3.1. Finalidad de la Escuela Judicial

Refiere Sagúés que la misión de la Escuela Judicial es múltiple: “En primer término, y en el plano teórico, completa la instrucción jurídica universitaria, reforzando los conocimientos ya adquiridos, y suministrando los nuevos que sean necesarios para la actuación judicial. En el campo práctico, prepara y adiestra al postulante para el ejercicio de las funciones específicas, incluyendo su pasantía en las reparticiones forenses y administrativas en que habrá de desplegar su acción. Paralelamente, la Escuela procura profundizar la conciencia ética del futuro Juez, teniendo en cuenta las responsabilidades jurídicas, sociales y morales anexas al cargo que desempeñará. Y por último, el centro opera también como agente de selección, ya a través de las pruebas y exámenes del caso, ya mediante la continua evaluación de las aptitudes del candidato a lo largo de la evolución de los cursos”.

A. La finalidad primordial de la Escuela Judicial es, pues, la formación y capacitación intelectual, técnica y, necesariamente ética y humanística de los aspirantes a la judicatura. Para lograrlo, la Escuela intenta:

- a) Suministrar a sus alumnos conocimientos que usualmente no son impartidos a los estudiantes regulares de las Facultades de Derecho;
- b) Intensificar algunas materias que, aunque hayan sido cursadas y aprobadas por los mismos, no han llegado a profundizarlas en el grado necesario para el desempeño de la Magistratura Judicial;
- c) Proveer los medios para un entrenamiento práctico, acorde con las exigencias de la vida tribunalicia, y “que tampoco se adquiere en las Universidades que, con excepciones, se encuentran afectadas de un teoricismo negativo a consecuencia de una metodología basada predominantemente en el sistema expositivo y magistral que, aunque necesario y a veces indispensable, requiere ser complementado con otras técnicas didácticas que obliguen al estudiante a una participación activa y dinámica. Tan importante, y quizá mucho

más, que el conocimiento descriptivo del ordenamiento jurídico y conforme a las reglas básicas de la hermenéutica jurídica.”

B. Es igualmente importante que la Escuela Judicial comprenda no sólo la formación de los aspirantes a la judicatura, sino el perfeccionamiento permanente de los Magistrados que ya se encuentran integrados al Poder Judicial. Al estructurarse la Escuela Judicial debe declararse expresamente en su carta orgánica que entre sus objetivos figura capacitar a los postulantes a los cargos judiciales, quienes recibirán los cursos de formación, como también perfeccionar a los Jueces que ya se encuentran en actividad, quienes lo serán a través de cursos obligatorios impartidos inmediatamente después de sus nombramientos, y cursos y actividades académicas facultativas después. Este es, precisamente, el criterio que impera en las diferentes Escuelas Judiciales que se han implementado tanto en Europa como en Latinoamérica. Así, por ejemplo, la Escuela Judicial española ha sido constituida para formar a los aspirantes de las carreras judicial y fiscal, a los funcionarios de la administración de justicia y a los denominados “alumnos agregados”, que son los servidores o funcionarios de justicia de nacionalidad hispano-americana o de otra nacionalidad, siempre que obtengan la autorización pertinente del Ministerio de Justicia de España. La Escuela Judicial de Costa Rica tiene por metas dirigir sus cursos a los funcionarios y empleados judiciales (que la ley de creación de la Escuela Judicial denomina “servidores de ese Poder”), y a los funcionarios judiciales que se encuentran al servicio de la justicia de un país extranjero. De manera análoga funcionan las Escuelas Judiciales de Francia y Portugal, destinadas a la formación de aspirantes a la judicatura y al perfeccionamiento de los jueces en ejercicio (cursos de formación y de perfeccionamiento, respectivamente).

C. Por otra parte, la Escuela Judicial, si pretende ser completa, debe proponerse formar también a los aspirantes a aquellos servicios judiciales que no implican una Magistratura (Secretarios, Ujieres, Oficiales, etc.) que coadyuvan con el órgano jurisdiccional en carácter de personal auxiliar, como igualmente el perfeccionamiento de dichos funcionarios en sus respectivos estamentos e instancias.

D. Por último, y en forma concomitante con las funciones de formación y de perfeccionamiento, la Escuela Judicial realiza también tareas de preselección por cuanto que, si es obligatoria, como debiera ser para jueces inferiores, solamente aquellos que aprueban sus cursos y exigencias podrán contar con el título de post-gradó que los habilitará a concursar por un cargo judicial. La Escuela Judicial, por tanto, se constituye así en un verdadero presupuesto de la función judicial, salvo para los Jueces de la Corte Suprema de Justicia quienes por razones de política de Estado deben encontrarse exentos de someterse a tales requisitos académicos.

3.2. Fundamento de la Escuela Judicial

La creación de la Escuela Judicial, como parte esencial de una judicatura basada en la carrera judicial, encuentra su justificación en los siguientes fundamentos:

A. En primer lugar, no puede desconocerse, por constituir una verdad innegable, que las relaciones jurídicas de la vida moderna se han complejizado enormemente como consecuencia de diversos factores, entre ellos el aumento de la población, el avance tecnológico, el aumento cuantitativo y cualitativo de las transacciones comerciales y civiles, reformas en los sistemas de justicia penal, todo lo cual hace que se exija a la administración de justicia un rendimiento profesional, técnico y especializado, que sea acorde con el ritmo cada vez más creciente de las necesidades sociales, y no solamente desde el punto de vista de los conocimientos intelectuales y jurídicos, sino en cuanto a las cualidades personales que inexcusablemente debe poseer el Magistrado Judicial, quien debe estar signado por una especial vocación de servicio, responsabilidad, independencia, imparcialidad, sacrificio, madurez, conocimiento amplio de la vida y, fundamentalmente, por un intenso deseo de realizar el supremo valor de la Justicia a través de los instrumentos legales que debe interpretar.

B. En segundo lugar, debe señalarse que todas estas exigencias no pueden ser colmadas como se tiene dicho, con la sola formación que el abogado recibe en las aulas universitarias, las cuales están destinadas más bien a la formación de profesionales del Derecho y no

precisamente a la formación de Jueces. Esta meta sólo podría lograrse con un centro especializado como la Escuela Judicial. Empero, ello no significa, en modo alguno, el desplazamiento de las Facultades de Derecho de las Universidades puesto que la finalidad específica de aquella no es sino complementar los estudios universitarios con otros especializados reputados necesarios para el ejercicio de la función judicial. A este respecto, se ha dicho que la Escuela Judicial *“no es una Universidad... ni mucho menos una súper universidad, sino algo ni mejor ni peor, pero sí distinto... es un Centro docente, estamos ante una escuela profesional”*.

Las ideas precedentemente expuestas han sido sintetizadas por Sagüés⁵ brillantemente con estas palabras: *“Al futuro Juez debe requerírsele conocimiento del Derecho, y para ello, es indispensable la previa posesión de la licenciatura pertinente (o sea la aprobación del curriculum universitario de abogacía). Pero al Juez debe pedírsele mucho más que la titularidad del diploma de abogado: como anuncian los fundadores de la Escuela Judicial de Chile, tiene que contar con condiciones especiales, anímicas y temperamentales (superación de las propias imperfecciones, sentido de prudencia, cualidades de autoridad, comprensión, experiencia, vocación por la imparcialidad), éticas (moralidad irreprochable, conciencia del deber), e intelectuales (profundización de algunas disciplinas, aptitud para una adecuada valoración de las pruebas, etc.). Por eso, en resumen, se impone planificar cursos de post-grado que atiendan ese “plus” necesario para la judicatura. Se parte, entonces, del título de abogado; se prosigue en la Escuela Judicial. La carrera de Derecho, y los estudios especializados para la magistratura, empalman así necesariamente; sólo con una buena formación terciaria (en la carrera de abogacía), podrá pensarse con éxito en una óptima Escuela Judicial”*.

En resumen como lo afirma el autor ya citado de la Universidad barcelonesa, no se trata de cantidad, sino de calidad. *“No se trata de aumentar el temario de oposiciones, sino de cambiar sustancial-*

⁵ Reforma judicial, los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado.

mente la filosofía que inspira el sistema de selección. Un cambio que — no se olvide— también ha de afectar a los preparadores, unos profesionales del Derecho que en demasiadas ocasiones aparecen más como una especie de oráculo pasivo ante el sacrificado opositor que como un experto jurídico que domine el conocimiento de la jurisprudencia. Un cambio en fin tendiente a configurar un perfil del juez, que por formación jurídica y por criterio de selección responda más al de un profesional apegado a la dimensión contenciosa del Derecho, que le permita responder con solvencia, por ejemplo, a su condición de garante esencial de los derechos fundamentales de las personas, y, en todo caso, proporcionando tutela a las demandas que se le plantean". No podemos dejar de transcribir algunos párrafos leídos en la Revista "Sistemas Judiciales" (Publicación Semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas- CELA, Año 1, N° 1) que bajo el título de "Capacitación como función pública el Prof. Andrés Baytelman A. de la Universidad Diego Portales (Santiago - Chile): *"El sistema de capacitación tiene que remover una cultura y construir otra, tiene que destruir instituciones e ideas profundamente arraigadas en nuestra cultura jurídica y, en cambio, sustituirlas con otras que, solo en la medida que se institucionalicen y se instalen dentro de nuestra cultura jurídica lograrán realmente realizarse".* Afirma este mismo autor que la premisa metodológica tras la disciplina de litigación, a su turno, consiste en desplazar la imagen de capacitación como "instrucción" hacia la imagen de capacitación como "adiestramiento".

Como epílogo a esta parte del trabajo, hacemos notar que la escuela judicial de la República del Paraguay ya ha comenzado a funcionar. Conforme a la Ley N° 1376, bajo la dirección y administración del Consejo de la Magistratura, y aunque sus egresados no gozan de preferencias legales para el ingreso en el Poder Judicial, estos según específica disposición de dicha ley tendrán a su favor dicho egreso como elemento de valoración cuando se postulen a cargos o promociones en la magistratura, el ministerio público o la defensa pública. Este comienzo, sin embargo, permitirá augurar que nuestro deseo de implementación con todas las facultades y prerrogativas aún a costa de realizar las necesarias modificaciones legales y constitucionales será una realidad no demasiado lejana. El escenario

de transición por el que atraviesa el sistema judicial en Paraguay, al igual que la mayoría de los países de América Latina, escoge un nuevo enfoque para la capacitación, debe convertirse en una efectiva y eficaz herramienta de gestión institucional, abandonando el rol “decorativo” que muchos casos lo caracterizan. Este concepto debe profundizarse y convertirse en un pilar de la Reforma del Estado Moderno.

Para concluir este modesto aporte el que alguna vez nos servirá para abordar el tema con mayores pretensiones, consideramos esencial que en la posible, eventual y para nosotros necesaria reforma de la Constitución, los constituyentes deberían tener muy en cuenta algunas de estas consideraciones, pues el tópico referente a la problemática judicial, encarada en su integridad, debe ir muy ligado a los grandes principios éticos y morales que deben adornar a aquellos que desean dedicar sus conocimientos, sus esfuerzos y sus desvelos a la excelsa tarea de administrar justicia. Es tan preocupante la situación de desprestigio que sufre el Poder Judicial no solo en nuestro país, sino que en casi toda Latinoamérica, por referirnos solo a la región, que el problema judicial debe ser preocupación esencial de toda la sociedad como garante primordial del cambio. Nos inscribimos, como más arriba se indica entre quienes consideran que al cabo de los diez años de la vigencia de la Constitución que ahora se conmemora esta debe ser reformada, con el cuidado y la prudencia que la reforma exige a través de una amplia consulta popular y con la seriedad crítica de los mejores especialistas de todos los sectores, que necesariamente —para que valga la pena hacerla— deben anteponer un acendrado patriotismo a intereses subalternos, sectoriales o grupales. Se deben rescatar necesariamente las normas rectoras que hacen de nuestra Constitución un baluarte de los derechos y garantías de la persona humana y del Estado del imperio de la Ley y del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, *La reforma constitucional de 1994, Tomo VI, Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino.*

BIANCHI, Alberto B., *El Consejo de la Magistratura, (Primeras Impresiones)*".

BIELSA, Rafael; GRAÑA, Eduardo, *Justicia y Estado- A propósito del Consejo de la Magistratura.*

Artículo publicado en el diario "El País" de Madrid. 02-04-02. "Formación de los Jueces" del Prof. Marc Carrillo de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España).

Reforma Judicial, los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978.

Revista "Sistemas Judiciales", *Capacitación como función pública*, Prof. Andrés Baytelman A. de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Chile.

Constitución de Venezuela, 1961

Constitución del Perú, 1979

Constitución del Perú, 1993

Constitución de Colombia, 1991

Constitución de Guatemala, 1985

Constitución de El Salvador, 1983

Constitución de Argentina, 1994

Constitución de la Provincia argentina de San Juan de 1986

Constitución de la Provincia argentina de Santiago del Estero de 1986

Constitución de Francia, 1958

Constitución de Italia, 1947

Constitución de Chipre, 1960

Constitución de Grecia, 1975

Constitución de Turquía, 1961

Constitución de España, 1978

Constitución de Portugal, 1976

DATOS DE LOS AUTORES¹

Elodia Almirón Prujel. Abogada, Notaria y Escribana Pública (U.N.A.); egresada de la Academia Diplomática y Consular; egresada de la Escuela Judicial; especialista en Didáctica Universitaria; especialista en Metodología de la Investigación Científica; egresada de la Maestría en Educación de la Facultad de Filosofía de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Curso de especialización en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca (España). Cursos de Derechos Humanos en Costa Rica, Francia, Alemania, Chile y Washington (E.E.U.U.) Jueza de Justicia Letrada (Capital). Docente en las materias de Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho de la Integración. Publicó la obra "Derechos Humanos y Constitución Nacional. Concordancias". C.I.P.A.E. (1997). Publicó varios artículos en materia de Derechos Humanos y Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional (I.P.D.C.). Miembro de la Comisión Internacional para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

Sindulfo Blanco. Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho y C. Sociales (U.N.A). Miembro del Tribunal de Cuentas, 1a. Sala. Presidente de la Asociación Paraguaya de Estudios Administrativos y Fiscales. Profesor Adjunto de "Tributación", Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables- (U.N.A.). Profesor Asistente de "Derecho Tributario", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.A.). Profesor Adjunto de "Economía Política", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.A.). Profesor de Procedimientos Tributarios en los cursos de Post- Grado organizados por la Universidad Católica. Coordinador de la rama "Derecho Público", en el curso de Post Grado en la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte, Asunción. Miembro de la Comisión Nacional de Codificación. Miembro honorario del Instituto Brasileiro de Derecho Tributario.

Jorge Enrique Bogarín González. Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica,

¹ Los datos de los autores fueron incluidos en orden alfabético.

con mención de Alumno Distinguido. Egresado como Doctor en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid (España) con calificación Cum Laude. Ex Vice-director de la Asesoría de la Municipalidad de Asunción. Juez de Primera Instancia en el Fuero Penal de Liquidación y Sentencias (desde el año 1995 hasta abril del año 2002). Docente Universitario y de la Escuela Judicial dependiente del Consejo de la Magistratura. Participó en más de 100 seminarios como disertante de Cursos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Publicó dos libros y varios artículos en revistas jurídicas del país.

Federico Callizo. Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Ex profesor de Derecho Laboral de la Universidad Católica 'Nuestra Señora de la Asunción. Ex Presidente del Colegio de Abogados. Ex Presidente de la Federación Interamericana de Abogados. Convencional Constituyente 1992. Ex Presidente del Consejo de la Magistratura. Actual Vicepresidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (OEA).

Emilio Camacho. Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1988). Diplomado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España (1985 – 1987). Profesor Auxiliar de Derecho Político de la U.C.A. Profesor Auxiliar de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho – Filial Coronel Oviedo, U.N.A. Autor de “Constitución y Estado de Excepción” (1990), “El Poder Ejecutivo en el Constitucionalismo Paraguayo”, “Lecciones de Derecho Constitucional” (2001), entre otros. Miembro de la Convención Nacional Constituyente de 1992. Ex Sub-Contralor General de la República.

Rodrigo Campos Cervera. Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Asunción. Ejerció la docencia en las Facultades de Derecho de la U.N.A. y de la U.C.A. en la cátedra de Derecho Constitucional y ejerce la de Derecho Político desde 1983 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. En ambas facultades integró por varios períodos el Consejo Directivo de Facultad. Autor de la obra “La Inconstitucionalidad de una Sentencia sobre Inconstitucionalidad”. Además, publicó más de 100 artículos sobre temas jurídicos constitucionales

en diarios y revistas, “La Ley”, “Liberalis”, etc. Convencional en ambas Constituyentes. Senador de la Nación en 1989, reelecto en 1993 y en 1998. Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales, periodos: 1993/4 y 1994/5 Vicepresidente del Senado, período: 1996/1997; Miembro del Tribunal Arbitral del MERCOSUR en representación del Paraguay en los casos de controversias entre los Estados Integrantes del MERCOSUR.

Evelio Fernández Arévalos. Abogado. Licenciado en Filosofía. Profesor de Sociología, Facultad de Filosofía de la UNA. Profesor de Lingüística, Facultad de Filosofía, UNA. Publicó las Obras “Paraguay, Transición y Democracia”, 1998; “Comisiones Investigadoras”, 1990; “Significables y Filosofía del Lenguaje”, 1992; “Hábeas Corpus- Régimen Constitucional y Legal en el Paraguay”, 2000; “La Defensoría del Pueblo”, 2001 “Legislación sobre Derechos Intelectuales”, 2001. Convencional y miembro de la Comisión Redactora, de la Convención Nacional Constituyente de 1992. Senador de la Nación (en tres Legislaturas). Presidente del Congreso (en dos Períodos). Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales. Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores. Presidente de la Comisión de Legislación, Codificación, Justicia y Trabajo. Actual Senador de la Nación y Presidente de la Comisión de Legislación, Codificación, Justicia y Trabajo. Miembro del Consejo Consultivo del PARLATINO. Miembro por el Paraguay del Grupo de Alto Nivel, del MERCOSUR. Miembro del Consejo de la Magistratura.

Carlos Fernández Gadea. Abogado y Notario y Escribano Público de la Universidad Nacional de Asunción. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Asunción. Docente en las materias de Derecho Agrario, Derecho Marítimo y Derecho Mercantil. Publicó la obra Legislación Agraria. Fue miembro del Consejo del Instituto de Bienestar Rural. Fue Director Jurídico de la Contraloría General de la República. Ex Miembro del Consejo de la Magistratura. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Asunción desde el año 2001. Miembro de la Comisión Nacional de Codificación. Ministro de la Corte Suprema de Justicia desde 1995 hasta la fecha (actual Presidente de la misma).

Luis Lezcano Claude. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Especializado en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado en Historia por la U.N.A. Profesor de Derecho Constitucional de la U.N.A. y de la U.C. Fue constituyente en la Convención Nacional Constituyente de 1991/2. Ha publicado varios trabajos en el campo de Derecho Constitucional. Ministro de la Corte Suprema de Justicia, integrante de la Sala Constitucional, desde 1995 hasta la fecha.

Pedro Mayor. Abogado. Actual Juez Penal de Garantías de la Capital. Profesor en la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Universidad Americana. Profesor en la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Católica de Asunción. Profesor en la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica de Asunción, Curso de Doctorado. Asesor de la Unidad de Derechos Humanos de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de la Unidad de Relaciones Interinstitucionales, de la Comisión Mixta para la implementación de la Reforma Penal. Socio Honorario de la Asociación de Criminólogos y Peritos Criminólogos de Río Grande del Sur.

Juan Carlos Mendonça Bonnet. Abogado, por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. Licenciado en Diplomacia por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia en Nueva York (E.E.U.U. de Norteamérica). Postgrado en Derecho Comunitario y Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Asistente de Lógica Jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción

Víctor Manuel Núñez Rodríguez. Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas – Especialista en Didáctica Universitaria. Docente en las cátedras de Derecho Procesal I y Derecho Procesal Laboral de la Universidad Americana; Derecho Penal II de la Universidad del Pacífico y Derecho Procesal Penal en el Colegio de Policía. Ex Director General de Institutos Penales. Ex Secretario General de la Corte Suprema de Justicia. Fue Juez de Primera Instancia en lo Criminal. Actualmente ocupa el cargo de Miembro del Tribunal de Apelación en

lo Penal, Tercera Sala. Autor de varios artículos sobre temas penitenciarios entre otros. Ex miembro de la Convención Nacional Constituyente- Miembro fundador de la Sociedad de Criminología y Ciencias Penitenciarias del MERCOSUR. Miembro Honorario de la Asociación de Criminólogos de Río Grande do Sul, Brasil.

Manuel Ramírez. Abogado por la Universidad Católica de Asunción. Master en Administración Pública por la Universidad Católica de Asunción. Ejercicio de la docencia en las cátedras de Derecho Constitucional, Administrativo y Laboral en las facultades de Derecho de la Universidad Católica de Villarrica y Cnel. Oviedo. Derecho Político en la Universidad del Norte de Asunción. Finanzas Públicas en la UNA de Cnel. Oviedo y Tributación II en la Facultad de Ciencias Contables de la UNA de Cnel. Oviedo. Ejerce el cargo de Vicedecano y miembro del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Villarrica. Fue miembro de la Convención Nacional Constituyente de 1992, asesor jurídico de las Municipalidades de Pedro Juan Caballero, Capiatá, y actualmente ejerce el cargo de Miembro del Tribunal de Apelación, Segunda Sala, de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro, desde diciembre de 1995. Público la obra "Derecho Constitucional Paraguayo", Tomo I.

Marcos Riera Hunter. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Magistrado del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Capital desde abril de 1989. Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la U.C.A. Profesor de Lógica Jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la U.N.A. Profesor de Lógica y Estructura de la Sentencia Judicial, Teoría Judicial y Jurisprudencia Civil en la Escuela Judicial Paraguaya. Director y Profesor del Departamento de Cursos del Pos-Grado (Doctorado en Ciencias Jurídicas) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la U.C.A. Autor de las obras: "La Independencia del Poder Judicial. Derecho Paraguayo y Comparado"; "Repertorio de Jurisprudencia sobre Amparo Constitucional". Presentó el proyecto constitucional para el Poder Judicial, remitido a la Convención Nacional Constituyente en 1992. Cursó estudios de especialización para profesores de la Escuela Judicial en San Juan de Puerto Rico y en la Escuela de la Magistratura de Francia. Publicó artículos, monografías y

dictó conferencias sobre Filosofía del Derecho, Ética, Procedimiento Civil, Organización del Poder Judicial, y Amparo Constitucional, entre otros temas del ámbito jurídico y filosófico.

Soledad Villagra de Biedermann. Abogada y Notaria por la Universidad Nacional de Asunción, Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesora de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción y la Universidad Nacional de Asunción. Profesora contratada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica) y el Comité Internacional de la Cruz Roja para cursos a abogados, magistrados y militares. Participó como expositora en diversos seminarios internacionales en Derecho Internacional y Protección Internacional de Derechos Humanos. Jefa de Delegación del Gobierno del Paraguay ante la Conferencia Mundial de Naciones Unidas contra el Racismo, la Xenofobia y Otras formas Conexas de Intolerancia en Durban. Co-fundadora de la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay. Publicó varios artículos en el área del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de Protección Internacional Ambiental y es co-autora de dos libros "Tortura en Paraguay: pasado y presente" y "Régimen Normativo Municipal de Asunción". Miembro del Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas.

Se dio término de imprimir
en el mes de junio de 2002
en los talleres gráficos de la
EDITORA LITOCOLOR SRL
Cap. Figari 1115 -Telefax: 213 691 - 203 741
Asunción - Paraguay