

# COMENTARIO A LA CONSTITUCIÓN



*Homenaje al Quinto Aniversario*

---

EMILIO CAMACHO  
LUIS LEZCANO CLAUDE  
(COMPILADORES)



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

# **Comentario a la Constitución**

Homenaje al Quinto Aniversario

*Emilio Camacho*  
*Luis Lezcano Claude*  
(Compiladores)

**Corte Suprema de Justicia**  
Asunción-Paraguay  
1997

<b>Presentación</b>	7
<b>Prólogo</b>	9
<b>EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO</b> <i>Juan Manuel Benítez Florentín</i>	13
<b>EL EQUILIBRIO DE PODER EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992</b> <i>Juan Carlos Mendonca Bonnet</i>	27
<b>GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL</b> <i>José Ignacio González Macchi</i>	55
<b>LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN, DE PRENSA Y OTRAS, Y LOS DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD</b> <i>José María Cabral</i>	81
<b>LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROHIBICIÓN DE ACTIVIDAD POLÍTICA DEL MILITAR, JURISDICCIÓN MILITAR Y MISIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.992</b> <i>Jorge Seall Sasiain</i>	103
<b>LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS</b> <i>María Sol Zucolillo Garay de Vouga</i>	133
<b>LOS DERECHOS DE FAMILIA Y SU PROYECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN</b> <i>Alicia Beatriz Pucheta de Correa</i>	149

<b>LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 106</b> <i>Emilio Camacho</i>	<b>169</b>
<b>LA REFORMA AGRARIA EN LA CONSTITUCIÓN</b> <i>Carlos Alberto González</i>	<b>203</b>
<b>LA DESCENTRALIZACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN</b> <i>Luis A. Fretes Carreras</i>	<b>219</b>
<b>ALCANCE DE LA REFORMA DEL PODER LEGISLATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992</b> <i>Rodrigo Campos Cervera</i>	<b>249</b>
<b>COMISIONES DE INVESTIGACIÓN</b> <i>Luis Lezcano Claude</i>	<b>289</b>
<b>LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1992</b> <i>Enrique Sosa Elizeche</i>	<b>311</b>
<b>INDEPENDENCIA Y AUTARQUÍA PRESUPUESTARIA DEL PODER JUDICIAL</b> <i>Marcos Riera Hunter</i>	<b>331</b>
<b>LA CONSTITUCIÓN DE 1992 Y LAS TRANSFORMACIONES OPERADAS EN LA VIDA NACIONAL</b> <i>Oscar Paciello Candia</i>	<b>347</b>
<b>Datos de los Autores</b>	<b>375</b>

## Presentación.

En ocasión de conmemorarse en el presente año, el quinto aniversario de la puesta en vigor de la Constitución de 1992, hemos considerado necesaria la publicación de una obra que se ocupara de los principales capítulos de nuestra ley fundamental. Para el efecto, hemos recurrido a juristas de primer nivel, de reconocida experiencia en sus respectivas disciplinas, buscando contar con colaboradores de la administración de justicia, de la docencia, de la práctica forense, de la función legislativa y de la tarea investigativa. La selección de los temas es de exclusiva responsabilidad de los colaboradores, quienes tuvieron completa libertad en dicho cometido.

La obra se ha estructurado siguiendo el orden establecido en la misma Constitución, lo que 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 momentos en que vivimos una transición política caracterizada por la intensidad y el apasionamiento de los debates, más que nunca se vuelve necesaria la divulgación de los valores constitucionales, en el proceso de construcción de la "democracia representativa, participativa y pluralista" por la que ha optado el pueblo paraguayo.

En este momento en que la sociedad reclama con vehemencia que sus instituciones funcionen acabadamente, justo cuando las mismas apenas inician su crecimiento, la obligación de los hombres con responsabilidad pública deviene insoslayable y antes que escuchar justificaciones (por más razonables que sean), lo que el país requiere es el funcionamiento firme y decidido de las instituciones constitucionales. No existe otro camino en el marco de la democracia.

Con aportes que contribuyan al libre debate, al esclarecimiento de las ideas y a la revalorización de la democracia republicana, creemos estar colaborando en el despertar de una "cultura constitucional" en la consolidación del Estado de Derecho.

Finalmente, nuestro agradecimiento al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Enrique Sosa Elizeche, por el auspicio para la publicación de la obra y un especial reconocimiento a todos los colegas que accedieron gentilmente a prestar su desinteresada colaboración.

**Los Compiladores.**

## Prólogo

El 20 de junio de 1997 se cumplieron cinco años de la sanción de la Constitución que nos rige actualmente. La presente es una publicación realizada con motivo de dicho aniversario, que contiene trabajos elaborados por juristas nacionales referidos a la Ley Fundamental vigente.

A la distancia, es útil reflexionar sobre la importancia y trascendencia que tiene una Constitución en la vida institucional de un país como el nuestro, que ha transcurrido en medio de vicisitudes desde su independencia misma.

La Constitución de 1992 es - podemos sostenerlo sin temor a equivocarnos - producto genuino de la voluntad popular. Podrá tener defectos, podrán sus instituciones ser objeto de duras críticas y cuestionamientos, pero no podrá negarse que es la Ley Fundamental que el pueblo se ha dado a sí mismo por medio de representantes electos democráticamente, en un proceso electoral limpio, en el cual la participación ciudadana, plenamente garantizada, ha sido efectiva, y en el que las propuestas han sido ampliamente debatidas en el seno de la ciudadanía. En ella se han consagrado principios fundamentales de cambio en la estructura del Estado, como la precisión del concepto de democracia, en "representativa, participativa y pluralista", fundada en el reconocimiento de la dignidad humana; la mención expresa del reconocimiento del Estado de derecho, que se puede identificar en los artículos relativos a la división de los poderes y, la independencia del Poder Judicial, entre otros.

En estos años de vigencia, la Constitución acompañó el proceso de democratización, tránsito indiscutiblemente crítico, como todo proceso de cambio. Cabría preguntarse si la crisis no es un estado natural de las sociedades dinámicas en las que se producen cambios frecuentes. En ese tipo de proceso crítico, es muy importante el valor de la Constitución y lo es más aún si ese valor, el reconocimiento y el acatamiento a la norma, se fundan en la legitimidad.

La conciencia ciudadana de que la norma fundamental es legítima porque emana de un proceso democrático de manifestación de la voluntad popular, que se reconoce y se acata, hace a su eficacia y es trascendental para la vida institucional del país. No se trata de la imposición de una ley sino de su observancia fundada exclusivamente en la conciencia ciudadana de que esa norma procede de la voluntad soberana del pueblo.

La necesidad de adecuar los sistemas vigentes a las nuevas pautas constitucionales en materia política, económica y procesal, a su vez, planteó la necesidad de la reforma legislativa. La adecuación de las nuevas leyes a los preceptos constitucionales constituye un factor fundamental para lograr el orden social querido por la sociedad y plasmado por los convencionales en la elaboración de la misma. Pero a ello debe agregarse un espíritu de cambio, una percepción del futuro ya que se pretende que la Constitución rija también a las generaciones por venir. No es fácil adaptarse a los cambios, sobre todo porque no solamente se requiere modificar modelos de conducta y cultura autoritarias, que se encuentran arraigados en nuestra sociedad; sino que es necesario introducir cambios en las estructuras mismas del Poder. Ese cambio implica un proceso que genera muchas veces inconvenientes, incomodidades que es necesario superar para poder llegar al objetivo deseado.

El proceso de adaptación, de adecuación, del sistema legal existente a las disposiciones constitucionales exige, necesariamente, la realización de estudios sobre su contenido, sus disposiciones y sobre sus instituciones.

Esta obra tiene por objeto poner a conocimiento del lector el contenido de estos estudios y de esas reflexiones, a fin de contribuir al análisis de la estructuración de un sistema legal acorde con la Constitución y, por sobre todas las cosas, acorde con el espíritu democrático, un espíritu moderno, propio de una sociedad en marcha.

La Corte Suprema de Justicia ha identificado los objetivos tendientes a la Justicia eficiente y en base a ellos ha elaborado un plan de acción con programas y proyectos específicos destinados a promoverla. Esa identificación la ha movido a editar esta publicación en la que se reúnen trabajos que se refieren a aspectos muy importantes de la Constitución.

Sin duda alguna, existen otros trabajos que se han realizado que no aparecen en ésta y que serán objeto de otra edición. Mientras tanto, sometemos la presente a la consideración del público lector, en la certeza de que puede contribuir a despertar el interés y mover a la reflexión sobre este lustro de vida constitucional.

Prof. Dr. Enrique A. Sosa Elizeche  
Presidente Corte Suprema de Justicia

# EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Juan Manuel Benítez Florentín

## I. Antecedentes: La llamada crisis del Estado Democrático Liberal.

Según Manuel García-Pelayo, la llamada crisis del Estado Democrático Liberal surge de la antinomia de dos términos, que durante mucho tiempo actuaron armónicamente, pero que en un proceso dialéctico, entraron en una contradicción profunda, a saber, liberalismo y democracia.

Esta contradicción se hallaría esencialmente en ambos conceptos en estado embrionario, pero el desarrollo posterior del proceso histórico los fue separando radicalmente.

En efecto, al liberalismo, esencialmente, le interesa la limitación del poder y uno de los recursos constitucionales ideados por esta ideología ha sido la teoría de la división de los poderes, o mejor dicho, la **división de las funciones del Poder**, que en puridad de verdad es único e indivisible. La democracia, sin embargo, exalta fundamentalmente la soberanía popular, como fuente del poder del Estado y conceptualmente, no vincula necesariamente dicho poder a un principio limitante. El liberalismo implica democracia pero la democracia no implica conceptualmente liberalismo.

El liberalismo afirma la necesidad de salvaguardar los derechos de la minoría y concibe que el individuo tiene una esfera inviolable frente al poder del Estado. La democracia insiste en el poder de la voluntad de la mayoría, que puede no tener límites, si se desvincula esta corriente de todo contenido ideológico liberal. Además, el liberalismo significa la libertad frente al Estado, y la democracia implica, fundamentalmente, participación en el Estado.

El desenvolvimiento de esta contradicción en el proceso histórico del capitalismo lleva en un momento dado a la pérdida de legitimación para ciertos sectores sociales de la concepción liberal democrática, que resulta insuficiente para satisfacer las demandas de

estos sectores que no ven ya en el Estado un peligro para la libertad individual, sino un aliado para las conquistas de sus reivindicaciones.

Tal el caso concreto de la clase obrera. En efecto, la nueva clase obrera, producto del desarrollo capitalista, no tiene un sentimiento individualista sino colectivista y sus aspiraciones se consiguen fundamentalmente en la organización grupal y en la alianza con el Estado en sus demandas contra la burguesía dominante.

Para la clase obrera no es el Estado el único que puede oprimir sino, fundamentalmente, los intereses económicos dominantes que instrumentan al Estado. En consecuencia, ven en el Estado un medio para liberarse de la indefensión a la que les conduce el Estado *laissezfairista*.

En definitiva, frente al abstencionismo clásico y la pasividad en materia económica, surge una ideología intervencionista, con matices que van desde el Socialismo de Estado hasta el Marxismo.

Esta evolución histórica trasciende al plano constitucional y aparece la concepción del Estado Social de Derecho, no como una negación del Estado Liberal Democrático, sino como una superación del mismo que impone constitucionalmente al Estado prestaciones que no eran concebidas con anterioridad<sup>1</sup>.

## **II. El Estado Social de Derecho en la doctrina.**

El llamado constitucionalismo social aparece formalmente con las constituciones de Querétaro (1917) y de la República de Weimar (1919), difundiéndose progresivamente hasta nuestros días.

En el nuevo enfoque, la doctrina constitucional reivindica y tutela a los grupos económicamente débiles o socialmente marginados. Ya no se proclama una igualdad formal frente a las desigualdades que crea el proceso económico, sino la necesidad de que el Estado proteja a una de las partes para encontrar un equilibrio jurídicamente regulado, según Herman Heller .

---

<sup>1</sup> Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: Huecolor Ed., 1964), pp. 198 y sgtes.

Según el mismo autor, con el Estado Social de Derecho se plantea la posibilidad de un orden "justo de la autoridad sobre la economía", mediante: 1) limitación de la propiedad privada; 2) subordinación del régimen laboral al derecho; 3) la intervención del Estado en el proceso productivo; y 4) el traslado de la actividad económica del ámbito del derecho privado al del interés público.

La visión europea del Estado Social del Derecho se vincula con la clase obrera y sus formas de lucha. Ello obedece al desarrollo del sistema capitalista en ese continente y al grado de industrialización a que ha llegado el mismo. Pero la visión latinoamericana más bien vincula el Estado Social de Derecho con la protección de los sectores marginales de las ciudades, de los trabajadores agrícolas, del campesinado sin tierra y/o de intereses difusos como la de los discapacitados, del ambiente, de la familia, de la niñez, de la tercera edad, de la clase pasiva, etc. Esta última visión, obedecería al menor grado de desarrollo industrial de este continente, a la marginalidad social del campo y de los cinturones de pobreza que rodean a las grandes ciudades de América Latina.

Para la primera concepción, el Estado Social de Derecho es una etapa de transición hacia el socialismo, según Heller.

Para otros autores, como Elías Díaz, el Estado Social de Derecho tiende a un Estado Democrático de Derecho. En el mismo sentido, Zippelius, adopta la frase Estado Social Liberal para caracterizar una concepción que se sitúa entre las tendencias totalitarias y las liberales, de tal manera que se garantiza el desarrollo individual y al mismo tiempo se limitan las consecuencias perjudiciales del egoísmo descontrolado.

Dentro de esta tendencia no identificada precisamente con el marxismo, lo que se pretende es un correctivo a las distorsiones que puede producir un mercado incontrolado o incontrolable, y en tal sentido, se atribuye la función de intervenir para restablecer el equilibrio y las condiciones mismas del mercado libre<sup>2</sup>.

De esta manera, el Estado Social de Derecho o Estado Social Liberal (Zippelius) o Estado Democrático de Derecho (Díaz) se vincula con la doctrina del Estado de Bienestar, en la cual se exige al poder

---

<sup>2</sup> Ib.

público una atención creciente a los servicios públicos de interés social, como educación, vivienda, atención médica, sistema impositivo progresivo para distribución de la riqueza y la tutela de los derechos obreros y agrarios.

Según el mismo Díaz, toda esta concepción requiere de un "Ejecutivo fuerte" que pretenda hacer prevalecer el interés social y la actitud intervencionista del Estado sobre la inoperancia del parlamentarismo y del abstencionismo clásico.

### **III. El Estado Social de Derecho en la historia constitucional paraguaya.**

#### **1) Constituciones anteriores a 1992.**

En ninguna de las constituciones de la República, anteriores a la de 1992, se define al Estado paraguayo como un "Estado Social de Derecho".

Si partimos de la Constitución de 1844, denominada "Ley que Organiza la Administración de la República", era lógica esa omisión porque en dicho tiempo histórico aún no había comenzado el desarrollo doctrinario del Estado Social de Derecho. Si bien el fuerte sentido autoritario de dicha Constitución permitía insertar cláusulas o disposiciones de contenido intervencionista. Quizás, la disposición que más se adscribe al concepto de Estado "Social" es aquella tuitiva que establece "la ley debe ser igual para todos y proteger por igual tanto al débil como al poderoso".

La Constitución de 1870 mal podría desde luego incorporar el concepto "Estado Social de Derecho". Se trata de una Constitución que responde fielmente a la tendencia del constitucionalismo democrático liberal.

La Carta Política de 1940 fue dictada, precisamente, en momentos en que sus mentores y redactores asumían plenamente en el Paraguay la llamada Crisis del Estado Liberal, tal como lo describiéramos en la primera parte de este trabajo. Responde a la tendencia de un Ejecutivo fuerte, intervencionista, regulador de la economía y con clara asunción de políticas sociales en favor de sectores desprotegidos y en respuesta a necesidades de los mismos.

A título de ejemplo de normas programáticas que responden a esta concepción, podemos citar aquella que expresa: "Queda suprimida la explotación del hombre por el hombre" y de que "Todo hogar paraguayo debe estar asentado sobre tierra propia".

La Constitución de 1967 tampoco incorpora el término "Estado Social de Derecho" en sus disposiciones fundamentales, aún cuando existen numerosas disposiciones, tal como ocurre con la Carta Política del 40, que responden a la tendencia de dar contenido social a la política del Estado, v.g. la protección a la familia (artículo 81), el derecho a un hogar asentado sobre tierra propia (artículo 83), el amparo a la maternidad (artículo 85), la protección de los menores (artículo 87), el régimen de seguridad social integral para toda la población (artículo 88), el derecho a la educación (artículo 89), a la protección y promoción de la salud (artículo 93), la función económica y social de la propiedad (artículo 96), la proscripción de la explotación del hombre por el hombre (artículo 104), la protección del trabajo (artículo 105) y la reforma agraria (artículo 128).

## **2) El Estado Social de Derecho en la opinión pública y en los proyectos constitucionales en 1992.**

Durante la campaña electoral de los partidos políticos en la que fueron presentados a la opinión pública los distintos puntos de vista sobre la reforma constitucional, el tema del Estado Social de Derecho pasó totalmente desapercibido. La atención se centró principalmente, ante un electorado poco motivado por cuestiones constitucionales, en aspectos relacionados con la parte orgánica de la Constitución, a saber, el equilibrio de los poderes, el uso abusivo de la figura del estado de sitio en la historia política paraguaya, la vigencia efectiva del hábeas corpus, etc. Incluso el tema del servicio militar obligatorio ocupó la atención de sectores juveniles de la población antes que la cuestión social.

Esta situación puede comprobarse por la lectura de la prensa en el período de la campaña electoral antes del 1° de diciembre de 1991. En medio de la apatía y del desconocimiento del tema constitucional, no resulta sorprendente que el éxito electoral de la campaña para la elección de constituyentes fuera determinado por el eslogan "trabajo en primer lugar", que al final resultó mucho más impactante que cualquier disquisición jurídico-constitucional.

De los numerosos proyectos presentados, tampoco puede colegirse una preocupación en torno al llamado Estado Social de

Derecho, salvo algunas honrosas excepciones que no gravitaron en la campaña.

## IV. El Estado Social de Derecho en la Comisión Redactora

La Comisión Redactora designada por la plenaria de la Convención Nacional Constituyente presentó el texto del artículo 1°, en el cual se define al Estado paraguayo como "estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes".

El tema que concitó mayor atención de la plenaria fue el de la descentralización. Analicemos el debate en torno al tema Estado Social de Derecho.

### 1) El debate en la plenaria

La única consideración que encontramos en la exposición del Presidente de la Comisión Redactora, Oscar Paciello (ANR), respecto al tema que nos ocupa, es la siguiente afirmación formulada al presentar el proyecto en general: "...Podríamos estar en desacuerdo con temas puntuales, pero la libertad del hombre paraguayo, su derecho a un desarrollo libre y espontáneo, la igualdad de oportunidades, el desarrollo de sus derechos a una vida mejor, **consagrando la justicia social a través de la familia, el reconocimiento del derecho de los trabajadores, han quedado plenamente consagrados en esta Constitución.**"<sup>3</sup>

El convencional Rafael Eladio Velázquez (PLRA), expresó a su turno: "...Buscamos, y creo que se ha logrado en el texto que se propone, **una armonía saludable entre el interés social y el interés individual, entre las libertades del individuo y las necesidades de la sociedad.**"<sup>4</sup>

El constituyente José Nicolás Morínigo (CPT) expresó: "...una primera perspectiva, donde se plantea como punto básico la igualdad

---

<sup>3</sup> Diario de Sesiones del Plenario, Sesión Ordinaria N° 8, 21 abril 1992, p.5.

<sup>4</sup> Ib. p. 6

ante la ley y la defensa de los derechos adquiridos más allá de los condicionamientos sociales, y una segunda perspectiva, donde se enfatiza la necesidad de crear condiciones para alcanzar una igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos y la defensa de los derechos en expectativa, a partir de una evaluación crítica de cómo se distribuyen los recursos en nuestra sociedad. **Es esta doble visión la que ha dado origen a una serie de diferencias claves que surgen con respecto a la propiedad privada, sobre la reforma agraria, sobre la participación de los obreros en las ganancias de las empresas, sobre la protección de los actores más débiles de la sociedad, con respecto a aquellos sectores más privilegiados...** Es una obligación de esta sociedad...favorecer de una manera clara y terminante la posibilidad de emergencia y consolidación de los derechos sociales en el Paraguay. Si no garantizamos derechos sociales efectivos, la posibilidad de gobernabilidad se hará cada vez más difícil" <sup>5</sup>

Pero hubo cuestionamientos al término "Estado Social de Derecho", tal como lo veremos en los proyectos presentados finalmente en el transcurso del debate. La opinión del convencional Ricardo Franco (CPT) volvió a ratificarse junto a la de otros convencionales para sostener la frase tal como quedara finalmente redactada. El mismo expresó: **"Queremos construir un Estado de Derecho en donde estén plenamente garantizados los derechos y garantías individuales, y también los derechos y garantías sociales. Entendemos que el equilibrio de la Constitución se da justamente en el punto medio entre derechos y garantías individuales y derechos y garantías sociales; esa es la Constitución que queremos hacer para tener una democracia estable"**. Esta idea coincide con la síntesis armónica expresada por el convencional Velázquez, o la gobernabilidad (convencional Morínigo) o la estabilidad democrática.

Siguiendo con el propósito de desentrañar el espíritu que presidió la incorporación del concepto "Estado Social de Derecho", podemos igualmente mencionar la opinión del Convencional Bernardino Cano Radil (ANR): "... deseamos una concepción de Estado Liberal sin tener una connotación partidaria sino filosófica de *laissez faire, laissez passer* que el estado debe intervenir para restituir el equilibrio y la injusticia y proteger a los más desprotegidos de nuestra sociedad. **Esa es la concepción de social. No tiene absolutamente nada que**

---

<sup>5</sup> Diario de Sesiones del 21 de abril, p. 7

ver con ninguna connotación doctrinaria en lo que hace referencia a ideas del pensamiento como pueden ser el socialismo o el marxismo u otras doctrinas que hacen a la concepción más bien **totalitaria del Estado...** entonces estamos enrolando a nuestro país en la nueva concepción del Estado, un Estado participativo, un Estado protagonista, que de ningún modo tiene un carácter autoritario sino restituidor de la libertad, de la justicia y de la equidad, en la sociedad a la cual todos pertenecemos".<sup>6</sup>

Según el convencional Llamas (ANR), este nuevo concepto de Estado Social de Derecho **no es nada más que la inclusión de las cláusulas económicas y sociales en la Constitución.**<sup>7</sup>

Por su parte, el convencional Carlos Romero Pereira (ANR), aportó la nota crítica y cuestionadora al constitucionalismo social al expresar: " ... este libro de Vasconsellos es sumamente ilustrativo, porque revela cuanta falsedad y cuanta **promesa de ilusiones** se hicieron dentro de lo que se dio en llamar el constitucionalismo social... creo que esa ilusión no es feliz, de ninguna manera. Y sí me parece que el fondo de la cuestión es el Estado de Derecho. El Estado debe ser de derecho y no hay necesidad de adjetivarlo de ninguna forma.

**Lo que es trascendente es el Estado de Derecho, y no el hecho de que sea social, liberal, marxista o lo que fuere."**<sup>8</sup>

El convencional José Ismael Candia (ANR) -juntamente con el convencional Isidro Melgarejo (ANR)- presentó un proyecto alternativo al de la Comisión Redactora, no incluyendo la palabra social. Los argumentos que fueron expuestos en la sesión del 22 de junio de 1.992, podemos resumirlos de la siguiente forma: a) La cuestión del Estado Social de Derecho no se va a definir solamente en la conceptualización de un sólo artículo; b) Un Estado es más o menos social, conforme vaya dando satisfacciones fundamentalmente a su población más carenciada en lo más elemental, vivienda, educación, salud, seguridad social, etc.; c) **Es más o menos irrelevante que esto se establezca en un artículo determinado**, a tal punto que puede consagrarse un Estado Social y finalmente a través del análisis de los artículos constitucionales resulta que no lo es por no consagrar derechos que hacen a la problemática social. d) La consagración de ciertos derechos como, por ejemplo, la protección al trabajo forma hoy parte del pensamiento

---

<sup>6</sup>Diario de Sesiones, del 22 de abril, p. 16

<sup>7</sup>Diario de Sesiones del 22 de abril, p. 19

<sup>8</sup>Diario de Sesiones del 22 de abril, p. 20

universal y no puede decirse que sea propio de un Estado Liberal o de un Estado Socialista; e) Hoy en día es imposible concebir que un Estado no sea social, **y por tanto no se incluye dicha palabra en el proyecto, pues ello deberá demostrarse más bien concretamente en el texto constitucional.**<sup>9</sup>

De esta manera, y resumiendo, se presentaron y votaron cuatro proyectos, a saber, el de la Comisión Redactora, que incluía en su artículo 1° el concepto Estado Social de Derecho, el proyecto Melgarejo Pereira (ANR) e Ismael Candia (ANR) que no incluía el concepto "Social", el proyecto Abraham Esteche (ANR) que igualmente lo suprimía, el proyecto Vasconsellos (ANR) que incluía la palabra social y finalmente el proyecto conjunto (Miguel Abdón Saguier, Rodrigo Campos Cervera; Héctor Capurro, Carlos Alberto González, Federico Callizo, Carlos Villagra Marsal y Carlos Mateo Balmelli) del PLRA, que propuso la fórmula "La República del Paraguay es para siempre libre e independiente, se constituye en Estado Unitario indivisible y **social de derecho.**

La plenaria de la Convención Nacional Constituyente aprobó finalmente, tal como lo presentó la comisión redactora, el siguiente texto que expresa: " De la Forma de Estado y de Gobierno. La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado Social de Derecho, unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes".

De esta manera, la Constitución paraguaya se incorporó concretamente a la corriente del Constitucionalismo social, en la cual se asigna al Estado una función protectora de los sectores marginales de la sociedad con la responsabilidad social de dispensar servicios fundamentales a grupos carenciados o económicamente débiles, con la función económica de restituir el equilibrio de las relaciones en la economía de mercado. Es lo que Zippelius denominaba Estado Social Liberal, y otros, Estado Democrático - Social.

---

<sup>9</sup>Diario de Sesiones, pp. 21 y 22

## V. Lo social en la constitución de 1.992.

Debemos analizar concretamente las normas constitucionales que responden a la concepción de Estado Social y explicitan el concepto enunciado en el Artículo 1° de la Carta fundamental.

A nuestro criterio, las declaraciones, principios, garantías y normas son las siguientes:

- 1) Promoción por el Estado de la calidad de vida de los habitantes mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad (artículo 6°)
- 2) Fomento de la investigación de los factores de población y sus vínculos con el desarrollo económico y social, **con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes** (artículo 6°).
- 3) Derecho a un ambiente saludable (artículo 7°).
- 4) Regulación de las actividades susceptibles de producir alteración ambiental. El Estado podrá restringir y prohibir aquellas actividades que califique de peligrosas, y la fabricación de artículos igualmente peligrosos. El delito ecológico será definido y sancionado por ley (artículo 8°).
- 5) Derecho a la defensa de los intereses difusos (artículo 38), como ser: a reclamar a la autoridad pública medidas para defender el medio ambiente, la integridad del hábitat, la salubridad pública, el acervo cultural nacional, los intereses del consumidor y otros que hagan relación con la calidad de vida y el patrimonio colectivo.
- 6) Igualdad de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá condiciones de igualdad real y efectiva y facilitará la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional (artículo 48).
- 7) Protección integral a la familia (artículo 49).
- 8) Igualdad de todos los hijos ante la ley. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales.
- 9) Protección del niño (artículo 54).
- 10) Protección de la maternidad y paternidad (artículo 55).
- 11) Protección de la juventud (artículo 56).
- 12) Protección integral de la tercera edad (artículo 57).
- 13) Atención especial de las personas excepcionales (artículo 58).
- 14) Reconocimiento del Bien de Familia (artículo 59).

- 15) Derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos (artículo 61).
- 16) Derecho a la identidad étnica de los pueblos indígenas (artículo 63).
- 17) Derecho a la propiedad a la tierra de los pueblos indígenas (artículo 64).
- 18) Derecho a la participación en la vida económica, social, política y cultural de los pueblos indígenas (artículo 65).
- 19) Derecho de los pueblos indígenas a ser respetados en sus peculiaridades culturales (artículo 66).
- 20) Exoneración de los pueblos indígenas de los servicios, sociales, civiles y militares. (artículo 67).
- 21) Protección y promoción por parte del Estado de la salud como derecho fundamental de la persona. Derecho de toda persona a ser asistida en la prevención y asistencia de enfermedades (artículo 68).
- 22) Promoción del Sistema Nacional de Salud (artículo 69).
- 23) Establecimiento de Programas de Bienestar Social mediante estrategias basadas en la educación sanitaria y la participación comunitaria. (artículo 70).
- 24) Represión de la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes y drogas peligrosas y programas de educación preventiva y de rehabilitación de adictos (artículo 71).
- 25) Control de la calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos. **El Estado facilitará medicamentos considerados esenciales** (artículo 72).
- 26) Toda persona tiene derecho a una educación integral y permanente (artículo 73).
- 27) La educación pública gratuita en las escuelas públicas (artículo 76).
- 28) Derecho a la enseñanza en la lengua oficial materna del educando (artículo 77).
- 29) Derecho a la capacitación para el trabajo por medio de la enseñanza técnica (artículo 78).
- 30) Presupuesto general de educación no inferior al veinte por ciento del total asignado a la administración central, excluidos los préstamos y las donaciones (artículo 85).
- 31) Derecho al trabajo e irrenunciabilidad de los derechos del trabajador (artículo 86).
- 32) Promoción del pleno empleo (artículo 87).
- 33) Prohibición de discriminación entre trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social, y preferencias políticas y sindicales (artículo 88).

- 34) Igualdad de derechos laborales del hombre y la mujer y protección especial de la maternidad (artículo 89).
- 35) Protección del trabajo del menor (artículo 90).
- 36) Garantía de la duración máxima de la jornada ordinaria de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales (artículo 91).
- 37) Retribución del trabajo, que asegure una existencia libre y digna del trabajador y de su familia. La ley **consagrará el salario vital mínimo y móvil**, el aguinaldo anual, la bonificación familiar, etc. (artículo 92).
- 38) El Estado **establecerá un régimen de estímulo a las empresas que incentiven con beneficios adicionales a sus trabajadores** (artículo 93).
- 39) Derecho a la estabilidad laboral dentro de los límites legales y a ser indemnizado por despido injustificado (artículo 94).
- 40) Sistema obligatorio integral de seguridad social para el trabajador y su familia, con extensión a todos los sectores de la sociedad (artículo 95).
- 41) Derecho a la sindicalización de trabajadores públicos y privados y garantía de estabilidad del dirigente sindical (artículo 96).
- 42) Derecho de los sindicatos a promover acciones colectivas y concertar convenios sobre condiciones de trabajo (artículo 97).
- 43) Derecho de huelga y paro de trabajadores públicos y privados. (artículo 98).
- 44) Todos los habitantes de la República tienen el derecho a una **vivienda digna** (artículo 100).
- 45) Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por ley, **atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos** (artículo 109).
- 46) En caso de transferencia de empresas públicas o en su participación en las mismas al sector privado, **se dará opción preferencial de compra a los trabajadores y sectores involucrados directamente con la empresa** (artículo 111).
- 47) Fomento de las cooperativas y otras formas de asociación de bienes y servicios (artículo 113).
- 48) La Reforma Agraria como uno de los factores fundamentales para lograr el desarrollo rural. Sistema tributario que desaliente el latifundio y desarrollo de la pequeña y mediana propiedad rural, promoción de la pequeña y mediana empresa agrícola, programación de asentamientos campesinos, creación del seguro agrícola, etc. (artículos 114 y 115).

- 49) **Eliminación progresiva de los latifundios improductivos y expropiación de los mismos por ley que determinará la forma y plazo de pago** (artículo 116).

## **VI. La Cuestión de la operatividad de las normas que responden a la concepción del Constitucionalismo Social.**

Uno de los cuestionamientos que se han formulado a las normas, principios y garantías enumerados en el artículo anterior es, en general, su falta de operatividad. Se cuestiona la posibilidad de invocar la protección del órgano jurisdiccional para que el particular pueda exigir v.g. el cumplimiento del derecho que le asiste a tener una vivienda digna, en el caso en que habite en una miserable casa de cartón en un barrio marginal, rodeado de pestilentes residuos del desagüe cloacal.

**Las normas operativas operan por sí solas, son aplicables directamente y no necesitan necesariamente para su aplicación por el órgano jurisdiccional de normas reglamentarias de rango inferior que las condicionen para su aplicación.**

Un examen somero de las normas y principios enumerados en este trabajo indican, "prima facie", la escasa o nula operatividad de estas normas, lo cual ha puesto en duda el valor práctico de la doctrina del "Estado Social de Derecho".

Al carecer de operatividad dichos principios se convierten en normas llamadas programáticas que por definición **"son cláusulas por las cuales el Poder Constituyente señala un programa o un plan a los órganos del Poder Constituido, especialmente al Legislativo. En consecuencia, requieren de una ley reglamentaria"**.<sup>10</sup>

En razón de este cuestionamiento se ha afirmado la necesidad de que "el Poder Constituyente sancione normas sobrias, claras, posibles, es decir realmente operativas. No contribuye al desarrollo de un sano constitucionalismo convertir a la Constitución en instrumento de

---

<sup>10</sup> La Pobreza: Perspectiva del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ponencia del Prof. Jorge Seall Sasiain en el "Simposio anual de Obispos de la Conferencia Episcopal Paraguaya", Ypacarai, 31 de Julio de 1.995.

verbalismo ideológico, ni catálogo de ilusiones que abran o despierten expectativas de imposible cumplimiento".<sup>11</sup>

No obstante las consideraciones precedentes, opinamos que los enunciados constitucionales que explican el concepto "social" del Estado Paraguayo no son enteramente inocuas o ineficaces jurídicamente, por los siguientes motivos:

1) Constituyen un valioso elemento hermenéutico para desentrañar la "ratio legis" constitucional en las contiendas judiciales. Por ejemplo, el carácter prevaleciente de los derechos del niño en los casos de adopción (artículo 54).

2) Constituyen un impulso hacia la operatividad de sus principios en caso que el poder constituido asuma su responsabilidad de implementarlo con la ley reglamentaria. V.g. la definición del delito ecológico convierte en operable el derecho de los habitantes a un ambiente saludable, por medio de la acción popular para la defensa de los intereses difusos. (artículo 8, último párrafo, de la carta fundamental).

3) En algunos casos consideramos posible la operabilidad directa de las normas del constitucionalismo social. Por ejemplo, en los actuales momentos en que se debate el tema de la flexibilización laboral, v.g. la supresión del salario mínimo vital y móvil, a nuestro criterio, haría plenamente procedente cuestionar la constitucionalidad de la ley que suprimiera la garantía taxativamente expresada en el artículo 92 de la Constitución de 1.992.

---

<sup>11</sup> Ib.

# EL EQUILIBRIO DE PODER EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992.

Juan Carlos Mendonca Bonnet

## Artículo 3. Del Poder Público.

El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público.

La dictadura está fuera de la ley.

## I. Introducción.

El trapequista, el economista y el físico tienen pocas dudas acerca de lo que quieren decir cuando utilizan el término "equilibrio". El primero puede afirmar sin temor cuándo pierde el equilibrio y cuándo lo mantiene, porque en ello le va la vida. El segundo sabe, sin lugar a dudas, cuándo hay equilibrio en la balanza de pagos. El tercero puede describir con precisión matemática el equilibrio de dos vasos comunicantes. Por el contrario, el hombre de derecho tendrá graves dificultades para saber qué se quiere decir cuando se afirma que "debe haber equilibrio entre los poderes del Estado"<sup>1</sup>. Los norteamericanos han tratado de dar una imagen todavía más gráfica del equilibrio al hablar de "balances" y "contrapesos". En realidad estas expresiones ayudan poco o nada a entender el mismo y único concepto que se quiere capturar con las expresiones vagas (y metafóricas) de "equilibrio", "balance", "contrapesos", etc. De lo que se habla en realidad es de una distribución proporcionada del poder.

---

<sup>1</sup> Utilizaremos la expresión "poderes del Estado", porque así se refiere la Constitución a las actualmente llamadas "funciones del poder"

Proporcionada, de tal manera que los órganos que ejercen el poder puedan hacerlo de modo efectivo y **sin obstáculos**, pero de manera **limitada y controlada**.

Las palabras "equilibrio", "balance" y "contrapeso", llevan implícita la existencia de al menos dos fuerzas (y esto es así tanto para el equilibrista, como para el economista, el físico y el hombre de leyes) donde **ninguna predomina sobre la otra**, pero cada una se **ejerce hasta su mismo límite**. Hay equilibrio, pues, donde las fuerzas (poderes) se ejercen hasta el límite de sus posibilidades, pero sin rebasar a las demás. El equilibrio desaparece allí donde una de las fuerzas no se ejerce hasta su límite o allí donde una excede a las demás, puesto que es evidente que si una de las fuerzas flaquea, las demás la superan, con pérdida del equilibrio. La noción común al término "equilibrio" parece ser pues que -cualquiera sea el equilibrio del que se hable- hay fuerzas en tensión, llevadas al máximo, sin que una termine de sobreponerse a las demás. Así, la idea resulta bastante clara en ámbitos como el de la física, en el que basta con imaginar una balanza en la que la pesa y su contrario están de tal manera equilibradas que el fiel se mantiene más o menos en el medio, sin que uno de los platos se estrelle contra el mostrador del almacenero. Pero, cuando retornamos al ámbito del derecho -después de parecernos haber capturado suficientemente el concepto- nos encontramos con que las dificultades subsisten. En efecto, resulta que la balanza pesa cosas que se miden todas por igual en kilos; pero el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial tienen fuerzas (poderes) que **no son mensurables** por una misma unidad de medida (en rigor ni siquiera son mensurables). Así, básicamente, el Poder Judicial tiene (fuerzas) poderes jurisdiccionales, el Poder Legislativo tiene (fuerzas) poderes legiferantes, el Poder Ejecutivo tiene (fuerzas) poderes administradores. Hablar del equilibrio en este ámbito parece, pues, una ilusión a la que debería renunciarse a priori por su misma imposibilidad conceptual. Difícil es afirmar, con sólo leer la Constitución, si en un determinado sistema hay o no equilibrio de poderes. Pero, como alguna respuesta -lo más científica y objetiva posible- debe darse al problema, pensamos que pueden utilizarse como guías los dos elementos señalados antes, a saber:

- 1) Ningún poder debería ser de tal manera superior que sea capaz de adormecer, eliminar o sustituir a otro, y;

- 2) El poder debe ser ejercido hasta el límite de sus posibilidades.

Agreguemos a estos, los siguientes elementos, que también hacen a la idea de "equilibrio político":

- 3) Todo poder debe ser controlado (en el sentido de que sus actos puedan ser observados, conocidos, analizados, y cuestionados, en su caso), y;
- 4) Todo aquel que ejerce el poder debe ser responsable de sus actos.

Sin perder de vista la identidad de los cuatro elementos mencionados, creemos que pueden reagruparse en dos categorías: A) **Distribución** del ejercicio del poder (elementos 1 y 2), y; B) **Control** del ejercicio del poder (elementos 3 y 4). Corresponde, pues, que analicemos cada una de estas categorías, a la luz de la Constitución de 1992.

## II. Distribución del ejercicio del poder.

Las consecuencias de la ruptura del equilibrio por una deficiente distribución del poder son variadas y muy diversas, atendiendo a la fuerza que resulte superior: si es el Poder Ejecutivo, posiblemente derivará en violaciones de derechos humanos o en un gobierno autoritario o al menos paternalista; si es el Poder Legislativo, posiblemente derivará en una suerte de colapso de la administración y de total ineficiencia de todo el Estado; si es el Poder Judicial, posiblemente derivará en cierta forma de activismo judicial con un caótico gobierno de jueces.

En toda democracia liberal,<sup>2</sup> a diferencia de los regímenes totalitarios, hay un límite en el poder del Estado. Hay atribuciones que le pueden ser otorgadas y otras que no. Para dar algunos ejemplos claros, puede decirse que el Estado no puede decidir acerca

---

<sup>2</sup> El concepto de "democracia liberal" que aquí utilizamos es el que se describe con admirable maestría en la obra de Maurice Duverger, "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", Ed. Ariel, Barcelona, 1979, págs. 51 y ss. y 180 y ss.

de la actividad productiva a la que van a dedicarse sus ciudadanos, no puede decidir acerca del número de hijos que estos van a tener, etc. Los límites precisos son difíciles de establecer, lo cierto es que, como regla general, el Estado debe intervenir lo menos posible, sin tratar al individuo paternalmente ni fijando planes de vida (el individuo sabe lo que más le conviene), la diversidad debe ser protegida, sólo debe intervenir para asegurar el disfrute de las libertades y el respeto de las reglas de juego (reglas de juego que deben consagrar la máxima libertad). Dentro del llamado "Estado Social" -en cierto modo, heredero de la democracia liberal- está permitida la intervención estatal con el fin de corregir desigualdades y de proteger ciertos bienes que se consideran especialmente preciados, como la salud, la educación, la cultura y el ambiente.

Ahora bien, este conjunto de atribuciones que tiene el Estado (limitado en una democracia liberal) se distribuye entre los poderes del Estado<sup>3</sup> habiendo, para ello, muy pocas reglas fijas: el Poder Ejecutivo administra; el Poder Legislativo dicta leyes; el Poder Judicial decide cuestiones. Tal simplificación, inclusive, es engañosa, porque cada uno de ellos cumple también funciones típicas de los otros. De nuevo, los límites no están claramente definidos ni tampoco pueden estarlo. Por ejemplo: no es ni más ni menos democrático-liberal un Estado porque el control de las cuentas lo tiene la Contraloría o el Tribunal de Cuentas; o porque el Estado de Sitio lo decreta el Poder Ejecutivo o el Congreso; o porque la designación de embajadores se hace con o sin el acuerdo del Senado; o porque la declaración de inconstitucionalidad es "erga omnes" o para el caso concreto; o porque el Poder Judicial tiene o no iniciativa de leyes; o porque el Congreso puede o no dictar un voto de censura. En suma, pocas son las funciones necesarias de alguno de los poderes del Estado; el resto de ellas se distribuye de acuerdo con la coyuntura política, sin cambiarse por ello la condición de democrático-liberal de un Estado. Puede, sin embargo, modificarse el cúmulo de facultades de cada uno de los poderes del Estado, produciéndose una redistribución de las mismas y, eventualmente, dándosele preeminencia a uno sobre los demás, con lo que se operaría una alteración en el equilibrio de fuerzas. En el Paraguay se ha producido con la Constitución de 1992 una notable redistribución del cúmulo de facultades de los poderes del Estado, sustrayéndosele al Poder Ejecutivo una buena parte de

---

<sup>3</sup> Esto es lo que se ha dado en llamar el "reparto de competencia".

ellas en beneficio, sobre todo, del Poder Legislativo y, en menor medida, en beneficio del Poder Judicial. Esta pérdida de facultades por el Poder Ejecutivo es un acontecimiento bastante poco común en el derecho constitucional moderno. En efecto, el llamado "desplazamiento" sistemáticamente se produce en beneficio del Poder Ejecutivo. Al respecto dice Bidart Campos<sup>4</sup>:

La ciencia política y el derecho constitucional del poder no han pasado inadvertido un fenómeno contemporáneo de vitalidad indiscutible, que es el desplazamiento de facultades hacia el poder ejecutivo, hasta el extremo que se ha llegado a hablar de su liderazgo ... Incluso los estados con forma de gobierno parlamentaria, en la que el ejecutivo es agente del parlamento y requiere de su confianza, el órgano más fuerte no parece ser ya el parlamento, sino el gabinete con su primer ministro que ejercen el poder ejecutivo. No hablemos de las formas presidencialistas, en que el unicato presidencial parece tender a su propio fortalecimiento.

El actual desplazamiento se explica por razones históricas (el fin de un largo gobierno autoritario), pero no por razones conceptuales o teóricas. Nuestro sistema de distribución del poder, como se verá de inmediato, va de contramano a las corrientes más actuales, puesto que ha debilitado enormemente al Poder Ejecutivo, haciéndole perder fuerza y sometiéndole de modo patente al Congreso.

La conclusión se obtiene a partir del estudio de las disposiciones constitucionales que muestran el desplazamiento de poder ocurrido. Para ello hemos analizado, en primer lugar, nuevas restricciones que no existían en el sistema constitucional anterior, algunas importantes y otras menos, pero todas ilustrativas para mostrar las limitaciones del Poder Ejecutivo. En segundo lugar, se enumeran los cambios ocurridos en las atribuciones del Poder

---

<sup>4</sup> Ver Germán José Bidart Campos, "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, Bs. As., 1986, pág. 488. (Quede claro que el evidente error de concordancia, que se advertirá a continuación, corresponde a la edición misma).

Ejecutivo. Luego se estudian las nuevas atribuciones del Congreso y la única pérdida que se advierte en esta materia. En cuanto al Poder Judicial, también se enuncian las nuevas atribuciones de éste.

## **Poder Ejecutivo**

### **1. Nuevas restricciones al Poder Ejecutivo**

- 1.1. Entre los requisitos para ser Presidente de la República, se agrega el de "estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos" (artículo 228.3)
- 1.2. Prohibición de reelección (artículo 229)
- 1.3. Inhabilidades especiales para el Vicepresidente. (artículo 229)
- 1.4. Aparecen las inhabilidades, que antes no existían (artículos 235/6), como depuración previa para los candidatos.
- 1.5. En caso de ausencia del país por más de cinco días, se requiere autorización (artículos 233 - 178/67), mientras que antes era sólo comunicación.

### **2. Cambios en los deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo**

- 2.1. Se sustituye el carácter de "Jefe Supremo del Estado", por "Representar al Estado".
- 2.2. Aparece como deber: "cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes".
- 2.3. Se elimina la inauguración anual del período legislativo (artículo 180.10/67)
- 2.4. Disminuyen notablemente las facultades de nombramientos en el Poder Judicial, que prácticamente se desvanecen.
- 2.5. Se suprime la delegación del cargo de Comandante en Jefe de las FFAA (artículos 238.16 - 180.12/67)
- 2.6. Antes se establecía "Las demás que fijen esta Constitución y las leyes" (artículo 180.12/67), ahora sólo "las demás que fije esta Constitución (artículo 238.16). Con lo que antes existía la posibilidad de atribuciones no previstas en la Constitución.

- 2.7. En cuanto al Estado de Sitio, lo decretaba por sí debiendo dar cuenta al Congreso dentro de los 5 días siguientes a su publicación (artículo 181/67), ahora se requiere la aprobación en el plazo de 48 horas (artículo 288). Pueden advertirse también otras diferencias, relativas al plazo, prórroga, opción de salida del país, informe a la Corte Suprema de Justicia, vigencia del Hábeas Corpus, levantamiento por el Congreso en cualquier momento, informe al Congreso.
- 2.8. Desaparece la atribución de disolución del Congreso (artículo 182/67).
- 2.9. Desaparece la facultad de dictar Decretos Leyes durante el receso del Congreso (artículo 183/67).
- 2.10. El Congreso puede rechazar el veto total con sólo mayoría absoluta (artículo 209), antes se requería 2/3 (artículo 58/67) para que el proyecto pudiera ser considerado de nuevo y mayoría absoluta para aprobarlo.
- 2.11. Desaparece la sanción ficta (artículo 156/67) para los proyectos remitidos por el Ejecutivo que no fueran despachados en el período de ese año (Hay una sanción automática en el artículo 211, pero no tiene que ver con el PE, y requiere que haya pasado por una de las Cámaras).
- 2.12. En cuanto al retiro o desistimiento de los proyectos presentados por el PE, antes podía hacerlo cualquiera fuera el estado de su tramitación (artículo 164/67), ahora sólo puede hacerlo siempre que no estuviesen aprobados por la Cámara de origen.
- 2.13. En cuanto a la ley del presupuesto, el PE tiene treinta días menos para presentarlo (artículos 216 - 163/67), y el Congreso treinta días más para tratarlo.
- 2.14. La **nueva atribución del Poder Ejecutivo** es la de solicitar el tratamiento de urgencia de proyectos de ley que envíe al Congreso (artículo 210).

Como puede verse fácilmente, los cambios en las atribuciones han sido todos -excepto uno- en desmedro del Poder Ejecutivo. No está en nuestro ánimo afirmar que todas las atribuciones anteriores debían ser conservadas; concordamos en que, en muchos casos esas atribuciones han sido modificadas para bien, pero ello no quita que se haya producido una notable disminución.

## Poder Legislativo.

### 1. Nuevos deberes y atribuciones del Poder Legislativo

- 1.1. Se admite la autoconvocatoria a sesiones ex-traordinarias, por el voto de la cuarta parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras (artículo 184).
- 1.2. Aumentó en un mes el período de sesiones (artículo 184). Antes el receso era desde el 21 de diciembre al 1º. de abril, ahora dura sólo hasta el 1º. de marzo.<sup>5</sup>
- 1.3. Se deja en claro que la inmunidad de los con-gresistas incluye la exención de proceso y no sólo la de arresto (artículo 191).
- 1.4. Se admite la interpelación a ministros y otros altos funcionarios (artículo 193).
- 1.5. Se incorpora el voto de censura, con reco-mendación de remoción del cargo (artículo 194).
- 1.6. Se crean las comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público o sobre la conducta de sus miembros (artículo 195).
- 1.7. El veto del Poder Ejecutivo puede ser rechazado por mayoría absoluta (artículos 208 y 209).<sup>6</sup>
- 1.8. Desaparece la sanción ficta prevista en el ar-tículo 156/67, que convertía en ley los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo que no eran tratados y despachados durante el período, salvo que hubiesen sido devueltos por falta de tiempo.
- 1.9. El Congreso adquiere la atribución de designar los siguientes funcionarios:
  - a) Defensor del Pueblo (artículo 277);
  - b) Contralor y Subcontralor de la República (ar-tículo 281);
  - c) Miembros de la Corte Suprema de Justicia y Tribunal Superior de Justicia Electoral (artículos 264.1 y 275).
- 1.10. Puede someter a juicio político al Presidente, Vicepresidente, Ministros de la CSJ, Ministros del Poder

---

<sup>5</sup> Al respecto se ha sostenido que a mayor brevedad del período de sesiones, mayor preponderancia del Poder Ejecutivo. Ver Maurice Duverger, op. cit., p. 613.

<sup>6</sup> La Constitución de 1967 (artículo 158) exigía una votación previa con mayoría absoluta de dos tercios, lo cual dificultaba enormemente el rechazo del veto total.

Ejecutivo, Fiscal General del Estado, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Subcontralor, integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral (artículo 225)<sup>7</sup>.

- 1.11. El Congreso puede declarar, al igual que el Poder Ejecutivo, el Estado de Excepción y aprobar, rechazar o levantar la declaración hecha por el Poder Ejecutivo (artículo 288).
- 1.12. Expedir Leyes de emergencia (artículo 202.13)
- 1.13. Recibir juramento o promesa del Presidente y otros funcionarios (artículo 202.14)
- 1.14. Recibir del Presidente un informe anual sobre la situación general del país (artículo 202.15)
- 1.15. Aceptar o rechazar la renuncia del Presidente y del Vicepresidente (artículo 202.16)
- 1.16. Aprobar o rechazar, previo informe de la Contraloría, la justificación de los ingresos y egresos sobre la ejecución presupuestaria (artículo 202.20).
- 1.17. El Congreso asume la atribución de recibir el AVISO DE AUSENCIA del Presidente de la República y el Senado la de dar la autorización en caso de ausencia por más de cinco días (artículo 213)<sup>8</sup>.
- 1.18. El Presidente de la Cámara de Senadores o, en su defecto, el de la Cámara de Diputados, debe publicar las leyes (artículo 213), en caso de que el PE no lo hiciese en el plazo de 5 días de su promulgación (artículo 204).
- 1.19. La Comisión Permanente del Congreso tiene dos atribuciones que anteriormente no tenía: a) convocar a sesiones extraordinarias (artículo 219.4) -antes podía organizar las sesiones extraordinarias convocadas por el Poder Ejecutivo-; b) Autorizar al Presidente a ausentarse temporalmente (artículo 219.5).
- 1.20. Los Presidentes de las dos Cámaras entran en el orden de sucesión presidencial, después del Vicepresidente (artículo 234).
- 1.21. El Congreso adquiere la facultad de enmendar la Constitución (artículo 290).

---

<sup>7</sup> Nótese que los Ministros del Poder Ejecutivo están sujetos tanto al voto de censura como al juicio político, de modo que si el voto de censura no culmina en la destitución del Ministro, éste puede ser destituido, de todos modos, por la vía del juicio político.

<sup>8</sup> Esta atribución parece incompatible con la prevista en el artículo 183.2.

- 1.22. Miembros del Congreso integran el Consejo de la Magistratura (artículo 262.3) y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (artículo 253).
- 1.23. Convocar a referéndum (artículo 121)
- 1.24. El Senado presta acuerdo para la designación de funcionarios tales como: Presidente y Directores de la Banca Central y de los entes binacionales (artículo 224.6.7)
- 1.25. La única atribución **perdida** por el Congreso es la de juzgar sobre las elecciones generales y la de sus propios miembros, que pasó a la Justicia Electoral.

De nuevo, sin emitir juicio de valor sobre el cúmulo de nuevas atribuciones recibidas por el Congreso, vale la pena remarcar la cantidad e importancia de ellas.

## **Poder Judicial**

### **1. Nuevos deberes y atribuciones del Poder Judicial**

- 1.1. Recurribilidad de los fallos militares ante la justicia ordinaria (artículo 174).
- 1.2. Recepción de informe e inspección en el Estado de Excepción (artículo 288).
- 1.3. Competencia Electoral (artículos 273, 275).
- 1.4. Designación de magistrados (artículo 251).
- 1.5. Decisión en materia de contienda de competencia entre el Poder Ejecutivo, los Departamentos y las Municipalidades (artículo 259.9)
- 1.6. Iniciativa de leyes (artículo 203).
- 1.7. Presencia de ministros de la Corte Suprema en el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 253) y en el Consejo de la Magistratura (artículo 262.1).
- 1.8. La Policía Judicial a su cargo (artículo 272).
- 1.9. Poder de "casación" (artículo 259.6).
- 1.10. Poder de revisión en materia penal (artículo 17.4).
- 1.11. Orden de sucesión presidencial (artículos 231 y 234).
- 1.12. Inamovilidad en el cargo (artículos 252 y 261).
- 1.13. Autarquía presupuestaria (artículo 249).
- 1.14. Competencia en materia de Hábeas Data (artículo 135).

### 1.15. La Corte Suprema de Justicia **perdió** la atribución de enjuiciar a los magistrados judiciales.

También en el caso del Poder Judicial puede notarse un notable aumento de facultades, algunas de las cuales tienden a reforzar su independencia. Otras tienen un tinte marcadamente político; y son estas atribuciones las que, según Loewenstein conducen a la llamada "judicialización" de la política. El hecho de dirimir conflictos entre órganos constitucionales, basado en el deber y el derecho de interpretar la Constitución, hace que el Poder Judicial se vea envuelto en cuestiones de la más profunda naturaleza política, aun cuando la decisión pueda estar "revestida de forma judicial". Asimismo, la competencia electoral, la intervención durante el Estado de Excepción, el orden de sucesión presidencial, etc., demuestran la creciente politización de la función judicial. En otras latitudes, muchas de estas atribuciones podrían considerarse "cuestiones políticas", ajenas al ámbito de la justicia. Admitida, sin embargo, constitucionalmente, la competencia de los tribunales, se producirá, de modo inevitable la "judicialización de la política", con la consecuente "politización de la justicia"; circunstancia que, bien entendida y bien administrada, no debe asustar ni considerarse como negativa.<sup>9</sup> Es interesante remarcar que la Corte Suprema de Justicia tiene establecido en varios fallos que ella no admite la existencia de "cuestiones políticas" no justiciables, lo cual, además de tener pleno sentido en un Estado de Derecho, va de acuerdo con el nuevo cariz que le ha dado la Constitución de 1992 al Poder Judicial, ya que ella misma se encarga de poner, explícitamente, dentro de su competencia algunas de estas cuestiones.

Interesa señalar que la Constitución, al establecer los deberes y las facultades de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, siempre termina diciendo en su último inciso "y los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución" (Arts. 238, 183, 202, 219, 222 y 224); sin embargo, tratándose del Poder Judicial dice: "y los demás deberes y atribuciones que fijen esta Constitución y las leyes". De donde se sigue que para los dos primeros, no pueden darse atribuciones de origen meramente legal (el principio de legalidad se agota en la Constitución), el Congreso y el Poder Ejecutivo no tienen

---

<sup>9</sup> Ver Karl Loewenstein, "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, Barcelona, 1970, p. 321.

otras atribuciones más que las previstas en la Constitución. Mientras que el Poder Judicial podría tener atribuciones emanadas no solamente de la Constitución sino también de la ley común; por lo que el ámbito de sus deberes y atribuciones podría ampliarse ilimitadamente, siempre que sea dentro del marco constitucional.

Respecto a la distribución del poder, queda evidenciado que se ha debilitado enormemente al Poder Ejecutivo, desplazándose el poder hacia el Congreso, el cual ha adquirido facultades desconocidas en nuestro sistema constitucional anterior.<sup>10</sup> Por otro lado, se ha fortalecido al Poder Judicial, garantizándosele su independencia y otorgándosele un alto grado de poder político, también sin antecedentes en nuestro sistema constitucional.

La redistribución del poder político no implica, necesariamente, un desequilibrio, puesto que podría suceder que dicha redistribución no hubiese hecho otra cosa que restituir un equilibrio antes ausente. En el caso de la Constitución de 1992, puede afirmarse que, en cierta medida, esto ha ocurrido. Por tanto, lo que puede darnos una idea más clara acerca del estado del equilibrio, será la distribución de las funciones de control.

### **III. Control del ejercicio del poder**

Entendemos que la clave de bóveda del equilibrio está en la idea de control.<sup>11</sup> En efecto, si el control es excesivo, no podrá ejercerse el poder hasta los límites naturales del mismo y el órgano que ejerza ese control excesivo acabará dominando al otro; si, por el contrario, no hay control o éste no es suficiente, no habrá posibilidad de cuestionar los actos del poder en cuestión o no podrá responsabilizarse a los agentes pertenecientes al órgano. Por esta

---

<sup>10</sup> Una que merece especial atención es la facultad de enmendar la Constitución (Art. 290), que convierte al poder constituido en poder constituyente y crea una evidente diferencia con los otros dos poderes.

<sup>11</sup> En este trabajo vamos a referirnos exclusivamente al control inter-órganos, porque éste es el que hace al equilibrio de los órganos. Pero, debe aclararse que también puede darse un control intra-órganos, que es el control ejercido desde dentro del mismo órgano; o un control extra-órganos, que corresponde al control ejercido por la ciudadanía a través de sistemas institucionales como el referéndum, el plebiscito, la revocatoria de mandato, etc.

razón, hemos tratado de elaborar una lista exhaustiva de los mecanismos de control con que cuenta cada uno de los Poderes con respecto de los otros, dándonos el resultado que podrá verse unos párrafos más abajo.

Para definir las "funciones de control", hemos adoptado un triple criterio, a saber: 1) Aquellas que se refieren al acto mismo, pudiendo volverlo directamente inválido (o ineficaz, en su caso), o al menos postergándolo en su vigencia (por ej.: declaración de inconstitucionalidad, veto, etc.); 2) Aquellas que apuntan a la declaración de responsabilidad personal del agente que realizó el acto (por ej.: juicio político, interpelación, voto de censura, etc.), y; 3) Aquellas que no afectan a la validez inmediata del acto, pero que pueden dar lugar a su declaración de invalidez o a la responsabilidad del agente (por ej.: control de cuentas, pedido de informe, facultad de investigación, etc.).<sup>12</sup>

A los efectos de la consideración del control de los actos del Poder Ejecutivo, se entiende que integran este poder tanto los Ministros como los demás órganos de la Administración Pública, dependientes del Poder Ejecutivo. Nótese que el artículo 226 dice que: "El Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República", pero no dice que su composición sea unipersonal. Entendemos que forman parte del Poder Ejecutivo el Vicepresidente de la República y los Ministros (a los que se llama "ministros del Poder Ejecutivo", artículo 240; y se dice de ellos que "son los jefes de la administración de sus respectivas carteras"); así -al menos indirectamente- también forman parte del órgano ejecutivo, todas aquellas entidades que de algún modo se encuentran subordinadas al mismo Presidente de la República o a sus ministerios (verbi gracia: Secretaría Técnica de Planificación, Dirección de Institutos Penales, etc.).

Hechas las aclaraciones pertinentes, corresponde ver las diversas funciones de control de los actos de los tres poderes.

---

<sup>12</sup> Una similar ordenación puede encontrarse en Karl Loewenstein, op. cit., pág. 68 y ss.

# 1. Funciones de control de los actos del Poder Ejecutivo:

## 1.1. POR EL PODER JUDICIAL

- 1.1.1. Acción de inconstitucionalidad (Arts. 132, 259.5 y 260.1.2)
- 1.1.2. Juicios contencioso-administrativos (Art.30, Ley 879/81)
- 1.1.3. Acción de Amparo (Art. 134)
- 1.1.4. Acción de Hábeas Corpus (Art. 133)
- 1.1.5. Acción de Hábeas Data (Art. 135)
- 1.1.6. Contienda de competencia (Art. 259.9)
- 1.1.7. Supervisión de los institutos de detención y reclusión (Art. 259.8)

## 1.2. POR EL PODER LEGISLATIVO

- 1.2.1. Tratamiento de Proyectos enviados por el Poder Ejecutivo<sup>13</sup>
- 1.2.2. Organización de la administración de la República, para la creación de entes descentralizados y el ordenamiento del crédito público (artículo 202.12)<sup>14</sup>
- 1.2.3. Juicio Político (artículo 225)
- 1.2.4. Citación e interpelación de Ministros (artículo 193)
- 1.2.5. Voto de Censura (artículo 194)
- 1.2.6. Pedido de Informe (artículo 192)
- 1.2.7. Comisiones de Investigación (artículo 195)
- 1.2.8. Defensoría del Pueblo (Artículo 276)<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Si bien esta no es otra que la función legislativa ordinaria del Congreso, se convierte en el modo más común y eficaz de control que tiene el Poder Legislativo sobre los actos del Poder Ejecutivo, dado que todo proyecto de ley que tenga su iniciativa en éste, deberá pasar previamente por el Congreso.

<sup>14</sup> Como puede verse claramente, la Constitución otorga al Congreso la facultad de regular la organización de la administración de la República; consecuentemente, ella no puede hacerse por medio de Decretos del Poder Ejecutivo y, por tanto, se priva al Presidente de la República de la posibilidad de reglar su propio ámbito. Lo mismo puede decirse respecto de la creación de entes descentralizados y del ordenamiento del crédito público.

<sup>15</sup> Consideramos que la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, son órganos de control indirecto del Congreso, puesto que tanto el Defensor del Pueblo como el Contralor General son designados por el Congreso (Arts. 277 y 281), y ambos deben elevar informe anual al Congreso (Arts. 279.4 y 282). En cuanto al Defensor del Pueblo, es expresamente declarado por la Constitución como

- 1.2.9. Contraloría General de la República. (artículos 281/2)<sup>16</sup>
- 1.2.10. Control, aprobación o rechazo del Presu-puesto General de la Nación (Art. 216)
- 1.2.11. Aceptación o rechazo del detalle y la justifi-cación de los ingresos y egresos de las finanzas públicas sobre la ejecución presupuestaria (Art. 202.20)
- 1.2.12. Autorización para intervenir Departamentos y Municipios (Arts. 158,165)
- 1.2.13. Autorización para destituir Gobernadores (Arts. 165, 161)
- 1.2.14. Autorización para ausentarse del país (Art. 233)
- 1.2.15. Aprobación, rechazo o levantamiento del Estado de Excepción. Informe acerca del mismo, una vez concluido. (Art. 288)
- 1.2.16. Aceptación o rechazo de la renuncia del Presidente y Vicepresidente (Art. 202.16)
- 1.2.17. Acuerdo para nombramiento de funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo (Arts. 202.17 y 224.2.3.6.7)
- 1.2.18. Determinación del número y funciones de los ministros (Art. 240)
- 1.2.19. Informe sobre la situación general del país, sobre la administración y los planes de gobierno (Arts. 202.15 y 238.8)
- 1.2.20. Autorización para decretar el estado de Defensa Nacional o concertar la paz (Art. 202.7)

---

"comisionado parlamentario" (Art. 276). Concordante con esta opinión, Maurice Duverger (op. cit., pág. 132), al referirse a los poderes de control del Parlamento dice: "Desde hace algunos años, se ve desarrollarse finalmente un nuevo método de control gubernamental: el 'comisario parlamentario'. Se trata de una personalidad independiente nombrada por el Parlamento para vigilar la administración".

<sup>16</sup> Reforzando lo dicho en la nota de pie de página anterior, acerca de la Contraloría como órgano de control indirecto del Congreso, puede leerse en Carlos María Bidegain ("El Congreso de los Estados Unidos de América", Ed. Depalma, Bs. As. . 1950, pág. 206): Algunos funcionarios de la repartición han entendido que ella es independiente tanto del Ejecutivo como del Congreso, pero no es éste el parecer que ha predominado en los últimos tiempos en que se ha proclamado con mayor énfasis su carácter de agencia del Congreso".

- 1.2.21. Acuerdo del Senado para recibir jefes de misiones diplomáticas, admitir cónsules y designar embajadores (Art. 202.7)
- 1.2.22. Aprobación o rechazo de tratados y acuerdos internacionales (Arts. 202.9 y 224.1)
- 1.2.23. Aprobación o rechazo de la contratación de empréstitos (Art. 202.10).
- 1.2.24. Autorización de concesiones para la explotación de servicios públicos o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseosos (Art. 202.11).
- 1.2.25. Autorización para enviar fuerzas militares paraguayas al exterior y para el ingreso de tropas extranjeras al país (Arts. 224.5 y 183.3).
- 1.2.26. Publicación de leyes en sustitución del Poder Ejecutivo (Art. 213).

## **2. Funciones de control de los actos del Poder Judicial:**

### **2.1. POR EL PODER LEGISLATIVO.**

- 2.1.1. Juicio Político a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral (Art. 225)
- 2.1.2. Enjuiciamiento a los demás magistrados judiciales (Art. 253)<sup>17</sup>
- 2.1.3. Citación e interpelación (excepto en materia jurisdiccional) (Art. 193)
- 2.1.4. Informe (excepto en materia jurisdiccional) (Art. 192)
- 2.1.5. Investigación (excepto en materia jurisdiccional) (Art. 195)
- 2.1.6. Defensoría del Pueblo (Art. 276)
- 2.1.7. Contraloría General de la República. (Arts. 249, 281 y 283.1)
- 2.1.8. Determinación de la estructura y función de las magistraturas judiciales (Art. 265).

---

<sup>17</sup> En este caso, el control no es exclusivo del Congreso, pero debe notarse que de 8 miembros con que cuenta el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, **la mitad** se origina en el Poder Legislativo (Art. 253).

2.1.9. Recibir memoria anual sobre las gestiones, el estado y las necesidades de la justicia (Art. 259.2)

## 2.2. POR EL PODER EJECUTIVO

2.2.1. Indulto (Art. 238.10)

2.2.2. Recibir memoria anual sobre las gestiones, el estado y las necesidades de la justicia (Art. 259.2)

## 3. Funciones de control de los actos del Poder Legislativo:

### 3.1. POR EL PODER JUDICIAL

3.1.1. Acción de inconstitucionalidad (Art. 132)

3.1.2. Acción de Amparo (excepto en el proceso de formación y sanción de la ley) (Art. 134)

3.1.3. Acción de Hábeas Data (Art. 135)

3.1.4. Acción por violación de incompatibilidades e inhabilidades, o uso indebido de influencias (vía Justicia Electoral) (Art. 273)<sup>18</sup>

3.1.5. Declaración de incapacidad por la Corte Suprema de Justicia, para la remoción de diputados o senadores (Art. 190)

### 3.2. POR EL PODER EJECUTIVO

3.2.1. Veto de leyes (Arts. 208/9).

---

<sup>18</sup> Entendemos que si se suscitara alguna disputa relativa a la violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades, o al uso indebido de influencias, debería ventilarse ante la Justicia Electoral, puesto que el Art. 273 otorga a ésta la atribución de entender en cuestiones relativas a los "derechos y títulos" de quienes resulten elegidos. Debe recordarse que la violación aquí mencionada trae aparejada la pérdida de la investidura, regulada en el Art. 201, sin que en él se establezca cuál es el órgano competente para entender en la cuestión. Esta atribución no le está dada ni expresamente ni implícitamente al Congreso, el que tiene facultad de remover a alguno de sus miembros, sólo en caso de incapacidad física o mental.

Del análisis de los datos que anteceden pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. El órgano con mayores poderes de control es el Legislativo, que cuenta con **35 funciones de control**, si sumamos todas las que ejerce sobre los otros dos Poderes. Por su parte, el Poder Judicial tiene sumadas **12 funciones de control** sobre los otros poderes. El Poder Ejecutivo solamente tiene, en total, **3 funciones de control**.

2. El órgano más controlado es el Poder Ejecutivo, sobre el que se ejercen -entre los otros dos Poderes- **33 funciones de control**. Sobre el Poder Judicial se ejercen **11 funciones de control**. Sobre el Legislativo se ejercen, en total, **6 funciones de control**.

## RESUMEN

Funciones de control ejercidas **por** el órgano:

**PODER LEGISLATIVO: 35**

**PODER EJECUTIVO : 03**

**PODER JUDICIAL : 12**

Funciones de control ejercidas **sobre** el órgano:

**PODER LEGISLATIVO: 06**

**PODER EJECUTIVO : 33**

**PODER JUDICIAL : 11**

Como puede observarse fácilmente, el Poder Ejecutivo es el órgano más controlado y, a la vez, el que menos facultades de control tiene. El Legislativo lleva una enorme ventaja -al menos cuantitativamente- en esta materia, puesto que es el menos controlado, pero es el que, notoriamente, tiene mayores formas de controlar.<sup>19</sup> El Judicial tiene relativamente poco control, pero cualitativamente hablando, sus funciones de control son altamente

---

<sup>19</sup> Es interesante señalar que de los veintidós derechos y atribuciones del Congreso, que la Constitución enumera en su artículo 202, al menos once corresponden a funciones de control de los actos del Poder Ejecutivo. Lo cual señala a las claras que estamos en presencia de un Poder Legislativo concebido, primordialmente, como órgano de control.

efectivas, puesto que las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data, de competencia y contencioso administrativas, pueden decidir la ineficacia total y absoluta del acto atacado.

Con un sentido más bien anecdótico -aunque ilustrativo en sumo grado- vale la pena señalar que **el Presidente de la República y el Vicepresidente, carecen de inmunidades constitucionales.** En efecto, para estos dos altos funcionarios del Poder Ejecutivo la Constitución no dedicó artículo alguno que les otorgara inmunidades. Lo curioso es que ellas han sido previstas para los Ministros del Poder Ejecutivo (Art. 241). Asimismo, gozan de inmunidades: los miembros del Congreso (Art. 191), los Magistrados Judiciales (Art. 255), el Fiscal General del Estado (Art. 267), los Agentes Fiscales (Art. 270), el Defensor del Pueblo (Art. 278), el Contralor y el Subcontralor (Art. 284) y los Convencionales Constituyentes (Art. 289). La omisión resulta altamente llamativa y hace pensar que no es intencional; de cualquier manera, demuestra un cierto descuido en la regulación constitucional del Poder Ejecutivo.

En vista de la importancia de ciertos temas que hacen muy especialmente al equilibrio del poder, queremos hacer unas breves consideraciones acerca de dos de ellas: a) El Presupuesto General de la Nación, y b) El Veto.

#### **IV. El Presupuesto General de la Nación.**

En muchas constituciones se establecen restricciones al Congreso con respecto a las modificaciones que pueden introducirse al Proyecto de Presupuesto, porque se entiende que la opinión del Poder Ejecutivo debe primar en esta materia, dado que es este órgano el que, finalmente, resulta el más afectado por dicha ley, evidentemente porque quien habrá de administrar la cosa pública es el Poder Ejecutivo. Así, por ejemplo, en las Constituciones italiana y española, existe una limitación importante al parlamento, consistente en la prohibición de crear tributos (Esp.,134.7)<sup>20</sup>, la Constitución

---

<sup>20</sup> Ver Eliseo Aja, "Manual de Jurisprudencia Constitucional", Ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 327 y ss.

italiana, aparte de esta prohibición, agrega la de establecer nuevos gastos. Sobre el punto, afirma Pietrella<sup>21</sup>: "Otro vicio de la práctica legislativa universal es que al votar los presupuestos los Parlamentos agregan nuevos gastos o nuevos tributos. La Constitución italiana reacciona contra esta práctica, disponiendo: 'Con la ley de aprobación del presupuesto no se pueden establecer nuevos tributos y nuevos gastos'. Y para frenar la tendencia parlamentaria a establecer gastos sin preocuparse de los medios para solventarlos, el texto italiano concluye que 'fuera de la ley de presupuesto, toda otra ley que importe nuevos y mayores gastos debe indicar los medios para afrontarlos'".

El tema de la ley de Presupuesto ha sido y seguirá siendo una de las cuestiones más conflictivas entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Al comentar lo que sucede en Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos, Loewenstein<sup>22</sup> señala, en primer lugar, que en Inglaterra existe un creciente liderazgo del Poder Ejecutivo en la gestión de las prerrogativas financieras y presupuestarias y que las prerrogativas tradicionales del Parlamento están hoy perdidas totalmente. Asimismo, el dominio del gabinete británico sobre las finanzas es tan indiscutible como su dominio en la legislación. Y agrega textualmente que: "En la actualidad, la 'Madre de los Parlamentos' tiene que tragarse hasta los huesos, el presupuesto gubernamental". Por el contrario, en Francia, la Cámara de Diputados y la Asamblea Nacional han retenido su autonomía financiera, constituyéndose la poderosa Comisión de Finanzas en el centro de gravedad político. No obstante, la Constitución de 1.946 (Const. Francesa, Art. 17, párrafo 2) prohibió todo presupuesto de gastos para los que no se hubiesen previsto al mismo tiempo los correspondientes créditos. La Constitución de 1.958 no sólo conservó la norma (Const. Francesa, artículo 41), sino que el Poder Ejecutivo puede, además, poner en vigor -por decreto- la ley financiera que no haya sido promulgada por ambas cámaras dentro de los setenta primeros días tras haber sido depositada (Const. Francesa, artículo 47), "con lo cual se evitará por lo menos el mal crónico de la III República: el retraso presupuestario". Al referirse a los Estados Unidos, señala Loewenstein, que el presupuesto corresponde, por práctica invariable, al Ejecutivo; y que el Congreso

---

<sup>21</sup> Ver Dionisio Pietrella, "La Constitución de la República Italiana", Ed. Dante Alighieri, Bs. As., 1957, pág. 133

<sup>22</sup> Karl Loewenstein, op. cit., pág. 270.

15  
0  
6  
5  
E  
conserva su facultad de reducir las propuestas económicas del gobierno y hace uso de ella con frecuencia, "aunque por otra parte, se suele mostrar en general favorable a los deseos económicos del presidente".

De la lectura de las disposiciones de nuestra constitución sobre la materia, y en especial del artículo 216, no surgen las limitaciones al Congreso que aparecen en la legislación constitucional comparada. De acuerdo con nuestro sistema constitucional, el Congreso<sup>23</sup> podría modificar el presupuesto presentado por el Ejecutivo de manera irrestricta,<sup>24</sup> podría aumentar los gastos sin indicar los medios para afrontarlos o crear nuevos impuestos; puede prolongar el tratamiento del proyecto hasta por 120

---

<sup>23</sup> Es interesante hacer notar que del texto constitucional surge que, en rigor, es solamente la Cámara de Diputados la que puede introducir modificaciones al Proyecto de Presupuesto. Dice la parte pertinente del Art. 216: "La Cámara de Senadores dispondrá de igual plazo para el estudio del proyecto, con las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados, y, si las aprobare, el mismo quedará sancionado. En caso contrario, el proyecto volverá con las objeciones a la otra Cámara,..." Como se ve, la Cámara de Senadores lo único que puede hacer es aprobar o rechazar las modificaciones introducidas por la de Diputados, al punto que si las aprueba el proyecto ya queda sancionado, sólo en caso contrario -esto es, si objeta las modificaciones hechas por Diputados- el proyecto es devuelto a la Cámara de origen.

<sup>24</sup> La única parte del Proyecto de Presupuesto que escapa a las objeciones del Poder Legislativo es la referente al Poder Judicial. En efecto, consideramos que atendiendo a que el artículo 249 consagra la autarquía presupuestaria del Poder Judicial dentro de un tres por ciento del presupuesto de la Administración Central, es requisito indispensable de dicha autarquía que su presupuesto no pueda ser alterado por ninguno de los otros poderes. Es más, el mismo artículo dice textualmente que "El presupuesto del Poder Judicial será aprobado por el Congreso, ...", disponiéndose de modo imperativo la obligación del Congreso de aprobarlo; nótese que no se utilizan expresiones como "será sometido al Congreso", "será considerado por el Congreso", o "será presentado al Congreso" (que sí son empleadas en el art. 216), que conllevan la idea del tratamiento y la discusión del proyecto. Es incontrovertible que la autarquía sería una mera ilusión si se admitiera la posibilidad de una modificación del Presupuesto del Poder Judicial. Si se lee con atención el referido artículo se advertirá que la Constitución -tal vez de manera no tan correcta-, ha remarcado esta circunstancia al decir que el "Poder Judicial goza de autonomía presupuestaria"; recuérdese nada más que el concepto de autonomía implica la **total independencia** en determinada materia.

días,<sup>25</sup> y si a esto se agrega la posibilidad del veto por el Poder Ejecutivo, el tratamiento del Presupuesto podría llevar hasta 160 días, lo que impediría la vigencia oportuna del mismo<sup>26</sup>. La circunstancia recientemente apuntada pone al Ejecutivo entre la espada y la pared, puesto que si llegara a vetar el presupuesto modificado por el Congreso, no alcanzaría a tener vigencia oportuna; consecuentemente, en la práctica, podría verse privado de ejercer una de sus facultades constitucionales en el proceso de formación de la ley: el veto. Entre tener un presupuesto modificado a voluntad del Congreso y tener que manejarse con el anterior, muy posiblemente el Presidente de la República opte por el mal menor de someterse a la voluntad del Congreso. Es importante señalar, además, que el Presupuesto puede ser modificado por una mayoría simple del Congreso -lo que podría dejarlo librado a la decisión de facciones relativamente pequeñas-; el rechazo total, sin embargo, requiere la mayoría absoluta de dos tercios.<sup>27</sup> En países como Italia el problema se resuelve otorgándosele al Poder Ejecutivo la posibilidad de la utilización de un "ejercicio provisorio", y en Francia -como se ha visto- por la puesta en vigor por medio de un Decreto, de la ley de presupuesto que no fuese promulgada dentro de **setenta** días. Como puede advertirse claramente, la tendencia es la de dar cada vez mayor peso al Poder Ejecutivo en la materia presupuestaria, al contrario de lo que sucede en nuestro sistema.

---

<sup>25</sup> Nótese que cuando el artículo 216 se remite al 208, se comete un error, dado que debió hacerlo al artículo 207. El error no ha sido salvado ni aún en la llamada "Fe de erratas".

<sup>26</sup> La hipótesis del veto de la Ley del Presupuesto es técnicamente posible, puesto que no hay disposición constitucional alguna que le impida al Poder Ejecutivo hacerlo. Es más, el artículo 207 -al cual corresponde la remisión hecha por el 216- dispone en su última parte: "El proyecto de ley sancionado, con cualquiera de las alternativas previstas en este artículo, pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación", con lo cual se hace la remisión a los artículos referidos a la promulgación de los proyectos (Arts. 204 y 205), en los que se prevé la posibilidad de su objeción (veto) por el Poder Ejecutivo.

<sup>27</sup> La hipótesis del rechazo total es -desde un punto de vista político- completamente irrelevante, puesto que ningún grupo inteligente que quisiera frustrar el presupuesto presentado por el Poder Ejecutivo habrá de proponer su rechazo total, bastándole con introducir modificaciones en sus partes sustanciales, que sólo requieren simple mayoría.

## V. El veto presidencial

En cuanto a la facultad de veto total otorgada por la Constitución al Poder Ejecutivo, es interesante apuntar que ella ha sido importantemente cercenada al establecerse un sistema de mayoría diferente al de la Constitución de 1967. En efecto, durante la vigencia de ésta, se requería la mayoría absoluta de dos tercios de ambas Cámaras (Art. 158/67), para volver a tratar el proyecto, y en una ulterior votación, la mayoría absoluta para sancionar el proyecto que, entonces, debía ser promulgado por el Ejecutivo. Actualmente, a las Cámaras les basta con obtener la mayoría absoluta para confirmar la sanción inicial (Art. 209). Como puede verse, la fuerza del veto se encuentra enormemente disminuída, siendo éste el único mecanismo de control que tiene el Ejecutivo sobre el Legislativo en nuestro sistema constitucional; además, es el modo que tiene de participar en el proceso de formación y sanción de leyes. Es interesante señalar que el sistema de veto que existe en nuestra tradición constitucional desde la Constitución de 1844<sup>28</sup> tiene su inspiración en las Constituciones de Estados Unidos de Norteamérica y de la República Argentina<sup>29</sup> y en ambos casos la mayoría requerida al Congreso es de dos tercios de votos.

## VI. Consideraciones finales.

Del análisis de la Constitución de 1992, puede concluirse que: 1) Se ha producido un enorme desplazamiento de poder desde el Ejecutivo hacia el Legislativo; 2) Como consecuencia de ésto, el Ejecutivo ha quedado notoriamente debilitado, dentro de un sistema presidencial con ciertos rasgos parlamentarios; 3) El Presidente de la República ha perdido el liderazgo político (desde un punto de vista institucional); 4) No existe un sistema apropiado de control de la labor política del Congreso (excepto, en cierto modo, y muy limitadamente, por la vía de la inconstitucionalidad); 5) El Poder Judicial ha ganado facultades de orden político y ha mejorado el aspecto institucional de

---

<sup>28</sup> La Constitución de 1844 (Art. IX, 40) establece la facultad de veto, aunque no regula la mayoría exigida al Congreso para rechazarlo. La Constitución de 1870 (Art. 76) exige mayoría de dos tercios, al igual que la Constitución de 1940 (Art. 79).

<sup>29</sup> Art. 1º, Par. 7, cl. 2 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y Art. 72 de la Constitución argentina de 1853.

su independencia; 6) Como consecuencia de ésto, el verdadero contrapeso al Poder Legislativo es el Poder Judicial.

Al realizar el análisis teórico de los mecanismos de control del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo, Loewenstein<sup>30</sup> realiza la siguiente clasificación: "1°. La influencia del gobierno sobre las prerrogativas legislativas del parlamento, **incluyendo la elaboración del presupuesto**. 2°. La influencia del gobierno sobre la actividad y la existencia de la asamblea, ... ", que puede subdividirse en: 2.1 Influencia sobre el proceso legislativo; 2.2. Influencia sobre la ley promulgada; 2.3. Facultades legislativas del gobierno; 2.4. Disolución del parlamento; 2.5. El gobierno de crisis. En cuanto al punto 1°, ya hemos visto que en nuestro sistema el dominio del presupuesto le está dado al Congreso. Respecto de la influencia sobre el proceso legislativo, aparte de tener la atribución de la iniciativa de leyes, no tiene otra más, como ocurre en otros sistemas, donde el Poder Ejecutivo ("el gobierno" en la terminología de la mayor parte de la doctrina) maneja el orden del día, la preferencia del tratamiento y el cierre del debate; cuestiones estas que, a pesar de su aparente trivialidad, tienen una enorme relevancia en las relaciones entre los dos Poderes, y se constituyen, justamente, en el instrumento más poderoso del Poder Ejecutivo. Acerca de la influencia sobre la ley promulgada, ya hemos visto al tratar del veto, que éste ha sido reducido en su importancia de manera considerable, al bajarse la mayoría exigida en el Congreso para rechazar el veto; tampoco cuenta el Poder Ejecutivo con la facultad de convocar a referendums, como ocurre en ciertas legislaciones, puesto que la Constitución establece que él sólo puede ser decidido por ley (Art. 121). Referente a las facultades legislativas del Presidente de la República, ha perdido la atribución de dictar Decretos-leyes, y, desde luego, nunca estuvo en nuestra tradición constitucional la delegación de facultades legislativas en favor del Presidente de la República, ni la autorización de "pleins pouvoirs".<sup>31</sup> En cuanto a la disolución del

---

<sup>30</sup> Ver Karl Loewenstein, op. cit., pág. 267 y ss.

<sup>31</sup> Los "pleins pouvoirs" consisten en una autorización **general** al gobierno para emitir decretos con carácter de ley, en lugar de leyes regulares. Entre otros países, se conocen en Francia, Bélgica y Alemania. Dice Loewenstein (op. cit., pág. 276), que ellas se dan cuando el parlamento es incapaz "de ponerse de acuerdo sobre una decisión política, por ejemplo, sobre la reforma económica; o bien no están en situación de poner en forma de ley, necesaria para su ejecución, la decisión tomada, por ejemplo, una complicada ley sobre los funcionarios. Por esta razón, bajo el peso

Congreso, evidentemente, es propia de regímenes parlamentarios y no de regímenes presidenciales, por lo que no cabe un análisis serio de esa posibilidad dentro del contexto de la Constitución de 1992. Finalmente, respecto de los poderes propios de los gobiernos de crisis, vale la pena recordar que la única figura adoptada en la Constitución es el Estado de Excepción, que por las características actuales (es compartido con el Congreso, controlado por el Poder Judicial y con poderes extremadamente reducidos), resulta de relativa poca importancia como tal.

Una vez más, queremos dejar muy en claro que no estamos proponiendo la restauración de un régimen despótico, con instituciones que podrían poner en peligro el estado democrático, sino que queremos remarcar que han desaparecido prácticamente todos los mecanismos de control -buenos o malos- con que podría contar el Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo.

Tanto el Presidente de la República como los Ministros de la Corte Suprema de Justicia pueden ser destituidos por el Congreso vía juicio político, incluso por una causal tan vaga como el "mal desempeño de sus funciones", siendo éste un elemento de control altamente eficaz (Art. 225), sin embargo, no existe un control equivalente para con los miembros del Congreso, ni siquiera intra-órgano. Los diputados y senadores sólo pueden ser removidos de sus cargos por incapacidad física o mental (Art. 190), a diferencia del Presidente o los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, aquellos no pueden ser separados del cargo por mal desempeño de funciones, ni por delitos comunes, **ni por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos.**<sup>32</sup> La comisión de delitos sólo podría llevar a la suspensión de los fueros -concesión que los congresos no hacen con facilidad- pero no a la destitución del cargo (Art. 191). En esto se nota un gran desequilibrio en el grado de responsabilidad de los miembros de los Poderes del Estado.

---

de las circunstancias políticas los parlamentos delegan la función legislativa en un grupo más reducido, el gobierno, del que se espera una acción más rápida y eficaz, haciendo al mismo tiempo responsable políticamente al gobierno de dicha decisión".

<sup>32</sup> El artículo 201 contempla la posibilidad de la pérdida de la investidura por el "uso indebido de influencias, fehacientemente comprobado".

En suma, puede decirse que el sistema vigente deja al Ejecutivo demasiado dependiente del Congreso y librado al apoyo de la mayoría. Las veces que el Presidente de la República tenga que gobernar con un Congreso opositor, estará sujeto a la prudencia y buena voluntad de los líderes de la oposición, quienes, sin mayores dificultades y de manera totalmente institucional, podrían producir el colapso del Poder Ejecutivo. Ante una situación como ésta -con un Presidente cojo y manco- sería preferible adoptar un régimen parlamentario, en el que, aunque parezca paradójico, el Poder Ejecutivo recuperaría la "ejecutividad" y fortaleza que los tiempos modernos exigen.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Dice Duverger: "Si el régimen presidencial conduce a un gobierno estable, no conduce necesariamente, como se cree demasiado a menudo, a un gobierno fuerte. El presidente es libre de actuar a su gusto en el marco de sus poderes gubernamentales y administrativos. Pero su limitación por el cuadro de las leyes y del presupuesto es mucho mayor que en el régimen parlamentario, donde el gobierno participa en la decisión del Parlamento en este terreno, cuando no lo impone, como en Gran Bretaña" (op. cit., pág. 151).

## Bibliografía.

- Aja, Eliseo y otros. "Manual de Jurisprudencia Constitucional", Ed. Civitas, Madrid, 1990.
- Antieau, Chester. "Modern Constitutional Law", Ed. Lawyers Cooperative Pb., New York, 1994.
- Bidart Campos, Germán José. "Derecho Constitucional del Poder", Ed. Ediar, Bs. As., 1986.
- Bidegain, Carlos. "El Congreso de los Estados Unidos de América", Ed. Depalma, Bs. As., 1950.
- Chandler, Ralph C. y otros. "The Constitutional Law Dictionary", Ed. ABD-CLIO, Santa Bárbara, California, 1987.
- Duverger, Maurice. "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", Ed. Ariel, Barcelona, 1979.
- Linares Quintana, Segundo V. "Sistema de Partidos y Sistemas Políticos", Ed Plus Ultra, Bs. As., 1976.
- Loewenstein, Karl. "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, Barcelona, 1970.
- Mendonca, Juan Carlos. "Constituciones de la República del Paraguay", Ed. CEPUC, Asunción, 1991.
- Nino, Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Bs. As., 1992.
- Pietrella, Dionisio. "La Constitución de la República Italiana", Ed. Dante Alighieri, Bs. As., 1957.
- Saye, Albert B. y otros. "Principios del Gobierno Americano", Ed. EDISAR, Bs. As., 1981.
- Tushnet, Mark V. "Constitutional Law", Ed. N.Y. University Press, New York, 1992.

# GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL.

José Ignacio Gonzalez Macchi.

## Introducción.

La Constitución sancionada hace cinco años, sigue con acierto la moderna doctrina que explica la materia, al establecer particularmente un capítulo destinado a garantizar los derechos y las libertades de las personas. En ese sentido, el profesor argentino Germán Bidart Campos nos orienta a distinguir dos núcleos temáticos principales en el Derecho Constitucional: el Derecho Constitucional del Poder, para explicar la Teoría del Estado, y el Derecho Constitucional de la Libertad, para exponer los Derechos y las libertades de las Personas.

Aunque ello no fue así siempre, la cronológica historia de la evolución de las Ciencias Penales, nos demuestra que la "Carta Magna de 1215" fue el primer intento de limitar legalmente el poder del soberano, y la utilización arbitraria de ese poder contra el pueblo. Pero recién a partir del humanismo penal, reconociendo como punto de partida del Derecho Penal Humanista o Liberal ("liberal" como contrario al autoritarismo reinante en esa época) la obra maestra de Beccaria, "De los delitos y de las penas" (1764), se definieron ciertos criterios "paradigmáticos" en materia de Derecho Penal. Posteriormente éstos se convirtieron en principios fundamentales, que fueron recogidos en los primeros esbozos de "cartas, actas y declaraciones de derechos" de los nuevos estados libres, así por ejemplo en la Constitución de Virginia de 1776 y en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de la Revolución Francesa de 1789, y a partir de ellos, se difundieron y promulgaron en todas las constituciones de los estados modernos.

Al respecto de los derechos procesales de las personas, nuestra "Ley Fundamental", siguiendo un lineamiento coherente, establece varios preceptos singulares, que en conjunto conforman todo un sistema de garantías personales.

Estos principios fundamentales, básicamente se refieren a "la personalización, independencia e imparcialidad judicial"; "la inmediatez, economía, concentración y publicidad de los juicios"; "los derechos procesales del imputado"; "los derechos de las personas privadas de libertad"; y otros, que tienen estrecha relación con el sistema de justicia penal que la Constitución vigente define para nuestro país.

La Constitución ha establecido dentro del Título "DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS", en el Capítulo sobre "LA LIBERTAD", varios artículos que estrictamente se refieren a los derechos que poseen aquellas personas que han sido involucradas en un procedimiento penal, o en cualquier otro del cual pueda derivarse pena o sanción. Así, específicamente en su artículo 17 previene en once numerales, los Derechos procesales de las personas a:

- a) que sea presumida su inocencia;
- b) un juicio público;
- c) un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, y que sea juzgado por jueces naturales;
- d) que se respete la prohibición de doble proceso o sanción por el mismo hecho, "non bis in idem", admitiendo la revisión favorable de las sentencias penales;
- e) la inviolabilidad de su defensa;
- f) una defensa pública en caso de insolvencia;
- g) el conocimiento previo y detallado de la imputación, con la potestad de disponer copias, medios y plazos indispensables para la defensa, proscribiéndose la incomunicación;
- h) la facultad de ofrecer, practicar, controlar e impugnar pruebas;
- i) la proscripción de admisión o valoración de pruebas ilegales en su contra;
- j) la prohibición de actuaciones procesales secretas para la defensa, estableciendo el respeto a la predeterminación del plazo legal para la culminación del sumario; y
- k) la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.

En estos preceptos encontramos reunidas gran parte de las garantías fundamentales del "Debido Proceso Legal" constitutivo del "Juicio Justo", también conocido como "DUE PROCESS OF LAW" y "FAIR TRIAL" en la doctrina anglo-sajona, que conjuntamente con

otros artículos de la Constitución, que seguidamente comentaremos, confirman que los preceptos constitucionales aplicados al proceso penal deben regir privilegiadamente sobre la ley procesal ordinaria y sobre aquellas leyes especiales que la modifican o complementan.

Así, nuestro derecho positivo también participa de la doctrina que afirma que el derecho procesal penal, es, en definitiva, un "Derecho Constitucional Aplicado".

Seguidamente, intentaremos hacer una interpretación dogmática de la Constitución, analizando los Principios Fundamentales que se relacionan con el "diseño constitucional del proceso penal".

## **1. La presunción de inocencia.**

La presunción de inocencia o el Derecho a ser considerado inocente durante el juicio y hasta que una sentencia lo declare culpable, tiene, como intentaremos explicar sistemáticamente, varias fórmulas de aplicación que garantizan ampliamente su efectividad dentro del proceso penal contra una persona.

En ese contexto, la correcta aplicación del principio que comentamos, posee innumerables aristas que podrían ser utilizadas por los jueces, a pesar del procedimiento penal vigente, entendiendo a la praxis procesal actual como notoriamente inconstitucional en algunas de sus interpretaciones y aplicaciones, como por ejemplo, cuando la declaración indagatoria (o la negativa a prestarla) es tomada como elemento probatorio, a los efectos de determinar medidas procesales.

*Art. 337. La detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente estos requisitos:*

1. Que esté justificada cuando menos por una prueba semi- plena, la existencia de un hecho ilícito que merezca pena corporal;
2. Que al detenido se le haya tomado declaración indagatoria o se haya negado a prestarla, habiéndosele, además impuesto de la causa de su detención;
3. Que hay indicios suficientes a juicio del Juez, para creerlos responsables del hecho.

Por otro lado, nuestro vetusto Código de Procedimientos Penales se refiere al justiciable como "presunto culpable" o "presunto delincuente" en los artículos 191, 196 y 197, respectivamente, en el capítulo de la "declaración indagatoria".

Ante esta situación, vale mencionar que aun existe en buena parte de la doctrina procesal penal, autores que entienden, como Manzini,<sup>1</sup> que en el proceso penal existe una sospecha o presunción de culpabilidad, confundiendo —a mi criterio y siguiendo a Binder<sup>2</sup>— el núcleo de la discusión sobre la presunción de inocencia, pues ésta debe ser entendida como "una garantía política que protege al ciudadano" envuelto en el ámbito de aplicación de las normas penales y procesales, y no como un grado o "nivel" de conocimientos o de adquisición de ellos (indicios y presunciones), en relación a una persona involucrada en un proceso penal.

### **1) El Derecho a ser tratado como inocente.**

Volviendo sobre las posibilidades de una interpretación y aplicación alternativas de este principio constitucional, por parte de los usuarios del sistema,<sup>3</sup> debemos procurar concientizarlos, hacerles entrar en razón, al respecto de que la presunción de inocencia también exige un trato como tal, es decir, la regla prima debe ser el régimen de inocencia, de libertad en juicio, y la excepción es la privación de tales derechos.

Ser tratado como inocente significa —entre otras acepciones— que pueda seguir su proceso penal en un régimen de libertad ambulatoria, si es que no existen motivos procesales graves que se lo impidan.

---

<sup>1</sup> "La pretendida presunción de inocencia". Si es erróneo, por tanto, el criterio de que las normas procesales penales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que en el procedimiento penal valga a favor del imputado una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena. ...el hecho mismo de la imputación ...tiene por presupuesto unos suficientes indicios de delincuencia, debería ella constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad." Vincenzo Manzini, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I, páginas 253/254, Egea, Bs. As., 1951.

<sup>2</sup> Alberto Binder, "El principio de inocencia o de no culpabilidad". "Introducción al Derecho Procesal Penal", páginas 119 y siguientes, Bs. As., 1993.

<sup>3</sup> Hay que tener en cuenta, que casi siempre es la inteligencia e influencia de los abogados litigantes la que dirige la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Así lo entendimos y aplicamos en una resolución, que transcribimos en su parte pertinente al objeto del presente trabajo.

## **Presunción de inocencia y prisión preventiva.**

A.I. N° 366 del 27/III/96. Juzgado de 1ª Inst. Criminal del 6° T.:

"...Nuestro criterio:

La Constitución Nacional reconoce como uno de los Derechos Procesales de toda persona, el Derecho a la Presunción de Inocencia, en su Art. 17 Inc. 1°.

El alcance de este Derecho no se restringe sólo a que toda persona a quien se le impute la comisión de un hecho delictuoso, se le presuma inocente, sino que también sea tratado como tal, hasta que en un juicio previo se le compruebe su culpabilidad y se le condene por sus actos. Esta concepción establece nuevos contenidos a un Derecho Fundamental bastamente reconocido.

Ser tratado como inocente significa -entre otras cosas- que un imputado por la supuesta comisión de un delito pueda proseguir el juicio en un régimen de libertad, es decir, que se respeten los derechos fundamentales del ciudadano, en oposición a la aplicación irrestricta de la Prisión Preventiva.

Nuestra posición acerca del Artículo 19 de la Constitución Nacional, según la cual "*La prisión preventiva sólo será dictada cuando fuere necesario en las diligencias de juicio*", considera el carácter dispensable y excepcional de toda medida restrictiva de libertad, pues, un análisis de contexto de esta expresión, debe ser concordada con el Artículo 17 de la Constitución Nacional que nos da el criterio de aplicación de que la regla durante un proceso penal, es la libertad de un procesado mientras se sustancia el juicio, siendo excepcional la restricción de libertad, debido justamente a la presunción de su inocencia y a la favorabilidad de los casos de duda, construida también a raíz del Artículo 14 del C.P.P.

Este criterio de aplicación tiende a dar un giro copérnico en cuanto a la doctrina y a la jurisprudencia aplicable en relación a la restricción de la libertad durante un proceso penal, puesto que los requisitos exigidos por el Artículo 337 del Código de Procedimientos Penales, quedan regulados de acuerdo a los preceptos constitucionales, limitando aun más el ámbito de su aplicación, para

cuando surjan elementos de convicción acerca de que el imputado tiene intenciones o está próximo a fugarse, o cuando se corre serio peligro de que en un régimen de libertad se podrán ocultar o destruir pruebas necesarias para el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos.

Fuera de los casos precedentemente descritos, no corresponde aplicar ninguna medida cautelar restrictiva de la libertad personal, en una correcta aplicación de los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, respetando al mismo tiempo los tratados sobre Derechos Humanos ratificados y canjeados por el Paraguay.

La detención y la prisión preventiva son medidas restrictivas de libertad que se implementan en un proceso penal, el primero cuando sea necesario adoptar como medida de urgencia la presencia de un sujeto para el cumplimiento de una diligencia procesal; y el segundo, cuando sea estrictamente necesario para la atracción de un sujeto a las resultas del proceso.

Justamente lo discutible es discernir o interpretar cuándo es "estrictamente necesaria" la aplicación de la prisión preventiva.

El Profesor Riquelme, citando al maestro Carrara, nos enseña que, como presupuestos de la prisión (preventiva), "*... la doctrina reconoce que la institución se funda: 1º En la necesidad de justicia, para impedir la fuga del reo; 2º necesidad de verdad, para impedirle enturbiar las investigaciones, destruir los vestigios del delito, intimidar a los testigos; 3º necesidad de defensa pública, para impedir a ciertos fascinosos que continúen, mientras dure el proceso, en sus ataques al derecho ajeno...*". (Instituciones, pag. 386).

Que, al respecto de los dos primeros aspectos profundizaremos constantemente en el presente exordio, mientras que con relación al último argumento, la nobleza nos obliga a criticar la postura del maestro, apoyándonos en la evolución de la doctrina procesal penal moderna. En ese sentido, esta posición ha sido puesta en tela de juicio por los sectores más avanzados de la doctrina en base, fundamentalmente, a criterios tendientes a evitar que la prisión preventiva cumpla funciones más propias de la pena o de las medidas de seguridad.

La detención preventiva en los supuestos en que "se estime necesario para impedir al sujeto que cometa una nueva infracción" y,

por tanto, antes de la realización de un hecho delictivo, descansa sobre las ideas de peligrosidad y pretende de este modo, cumplir una función de prevención.

En caso de admitirse este motivo como justificativo para la adopción de la prisión provisional, se estaría posibilitando que la prisión preventiva actuara como un medio asegurativo del orden social, de la tranquilidad ciudadana que, de no decretarse la medida, podría sufrir las consecuencias de una posible reiteración delictiva por parte del mismo sujeto.

Así, la prisión preventiva adoptada en aras de evitar la reiteración delictiva no responde a criterios de carácter cautelar, sino que antes, al contrario, se apoya en ideas de prevención propias de las medidas de seguridad, con lo cual, caso de admitirse tal finalidad, se estaría atribuyendo igual naturaleza a la prisión.

No obstante, y como conclusión -en relación a este punto-, aunque la finalidad preventiva no puede incluirse entre las propias de la medida cautelar, lo cierto es que la realidad pone de manifiesto cómo, y en mayor medida cada vez, la prisión preventiva se adopta en base no a exigencias estrictamente procesales, sino en atención a la peligrosidad aparente del imputado y en aras de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a la posible reiteración delictiva por parte de éste, y ello porque la pena, debido al retardo excesivo de los procedimientos, difícilmente puede cumplir esta misión.

En este caso particular, esta "función" de la prisión preventiva, sería inocua, puesto que el juicio que nos ocupa versa sobre la comisión de un supuesto homicidio culposo, o sea sin "dolo", descartándose una prognosis peligrosista.

Volviendo sobre la admisibilidad de la disposición de una medida cautelar de carácter personal, la solución dada a ésta problemática en relación a la aplicación del artículo 337 del Código de Procedimientos Penales, hasta la sanción y promulgación de la nueva Constitución Nacional, señaló una vía doctrinal y jurisprudencial que se mantenía al borde de los límites de una resolución arbitraria, infundada, pues se consideraba que la "presunción dolis" del Artículo 16 del Código Penal se relacionaba estrictamente con los "indicios suficientes" del inc. 3º del Artículo 337, en contradicción forzosa al Artículo 14 del Código Procesal Penal. En otras palabras, en el sumario no era admisible aplicar el beneficio de la duda, y como la presunción de inocencia, era tan solo una doctrina sin carácter o

rango constitucional, la disposición de la prisión preventiva era por lo tanto la regla.

Sobre el punto, el Informe final sobre "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina", elaborado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, claramente ataca esta situación y refiere: *"La prisión preventiva o provisional, que debiera ser la excepción en el sistema procesal, pasa a ser casi la regla en los códigos latinoamericanos, y por ende, la excarcelación o libertad bajo caución provisoria, se rige en una institución cuya regulación es de fundamental importancia. A éste respecto, los datos fácticos latinoamericanos son sumamente alarmantes: la investigación que sobre el tema ha realizado la O.N.U. en el área muestra que el 68,47 % de los presos son presos sin condena, es decir personas sometidas a proceso. Sólo el 31,53% de los presos latinoamericanos estarían cumpliendo penas.*

*"Esto revela la penosa inversión del proceso penal latinoamericano, que hace incidir el eje principal de la actividad juzgadora en la instrucción, lo que en la práctica distorsiona totalmente el proceso penal, haciendo que el juicio provisorio del organismo instructor, haga cesar el principio de inocencia e imponga la verdadera pena".* (Editorial Depalma, Bs.As., 1986, pag.142).

Esta situación precedentemente descrita incide notoriamente en la superpoblación carcelaria en nuestro país, a raíz de la utilización abusiva de la prisión preventiva siempre y en todos los casos; por la cual, una doctrina acorde con la Constitución Nacional vigente y al respecto de los Derechos Humanos debe prescindir de la aplicación irrestricta de las medidas restrictivas de la libertad, debiendo interpretarse que toda persona sujeta a un proceso penal puede substanciar su juicio en libertad.

Por su tremenda contradicción, la institución de la prisión provisional, ha sido incluso, calificada de inmoral, por suponer una privación de libertad que recae sobre la persona que aún no fue declarada culpable, que la cumple, en definitiva, un inocente, por lo cual, es difícil deshacerse del criterio de admisibilidad de la medida restrictiva de libertad sin realizar un prejuzgamiento en cuanto a la culpabilidad del indiciado.

La prisión preventiva, aplicada irrestrictamente, constituye un atentado al Derecho a la presunción de inocencia, y por ello, ha sido considerada por la mayoría de la doctrina, como de difícil justificación,

en la medida en que se resuelve en una restricción de la libertad anterior a la sentencia condenatoria.

La prisión provisoria en la práctica se equipara y confunde con la pena por coincidir el contenido de ambas, es decir, las dos significan privación de libertad, por lo que sería conveniente que tal resolución se adoptará en atención a estrictas finalidades cautelares y respondiera a los caracteres propios de dichas medidas.

Por otra parte, el derecho a la presunción de inocencia impone la exigencia del establecimiento de algunos límites en lo que a la prisión provisional respecta.

Tales límites, y partiendo de la idea que dicha medida supone una anticipación de los efectos de la condena, sin que la misma se haya dictado, imponen la obligación de que a esta situación solo se *habrá* de llegar cuando concurren determinados presupuestos, que no son otros que los comunes a toda medida cautelar: el "periculum in mora" y el "fumus boni iuris", que justifiquen su adopción y mantenimiento.

El "periculum in mora" consiste en el peligro de causar un daño o perjuicio específico ocasionado por la lentitud del proceso ordinario. Por ejemplo, peligro de fuga, peligro de ocultación o destrucción de pruebas.

El "fumus boni iuris" se refiere a que exista la apariencia de buen derecho, es decir, que se exige una alta probabilidad de que la resolución final coincida con la provisional de carácter cautelar.

Por otro lado la excepcionalidad de la medida restrictiva de libertad personal, guarda estricta relación con la posibilidad de utilizar alternativamente otras medidas cautelares a los efectos similares a los argumentados para la aplicabilidad de una prisión preventiva. En ese sentido, se pueden disponer medidas de carácter también personal aunque menos restrictivas, como ser la obligación de ofrecer arraigo suficiente o la prohibición de salir del país o de ausentarse apercibiendo el deber de estar atento a las resultas del juicio; y otras, de carácter patrimonial, siempre como medidas cautelares independientes a la prisión preventiva, como ser: el embargo preventivo, la prohibición de enajenar bienes, etc.

Todo este conjunto de medidas, es decir, la excepcionabilidad, de responder a los presupuestos del periculum in mora y del fumus

boni iuris, y la duración limitada, así como la correlación entre la prisión preventiva y la naturaleza y caracteres propios de las medidas cautelares la dotan de las garantías necesarias para cumplir las atribuciones que le están asignadas.

Todo lo anteriormente expuesto debe ser estudiado en relación al caso concreto que nos ocupa; en ese sentido, nos encontramos ante un incidente de prisión, en un juicio criminal por la supuesta comisión del delito de homicidio culposo. Por lo que corresponde analizar acerca de la indispensabilidad de la prisión preventiva solicitada; entonces, como ya hemos manifestado, el criterio de la alarma social y el peligro de reiteración delictiva, no corresponde considerarlo como fundamentación suficiente para la procedencia de la prisión provisional. Por otro lado, los criterios de peligro de fuga y peligro de ocultación y/o destrucción de los elementos en el caso que nos ocupa, no se pueden aplicar, puesto que con relación al peligro de ocultación y/o destrucción de la prueba, las mismas están suficientemente individualizadas y arrojadas en autos, y la mayoría de ellas constituyen pericias médicas que corresponden o quedan a merced de otras personas y no de la hoy imputada, imposibilitando el peligro cuestionado, por otro lado, como lo expone específicamente el Prof. Riquelme, *"sí se quiere que no coheche testigos ni trabe la marcha de la causa, fijesele un domicilio especial del cual no podrá alejarse, y hágase lo mismo en los casos en que haya peligro de posibles choques con la víctima o sus parientes o amigos"*. (instituciones, pag.387); mientras que con relación al peligro de fuga de la encausada, la misma ha demostrado su disposición de presentarse ante el juzgado a prestar su declaración indagatoria, en fecha 7 de julio de 1993 ... que además se trata de una madre de familia y profesional de Medicina, circunstancias que desmeritan a criterio de este Juzgado, el peligro de que la mencionada se desarraigue de las resultas del juicio.

No obstante, a los efectos de garantizar las resultas del juicio, corresponde disponer alternativamente otras medidas cautelares de carácter personal y también real, como son la prohibición de salir del país; prohibición de mantener comunicación con profesionales médicos que fueron o que serán nombrados como testigos y/o peritos en la presente causa; y a los efectos de asegurar su responsabilidad pecuniaria, sin entrar a admitir -prima facie- los indicios de criminalidad de la encausada, disponer la prohibición de enajenar, gravar y vender sus bienes.

Por lo anteriormente expuesto, es criterio del Juzgado, -sin entrar a calificar la tipificación penal del supuesto delito cometido-, que indefectiblemente, la disposición del Artículo 337 del C.P.P. debe regularse y limitarse por la indispensabilidad y excepcionabilidad de la prisión preventiva, fundamentada en la doctrina bastamente enunciada en la presente resolución, y según los preceptos constitucionales y legales aplicables.

Como consecuencia debe rechazarse el incidente de prisión planteado en autos. "*La experiencia de los pueblos cultos nos demuestra que es posible instruir las causas sin que el acusado este privado de su libertad*". (Victor Riquelme, citando a Jofre, Instituciones, pág. 387).

La presente resolución se fundamenta en los preceptos constitucionales contenidos en los Artículos 11, 17, incs. 1º y 3º, 19 (primera parte), y 137; concordando con ellos los Artículos 7 incs. 3º y 8º, inc. 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica); y el Artículo 14 y demás concordantes legales del C.P.P. Además, en los Artículos 131, 144, 145 del Código de Procedimientos Penales y sus concordantes legales.

Entonces el Juzgado:

### RESUELVE:

**1) NO HACER LUGAR** al Incidente de Prisión deducido por XX en contra de ZZ, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución y por improcedente.

**2) DISPONER** la prohibición de salir del país sin la autorización del Juzgado a ZZ. Para su cumplimiento, líbrese oficio a la Comandancia de la Policía Nacional.

**3) DECRETAR** la prohibición general gravar y vender los bienes de ZZ, para su cumplimiento líbrese oficio a la Dirección Gral. de los Registros Públicos.

**4) ANOTAR, ...".**

En contra de resoluciones fundamentadas de la manera precedente, la jurisprudencia del Tribunal de Apelación, anotada por Giménez Cabral nos indica que la prisión preventiva debe servir

también como medida cautelar necesaria para asegurar el efectivo cumplimiento de la pena.

**Fallo:** "...la prisión preventiva es una medida cautelar decretada contra la persona del procesado, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la pena que se le deba imponer, en el supuesto de resultar condenado. Esta resolución es de carácter procesal, como todas las disposiciones tomadas en estado sumario contra la persona del encausado, queda ejecutoriada si las partes no interponen contra ella los recursos pertinentes, dentro del plazo establecido por la ley...". (A.I. N°268 del 19-IX-974. Tribunal de Apelación en lo Criminal)

## **2) El Beneficio de la duda a favor del procesado.**

El Derecho a que sea presumida la inocencia es una norma recientemente introducida en nuestro derecho positivo, puesto que el régimen procesal penal sólo reconocía el beneficio de la duda a favor del reo ("in dubio pro reo"), aunque su aplicación jurisprudencial le daba cabida solamente en el plenario, al momento de dictar sentencia, y nunca —o casi nunca— se lo aplicaba en el sumario.

### **Fallos:**

"Hallándose la causa en estado sumario... no es dable el análisis exhaustivo de las pruebas y de la DUDA se computa en contra del procesado..." (A.I. N° 6, del 9/II/1974, Tribunal de Apelación en lo Criminal de Feria; A.I. N° 210, del 1º/XII/1983 y A.I. N° 218, del 14/XII/ 1983, Tribunal de Apelación en lo Criminal, 2ª Sala.)

"En cuanto a la duda existe un criterio que es costumbre y como toda costumbre se la usa sin pensar, sin razonar. La aplicación del Art. 14 en el estado sumario es, según el uso, de aplicación inversa. No encontramos ni se extrae de ninguna norma procesal dicho criterio, que en el estado sumario la "duda se aplica contra el procesado". Con dicho criterio no tendría sustentación ni podría tener vigencia el sobreseimiento provisional La duda es una suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios, o de dos decisiones, o bien acerca de un hecho o noticia. Es una suspensión voluntaria y transitoria del juicio para dar un espacio y tiempo al espíritu, a fin de que coordine todas sus ideas y todos sus conocimientos. La duda puede surgir en el animo del Juez cuando se ha verificado la existencia de un hecho criminal, con la comprobación del cuerpo del

delito, pero, no existe certeza sobre la forma, modo o persona y demás protagonistas y circunstancias de su perpetración...". (A.I. N° 111, del 1°/VIII/1986 y A.I. N° 122, del 21/VIII/1986. Tribunal de Apelación, 3a. Sala.)

Entonces, otro punto de vista desde el cual debe analizarse la garantía a la presunción de inocencia del justiciable en un proceso penal, se relaciona con el beneficio de la duda a favor del acusado. El principio del "IN DUBIO PRO REO", tan conocido como mal aplicado en la práctica procesal penal, y su determinación legal regulada en el artículo 14 del Código de Procedimientos Penales, según el cual, se establece claramente que el acusado — o reo— tiene el "Derecho" a beneficiarse de la duda, o dicho en mejor forma, a que, en los casos donde reina la "duda", la balanza de la justicia se incline a su favor.

A nuestro criterio, esto tiene relación con la presunción de inocencia y la correspondiente carga de la prueba a la parte acusadora, puesto que si la acusación no ha logrado verificar fehacientemente la culpabilidad del justiciable, es decir, no ha dejado vestigios indubitados acerca de su culpabilidad en los hechos que se le imputan, o dicho a la manera "estadounidense", si no se ha comprobado su culpabilidad fuera de toda "duda razonable", entonces, la "duda" refuerza la convicción sobre su presunción de inocencia.

Siguiendo las enseñanzas del procesalista Alberto Binder, "La culpabilidad debe ser jurídicamente construida... tras la adquisición de cierto grado de certeza... donde el imputado no tiene que construir su inocencia...", debiendo aclarar que "la construcción de culpabilidad" se refiere a que es la parte actora (fiscal y/o querrela) quien debe demostrar la culpabilidad dentro del juicio penal.

Construir con certeza la culpabilidad significa destruir sin lugar a dudas la situación básica de libertad —inocencia— de la persona imputada.

### **3) La carga de la prueba a la parte acusadora.**

Otra acepción del precepto relativo a la presunción de inocencia tiene relación estricta con la carga de la prueba en un juicio penal, pues si el justiciable tiene el derecho a ser considerado —y tratado— como inocente hasta que se demuestre su culpabilidad en juicio, entonces la parte acusadora o el agente fiscal interviniente, en los delitos de acción penal pública, son quienes deben probar la

culpabilidad de aquel, y no éste, su inocencia. El "onus probandi" es competencia exclusiva y obligatoria de la parte acusadora, siendo potestad de la defensa, limitarse a negar las imputaciones en su contra.

Este criterio debe concordarse con los numerales 8 y 9 del artículo 17 mencionado; y en su correcta aplicación, lo que no pueden hacer los jueces en un proceso penal es imponerle al justiciable la demostración fehaciente de sus dichos y hechos, puesto que ello sería atentatorio al precepto constitucional que se está explicando.

Final y consecuentemente, el justiciable no puede ser considerado culpable, mientras su culpabilidad no sea comprobada en el juicio y determinada en la sentencia. Entonces, al respecto, durante el juicio debe ser tratado como inocente y no puede ser tratado como culpable, en relación con otras garantías estrechamente vinculadas, como que no se le puede restringir el derecho a la defensa, o que no se pueden hacer valer medios probatorios de autoincriminación, etc.; y antes de una sentencia condenatoria no se le puede anticipar la pena, siendo las medidas cautelares y/o preventivas de carácter personal, excepcionales y sólo deben ser decretadas cuando fuesen indispensables a los efectos del proceso, conforme al precepto establecido en el artículo 19 de la Constitución.

## **II. El derecho a un juicio público.**

El juicio público es inherente a la República, e inescindible a ella, pues se relaciona estrictamente con la publicidad de los actos de gobierno, y específicamente con la posibilidad de control público sobre la administración de justicia.

No obstante, no se debe confundir publicidad del juicio con publicación del juicio -relativo a la labor de los medios masivos de comunicación en un proceso penal-, pues lo primero se relaciona con una de las funciones esenciales de la justicia penal: "la trasmisión de mensajes a la sociedad, acerca de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia social". 4

---

<sup>4</sup> Alberto Binder, "El principio de inocencia o de no culpabilidad", "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ad-Hoc, Bs. As., 1.993.

Nuestra Constitución es reiterativa en expresar esta garantía, pues la regula en otros artículos; así, en el artículo 256 dispone que "los juicios podrán ser orales y públicos, en la forma y medida que la ley determine". Y aunque aquí, el precepto constitucional es potestativo, nuestra interpretación particular al respecto es, que un juicio penal que no reúna las condiciones necesarias de publicidad, es claramente inconstitucional.

La publicidad del juicio significa que las decisiones jurisdiccionales deben estar a merced del control público, así lo entendió también el Prof. Dr. Óscar Paciello, quien en sus expresiones como constituyente, comenta éste artículo, diciendo: *"...Para la democracia todo tiene que ser público,... lo que a nosotros nos alarma es el hecho de que la justicia se administre entre cuatro paredes,... y queremos ponerla bajo control popular como una expresión de democracia"*. 5

La justicia secreta, es decir, aquella que se realiza "entre cuatro paredes", además de lesionar el concepto de "democracia representativa" (art. 1º), también vulnera los requisitos esenciales de independencia e imparcialidad judicial (art. 16, in fine), y la garantía de igualdad de acceso a la justicia (art. 47, inc. 1º). Todos preceptos constitucionales.

Entendemos, como los constituyentes, que el concepto de democracia representativa articulado en la primera norma constitucional, se refiere al establecimiento de sistemas, medios y formas de participación popular directa en la ejecución y en el control eficaz de los actos de gobierno. 6

Las únicas limitaciones permitidas a la publicidad del juicio, se encuentran fundamentadas en la misma Constitución, y son relativas a:

- a) garantizar la presunción de inocencia y evitar el prejuzgamiento (artículo 22); y
- b) la protección integral de los derechos de las personas más vulnerables. (artículo 27, in fine).

---

<sup>5</sup> José M. Plano de Egea, "La Constitución Nacional con sus fundamentos", Ed. Ld., 1992, pág. 235.

<sup>6</sup> Véase Diario de Sesiones, plenaria, Nº 9, pág. 17, expresiones del convencional Bernardino Cano Radil.

Básicamente, estas limitaciones se dirigen a las publicaciones sobre los procesos y a la difusión de informaciones por medio de la prensa, cuando éstas afecten directamente derechos y garantías personales protegidos por la Constitución.

### **Juicio público y juicio oral.**

Ahora bien, precisamente en este punto comentado debemos hacer un "excursus" en favor del "juicio oral", pues, así como afirmamos que un juicio que no reúne las mínimas condiciones de publicidad es inconstitucional, el proceso escrito -a nuestro humilde entender- no puede ser admitido como un sistema aplicable al juicio público.

Los principios políticos estructurados por la Constitución en relación al sistema judicial que se quiere para el Paraguay, se fundamentan en la inmediatez, economía, concentración y personalización judicial, y en la publicidad de los juicios.

Estos principios sólo pueden ser realizables a través de los medios e instrumentos idóneos. En ese sentido, el sistema procesal que emplea "la oralidad" como instrumento, es hasta ahora el medio que mejor garantiza el efectivo cumplimiento de estos principios básicos del juicio penal.

Si el juicio se realiza en un solo acto y en presencia de todas las partes (concentración), con el arbitrio del juez (inmediación y personalización), utilizándose como medio de comunicación la oralidad, lo cual convierte el acto en fácilmente controlable por las partes y el público (publicidad), acortándose el tiempo de duración y resolución de los procesos (celeridad), lo que a la larga tiene directa implicancia con la minimización del costo de los juicios (economía), entonces estaríamos en presencia del sistema procesal estructurado por la Constitución.

Vale mencionar que cuando en la doctrina se hace referencia al modelo judicial, o mejor, al sistema procesal inherente a una República, siempre se parte por implementar alguno de los sistemas de juicio oral. Entendiéndose al sistema escrito como un modelo nacido al amparo de la inquisición, utilizado por las monarquías y — hasta hoy— custodiada por la doctrina procesal conservadora.

### III. El derecho a un juicio previo.

La garantía del juicio previo tiene al menos dos aspectos básicos: por un lado, el hecho de que a nadie se le puede condenar sin que medie una sentencia, a la cual se llega luego de un proceso donde se comprueba fehacientemente su culpabilidad.

Entonces, el derecho a un juicio previo no se refiere solamente al momento procesal del debate y la sentencia (el juicio propiamente dicho), sino a todo el procedimiento en sí, es decir, desde el primer acto de procesamiento contra una persona hasta que se llegue a la resolución definitiva del juicio, toda actividad judicial debe estar fundada en la ley.

Por otro lado, el "juicio previo" debe estar fundado en una ley anterior al hecho del proceso, o sea, que se debe dar estricto cumplimiento a los principios de "legalidad del delito, de la pena y del proceso", según los cuales, tanto el delito como la pena deben estar estricta y previamente definidos por la ley, e igualmente, el procedimiento a seguir para investigar y juzgar esos delitos, debe estar previamente determinado en una ley. Demás está explicar que en estos casos regirá el principio de retroactividad de la ley penal favorable, admitido por el artículo 14 de la Constitución.

Esta garantía no es nueva, ni es original de la Constitución que estamos comentando, pero sí podemos afirmar que su verdadero alcance aun no ha sido realmente definido.

Del numeral 3° del artículo 17 que intentamos explicar, se pueden cotejar los siguientes presupuestos:

- a) una ley penal sustantiva debe predeterminar la conducta delictiva y la sanción inherente a ella ("nullum crimen, nulla poena sine lege stricta et praevia");
- b) el proceso penal (incluido el juicio) debe estar regulado necesariamente por una ley —adjetiva— tendiente a realizar la ley penal de fondo ("nullum iudicium sine praevia lege");
- c) nadie puede ser condenado sin una sentencia definitiva como culminación del debido proceso legal ("nulla poena sine iudicium"); y
- d) el proceso debe ser desarrollado y juzgado en una sentencia definitiva, dictada por un "juez natural y competente", no admitiéndose el juzgamiento por tribunales especiales".

En este último aspecto, la Constitución refuerza el "Principio del Juez Natural", con el derecho que tiene toda persona a ser juzgada por tribunales y jueces competentes (art. 16, in fine), proscribiéndose la posibilidad de establecer tribunales especiales.

#### **IV. La prohibición del doble proceso o sanción por la misma causa. La revisión favorable de las sentencias.**

En la primera parte del numeral 4º del artículo 17 de la Constitución, que estamos comentando, se proscribe la posibilidad de enjuiciar y/o sancionar dos veces por una misma causa a una misma persona. Este precepto, más conocido en la doctrina procesal con el aforismo latino: "non bis in idem" o "ne bis in idem", establece la "inadmisibilidad de la persecución penal múltiple", según la cual, el Estado (por medio del juicio penal) no puede someter a proceso a un imputado dos veces por una misma causa, sea en forma simultánea o sucesiva. Consecuentemente, nadie puede ser condenado dos veces por los mismos hechos.

La fundamentación de la aplicación de este principio tiene relación con la necesidad de poner ciertos límites a la potestad estatal del "ius puniendi", considerando la fuerza y gravedad del poder penal del Estado, ante el cual, un ciudadano no puede quedar sometido a una doble amenaza dentro de un estado de derecho.

Dicho en otros términos, si el Estado ha procesado a un ciudadano por una causa penal, con éxito o sin él, utilizando todos sus órganos e instrumentos para el efecto, no es justo para el ciudadano, cumplir una doble condena o sufrir el riesgo de hacerlo.

No obstante, sí puede permitirse un "segundo" proceso contra una persona, cuando el motivo de este último consista en la revisión de una sentencia condenatoria recaída en el primero, para determinar si es admisible la revocación de la condena y la consecuente absolución. Este es el presupuesto establecido en la segunda parte del numeral que explicamos.

Lastimosamente, en relación con el primer presupuesto, no existe aun un lineamiento jurisprudencial que haga efectiva la prohibición mencionada. Aunque, si nos permitimos el "lujo" de revisar el derecho, la doctrina y la jurisprudencia comparada, encontraremos que, mucho más que la interposición de excepciones de "cosa

juzgada" o de "litispendencia", la defensa de esta garantía reflejada en fallos de las cortes argentinas y de los EE.UU.<sup>7</sup> supone un significativo "instrumento" para "medir" el estado de derecho de esos países.

En relación con el segundo presupuesto, una reforma de la legislación procesal, como la propuesta del Anteproyecto de Código Procesal Penal a iniciativa de la Fiscalía General del Estado, solucionaría la aplicabilidad de dicha norma constitucional, con la adopción y aplicación efectiva del "Recurso de Revisión".

## **V. El derecho a la defensa.**

La garantía del derecho a la defensa está ampliamente cubierta por nuestra "Carta Magna". En el artículo 16, se garantiza la inviolabilidad del ejercicio de la defensa en juicio; en el artículo 17, numeral 5º, se garantiza la efectividad de la defensa, al asegurar la obligatoriedad de la asistencia de un abogado profesional de su confianza; el numeral 6º dispone que el Estado se hará responsable de la defensa de los insolventes; el numeral 7º establece los medios necesarios para una defensa idónea y eficaz, también dispone la libre comunicación del imputado con su abogado defensor; los numerales 8º y 9º: establecen las debidas garantías de la defensa en relación con los medios probatorios utilizables en el proceso penal; en numeral 10º confirma el principio de publicidad de los actos y resoluciones judiciales, proscribiendo el secreto del sumario para las partes, y particularmente, resguardando el derecho a que la defensa tenga un efectivo acceso a los medios judiciales básicos para ejercer su mandato.

Por otro lado, conforme al artículo 12 de la Constitución, en su numeral 4º, toda persona detenida tiene derecho a disponer de un intérprete (o traductor) cuando fuese necesario. Esta garantía es un corolario del principio del derecho a una defensa idónea y eficaz.

Del mismo principio se deriva también el precepto establecido en el artículo 18 de nuestra "Ley fundamental", según el cual nadie está obligado a autoincriminarse, o incriminar a su cónyuge o conviviente, o a miembros cercanos de su familia.

---

<sup>7</sup> Alejandro Carrio, "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Ed. Hammurabi, Bs.As. 1994, págs. 379/399.

Como podemos observar claramente, la Constitución intenta dotar al ciudadano de los medios adecuados para protegerlo del eventual uso disparado o arbitrario del "ius puniendi" estatal. Así, la inviolabilidad del derecho a la defensa libre, idónea y eficaz, no es simplemente una más de esas garantías, sino la más importante.

Veamos tan sólo la evolución del objeto de la "declaración indagatoria", antes —y con esa denominación— entendida como un medio probatorio. Recuérdese, que en la época de la inquisición ésta era "la reina de las pruebas", pues, "a confesión de parte, relevo de pruebas", considerada una prueba tasada y que subsiste aún hoy en nuestro vetusto procedimiento penal. Sin embargo, la moderna doctrina procesal (o al menos aquella que se precie de progresista, democrática y garantista) entiende, que la "declaración del imputado" (nueva denominación) ya no debe ser tomada como medio de prueba, sino que debe ser considerada como un instrumento del ejercicio de la defensa.

Una práctica procesal moderna en ese sentido, impediría utilizar el antiguo y notoriamente inconstitucional uso de la fuerza pública (o su apercibimiento) para forzar a una persona a presentarse a declarar en juicio. La declaración es un derecho y no una obligación. Por ello, el imputado puede declarar cuando quiera y todas las veces (razonablemente) que quiera, y no puede negársele ese derecho. De esta concepción enraizada a la garantía de la inviolabilidad de la defensa, se desprende el principio, hoy aceptado indiscutidamente, que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

## **VI. Garantías probatorias.**

Ya nos hemos referido someramente al derecho que tiene el imputado para ofrecer, practicar, controlar e impugnar pruebas; y de que las pruebas obtenidas ilegalmente (o las actuaciones producidas en violación a las normas) no tengan validez en juicio, como inherentes a la inviolabilidad de la defensa.

No obstante, nos permitimos abordar nuevamente el tema, a los efectos de especificar el alcance de tales garantías, dentro del sistema probatorio diseñado o permitido por la Constitución.

En ese sentido, las garantías probatorias, además de formar parte de los derechos provenientes del pleno ejercicio de la defensa,

también se relacionan con los límites a las atribuciones estatales de recoger información. Entre ellos, la exclusión o desvaloración de la prueba documental obtenida ilegalmente, que está formalmente prohibida por el artículo 36, el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los recintos privados, siempre que no sean afectados por orden judicial y otras excepciones legales, consagrados por los artículos 33 y 34, respectivamente. Todos son artículos de la Constitución.

El efectivo ejercicio de plenos derechos probatorios también está relacionado con el sistema del proceso contradictorio o bilateral (o "controversial", según la denominación anglosajona), dejando entender la posibilidad de "acción y reacción" entre las partes, dentro del esquema acusatorio -no inquisitivo- que se pretende en el programa constitucional.

Por proceso acusatorio debemos entender aquel juicio en el cual el ejercicio de la acción penal es desarrollado por una parte acusadora (pública o particular), ante el conocimiento de la parte adversa, frente a una actividad jurisdiccional limitada a controlar la investigación y a la realización del juicio propiamente dicho. El ejemplo normativo vigente de un proceso como el referido, es el "Juicio Político", cuyo procedimiento está regulado en el artículo 225 de la Constitución.

Así entendido, el "Juicio Justo", proscribe utilizar pruebas autoincriminatorias, distinguiéndose: a) los derechos del justiciable como "sujeto" de prueba, donde bajo ningún concepto pueden hacerse valer estas pruebas en su contra (confesión, declaración de un pariente cercano, documentos personales, etc.); b) de las obligaciones del justiciable como "objeto" de prueba, donde según las circunstancias se permitiría la producción de pruebas incriminatorias (extracción de sangre o de liquido seminal, prueba de alcoholemia o adicción, pericias psicológicas o psiquiátricas, etc.).

## VII. La indemnización estatal.<sup>8</sup>

El programa constitucional admite dentro de los derechos procesales de los justiciables la indemnización pecuniaria por parte del Estado, a quien fuera condenado a causa de un error judicial. En este punto específico hay que establecer distintos parámetros de

---

<sup>8</sup> Juan Montero Aroca, "Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial", Tecnos, 1988, Madrid.

análisis, entre ellos, el primero a comentar se refiere a la naturaleza de esta garantía, también sobre las causales y el derecho a repetir.

### **1) Naturaleza.**

La indemnización estatal es una forma de satisfacer la necesidad de restablecimiento del orden jurídico resquebrajado por una sentencia condenatoria fundamentada en un error judicial. Tiene directa relación con la responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial.

La sentencia condenatoria afectó bienes jurídicos de importante jerarquía, como la libertad y/o el patrimonio de la persona condenada. Entonces, esa persona tiene el derecho a reclamarle al Estado que lo condenó injustamente, que le repare el daño causado. El Estado a su vez, puede accionar contra el funcionario responsable del fallo o del error.

Por otro lado, también es una forma de imponer al Juez la fundamentación debida de sus resoluciones definitivas, puesto que como veremos, el Estado podrá repetir contra el o los funcionarios que originaron el error judicial del cual emanó la sentencia.

### **2) Casos y Causas.**

Lastimosamente, —a mi criterio— la Constitución limitó la posibilidad de obtener una indemnización en los casos en que la condena sea dictada a causa de un error judicial. Entonces hay que distinguir:

#### **a) Solamente en casos de condena:**

No se admite que el error haya originado una resolución judicial que cause agravios tan irreparables como la condena, como por ejemplo, el auto de prisión preventiva o la prohibición de enajenar bienes. Ante esta situación se podría argumentar que las medidas tomadas son preventivas o cautelares y no se está en presencia de una resolución definitiva, puesto que la misma puede ser modificada o revocada posteriormente en el transcurso del juicio. Pero, cómo explicar al justiciable los días, meses, años de privación de libertad decretadas en base a un error judicial. ¿Quién le repone el tiempo perdido?. O, ¿cómo se repara el perjuicio económico causado por un interdicto o prohibición de vender y/o grabar bienes, o por un embargo?

b) Solamente a causa de un error judicial:

Entonces no es admisible que la causa del daño haya sido consecuencia del mal desempeño de funciones o del funcionamiento deficiente de la administración de justicia. Aunque algunos doctrinarios equiparen el mal desempeño de funciones al error judicial, lo cierto y concreto es que existen ciertas situaciones límites que escaparían del campo de acción de la norma, si es que no se admite la posibilidad de un funcionamiento deficiente de la administración de justicia, como, por ejemplo, cuando: a) la inacción judicial (dos o más jueces se declaran incompetentes ante la situación de un justiciable que espera una resolución en torno a su privación de libertad); y b) la actividad judicial deficiente (incumplimiento de plazos legales y dilaciones indebidas).

### **3) El derecho del Estado a repetir.**

La responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios causados a los particulares, a raíz del ejercicio de la actividad jurisdiccional equivocada, debe ser compartida por el Juez y/o por los demás funcionarios que auxilian o coadyuvan la labor judicial, cuando estos ocasionan un error que genera una resolución judicial definitiva. En otras palabras, se admite la responsabilidad patrimonial del Estado en los casos de condena por error judicial, y la corresponsabilidad civil del Juez que dictó la resolución o la del funcionario que cometió u originó el "error" que fundó la sentencia.

En definitiva, el Estado tiene el derecho de repetir contra el funcionario negligente.

## **VIII. Conclusión.**

### **La Constitución exige la reforma Procesal Penal**

La administración de la justicia penal está en crisis y la única solución es la reforma. No cualquier reforma, pues no basta con el cambio de personas (por más que sea total), ni en ampliar la cantidad de los jueces y fiscales actuales; como tampoco es suficiente la sanción de un nuevo Código Penal.

La necesaria transformación estructural de la administración de justicia en el Paraguay, pasa indefectiblemente por la reforma del Código Procesal Penal. No simplemente como un cambio de leyes y formas procesales, sino como un cambio cultural mucho más sustancial.

El sistema procesal vigente no funciona, por anticuado (fue sancionado en 1890) y por lento, principalmente por ser escrito; y por lo mismo es caro.

En el Paraguay no existe la justicia pronta y barata, tampoco se cumple con los principios y las garantías mínimos establecidos por nuestra Constitución.

Al respecto, se puede constatar la existencia de cierto nivel de consenso en cuanto a la aguda problemática del sistema procesal vigente, traducida esencialmente en la escasa o nula capacidad para investigar, resolver y sancionar los delitos de mayor gravedad que ingresan al conocimiento de la justicia penal; como también la insatisfacción práctica de las víctimas de los delitos en cuanto a la forma en que los magistrados resuelven los casos penales; y en la constante y sistemática violación de los derechos fundamentales de las personas sometidas a juicio.

Se propone, entonces, una modificación sustancial de las formas y los medios establecidos por la ley para la averiguación de la verdad de los hechos delictuosos y su juzgamiento.

Por ello, interpretando los preceptos constitucionales, tomamos la decisión de proponer el cambio, un nuevo sistema de proceso: EL JUICIO ORAL Y PÚBLICO, rescatando lo sencillo, volviendo a lo simple, a través de la forma más común de relacionamiento humano: la palabra; la conversación entre las personas, en cualquiera de nuestros idiomas, sin formalismos o reglas entendidas sólo por una minoría; devolviendo a los verdaderos sujetos del proceso, la víctima y el procesado, sus derechos y garantías en un plano de igualdad conforme a lo que señala la Constitución.

En un proceso oral y público, donde los juicios se realicen en presencia del juez, del fiscal, y de las partes, en un sólo acto, en un mismo lugar; en donde los procesos se resuelvan en un plazo mucho más corto. Cumpliendo así con los preceptos constitucionales que exigen publicidad, inmediatez, concentración, contradicción y economía.

Que se distingan los roles de investigación y juzgamiento; que el fiscal investigue los hechos delictuosos, y si procede, que presente la acusación; y que el juez resuelva sobre los mismos hechos, sin prejuzgamientos y haciendo ejecutar lo juzgado; donde ambos se controlen mutuamente, con independencia e imparcialidad.

# LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN, DE PRENSA Y OTRAS, Y LOS DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD.

José María Cabral.

## I. El Estado Social de Derecho. La Norma Constitucional. La Justicia Constitucional.

El surgimiento del Estado social como consecuencia de las transformaciones sociales, económicas y tecnológicas se tradujo en medidas de asistencia social y de compensación de las desventajas. Esto trajo como paradoja para la sociedad que todas las desventajas podían ser compensadas, pero inmediatamente, surgieron nuevas carencias a ser compensadas y el Estado sólo por la vía de decisiones vinculantes colectivas no logró mejorar la satisfacción de necesidades.

Es propio del Estado social incluir temas e intereses antes alejados de la política como propios de la misma, lo que supone un cambio en toda la organización social, ya que el Estado no se antepone a la sociedad sino forma parte del mismo y lo que se busca evitar es la simple intervención o el redirigir cuando no se sabe a ciencia cierta si qué resultado efectivo arrojará. No se puede confundir al Estado social con "más Estado, menos libertad". En el Estado social el proceso de igualación social no supone la desaparición de la diferenciación, al contrario, tal vez lo acentúe en un primer momento, pero lo urgente es evitar toda discriminación.

Dentro de la complejidad de la organización social y el advenimiento del Estado social se supera la doctrina de los derechos públicos subjetivos en los derechos fundamentales de gran importancia para el desarrollo de la teoría política jurídica del siglo 19, en dónde la cúspide de la sociedad tradicional es el Estado, y la custodia de los tribunales es garantizar la legalidad de la acción del Estado. Una consecuencia de ello, es la misma acción del parlamento, que modifica su accionar con los anteriores postulados de la ley con las características de *justicia* (generalidad como garantía de igualdad), *la discusión como aporte de racionalidad* ( que se

comprobará al salir a luz. la discusión de la ley) y *el complemento de que ella estará en consonancia con los intereses generales.*

Hoy debemos plantearnos una sociedad en donde la organización de funciones vitales evitan atribuirse una superioridad jerárquica sin que ello importe la desaparición del concepto Estado, y con la paradoja del Estado social descrito más arriba. En este sentido y ante verdaderos sistemas funcionando, el derecho válido debe ser eficaz, pues si no es posible ejercerlos ante los tribunales no es derecho. Esa es la razón de los tribunales constitucionales: no importa qué criterios de organización asuman, sean éstos de jurisdicción descentralizada no especializada, jurisdicción centralizada y no especializada, jurisdicción descentralizada y especializada, jurisdicción centralizada y relativamente especializada (Constitución del Paraguay).

Como consecuencia de esta teoría, el estudio de la Constitución del año 1992 debe superar el planteo de tipo teórico político y de orden jurídico desarrollado en la tesis de la separación entre Estado y Sociedad que se configura a lo largo del siglo 19 y que se reflejan en las constituciones de ese siglo, en donde el Estado, se diría, se contrapone a la sociedad. La propia teoría de los derechos públicos subjetivos como autolimitación del Estado en beneficio de ámbitos de interés privado cede para la concreción del Estado social ante el activismo jurídico por parte de poderes públicos.

En este enfoque no se plantea como primer dilema el desarrollo del principio de libertad como único identificador de las luchas por los derechos humanos, sino el principio de la igualdad traducidos en verdaderos mecanismos jurídicos para hacer efectivos el Estado social de derecho. Es así, que a las garantías constitucionales tradicionales, como ser, la acción de amparo y la acción de inconstitucionalidad, se les suman la acción de hábeas data y el defensor del pueblo, que en la Constitución del año 1992 tiene por competencia -según el artículo 276- *la defensa de los derechos humanos* (sobre todo el principio de igualdad por el postulado fundamental de compensación), *la canalización de reclamos populares* (esta podría ser una fórmula vacía que cumple una función político social gracias precisamente a su falta de contenido o "vaciedad", y que es llenada por la sentencia interpretiva de la Sala Constitucional), y *la protección de intereses comunitarios* (lo que supondría que basta invocar el interés legítimo para excitar su acción sin que necesariamente sea el titular del derecho fundamental afectado).

En esa línea el autor Mauro Cappelletti sostiene, en su obra "Justicia Constitucional", que el desarrollo histórico de la justicia parte de una justicia natural, pasando por una justicia legal, luego por una justicia constitucional y la última etapa podría ser la justicia supranacional. Admite, además, que los textos constitucionales formulan normas vagas, genéricas y ambiguas que deben ser aplicadas de acuerdo con la voluntad constitucional en una actividad evidentemente discrecional.

Una típica norma constitucional vaga, genérica y ambigua es el derecho a la información sujeto a la condición de veracidad, responsabilidad y ecuanimidad, como dice el artículo 28 de la Constitución, y su relación con el artículo 38 de la misma en lo concerniente a la mención de los derechos del consumidor: El principio en favor de la libertad, o lo que sería el viejo concepto de las libertades públicas como ámbito de protección ante la injerencia estatal cede por imperio de la propia norma constitucional, cuando dice ... " cuando por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo", es decir, se rebasa el ámbito de la libertad individual y se avanza a un patrimonio común que para hacer efectivo exige el activismo jurídico de los órganos públicos.

Una de las críticas que se realizan al Estado social de derecho y la interpretación discrecional a partir de las normas vagas, genéricas y ambiguas, es el peligro de apartarse de criterios jurídicos y politizar la interpretación afectando el principio de legalidad. Aunque este fue uno de los logros del Estado democrático de derecho, la situación se plantea de modo a lograr la síntesis del principio de legalidad y los derechos fundamentales en su dimensión objetiva e institucional que hace que el derecho simultáneamente se ejerza como ordenación jurídica, como elemento de participación, garantía de procedimiento y obligación para el legislador y no sólo como un límite para el Estado como precautelando la esfera de libertad o intimidad que la persona pretenda ejercer.

Otra crítica se refiere a la indeterminación de las normas constitucionales, la cual dificulta de exigibilidad jurídica, pues la sujeta a la voluntad política sobre todo del parlamento en crear una normación general. Esto se debe responder a que gracias a los conceptos indeterminados con su carácter abierto procura que el legislador pueda transferir al tribunal constitucional la concreción de la norma. La creación de "lagunas intra legen" da posibilidad al juez constitucional de otorgar un enfoque valorativo sobre una decisión puramente técnico-jurídica. A este respecto hay un interesante estudio del español Antonio E. Pérez Luño respecto a los principios de la interpretación constitucional, en donde advierte que no se reducen a los modos o tipos clásicos de la argumentación analógica, ad absurdum, a contrario, a pari, a fortiori, a maiore ad minus, etc., y

la mención es muy acertada, pues si así lo fuere, se estaría de nuevo ante la configuración de un Estado centrado en la ley, regulando la actividad de la administración, procurando no invadir esferas de libertad de las personas y con la consecuencia de convertir al tribunal constitucional en un tribunal contencioso - administrativo.

Un último peligro, aunque no sea el último, es el proceso de desconstitucionalización fáctica que se puede producir en países como el nuestro, en donde no hay tradición jurídica de interpretación y menos, desarrollo de interpretación de la Constitución ( la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es muy reciente y en algunos casos actúa como tribunal de legalidad y no como Tribunal Constitucional). Es muy común interpretar la Constitución a partir de la ley, a esto debemos sumar la casi nula labor del Congreso en adecuar la normatividad jurídica a garantías reales del Estado social de derecho (caso Defensor del Pueblo).

Esta introducción se hace necesaria para enmarcar el estudio de los derechos de libre expresión, de prensa, de los derechos de información y su relación con los medios masivos de comunicación, el ejercicio del periodismo, el derecho de intimidad y la libertad religiosa e ideológica.

Esta interpretación buscará partir de un significado descriptivo hacia una tendencia prescriptiva de unos valores que informan todo el sistema constitucional, sin que ello importe subvertir competencias constitucionales (por ejemplo, sustituir al legislador por la función judicial), aunque haciendo hincapié en la función interpretativa de la norma constitucional por el Tribunal o Sala Constitucional. (¿Puede una ley, no precisamente de prensa, dar contenido al requisito de veracidad en el tema del derecho a la información?).

## **II. La libertad de expresión y la de prensa. Libertad de pensamiento y opinión. Derechos y limitaciones.**

Dentro del principio de la unidad constitucional encontramos derechos fundamentales que hacen posible el ejercicio efectivo de los derechos, objeto de este estudio, con el contenido del principio de favor libertatis del Estado social de derecho.

Ellos serían, el artículo 25 de la Constitución, en su último párrafo, a saber: "se garantiza el pluralismo ideológico", el artículo 27 de la Constitución, en su cuarto párrafo, que dice: "se garantiza el pluralismo informativo" y el artículo 33, que en su último párrafo dice :

"se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas". Éstas son normas de carácter prescriptivo que deben ser llenadas con contenidos valorativos que nos sirvan para cuando se planteen los conflictos de las normas descriptivas para ser posible la justicia constitucional y distinguirlas de las demás ramas del derecho en donde la interpretación se basará en la norma descriptiva.

El primer párrafo del artículo 26 garantiza la libre expresión y la libertad de prensa sin censura alguna; la libertad de prensa es una forma de expresión; no es la única. En la ciencia y teoría constitucional se reconocen la expresión artística, literaria, científica y técnica, entre otras. El mismo párrafo también garantiza la difusión del pensamiento y de la opinión sin censura alguna. La expresión es la exteriorización del pensamiento, que como dijimos anteriormente, también puede asumir la forma de opinión o de ideas, esta última no mencionada en esta norma ( ver artículo 24 de la Constitución).

El autor José María Desantes, en su obra " La información como derecho", sostiene que la noticia es una consecuencia del hecho, de ahí que la misma sería la más objetiva y se diferenciaría de la opinión y la propaganda por las siguientes razones: la primera transmite un juicio sobre un hecho y la última transmitiría una idea o ideología con mayor dosis de subjetividad. En ciertas constituciones se distingue la idea de la opinión; para nuestra Constitución dentro de la opinión estaría englobada la idea, caso contrario la idea no sería una forma de expresión y podría estar sujeta a alguna censura. En ese sentido el pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 13, dice : "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de frontera, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección".

La frase " sin censura alguna " es amplísima y muy novedosa y protege inclusive a la persona de una posible autocensura que podría limitar el ejercicio de la libre expresión, entendida dentro del contexto antes citado ( expresión en todas sus formas y una de las formas de expresión es la prensa):

Estos derechos pueden ejercerse con las limitaciones que establece la Constitución. Una de ellas es la norma del artículo 27, que enuncia "no se admitirá la prensa carente de dirección"

responsable", ahora, para las otras formas de expresión, ¿también se requiere la dirección responsable?, la respuesta debería ser negativa.

La redacción referente a la libertad de expresión y la libertad de prensa está unida por la conjunción "y". Tal vez, para una siguiente redacción, se podría suprimir la mención de la libertad de expresión unida a la de prensa (si entendemos prensa como medio de difusión) como lo hace la Constitución española en su artículo 20, inciso d.

La siguiente limitación sería el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas. Esta limitación merece ser entendida no en el marco exclusivo de limitación a la acción estatal, sino dentro de la posibilidad efectiva que se dé en el plano de relacionamiento de la libre expresión y libertad de prensa entre actores privados ( relaciones interprivadas). Se debería cuidar: a) no afectar el pluralismo ideológico, que es la verdadera esencia de la protección a la libre expresión y libertad de prensa (basados en la libertad de pensamiento y opinión, con la salvedad que estamos en esferas ajenas al derecho a la información que por la especificidad tendrá otro tratamiento); b) el deber impuesto al Estado en la propia norma del artículo 46 que dice: "El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o propicien"; pues no es lo mismo que exista diversidad de fuentes a que exista pluralidad de opiniones. Se podría decir que hay un deber para los medios masivos de comunicación de expresar opinión.

Otra limitación en el plano de la libertad de opinión pero que se da exclusivamente en el ámbito de los medios masivos de comunicación (ver artículo 29 de la Constitución), es la limitación a la publicación sobre procesos judiciales en curso, la que debe realizarse sin prejuizgamientos. Esta limitación a la opinión no sólo comprende a las personas que ejercen el periodismo en dichos medios masivos, sino a cualquier persona, sea ésta física o jurídica. ¿La limitación se refiere sólo a la opinión en los *medios masivos de comunicación* o se extiende a los *medios de comunicación*?. En principio, la respuesta es una interpretación extensiva, sólo que habría que ver si la opinión realizada con prejuizgamiento en un medio de comunicación produce realmente un daño a la persona afectada en el contexto de la sociedad contemporánea.

El artículo 29 de la Constitución se refiere a la persona del periodista columnista, es decir, dentro de la profesión de periodista hay una categoría constitucional propia del Estado social de derecho, que hace posible que en los medios masivos de comunicación

(personas jurídicas en forma de empresas comerciales que ejercen la libertad de prensa) se practique no sólo el derecho sino la garantía del pluralismo ideológico. De ahí que los medios masivos de comunicación tienen un deber constitucional, a más del requisito de la prensa con dirección responsable: la obligación de tener periodistas de opinión.

Los periodistas de opinión (que para la Constitución son columnistas), se benefician a más de la libertad de pensamiento y opinión sin censura alguna, con la cláusula de conciencia y el secreto profesional que se ejerce, el primero en relación con la dirección de los medios masivos de comunicación y el segundo, con los órganos públicos. Dicha protección se encuentra limitada por los derechos de los artículos 25 y 33 de la Constitución, en cuanto no permiten a los periodistas columnistas utilizar la intimidación o el uso de violencia moral en aras de la protección al derecho de opinión.

La forma de redacción del artículo 29 de la Constitución parecería que sólo protege a los periodistas de opinión que ejercen la profesión en los medios masivos de comunicación escritos; sin embargo, al tener esta categoría constitucional, la protección al derecho de opinión se extiende a cualquier periodista de opinión que ejerza la profesión, sin importar que el medio masivo de comunicación sea escrito, oral, televisivo u otro; inclusive no importa si el medio de comunicación es privado o estatal.

El periodista de opinión en el ejercicio de las libertades de expresión y de prensa, así como de las de difusión del pensamiento y de opinión, con las protecciones para el ejercicio de su profesión, tendrá las limitaciones citadas más arriba en cuanto le quepan y otra de orden material (de ahí que la interpretación constitucional deba ser valorativa por la Sala Constitucional). Esta última se refiere a evitar todo tipo de pluriempleo, pues ésta atenta contra la eficacia de la garantía del pluralismo ideológico (el ejercicio de esta profesión es libre sin autorizaciones o requisitos de título, pero no es igual a una profesión liberal) .

Siempre dentro del tema de la limitación que puede encontrar la libertad de pensamiento y la de difusión del pensamiento y de la opinión, nos encontramos por conexidad ante la libertad ideológica a la cual la Constitución no le otorga la máxima garantía a estar por la redacción (ver artículo 24 de la Constitución), pues la sujeta a limitaciones que establece esta Constitución y la ley. ¿Podría la ley extender limitaciones a un derecho fundamental que se da en el

mismo plano del artículo 26, primer párrafo? La respuesta es negativa; tal vez, la confusión se aclare diciendo que puede ser materia de ley la manifestación de este derecho siempre que no se oponga al derecho de terceros, ésta es una fórmula vaga que debe ser llenada de contenido de acuerdo con el principio favor libertatis (este tema se vuelve a analizar con la libertad religiosa).

Una de las limitaciones más resaltantes que hallamos en la Constitución para el desarrollo de la libertad ideológica, se encuentra en los artículos referentes a los partidos políticos (artículos 124 y 125 de la Constitución).

El artículo 24, última parte, de la Constitución, reza, en forma terminante, la prohibición de que nadie puede ser molestado, indagado u obligado a declarar por causa de sus creencias o de su ideología. Tamaña prohibición se debe compatibilizar con el derecho de objeción de conciencia del artículo 37, cuando de alguna manera la persona que pretenda ejercer dicho derecho se encuentra costreñida a expresar la objeción, vulnerando su derecho no sólo a la libertad ideológica sino también a la intimidad.

Entendemos que el derecho de objeción de conciencia está condicionado, no como requisito, sino como condición de legitimación, a la declaración de la objeción como un elemento de conformación del pluralismo ideológico (multiplicidad de ideas) y del pluralismo informativo (como hecho o noticia). Esto es un control que tiene la sociedad y que no sólo incumbe al objeto. De otra manera, éste derecho sería simplemente una limitación al ejercicio de la acción del Estado en su relación con el individuo.

Prosiguiendo con el análisis del artículo 26, luego de la mención a las limitaciones a que estarán sujetas la libertad de expresión y prensa y la difusión del pensamiento y opinión, nos encontramos con una frase poco feliz por la doble negación de la norma. La misma dice: "en consecuencia, *no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja*". Inmediatamente surge la duda de si se debe dictar o no la ley. La respuesta parece ser negativa por las siguientes razones: a) las limitaciones al ejercicio de estos derechos están en la misma Constitución, b) la condición al ejercicio de la libertad de prensa está en el artículo 27 (dirección responsable; que merece mejor redacción), c) la garantía del derecho al pluralismo ideológico, d) la prohibición de la última parte de la norma que dice: "No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa". La posición de no admitir delitos de prensa entra

en conflicto con el requisito constitucional de la dirección responsable de la prensa, el carecer de éste requisito para la prensa parece ser un típico delito de prensa y no un delito común cometido por medio de la prensa que en la doctrina y la legislación están plenamente identificados.

### **III. Derecho a la información. Los medios masivos de comunicación. Derecho a la intimidad.**

El desarrollo del derecho a la información diferenciado de la libertad de expresión y la libertad de pensamiento y opinión, lo encontramos en tratados internacionales y su rápida recepción en constituciones europeas y actualmente también en constituciones americanas.

Citamos algunos de ellos :

El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que establece: "Todo individuo tiene el derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin más limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."

El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica, establece : "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de frontera, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección."

La Constitución de Alemania en su artículo 5 dice: "1. Todos tienen el derecho de expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, y de informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio y cinematografía están garantizadas. No se ejercerá censura".

La Constitución de España de 1978 establece en su artículo 20: "1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas, y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades".

En la reciente reforma de la Constitución argentina del año 1994, encontramos en el artículo 38 referido a los partidos políticos: "... y el acceso a la información pública y la difusión de ideas"; el artículo 41, referente al tema de la preservación del medio ambiente; el artículo 42, sobre los derechos del consumidor y usuario, "y la obligación para con el consumidor de recibir información veraz".

La información es una forma de expresión, pero con naturaleza jurídica diferente al derecho de opinión, ya que se comunican hechos y no opiniones. El gran problema es diferenciar, en la dinámica de la información de los medios masivos de comunicación, hasta dónde se extiende el hecho y dónde se inicia la opinión.

El derecho a la información podrá ser analizado desde distintas ópticas:

**1) A partir de los medios masivos de comunicación como empresas editoras (personas jurídicas en forma de empresas comerciales que ejercen la libertad de prensa).**

a) Ellas ejercen la libertad de expresión y prensa sin censura alguna, con el requisito de la dirección responsable (una mejor redacción hubiese dicho: queda prohibida la prensa carente de dirección responsable).

b) La posibilidad de expresar su disenso ante la acción del periodista de opinión (el artículo inclusive se refiere a responsabilidades que por supuesto son jurídicas).

c) La norma dispuesta en el párrafo tercero del artículo 27 de origen histórico y casuístico con los riesgos que ellos supone.

d) La protección del artículo 30 de carácter material ya que sólo puede ser ejercida por empresas de información de gran capital económico.

e) La protección de los artículos 107 y 108 de la Constitución.

f) Referentes a los derechos económicos.

g) El artículo 109 de la propiedad privada. Este artículo, en su segundo párrafo, sostiene "La propiedad privada será inviolable", y en su primer párrafo dice: "Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos". Por razones de técnica parecería mejor invertir las normas en su ubicación.

h) Particular estudio merece la norma que impone la cláusula de conciencia como un límite al derecho de propiedad de la empresa editora. Esta norma es de tipo operativo. El autor Quiroga Lavié sostiene sobre tales normas: "son normas incondicionadas respecto de su aplicación; en tal sentido, las normas operativas están dirigidas para su aplicación a los órganos judiciales". Es responsabilidad de los magistrados judiciales entender cuando se plantee el caso controversial, sin importar la sanción de reglamentación legal. Este derecho se halla implícito en los contratos laborales y su cumplimiento es operativo.

La novedad de la cláusula de conciencia para nuestra normatividad constitucional y el poco desarrollo que ha tenido hasta ahora en el relacionamiento del ejercicio del periodismo nos motiva a transcribir el estudio presentado por el autor Marc Carrillo en su obra "La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas":

"A) La empresa periodística ha experimentado cambios importantes. En primer lugar debemos fijarnos en un conjunto de factores de distinta naturaleza que le confieren una identidad específica que la distingue de cualquier otra... (pág. 132).

La evolución tecnológica ha aumentado la competitividad y en consecuencia han proliferado contratos temporales y contratos a prueba que han llevado a situaciones permanentes de

subcontratación acentuando una posición de dependencia del profesional con respecto a la empresa editora. Asimismo, ha aumentado la tendencia de producir información en cantidad, sin demasiados prejuicios sobre su contenido y el respeto a las reglas deontológicas y, en definitiva, la calidad de lo que se difunde (pág. 133).

B) Desde la perspectiva de los profesionales de la información. En consecuencia, la información ya no puede entenderse como una mercancía objeto de libre cambio (pág 135). A partir de esta evolución, los redactores de un medio de comunicación ya no pueden ser unos simples mandatarios sometidos a los designios del propietario del periódico; propietario que convertía al director en una correa de transmisión de la voluntad unilateral de las empresa editoras (pág. 136).

El profesional de la información no actúa solamente en función de una línea editorial que define la política informativa y el ideario del medio en el cual presta sus servicios, sino que su trabajo presenta también un componente objetivo que lo vincula con el interés social de comunicar información veraz, en un marco político pluralista que el Estado debe asegurar (pág. 137).

La cláusula de conciencia supone la introducción de un elemento de ruptura en el principio de autonomía de las partes que preside la celebración de contratos privados. El contrato que une profesionalmente al periodista con el medio de comunicación queda afectado por el principio de heteronomía: la razón tiene su fundamento en el hecho de que la cláusula de conciencia se impone por la fuerza normativa de la Constitución con independencia de la voluntad que las partes puedan expresar al respecto (pág. 139)".

En cuanto al secreto profesional, " la modalidad de secreto que aquí tratamos presenta características distintas con respecto a otros secretos que afectan a profesiones como las de abogado, médico, funcionario, etc. La naturaleza de la relación jurídica que se establece entre el sujeto que proporciona la información y el que la recibe es diferente:

1) Una primera y esencial es la referida al objeto: para los profesionales citados, la confidencialidad afecta a la información que el cliente suministra al abogado o al médico, mientras que en el caso del periodista el secreto debe incidir sobre el sujeto de la información

y no sobre su contenido, que es justamente lo que se va a difundir. Se produce una inversión en el significado del secreto.

2) La relación de confianza que tiene que existir entre el cliente por un lado y el abogado o médico por otro, no debe darse forzosamente - aunque no hay que excluir esta posibilidad - entre el profesional de la información y la persona que le facilita confidencialmente una noticia de interés social.

3) Los bienes jurídicos protegidos por el secreto tipificado por la legislación penal son, por un lado, el deber de reserva, que corresponde al titular afectado por materias que conoce por razón de su profesión (funcionario), y por otro lado la intimidad del cliente (en el caso de la consulta al abogado o al médico). En el secreto periodístico, lo que se protege posee un valor objetivo más intenso; lo que predomina es el derecho a comunicar y recibir información veraz como requisito esencial de una sociedad democrática, en la que el principio de publicidad sobre todo lo que es de interés público - sea en razón del contenido o por la dimensión pública de las personas implicadas - debe prevalecer sobre otros bienes jurídicos.

4) Finalmente, y como corolario lógico, el secreto profesional no es - sólo - una garantía del redactor o del director en tanto que sujetos centrales de la empresa informativa; es, también una garantía institucional del derecho a la información en la medida en que se introduce un mecanismo que facilita su acceso a parcelas de la esfera pública o privada poco permeables al principio de publicidad (pp. 179-181)".

## **2) Desde el punto de vista del consumidor.**

Desde la óptica del consumidor, en materia del derecho a la información y como un límite al derecho de propiedad de los medios masivos de comunicación, hay contenidos que pueden ser llenados y límites que pueden ser objeto de reglamentación legal y encuentran sustento constitucional en el artículo 38 de la Constitución, cuando dice: "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". El presente artículo deja abierta la norma cuando dice: "... y de otros que..."; pudiendo el intérprete integrar con el derecho al pluralismo

informativo (artículo 27) o la protección al derecho a la intimidad (artículo 33), más como principios que como preceptos. Es decir, que los límites a los medios masivos de comunicación podrán afectar al derecho de propiedad de los mismos en función al pluralismo informativo o al derecho de intimidad que tiene la persona - consumidor.

Una de las críticas que se realizan al Estado social de derecho y la interpretación discrecional a partir de las normas vagas, genéricas y ambiguas, es el peligro de apartarse de criterios jurídicos y politizar la interpretación afectando el principio de legalidad. Aunque éste fue uno de los logros del Estado democrático de derecho, la situación se plantea de modo a lograr la síntesis del principio de legalidad y los derechos fundamentales en su dimensión objetiva e institucional que hace que el derecho simultáneamente se ejerza como ordenación jurídica, como elemento de participación, garantía de procedimiento y obligación para el legislador y no sólo como un límite para el Estado como precautelando la esfera de libertad o intimidad que la persona pretenda ejercer.

Sintetizando, la reglamentación vía legal de los medios masivos de comunicación, dándoles contenido y límites, procurando la pluralidad de la información y la defensa del consumidor, no supone censura alguna.

Esta reglamentación se podrá dar por medio de una ley del Congreso o por medio de una sentencia judicial (en este caso se puede discutir el alcance de la misma), o de una autorregulación entre consumidores y la dirección de los medios masivos de comunicación.

### **3) Desde la óptica de los periodistas.**

Los periodistas de los medios masivos de comunicación social están amparados por la cláusula de conciencia y el secreto profesional; esta protección a los periodistas, ¿es extensiva a los que ejercen en los medios de comunicación ?

La pregunta es pertinente pues la Constitución se refiere a los medios masivos de comunicación social en su artículo 29, luego se cita a los medios de comunicación en los artículos 27 y 31 (con la salvedad de ser dependientes del Estado), y el artículo 28 sólo se refiere a los "medios". Los medios de comunicación pueden adoptar formas tradicionales, como la carta y el teléfono; u otras más

modernas como el fax o una revista de circulación dirigida (la revista de un club social, la revista jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas).

La idea es la individualización de la persona receptora, a diferencia de los medios masivos de comunicación, en los cuales la impersonalidad del receptor es la constante (es una de las diferencias, pero no la única). El problema se complica aún más pues los títulos de los artículos 27 y 31 son: "del empleo de los medios masivos de comunicación social" y "de los medios masivos de comunicación social". Nuestra Constitución no contiene un artículo que nos indique qué camino tomar con los títulos de los artículos, de ahí que nos ceñiremos a la redacción de los artículos independientemente del título que posean. Por ejemplo, la Constitución de Guatemala dice en el título "de las disposiciones transitorias y finales", artículo 20: Epígrafe. "Los epígrafes que preceden a los artículos de esta Constitución, no tienen validez interpretativa y no pueden ser citados con respecto al contenido y alcance de las normas constitucionales",

Sostendremos que el medio de comunicación es lo general y lo particular es el medio masivo de comunicación, de ahí, que si protegemos lo general no podemos dejar de proteger lo particular. En consecuencia, extenderemos la protección a todos los periodistas sean estos de medios de comunicación o de medios masivos de comunicación. Es más, si negamos esta posibilidad no podría la persona afectada hacer uso del derecho a rectificación o aclaración; pues el artículo 28 que estatuye este derecho sólo dice: " por el mismo medio", sin aclarar si es medio masivo o no.

La cláusula de conciencia impone a los periodistas una clara separación entre el periodista y otras actividades que fácilmente se entremezclan en su función, como la función del publicista.

Las informaciones deben comunicarse al público independientemente del provecho que puedan obtener, ya sea para provecho del periodista o para la empresa, en caso de retrasar o no dar la comunicación.

Esta Constitución merece una seria crítica en la técnica de redacción de las normas constitucionales. El artículo 26, último párrafo, debió ubicarse en el artículo 28 ya que ambos nos presentan las dos conductas en el derecho a la información.

#### **4) Desde el punto de vista de la información.**

La información no es libre como lo es la opinión; la información debe ser veraz, responsable y ecuánime, según el artículo 28 de la Constitución, de ahí que la comunicación de hechos erróneos o falsos supongan de parte del damnificado el derecho a rectificación o aclaración (que no se tiene en el caso de la opinión). Sostenemos que si la información es un hecho, ella sólo requiere del elemento de veracidad, no así de los otros condicionantes, ya que el hecho, por más repugnante o baladí que sea, no será responsable o irresponsable, tampoco será ecuánime. Además, si la norma pretendió referirse al tratamiento de la información, entramos en el campo de la opinión sobre el hecho, para lo cual el periodista tiene los resortes ya desarrollados.

Otro problema que plantea la condición de la veracidad en la información, es si podemos admitir la publicación de informaciones basadas en hechos sobre cuya existencia se tengan dudas. De nuevo estamos ante la presencia de una norma valorativa y en este caso sólo el juez constitucional, no cualquier juez (salvo en la acción de Hábeas Data) podrá dar contenido y juzgar sobre la veracidad o no del hecho.

#### **5) Desde el punto de vista de la investigación periodística (puede ser desde el punto de vista de la dirección o del periodista)**

La investigación periodística, desde el punto de vista del periodista, está protegida por la cláusula de conciencia y el secreto profesional, a más del artículo 26, última parte, que dice: "toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines".

La investigación periodística está sujeta o limitada:

a) A la utilización de instrumentos lícitos y aptos (es decir, de acuerdo con la ley), en ese sentido no puede haber hecho cierto o verdadero en violación a la norma legal (artículo 17, inc. 9, válido para la investigación periodística y judicial).

b) A que se presuma la inocencia (artículo 17, inciso 1); el artículo 22, tanto en lo referente a la opinión (primer párrafo), como lo referente a presentar el hecho (segundo párrafo).

c) Finalmente, se cuidará de no vulnerar el último párrafo del artículo 36 que dice: "en todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado". Se puede criticar la técnica y la redacción de estos artículos, pero la riqueza de recursos que dio la Constitución para la efectividad del derecho a la información, es innegable.

## **La integración del derecho a la intimidad y del derecho a la información.**

El relacionamiento y el conflicto del derecho a la información con el derecho a la intimidad es permanente a tal punto que para Bobbio, al plantearse el conflicto, no se puede proteger uno incondicionalmente sin hacer inoperante al otro. Tamaña afirmación parece ser cierta en nuestra realidad, pues, reconozcamos, nos falta la estructura jurídica, judicial y política suficiente para crear todas las instituciones necesarias.

En materia del derecho a la intimidad y ante el avance del derecho a la información, los tratadistas se refieren más al control que se pueda realizar sobre la información, dando por sentado que el aislamiento o la soledad de la persona ya no se dan en sociedades contemporáneas. Tanto el artículo 25 como el 30 de la Constitución, desarrollan esta teoría. El primero sostiene la libre expresión de la personalidad y la formación de la propia identidad e imagen (en materia de intimidad, las constituciones se dirigen a precautelar la esfera de privacidad y no tanto la garantía para de la formación de la propia identidad). El siguiente artículo precutela que los elementos (se refiere a la tecnología) no vulneren el derecho a la intimidad, pero da por sentada la posibilidad de poseer información.

El artículo 33 de la Constitución nos presenta dos normas: El primer párrafo se podría interpretar dentro del derecho tradicional de respeto a la vida en aislamiento o soledad, la vida doméstica de la persona es sagrada, al igual que su imagen (esto se refleja en los retratos solemnes de las personas). Históricamente el derecho a la intimidad o privacidad solo favoreció a las clases privilegiadas, de ahí la conexión con los derechos de propiedad sostenido por algunos autores.

La norma del tercer párrafo del artículo citado más arriba le da otro enfoque al derecho de intimidad, lo aleja del carácter de lo individual y privado asumiendo una configuración de lo colectivo. A tal punto llega la modificación del carácter de este derecho, que es la

propia persona la que facilita los datos al Estado o a otro órgano privado. Los mismos son de los más variados sobre su persona o bienes. Por ejemplo: estado civil, sexo (con todas sus variantes), enfermedades que posee (ser portadores del HIV), si tiene una prótesis en su organismo (bomba de insulina o marcapaso), situación patrimonial y económica (el propio banco central debe dar a publicidad datos referentes al manejo de cuentas corrientes), entre otros.

Lo dicho nos obliga a concluir que es más importante, a los efectos del derecho a la intimidad, la idea del control que ejercemos sobre la información suministrada deliberadamente u obtenida fuera de nuestra voluntad. De un esquema de acción negativa del derecho a la intimidad pasamos a un esquema de acción positiva.

La garantía del Hábeas Data reafirma el carácter de que la información es un hecho, ya que el juez podrá tomar medidas muy similares a las establecidas en el derecho a rectificación o aclaración, del artículo 28, tercer párrafo.

La frase tradicional hecha norma en el artículo 33, segundo párrafo, que dice: "La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública", no caduca y tiene siempre el mismo efecto de actuar ante la acción estatal, pero el avance de las relaciones interprivadas agota esta norma y el derecho de la intimidad cederá ante la información si se refiere a un funcionario público, hombre público y aun ante la persona anónima en la medida que la información sea necesaria para que se cumpla el pluralismo informativo.

En relación con el derecho al honor no hay mención en este artículo. Creemos que no está ausente en nuestra normatividad y se debe englobar dentro de la palabra genérica de dignidad. En el derecho comparado, y sobre todo, en las decisiones judiciales, el derecho al honor ha cedido ante el derecho a la información (hay abundante material en las decisiones del Tribunal Constitucional español).

Sintetizando, no hay argumentos valederos para justificar la intromisión ilegítima e ilegal que afecte el derecho a la intimidad en nuestra Constitución. La Constitución permite el desarrollo del derecho a la información como un requisito esencial para lograr el pluralismo informativo. La veracidad de la información no siempre

podrá exculpar o hacer ceder al derecho de la intimidad, en todo caso, la Constitución reserva a soluciones jurisdiccionales las controversias por medio de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y de cualquier juez de primera instancia, mediante el Hábeas Data; y fuera del ámbito judicial al Defensor del Pueblo, como defensor de los derechos humanos y protector de los intereses comunitarios.

#### **IV. La libertad religiosa e ideológica.**

El artículo 24 de la Constitución, que contiene las normas referentes a la libertad religiosa e ideológica (también se refiere al culto, pero entendemos que el culto se ejerce como manifestación), supone un gran avance en relación con las anteriores constituciones del Paraguay.

El presente artículo pretende superar la confesionalidad del Estado apartándose del criterio de la Constitución de 1967, pero no logra el objetivo por la redacción limitada que presenta, pues sólo reza: "Ninguna confesión tendrá carácter oficial". Si bien la Iglesia Católica rechaza toda relación en el sentido de confesionalidad estatal, una modificación posterior de la Constitución debería aclarar esta norma redactada confusamente, diciendo: "Ninguna confesión tendrá carácter *estatal*".

Una norma interesante es la que expresa: "Las relaciones del Estado con la Iglesia Católica se basan en la independencia, cooperación y autonomía". Este reconocimiento a favor de la Iglesia Católica supone un análisis de acuerdo con el principio de unidad con otras normas constitucionales.

La cooperación supone que ambos entes jurídicos actuarán conjuntamente en aquellos proyectos o programas cuyos fines sean comunes.

De ahí la importancia de la norma del presente artículo con las normas prescriptas en los artículos 55 y 61 y sobre todo con aquella que hace relación con el derecho a la vida.

Los artículos anteriormente citados dicen: "La maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado" y "El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y

responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos".

Se puede plantear el siguiente dilema: ¿El Estado protegerá dichas situaciones solo cuando estén revestidas de la condición de responsabilidad?.

La respuesta es negativa, la Constitución no prohíbe al Estado proteger la maternidad y la paternidad no responsable o el número y la frecuencia del nacimiento de los hijos sin las condiciones de libertad y responsabilidad. Sería el caso de los hijos concebidos no deseados, a quien es la Constitución no les niega protección.

Al no prohibir la Constitución la protección a las situaciones planteadas a partir de las primeras partes de las normas de los artículos 55 y 61 de la Constitución, se plantea la cooperación de la Iglesia Católica, en el último párrafo del artículo 55, cuando dice : "el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines". La Iglesia Católica puede en virtud del mandato de cooperación con el Estado participar en los institutos referidos a dichos fines sin ningún impedimento constitucional y el Estado no podrá alegar violación al principio de igualdad y libertad religiosa con otras confesiones, o la no confesionalidad del Estado.

El mismo criterio se aplica a la norma que dice: "... así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes, educación, orientación científica y servicios adecuados en la materia". Aunque sea un programa estatal no habría prohibición a que la Iglesia Católica coopere y coordine de acuerdo con su misión pastoral en estas materias.

La última norma del artículo 61 de la Constitución también favorece a la labor de la Iglesia Católica cuando sostiene: "Se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos". La norma es programática y debe hacerse efectiva a partir de la sanción de una ley. Pero la Constitución no dice que el Estado exclusivamente establecerá dichos planes, es más, ni siquiera menciona al Estado, con lo cual la acción de la cooperación de la Iglesia Católica de nuevo puede desempeñar un rol fundamental en esta materia.

La libertad religiosa no supone para la Iglesia Católica una situación de privilegio con discriminaciones a su favor - sí un tratamiento especial. Pero la libertad religiosa en el marco de la

igualdad de oportunidades (pues la libertad religiosa es tan amplia que se extiende no sólo a las iglesias tradicionales, sino también a las denominadas confesiones religiosas), dispuesto en el artículo 46 de la Constitución, supone la obligación de no sólo impedir a la persona humana cultivarse y practicar el culto católico (o cualquier otro culto), sino también impedir la acción por medios sobre todo indirectos, aunque sin descartar los medios directos de la acción pastoral (como acción positiva para que se cumpla la libertad religiosa) de acuerdo con el campo que sea en donde la acción del Estado tal vez sea de subsidiariedad, en relación con otros, en donde el mismo se debe desempeñar como actor principal de la acción.

La autonomía de las iglesias y confesiones religiosas es una garantía para hacer efectivo este derecho; es de carácter amplio, no sólo se extiende a la organización interna de la iglesia o confesión, sino se amplía a otros derechos conexos como el derecho a fundar centros de enseñanza, entre otros.

Como limitaciones establecidas en la Constitución para el ejercicio de estos derechos, deben entenderse los derechos referentes a la vida, la libertad, la formación de la propia identidad e imagen, el derecho a la intimidad y la prohibición de ser indagado, molestado, u obligado a declarar por causa de sus creencias.

Esta última prohibición supone un deber negativo dispuesto por la Constitución que puede ser opuesto tanto en las relaciones interprivadas (supone gran amplitud) o al propio Estado.

Las otras limitaciones que podrán ser regladas por ley, tendrán que ver con las manifestaciones de estos derechos. En primer lugar aparece como más propio a reglar el ejercicio del culto, pues es la exteriorización de la libertad religiosa. En cuanto a las limitaciones a la libertad ideológica por medio de la ley, se tendrá en cuenta el principio de supremacía constitucional y la absoluta imposibilidad de limitar por medios legales este derecho constitucional.

## Bibliografía

- Capelleti, Mauro. *La Justicia Constitucional*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- Carrillo, Marc. *La Cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Ed.Civitas S.A., 1993.
- Constitución de la República del Paraguay. Edición Oficial, Ministerio de Hacienda, Departamento de Impresiones, Imprenta Nacional, Asunción, 1992.
- Daranas, Mariano. *Las Constituciones Europeas*, Madrid, Ed. Nacional, 1979
- Haba P., Enrique. *Tratados básicos de derechos humanos*. Tomo I., San José de Costa Rica, Ed. Juricentro, 1986.
- Laguardia Garcia, Jorge Mario. *Política y Constitución en Guatemala*. Guatemala, Ed.Serviprensa, 1993.
- López Ayllon, Sergio. *El Derecho a la Infomación*. México, Ed.Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1984.
- Luhmann, Niklas. *Teoría Política en el estado de bienestar*, Madrid, Ed. Alianza, 1993.
- Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Ed.Tecnos S.A., 1984.

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROHIBICIÓN DE ACTIVIDAD POLÍTICA DEL MILITAR, JURISDICCIÓN MILITAR Y MISIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992.

Jorge Seall-Sasiain

## I. Introducción.

Estas reflexiones de orden constitucional surgieron al redactar unos comentarios periodísticos<sup>1</sup> sobre unos "arrestos disciplinarios" muy sonados, aplicados a oficiales de las Fuerzas Armadas<sup>2</sup> (FF.AA.), ya bajo la vigencia de la nueva Constitución, invocándose diferentes causales, tales como: desobediencia, violación de la cadena de mando, agravios a la dignidad de la superioridad jerárquica o a la institución.

En el fondo, se los sancionaba **por haber dado a conocer a la opinión pública hechos de corrupción o de abierta intromisión en política** de sus superiores o camaradas, aprovechando positivista y utilitariamente las leyes, los decretos, los reglamentos, los circulares y las órdenes que restringen la conducta del funcionario militar.

El punto de vista constitucional, que nos interesa explorar, es el de la censura de la más fundamental de las libertades públicas: la de **libre expresión**, libertad anterior o superior a la existencia del Gobierno mismo, si se nos permite parafrasear al "padre" de las libertades estadounidenses, Thomas Jefferson, en su famosa sentencia: "*Si me*

---

<sup>1</sup> Cf. nuestras columnas: *¿Sanción disciplinaria o un recordatorio más del "poder político" de los militares?*; *Prisión disfrazada de arresto disciplinario* en el semanario "TIEMPO 14", 23 Nov. 1994, p. 34; *Dos puntos sobre la "ies" de la cuestión militar heredada* ib., 7 y 15 Dic. 1994, pp. 11 y 17.

<sup>2</sup> Nos referimos a los arrestos disciplinarios aplicados a los generales Pedro Concepción Ocampos, Evelio Benítez y al Gral. (SR) Eumelio Bernal en noviembre de 1994 por haber opinado respecto de situaciones que les tocaron vivir como militares. También fue objeto de sanción disciplinaria en 1992 el Cnel. Catalino Gonzalez Rojas, quien posteriormente pasó a retiro más que probablemente a causa de su denuncia del tráfico de vehículos robados a través del Chaco en el que estaban implicados sus superiores militares y de haber cometido "desacato" a la orden de llamarse a silencio. Mas recientemente, el Cptán. Galeano, de la Fuerza Aérea, fue sancionado disciplinariamente por haber denunciado casos de corrupción en dicha arma.

dieran a escoger entre tener un Gobierno sin periódicos, o periódicos sin Gobierno, no hesitaría un momento en preferir lo último"<sup>3</sup>

Creemos que es, no sólo de interés académico sino también, de utilidad práctica, replantearse el alcance de la **libertad de expresión del ciudadano militar** (tanto en servicio activo como en situación de retiro), a partir del **rango constitucional** de las **nuevas normas relevantes** contenidas en la Constitución de 1992, dada la **modernidad conceptual** de las mismas y considerando la **redefinida misión** de las FF.AA.

Para nuestro análisis, revisamos primero la legislación militar desactualizada pero vigente en punto a las restricciones de la libertad de expresión del militar. Se ponderan sus fundamentos a la luz de nuevas normas constitucionales sobre la libertad de expresión y de nuevos institutos derivados o estrechamente relacionados con aquella, *inter alia*, el **derecho a la información**, la **privacidad de la persona pública** y la **prueba de la verdad**.

Seguidamente, se analiza el alcance de la "jurisdicción militar" y de "la misión de las FF.AA." en la Constitución vigente, a partir del desarrollo de dichos conceptos en las Constituciones de 1870, 1940 y 1967.

Asimismo, la **neutralidad política de los militares** nos interesa en igual o mayor medida, por ello sopesamos las contundentes lecciones de nuestra historia política no sólo la reciente que justifican la consagración *expressis verbis* en nuestra Constitución actual de la **prohibición a los militares de afiliación partidaria y de participar en actividades políticas**.

Por metodología, en este trabajo nos ocupamos **exclusivamente** de la situación del ciudadano **militar**, si bien la Constitución prohíbe tanto a **militares** como a **policías** en servicio activo participar en actividades políticas (artículos 173 y 175); en consecuencia, son aplicables, *mutatis mutandi*, a los **policías** las mismas conclusiones que se ofrecen sobre la libertad de expresión de los militares. Por otra parte, el protagonismo o injerencia política de la Policía como factor de poder independiente de los militares ha sido, virtualmente, inexistente en nuestra historia política.

---

<sup>3</sup> *Were it left to me to decide whether we should have a government without newspapers, or newspapers without a government, I should not hesitate a moment to prefer the latter*, Thomas Jefferson, *Writings*, VI

Por último, atendiendo la teoría constitucional general así como nuestra realidad concreta, retomamos nuestro tema inicial y ofrecemos criterios sobre el alcance de la libertad de expresión de los militares a la luz de la Constitución vigente. Fundamentalmente, se busca precisar en qué casos y con qué justificación (**objetiva o contextual** a diferencia de la **subjetiva o imputada**) corresponde limitar la libertad de expresión del ciudadano militar.

## II. Normas que restringen la libertad de expresión del militar.

En principio, el régimen penal y disciplinario militar tiene características especiales --severidad, celeridad, ejemplaridad, etc. estas se fundan en la existencia de un **presupuesto objetivo** (disciplina dentro de los cuarteles, *esprit de corps*, etc.) **necesario** para implementar un exigente régimen de tareas de adiestramiento u operatividad militares, en "tiempos de paz". En "tiempo de guerra", es aún más evidente la necesidad de imponer restricciones a libertades fundamentales entre ellas, la de expresión de los integrantes de las fuerzas armadas por razones operacionales y funcionales.

Hecha esta apreciación general, examinemos la principales leyes que, en cuanto a la **libertad de expresión**, afectan al militar, tanto en actividad como en situación de retiro.

### 1) Código Penal Militar, Ley N° 843/80.

Numerosas disposiciones del Código Penal Militar riñen, manifiestamente, con la letra y el espíritu de la nueva Constitución, pero ello debe ser objeto de otros estudios. Aquí sólo nos ocuparemos de aquellas normas del régimen penal castrense que censuran o reprimen la libertad de expresión del militar por su condición de tal.

El Capítulo XIV "De los Delitos de Injurias y Calumnias" del Código Penal Militar prevé como "injuria grave", Art 174:<sup>4</sup> (...)

---

<sup>4</sup> Al transcribir las disposiciones, resaltaremos en "**negritas**" los términos o frases relevantes.

- b) **Las palabras, dichos o acciones que envuelvan (sic) gran falta de respeto a los superiores o a sus padres y descendientes;**
- c) **Las palabras, dichos o acciones que en concepto público se tengan por afrentosas en razón de su naturaleza, ocasión o circunstancia.**

El artículo 176 establece que:

*El militar que **injuria a otro públicamente o por escrito, sea de un modo directo, sea empleando alegorías o pinturas, o de cualquier manera, sufrirá arresto de tres meses***

En el artículo 177 se previene:

*Quando la **injuria se infiera públicamente y de palabra se aplicará la pena de arresto de uno a tres meses. Si la injuria fuere hecha a un superior se graduará según la circunstancia y la calidad del ofensor y ofendido.***

Y cuando la injuria sea "leve" (categoría residual: cuando la injuria no califica "grave", artículo 175) se castiga con "pena disciplinaria" (artículo 178 del mismo código).

El artículo 299 define como *faltas contra la disciplina* (en tiempo de guerra **como de paz**): (...) b) *Las palabras de descontento pronunciadas en presencia de un superior (...)* c) **Las murmuraciones acerca del orden en que se hagan los ascensos, de la falta o escasez del sueldo, de exceso de fatiga, de la incomodidad de los cuarteles, de la mala calidad del rancho o del vestuario y en general cualquier queja que pueda producir descontento o debilitar la subordinación.**

El artículo 300 dispone que la aplicación de las penas de disciplina *corresponde a los Comandantes. Los Oficiales y Clases que le estén subordinados, se limitaran a ordenar el simple arresto del culpable* (sic) *hasta que el Comandante señale las penas correspondientes.*

Lo constitucionalmente cuestionable, en nuestra opinión, consiste en que la pena "disciplinaria" aplicable a oficiales puede implicar el

**arresto de 30 a 90 días**, además del "efecto disuasivo"<sup>5</sup> sobre la libertad de expresión. *In passim*, es inevitable apuntar la manifiesta violación de garantías procesales de rango constitucional, *inter alia*: la presunción de inocencia (artículo 17, inciso 1.); el derecho a la defensa (artículo 16); al debido proceso (artículo 17, inciso 3.); a un juez imparcial (artículo 16); y, en general, a los derechos procesales aplicables a "cualquier otro [proceso] del cual pudiera derivarse pena o sanción" (artículo 17, párrafo inicial). La frase de apertura del artículo 17 de nuestra Carta Magna extiende su espectro tuitivo más allá del procedimiento judicial-criminal estricto, al decir: *En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:* (...) [y siguen los 11 incisos del artículo] por cuanto previene contra arbitrarias exclusiones o aplicaciones restrictivas o limitativa de las garantías procesales de la persona, *verbi gratia* el procedimiento administrativo, el juicio de responsabilidad política o la cómodamente designada "jurisdicción disciplinaria", siempre y cuando ello entrañe la aplicación de una pena o sanción.

Pero la cuestión constitucional, que centralmente nos interesa, consiste en determinar si es justificable la supresión de la libertad de expresión del militar en razón de que supondría "gran falta de respeto" o resultaría "afrentosa" a la "dignidad institucional" o a la "imagen privada de los superiores" sin considerar que se trate de la denuncia de hechos ciertos y verdaderos de:

- a) **corrupción (participación de camaradas o superiores en tráficos ilícitos, sustracción o malversación de recursos) dentro de las FF.AA.;**
- b) **la perpetración de un crimen o la violación de los derechos humanos cometida dentro del arma; o**
- c) **la transgresión de la prohibición constitucional de participar en actividades político-partidarias cometidas por superiores u otros camaradas dentro o fuera del cuartel.**

Permítasenos postergar la respuesta para el punto en que analizamos la restricción de la libertad de expresión del militar **por razones de decoro, de ética y de imagen institucional, infra III.3.**

## **2) Estatuto del Personal Militar, Ley N° 847/80.**

---

<sup>5</sup> "The deterrent effect on free speech" (El efecto disuasivo sobre la libertad de expresión)

Nuestro primer reparo a esta ley consiste en que si bien distingue "técnicamente" las situaciones del **militar activo** de la del **militar retirado**, a sus efectos jurídico-prácticos las **equipara** virtualmente en el llamado "estado militar".

En efecto, dicho Estatuto incluye dentro del "Personal Militar de las FF.AA. de la Nación" al "**Personal Militar del Cuadro de la Reserva**" y el artículo 8º inciso a. numeral 1) considera como parte del último al "**Personal Militar en Inactividad**"; éste, a su vez, se distingue en "Retiro Temporal" y "Retiro Absoluto" (artículo 12 inciso b numerales 1 y 2), según se tengan la edad requerida y las aptitudes (físicas, mentales o morales) para el servicio activo (artículo 138 incisos a y b). Sin embargo, el artículo 33 declara que "**tendrán Estado Militar**, el Personal de las Fuerzas Armadas que integre su Cuadro Permanente y el **Cuadro de Reserva**" (énfasis nuestro).

En punto a la libertad de expresión del militar activo, en el Capítulo III, "De la Ética Militar" se impone a todos "los integrantes de las Fuerzas Armadas" el precepto de "ser discreto en su conducta y en su lenguaje". (artículo 74, inciso g). En el Capítulo V, de los "Derechos de los Militares", el artículo 86 expresa textualmente:

*Rigen para el militar en inactividad las siguientes disposiciones:*

**a) Está sujeto a la jurisdicción militar y disciplinaria**

El Título VI, Capítulo II, define el retiro como "el paso del Militar de la situación de actividad a la inactividad, **sin perder su Estado Militar**" (artículo 138)

Sin embargo, el criterio de distinguir el **status jurídico** del militar activo y del retirado, es unánime en el Derecho comparado, además esa diferenciación tenía casi centenaria vigencia en nuestra propia legislación militar. Las primeras décadas de República constitucional (post-1870), sin ser precisamente un ejemplo de Estado de Derecho, sin embargo ofrecen numerosos ejemplos de **militares** de destacada actuación en la política **pero en situación de retiro**: Bernardino Caballero, Benigno Ferreira, Juan Bautista Egusquiza, Juan A. Ecurra, Patricio Escobar y otros. En efecto, "la **Ordenanza Militar del Ejército de la República del Paraguay** de 1887, restringía estrictamente los derechos civiles y políticos del militar en actividad, **pero le garantizaba toda libertad de accionar político al militar en situación de retiro**. Incluso el **Estatuto de los Oficiales de las Fuerzas Armadas de la Nación**, promulgado por el **Decreto-Ley N° 16.974** del año 1943

paradójicamente, en pleno ascenso del militarismo en nuestro país y en el continente seguía prohibiendo a los militares en actividad la afiliación a partido alguno pero dejando en plena libertad de actuación política al **militar retirado**<sup>6</sup>.

La equiparación entre militares en servicio activo y en situación de retiro contradice el **diferente status cívico y jurisdiccional** de uno y otro, consagrado por la moderna teoría constitucional y el Derecho Constitucional comparado. Acorde con ello, el artículo 172 de la Constitución vigente prescribe:

*Los tribunales militares solo juzgarán delitos y faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo (...) Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar, no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses (...) Solo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales [militares] podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados* (El énfasis es nuestro).

Por tanto, fuera del caso de "conflicto armado internacional" **los militares retirados no pueden estar sometidos a la jurisdicción militar**. En nuestra opinión, es inconstitucional que el militar en situación de retiro esté virtualmente equiparado al militar en actividad, llámese en lo "jurisdiccional" como en lo "disciplinario". En consecuencia, **el militar retirado tiene la misma libertad de expresión y, a fortiori, la de realizar actividades políticas que los civiles**.

### **III. Razones clásicas en que se funda la restricción de la libertad de expresión del militar.**

La condición de **militar en actividad**, por todo lo que en teoría supone, no puede justificar arbitrarias aplicaciones de la ley, que incluso vulneren el **minimum** de libertades y derechos fundamentales que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos

---

<sup>6</sup> Artículo 107 "Está prohibido a los Oficiales del Cuadro Permanente, so pena de pérdida del Estado Militar, afiliarse o formar parte de cualquier partido político; la misma disposición rige para los Oficiales de Reserva, hasta que haya transcurrido el plazo fijado en el artículo. 47" [cuatro años]

garantizan a toda persona sin distinguir entre civiles y militares como "ciudadano en uniforme" dentro de un Estado y éste como miembro de la comunidad internacional.

¿ Puede toda expresión de un militar ser censurada **in genere**, sin referencia a una situación o contexto que justifique y haga necesaria la restricción de la libertad de expresión ?

El Derecho enseña que toda ley tiene una **ratio juris** (razón de Derecho) y que, por lo tanto, no debe aplicarse en el vacío, arbitrariamente ("sólo porque la ley lo permite"), sin ponderar la circunstancia o supuesto contemplado.

La libertad de expresión del ciudadano militar **en actividad** admite clásicas y bien fundadas restricciones en razón de la reserva de la información (por motivos de seguridad o de defensa), del carácter institucional "no deliberante", y del decoro, la imagen y la ética de la institución castrense. A éstas se le ha agregado una cuarta, prohibición especial de nuestra Constitución: la de realizar proselitismo partidario o actividades políticas, que analizaremos en la siguiente sección. Veamos las tres primeras

### 1) Reserva o confidencialidad por seguridad o defensa.

El funcionario o empleado público militar no tiene libertad de expresión absoluta; tampoco la tiene el ciudadano común, ya que siempre está expuesto a las consecuencias ulteriores. El cliché del Derecho Constitucional estadounidense se resume en que: "...la más estricta protección de la **libertad de expresión no protegería a una persona que falsamente gritara "fuego" dentro de un teatro y causara pánico**"<sup>7</sup>. El Pacto de San José de Costa Rica, en el mismo sentido, garantiza la libertad de expresión sin censura previa "**salvo las responsabilidades ulteriores**" (artículo 13.2).

Hay informaciones sobre asuntos militares confidenciales, cuya divulgación sería claramente perjudicial para la defensa nacional, esto es, **dentro de un contexto objetivo**. No librado al inescrutables arbitrio subjetivo de un jefe o superior que invoca esa causal como pretexto

---

<sup>7</sup> "The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic." *Orbiter dictum* en el voto disidente del célebre Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Oliver Wendell Holmes, en el caso *Schenck vs. United States* 249 U.S. 47, 39 S.Ct. 247, 63 L.Ed. 470 (1919)

para censurar cualquier forma de expresión: no es lo mismo revelar claves criptográficas, planes de ataque o posicionamiento de efectivos en estado de guerra internacional o durante un ola de actos terroristas, que una charla o entrevista de carácter histórico sobre criptografía en la Guerra del Chaco.

Las democracias avanzadas, con FF. AA. permanentes, conocen esta restricción, de modo que se puede sostener que ella tiene amplia vigencia en el Derecho comparado por su **fundamento material y lógico**, en razón del **daño evidente** que puede infligir al sistema de seguridad o de defensa de un Estado.

## 2) El carácter de "no deliberante": significado y alcance.

La experiencia histórica latinoamericana y especialmente la nacional aconsejan **delimitar el carácter de la institución militar**. La consagración del carácter "no deliberante" de la misma constituye un hito del Derecho constitucional moderno. Nuestra novel Constitución prescribe en su artículo 173, que las FF.AA. tendrán carácter "no deliberante", además de caracterizarla como institución "nacional, profesional, obediente, subordinada a los poderes del Estado y sujeta a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes".

Dejemos de lado por ser objeto de un debate distinto la cuestión de si la mera inclusión o definición constitucional **tiene virtualidad jurídica bastante**, es decir: de si sólo constituye una **conquista simbólica** cuando no va acompañada de medidas legislativas concretas, de orden penal y militar, para hacer efectiva su vigencia.

Es posible advertir la ambigüedad del término "no deliberante" porque, en puridad, toda repartición de la administración pública es, en un cierto sentido, "no deliberante": un ministro u otro alto funcionario administrativo **no puede entrar a "deliberar" si cumple o no las instrucciones del Presidente: las acata o renuncia**. Si se alega que la caracterización de "no deliberante" alude a que **los militares no le corresponde asesorar o aconsejar a los poderes públicos**, ello tampoco sería rigurosamente cierto porque tanto en la cátedra o docencia militar (Colegio Militar, Colegio de Guerra, etc), como en la discusiones del Estado Mayor de cada arma y, *a fortiori*, en el Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. **se delibera, debate** y resuelve sobre las alternativas a presentar al Poder Ejecutivo (a la sazón Comandante en Jefe), el cual adopta finalmente la decisión propiamente **política** en materia de defensa nacional; igualmente, los militares "deliberan" al comparecer para discutir temas de defensa nacional ante las

Comisiones de Defensa del Congreso Nacional. Asimismo, se pueden distinguir dos aspectos de la expresión "no deliberante": el **institucional** y el **personal o individual**. Es decir, si bien a la institución militar y a una parte de la misma les está prohibido deliberar, **al ciudadano militar, en tanto acepte las consecuencias de su decisión personal**, le está permitido "examinar una orden" o sea, "deliberar" sobre el cumplimiento de la misma, si ella importa una violación a la Constitución, a los derechos humanos o incluso al propio fuero militar. Tanto es así que, incluso, el soldado raso está facultado a resistir una orden que suponga perpetrar actos atroces (la condición *quod atrocitatis facinorus*), como se comprobó, *mutatis mutandi*, en Nürnberg al enervarse la defensa de los criminales de guerra nazis ("cumplimiento de ordenes"), y en Buenos Aires la defensa de los militares de mando inferior al de la Junta Militar argentina ("la obediencia debida"). Ningún soldado ni siquiera en estado de guerra, declarado por el Congreso, puede reputar legal o legítima una orden de exterminio en masa de prisioneros civiles o militares, o de **secuestrar personas (incluyendo ancianos y niños) o de vejar, violar, torturar y ejecutar sumariamente a prisioneros**, incluyendo los denunciados y ahora confesados **"vuelos"<sup>8</sup> para arrojar al mar desde aviones a prisioneros drogados**. Actos espantosos como los señalados están y estuvieron prohibidos por el Derecho de Guerra o Derecho Humanitario (*Jus in bello*) y especialmente, por las Convenciones de Ginebra de 1949 (Artículo Tercero Común).

---

<sup>8</sup> El libro *El Vuelo* (Buenos Aires: Planeta Ed., 1995) del escritor y periodista **Horacio Verbitsky** se basa en la confesión del ex-Capitán de la Marina argentina, Adolfo Scilingo, quien relata, con lujo de detalles, el largamente sospechado pero ahora confirmado, **macabro y cobarde operativo de arrojar desde aviones los cuerpos drogados pero vivos de prisioneros políticos a las aguas del Mar del Plata**. Ello motivó la **primera admisión oficial, institucional, de responsabilidad criminal de las FF.AA. argentinas** por parte del Comandante de ese Ejército, Gral. Martín Balza, quien, en una actitud que lo honra a él y a su institución, entre otras cosas sentenció: **...delinque quien ordena y delinque quien comete estos actos**. Poco después, el ex-Sargento Víctor Ibañez también confesó su participación en similar operativo de **lesa humanidad**.

La responsabilidad de estos operativos de eliminación sistemática que se practicaban en la tristemente celebre "ESMA" (Escuela Superior de Mecánica de la Armada, convertida en improvisada "prisión política de alta seguridad") recaen en su siniestro ex-Almirante Emilio Eduardo Massera durante la "Guerra Sucia" argentina (1976-1983), quien posiblemente, junto a los generales Jorge Rafael Videla, Ramón J. Camps, Juan B. Sasiañ, Bussi y otros nefastos oficiales como Alfredo Astiz, habrán creído superar en astucia a Adolfo Hitler con su "Solución Final" al evitar el escándalo y repudio mundial de los "campos de concentración y exterminio". En su incalificable criminalidad, habrán supuesto que inventaron el sistema de exterminio masivo perfecto: "desaparición", torturas y luego arrojamiento al mar. Todo **"sin dejar rastros..."**

En aras de la subordinación, ejecutividad o eficiencia, el soldado no puede convertirse en un autómatas privado de toda facultad de discernimiento o sentimiento moral y, sobre todo, liberado de las consecuencias de sus actos a terceros. Es inconcebible constitucionalmente y repugna a la concepción alguna de sociedad libre y democrática que se permita la total deshumanización del militar, quien, después de todo, no es más que un "ciudadano en uniforme".

Sin embargo, el Derecho constitucional comparado coincide unánimemente en que "no deliberante" es un tecnicismo que alude a la **prescendencia de los militares de la política** en su doble dimensión: parlamentaria o propiamente deliberante, como ejecutiva o de gobierno, en sentido estricto. El carácter de "no deliberante" de las FF. AA. alude a que su misión funcional es **ejecutiva**. No les está permitido discutir o "deliberar" sobre la justicia, conveniencia u oportunidad de una orden, de un operativo, de un programa de acción que les encomienda su Comandante en Jefe, en ejercicio de su facultad constitucional. "No deliberante" significa también **prescendencia de toda participación en lo que Maurice Duverger llama el "proceso político"**<sup>9</sup>; es decir, a las **FF.AA., como institución, así como a cualquiera de sus integrantes, oficiales, suboficiales y clases les está vedado debatir, juzgar, "deliberar" sobre asuntos políticos.**

Esta limitación se refuerza con el concepto de "obediente y subordinada a los poderes del Estado"<sup>10</sup> y sobre todo, con la prohibición de "afiliación y de realización de actividad política"<sup>11</sup>, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

### 3) Decoro, imagen y ética institucional.

Al examinar las normas del Código Penal Militar *ut supra* 2.1, *in fine*, nos planteamos la cuestión de su posible colisión con las nuevas disposiciones constitucionales sobre la **libertad de expresión** y de ambas con **el derecho a la propia imagen** y a la **intimidad de la persona**, que ahora también tienen rango constitucional.

En primer lugar, cabe someter la cuestión al **contrapeso de intereses** o "**test del interés prevalente**"<sup>12</sup>. Esto es, si se trata de un

---

<sup>9</sup> Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ed Ariel, 1988

<sup>10</sup> Artículo 173 de la Constitución

<sup>11</sup> *Ib.*

<sup>12</sup> Nos referimos a la doctrina del "*balancing test*" o del "*prevailing interest test*" de la

denuncia **fundada** por parte de un ciudadano militar en que **los hechos** alegados **son ciertos**, pero, al mismo tiempo, son considerados "afrentosos" por los superiores aludidos o por la institución castrense, **¿cuál interés jurídico debe prevalecer**: el de la ética y disciplina militar o el de proteger el derecho de "toda persona" [a la sazón funcionario militar] "a difundir información utilizando cualquier instrumento lícito y apto para ese fin"? (**libertad de expresión, sin censura alguna**, artículo 26 de la Constitución).

Está en juego además el nuevo derecho desprendimiento de la esencial libertad de expresión el derecho colectivo de la sociedad ciudadanos y autoridades de conocer un asunto de interés público o que importa a la salud de la República (el **derecho a informarse** del artículo 28 de la Constitución).

Si no fuese una falsa imputación, ¿por qué debería reprimirse o censurarse la libertad de expresión del militar y, de paso, cercenarse el derecho social a la información--, cuando **la gravedad de los hechos denunciados y el interés público para la salud de la República son manifiestos**, y los más calificados o, quizá únicos, **testigos sólo podrían ser otros militares?**

Aparte de la conclusión que la pregunta retórica sugiere, la **Constitución**, a nuestro juicio, **aporta la clave para resolver el aparente conflicto entre la libertad de expresión**, por un lado, y **el derecho a la intimidad y la prueba de la verdad**, por otro.

Los artículo 23 y 33 de la Constitución marcan la pauta para resolver dicho conflicto de intereses. En efecto, si bien el artículo 23 consagra *el derecho a la intimidad personal y familiar*, así como los *de la dignidad y de la imagen privada de las personas* pero **la misma norma señala el límite de lo privado: en tanto** [la conducta privada de las personas] **no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de los terceros**" (énfasis nuestro), tal como la comisión de un delito o la perpetración de otro acto ilícito. Asimismo, el artículo 33 descarta la **prueba de verdad y notoriedad** de publicaciones *que afecten al honor, a la reputación o a la dignidad de las personas*, sin embargo **las admite** cuando se trata de **censura a la conducta pública de los funcionarios del Estado y en los demás casos establecidos por la ley**" (énfasis nuestro). A título ejemplificativo, señalemos que sería difícil que algún Tribunal sostuviera que, la prensa escrita, oral o televisada **violó el derecho a la intimidad, la dignidad o**

la imagen privada o familiar del capomafioso Al Capone, del narcotraficante Pablo Escobar Gaviria, de dictadores como Anastasio Somoza, Manuel Noriega o Alfredo Stroessner o, incluso, de ex-presidentes como Richard Nixon o Fernando Collor de Mello, acusados de graves crímenes, corrupción escandalosa, tráfico de influencias, obstrucción a la justicia o mal desempeño del cargo.

Esto es, cuando los hechos en cuestión se refieran a la conducta pública de un funcionario del Estado, así como cuando afecten el orden público o el derecho de terceros, la libertad de expresión lejos de ceder, debe prevalecer y ser protegida constitucionalmente.

Con respecto a esta conducta debe distinguirse cuidadosamente aunque parcialmente se superponga de la mera "afrenta", "gran falta de respeto", "injuria", "violación de la dignidad, imagen o conducta privada de las personas". En nuestra opinión, la "conducta privada del funcionario público" es una categoría residual harto reducida que debe ser diferenciada de la denominada "conducta oficial" cuya denotación es mucho mayor.

Por dicha razón, sugerimos la expresión "conducta censurable del funcionario o de la persona pública", para connotar el ámbito de las actividades de un funcionario o persona pública que pueden ser examinadas por las autoridades y la sociedad en general.

#### IV. Prohibición de participar en actividades políticas.

Tradicionalmente, se entendía que el carácter "no deliberante" de las FF.AA. abarcaba la prohibición de este título. No obstante, nuestra experiencia histórica debió ser determinante en la *mens legislatoris* de los constituyentes cuando consagraron esta prohibición, en forma expresa y distinta, de realizar actividades políticas o de afiliación partidaria. No conocemos de ninguna otra Constitución, por lo menos de las clásicas del Derecho constitucional comparado, que contenga similar prohibición *expressis verbis*.

Hagamos un poco de historia sobre el tema, a riesgo de incurrir en una pequeña digresión. Se puede hablar de un relativamente corto periodo de subordinación de los militares a las autoridades civiles legítimamente constituidas que se inicia, aproximadamente, desde 1912

y termina en 1936<sup>13</sup>, exceptuando el grave quiebre institucional que supuso la Revolución de 1922, en la que, sin embargo, triunfó el sector militar institucionalista sobre los rebeldes "schaeristas" liderados por el Cnel. Adolfo Chirife.

Desde 1936, en el plano real o sociológico, se hace evidente la **intervención directa o la influencia -indirecta pero decisiva- de los militares en la política nacional**, en forma permanente y sistemática, no aislada. Situación que de hecho<sup>14</sup> se mantiene, en diferente medida, hasta nuestros días, por encima de las definiciones de la misión de las FF.AA. en las Constituciones de 1940, 1967 y de 1992, según veremos más adelante (*infra* V.2 al V.4); de la prohibición que nos ocupa (artículo 173 de la Constitución de 1992); y de su reglamentación legal, ley N° 514/94, que prevé sanciones penales a los militares en servicio activo por participar en actividades políticas.

Habíamos visto que tanto la Ordenanza Militar de 1887, la Ley Orgánica Militar de 1915 y el Estatuto de los Oficiales de las FF.AA. de la Nación de 1943, si bien **restringían estrictamente los derechos civiles y políticos del militar en actividad**, le garantizaba toda libertad de accionar político al militar en situación de retiro.

Independientemente de la **inobservancia práctica** de dicha prohibición, por ser ello motivo de un estudio distinto, vale la pena remarcar que formalmente hasta el propio General Presidente, **Higinio Morínigo**, aún después del triunfo del Partido Colorado en la Revolución del 47, **se negó a "afiliarse" invocando su condición de militar de carrera, en servicio activo**<sup>15</sup>. Posteriormente por **Ley N° 10 del 22 de**

---

<sup>13</sup> Existe consenso sobre el año 1936, como hito que marca el fin del período de la subordinación de los militares a las autoridades civiles, no así para su inicio. Situamos el año 1912 como inicio aproximado de dicho período, por coincidir con la estabilidad que trajo la presidencia constitucional de Don Eduardo Schaerer (1912-1916) *"el año 1915 fue señero para la organización militar (...) se creó la Ley Orgánica Militar (...) y se fundó la Escuela Militar por Ley N° 139 del 20 de julio de 1915"* [Gustavo Riart, **El Partido Liberal y el Ejército**. Cuadernos Históricos N° 16 (Asunción: El Gráfico Ed., 1990) p.33

<sup>14</sup> De ahí la constante alusión en los análisis de nuestros politólogos a los "poderes fácticos", o las advertencias a la ciudadanía y al Parlamento de *respetar el Cuarto Poder o el Poder Militar* por los propios Comandantes de las FF.AA. (Cf. *inter alia*, el discurso del Gral. José Felicísimo Segovia Boltes del 5 de Diciembre de 1994)

<sup>15</sup> *"Yo nunca fui partidario de politizar el Ejército. Terminada la revolución, habiendo triunfado y llevado yo al Partido Colorado conmigo, fueron Federico Chaves y la gente del directorio a llevarme el libro de honor para firmar. Y yo le dije a Chaves que agradecía mucho esa distinción pero que había algo que me lo impedía: yo soy*

**julio de 1948** se modificó, **parcialmente**, el artículo 107 del Decreto-Ley 16.974 de 1943, sólo en el sentido de que si bien mantenía la prohibición de afiliación para los militares activos "...1) *podrán hacerlo, en cambio, los Oficiales que no están en actividad sea por hallarse en situación de retiro o por haberles sido concedida la simple baja, en razón de no llenar los requisitos para la obtención del retiro*"

El primer paso de involución esta vez hasta ya en el plano jurídico formal se verifica en 1949, con la **Circular N° 20 del 13 de setiembre de 1949, emitida por el Gral. Emilio Díaz de Vivar**, quien en su calidad de Comandante en Jefe de la FF.AA. **ordenó (...)**

2) *Que los Oficiales propuestos para su movilización **deberán acompañar** a sus respectivas solicitudes **sus antecedentes** militares y **políticos** de antes, durante y después de la contienda armada de 1947.*

3) *Que los propuestos a ser movilizados **deberán presentar un testimonio de lealtad a la Asociación Nacional Republicana**(sic), [Partido Colorado] **expedido por la Junta de Gobierno de la misma, sin cuyo requisito no será atendida ninguna propuesta.***

Este es un documento inédito, a cuya copia facsimilar he tenido acceso<sup>16</sup>.

Posteriormente, **la involución se legalizó** con la sanción por el presidente **Federico Chaves del Decreto-Ley N° 21 del 5 de marzo de 1953** (a un año y dos meses de su derrocamiento por el Gral. Alfredo Stroessner) que dispone **Artículo 1°: Derógase en todas sus partes el art. 107 y sus modificaciones por Ley N° 10 del 22 de julio de 1948 del Decreto-Ley N° 16.974 de fecha 15 de febrero de 1943.**

Vale la pena, transcribir el Considerando de dicho Decreto-Ley N° 21 de 1953:

*... de carrera, en este momento en servicio activo y les prometo que cuando me firme este libro con mucho gusto. Yo sostengo que el Ejército debe ser nacional, una razón muy sencilla: porque no puede sectarizarse una cosa tan nacional como el Ejército. Yo siempre he dicho y pensado concretamente así. Me dijeron en mi época: **se coloradice el Ejército y yo les respondí: eso lo harán ustedes, yo no**" [Alfredo M. Ferrel, *Conversaciones político-militares*, Asunción, El Lector Ed., 1984, Tomo I, pp. 59] (Las negritas son nuestras).*

La copia facsimilar de la Circular se publicó como anexo a este mismo trabajo en la revista **"CRÍTICA"**, Año VII, N°12, Diciembre 1996, Asunción.

Que la disposición mencionada [artículo 107] priva de la libre determinación del ejercicio de un derecho admitido en un país de organización democrática.

**Que es necesario ponerse (sic) a los Oficiales del Cuadro Permanente y de la Reserva en un plano de igualdad de los ciudadanos civiles para el ejercicio de sus derechos cívicos de acuerdo a las leyes pertinentes.**

¿Qué significó esta derogación total del artículo 107 y de sus modificaciones del Estatuto de Oficiales? ¡La más completa libertad de militares para afiliarse a cualquier organización o partido político!

Al lector extranjero de nuestra historia política, habría que aclararle que ello significaba la **legalización de afiliación al partido oficialista, la Asociación Nacional Republicana, Partido Colorado.**

Esta medida fue ratificada por el **General en actividad Presidente Alfredo Stroessner**, en la **Circular N° 24 del 22 de julio de 1955**, la que transcrita en su parte relevante expresa:

**VISTO: La Nota(sic) de la Honorable(sic) Junta de Gobierno de la Asociación Nacional Republicana (Partido Colorado), en la que informa que ha resuelto mantener el Censo Partidario en la Jurisdicción de la Capital, el 24 de Julio próximo y siendo necesario que dicho trabajo se extienda a las Fuerzas Armadas, este Comando dispone:**

**1º) Los SS.CC.UU.DD.SS. y JJ.RR.MM., de la jurisdicción de la Capital, permanecerán con el personal dentro de sus respectivas Unidades, hasta el medio día 12:00 horas, del 24 de Julio próximo, a fin de ser censados los Señores Jefes y Oficiales, Auxiliares de Armas, Buques y Servicios, Sub-Oficiales y Sargentos (...)**<sup>17</sup>

Esta aberrante medida de **afiliación forzosa de los militares activos al Partido Colorado**<sup>18</sup>, estaba en total consonancia con la totalitarizante política de **afiliación forzosa** al virtual "partido único", la Asociación Nacional Republicana (Partido Colorado), **de todos los funcionarios públicos**, propugnada vigorosamente durante décadas.

---

<sup>17</sup> La copia facsimilar de esta Circular también se reproduce en el anexo mencionado en dicha publicación.

<sup>18</sup> Cf. Marcial Riquelme, Stronismo, Golpe Militar y Apertura Tutelada, Asunción, CDE Ed., 1992 y entrevistas con el politólogo Carlos Martini y el Dr. Alejandro Dávalos Flores.

por el "establishment" stonista, entre cuyos representantes más conspicuos estaba el Arq. Tomás Romero Pereira.

Con ese contexto histórico, retomemos el análisis de la prohibición constitucional que nos ocupa.

Corresponde deslindar con precisión qué esfera de **la libertad de expresión del militar** se ve restringida por la **prohibición de afiliación política y de realización de actividades políticas**. El artículo 173 de la Constitución, *in fine*, textualmente dispone:

(...) **no podrán afiliarse a partido o movimiento alguno. ni realizar ningún tipo de actividad política**" (énfasis nuestro).

En primer lugar, convengamos que **lo prohibido es una conducta, no una creencia o ideología**, a pesar que las "ideas" se pueden "expresar o comunicar" no sólo con palabras, sino también con "conductas" o "expresión simbólica"<sup>19</sup>. La libertad ideológica, también llamada "de conciencia o de pensamiento" es no sólo --jurídicamente-- inviolable (artículo 24 de la Constitución), sino irreprochable de hecho; de ahí la agudeza del aforismo *Praetor, de internis, non judicat*<sup>20</sup>, salvo que se materialice la profecía de una terrorífica **Policía del Pensamiento**

---

<sup>19</sup> La distinción: discurso-conducta ("*speech*"-"*conduct*" distinction) y mas concretamente, y la expresión simbólica (*symbolic expression*) es creación doctrinaria de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que tuvo su paradigmática aplicación en el caso **Street v. New York** [394 U.S. 576, 89 S.Ct. 1354, 22 L.Ed 2d 572 (1969)] en que el apelante, el señor Street, había sido condenado por violar una ley de Nueva York que considera una falta el destruir, mutilar o ~~excecrar~~ **excecrar** públicamente cualquier bandera de los Estados Unidos ya sea por medio de palabras o de hecho. El recurrente (de raza negra) había escuchado por la radio en su departamento en Brooklyn que otro líder de los derechos civiles, James Meredith había sido asesinado por un francotirador en Mississippi [y que se sumaba al asesinato de los Kennedy, Martin Luther King, Malcolm X y muchos otros], sacó su bandera de los EE.UU. la llevó a una intersección muy concurrida de la ciudad y le prendió fuego. La Corte Suprema sostuvo "En **las circunstancias de este caso, no creemos que ningún interés [gubernamental] puede justificar constitucionalmente la condena del recurrente por haberse expresado como lo hizo** (*for speaking as he did*)" y "[A]gregamos que la falta de respeto por nuestra bandera debe ser deplorado no menos en estos tiempos difíciles que en los calmos de nuestra historia. **Sin embargo, no podemos mantener una condena que pudo haber dependido de una forma de expresión, por más desagradable que sea, ya que la Constitución la tolera y protege** (*a conviction that may have rested on a form of expression, however distasteful, which the Constitution tolerates and protects...*)" citado en **Gerald Gunther, Cases and Materials on Constitutional Law** (Mineola, N.Y.: The Foundation Press, Inc.: 1980, 10th Ed) pp. 1312-1313 y 1315

<sup>20</sup> El Pretor no juzga el fuero interno

(*Thought Police*), que George Orwell magistralmente retrató en su libro "1984".

Por otra parte, no compartimos el criterio de una interpretación extensiva, que abarque **toda conducta** que *lato sensu* supondría una toma de posición u opinión **política**, entendida ésta como el **conjunto de acciones u omisiones, por intrascendentes que fueran, a las que se le puede atribuir una significación "política"**, es decir, referidas al bien común de la sociedad, al mejoramiento de la convivencia o al progreso social. Lo decisivo de la prohibición al militar en actividad es, en nuestra opinión, **toda acción dirigida a la toma o alteración del poder político en la sociedad**, lo que en doctrina conocemos como la fase agonal<sup>21</sup> de la política, **aunque sea por medios democráticos**, esto es, mera militancia o proselitismo político.

En consecuencia, a nuestro juicio, la prohibición analizada debe ser interpretada **estrictamente** en el sentido de que **afecta o restringe la libertad de expresión partidaria y política del militar en dos tipos de conductas:**

- a) las que exteriorizan o hacen pública una **afinidad o simpatía por un partido o movimiento político**, ya sea por admisión (verbal, escrita, simbólica) o de hecho, tal como registrarse como miembro de algún partido o movimiento político o al votar en las internas de algún partido o movimiento<sup>22</sup>) y;
- b) las que representan **participación directa, intervención o influencia en política (o sea sobre las autoridades e integrantes de cualquiera de los tres poderes del Estado)**, así como de **proselitismo político sobre el resto de sus camaradas o de la sociedad, a través de actos, reuniones, manifestaciones, mitines, etc.** lo cual abarca **desde el proselitismo público o privado por una candidatura electoral hasta el expresar públicamente su apoyo o rechazo de todo o parte del ideario-programa de un partido o movimiento político**, sea en forma institucional como individual, en forma sistemática o como acto aislado.

---

<sup>21</sup> Germán Bidart-Campos, *Derecho Político*, Buenos Aires, Aguilar Ed., 1972, pp. 65 y 66. Segundo V. Linares Quintana, op. cit. en el mismo sentido.

<sup>22</sup> Esto, sin embargo, no empece que los militares se inscriban como ciudadanos, "electores nacionales" en el **Registro Cívico Permanente** y, **voten en las elecciones municipales o en las generales de autoridades nacionales y departamentales.**

En nuestra opinión, es evidente que el fin de esta prohibición constitucional consiste en **evitar que el militar influya, en razón de su cargo, de alguna forma, no sólo a las autoridades legítimamente constituidas sino al resto del electorado y especialmente a sus camaradas y subordinados, en su adhesión, simpatía y accionar político.**

En las democracias avanzadas, la prohibición legal o reglamentaria, no constitucional para los militares, se circunscribe a que no realicen los actos mencionados, **vistiendo el uniforme**; en tenida civil y fuera de sus cuarteles, están equiparados a los civiles.

Nuestra inexistente o débil "cultura democrática", se traduce en la ausencia de una sociedad civil vigorosa y en el riesgo probable de "reincidencia de influencia militar decisiva" en la ecuación del poder político. La "influencia militar" en la sociedad de tipo tradicional y predominantemente rural, como la paraguaya, trasciende lo político. En muchos sectores de la población se manifiesta más como **temor reverencial** que como **respeto institucional** al "funcionario" militar, a quien, jamás se lo percibe como un funcionario más, que sólo tiene *autoritas* en el ámbito preciso de su competencia<sup>23</sup>. **La mayoría de la población paraguaya es de origen rural o campesina** y, aunque buena parte de ella haya migrado hace décadas a Asunción, su conurbano o a capitales del interior, **ello no implica necesariamente que su pautas de comportamiento cívico y mentalidad hayan cambiado en forma automática a su relocation ciudadano o con el mismo tiempo.**

Con el precedente de dictaduras militares en nuestra historia, la pervivencia del **factor militar** en nuestra política<sup>24</sup>, y en el contexto de una sociedad, aún predominantemente tradicional y rural, con sólo aislados enclaves modernizantes, **creemos idónea y justificada la**

---

<sup>23</sup> Por ejemplo, el Coronel o General fulano de tal, no es nunca el señor fulano de tal. a veces, aunque vista de civil; sigue siendo considerado militar; se presenta con su grado militar y como tal es tratado aún en la "megápolis" paraguaya: Asunción.

<sup>24</sup> Las repetidas intervenciones de militares en política y/o amenazas de golpe de estado durante esta transición, de público conocimiento como un "secreto a voces", alcanzaron su punto más álgido con la reciente "**crisis militar**" del 22 al 25 de abril de 1996 al desafiar el --entonces-- Gral. Lino Oviedo a acatar la orden de su relevo como Comandante del Ejército emanada del Presidente de la República y la **extorsión ejercida para lograr el cambio del titular del Ejecutivo**, a cambio de deponer su actitud, en abierta violación al proceso constitucional y continuidad democrática, amén de los delitos de rebelión e insubordinación, que puso en vilo a la ciudadanía y a la comunidad internacional.

**prohibición constitucional de militancia partidaria y de realización de actividades políticas para los militares activos**, sea vistiendo uniforme o no, en mitines públicos como en reuniones o ámbitos privados.

Una crítica no desatendible, sin embargo, sostiene que **es inocua toda mera prohibición constitucional**, si la misma no contempla una sanción también expresa. La crítica es válida, parcialmente. Si bien antes de la sanción de la Ley 514/94 que tipificó como delito y estableció la sanción para los militares en servicio que se afilian o que realizan actividades políticas, no era posible aplicar pena alguna<sup>25</sup>, ello **no implica, a nuestro juicio, que la prohibición constitucional no puede tener virtualidad jurídica alguna**. Antes que todo, es un **acto expresamente inconstitucional**. Por ende, perfectamente, **podría ser, inter alia, fundamento o criterio para el ascenso de grado, relevo de cargo o comando, pase a retiro**, etc. de oficiales de las FF.AA, independientemente de todas las otras aplicaciones de la Constitución que los poderes del Estado están obligados a hacer, especialmente el Poder Judicial, expresamente encargado de su interpretación y cumplimiento<sup>26</sup>.

## **V. La misión de las Fuerzas Armadas en las constituciones anteriores y en la vigente.**

Si bien el tema de la misión de la FF. AA. debería ser objeto de un estudio aparte, analizamos la evolución de este concepto en las Constituciones de la República, por tener una relación aunque tangencial al tema central de este trabajo, en tanto en cuanto, incide en la definición de la condición del militar.

### **1) La Constitución de 1870.**

Esta Constitución, fiel a sus congéneres del estado "democrático-liberal"<sup>27</sup> clásico, moldeada en las "Bases" del pionero del constitucionalismo latinoamericano, el tucumano Juan Bautista Alberdi, es una adaptación a nuestro sistema unitario de la Constitución de la

---

<sup>25</sup> En virtud del principio "*nullum crimen sine lege*" consagrado en el artículo 17, inciso 3) de la Constitución

<sup>26</sup> *El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir (...)* artículo 247 de la Constitución (Las negritas son nuestras)

<sup>27</sup> García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Hecolór Ed., 1964, p. 141

República Argentina de 1853/60 y ésta, a su vez, se inspiró en la Constitución de los Estados Unidos de América, modelo clásico del tipo racional-normativo<sup>28</sup>, en el que se sólo se declaran los derechos fundamentales y se dan los grandes lineamientos orgánico-funcionales, por lo tanto, no hay mención específica sobre la naturaleza ni la misión de las Fuerzas Armadas.

La única referencia, muy tangencial y general, al tema de las FF.AA. en la Constitución del 1870, se encuentra quizá en los artículos 29 y 30. El primero dispone:

**Todo ciudadano paraguayo está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos naturalizados están igualmente obligados a prestar este servicio después de tres años de su naturalización** (El énfasis es nuestro)

En una primera lectura, parecería que establece una "obligación ciudadana general" de defender la soberanía e integridad territorial, similar al sistema aún vigente en la confederación helvética<sup>29</sup>. No obstante, prevé la prestación obligatoria de un servicio que, si bien no especifica al remitir al legislador su regulación, parecería referirse al servicio militar.

Por otra parte, el artículo 30 prescribe:

**El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.** (Las negritas son nuestras)

Aquí se encuentra, tal vez, el "germen" del concepto de institución *no deliberante, subordinada y obediente* con que se caracteriza a las FF.AA. en la Constitución actual. Refuerza la idea subyacente de sujeción de los militares a las legítimas autoridades de la sociedad civil, la prevención de que cualquier *grupo armado, o reunión de personas*, aunque aquellos que tengan legítimamente **el monopolio de la fuerza**

---

<sup>28</sup> Ib. p. 34 y sgtes.

<sup>29</sup> Ib. p. 552

**o coerción estatal, como es el caso de las fuerzas armadas,** cometen el delito de sedición, ya que se da una **desviación o perversión** de la "fuerza armada" **de su función natural hacia el ejercicio del gobierno**, por más que se invoque la representación del pueblo. Este artículo debe leerse en concordancia con el artículo 13 (última frase) de dicha Constitución: *Toda dictadura es nula e inadmisibles en la República del Paraguay y los que la formulen, consientan o firmen, se sujetarán a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.*

## 2) La Constitución de 1940.

La llamada "Carta Política" de 1940, por primera vez, **consagra expresamente la misión de las FF.AA.** y lo hace en la forma más amplia que Constitución alguna lo haya hecho, quizá como reflejo jurídico-constitucional de la irrupción fáctica de los militares en nuestra política desde 1936 ya como protagonistas directos, interventores o autodesignados "arbitros" de nuestro proceso político o vida democrática.

En puridad, trasuntaba la tendencia o el *zeitgeist* (espíritu de los tiempos) no sólo en este país y el continente, sino también en la "occidental y cristiana" Europa, concomitante con la alegada "crisis" del estado "democrático-liberal" y la clara opción o seducción por los modelos intervencionistas, cuando no por declarados totalitarismos de derecha o de izquierda.

El artículo 18 de dicha Carta Política expresa:

*La custodia y defensa del orden y de la soberanía, de la integridad territorial y del honor de la República así como la defensa de esta Constitución, quedan confiadas a las Fuerzas Armadas de la Nación. El Presidente de la República es Comandante en Jefe de ellas, pero podrá delegar en un oficial general el mando efectivo de las tropas. Las Fuerzas Armadas de la Nación estarán organizadas con carácter permanente (énfasis nuestro).*

Como se verá, ésta es la Constitución en que mayor amplitud conceptual tiene la llamada "misión" de las fuerzas armadas. ¿Qué no se podría justificar con categorías tan ambiguas como "la custodia y defensa del orden"? ¿Se refiere al "orden" interno, social, económico, político? ¿Qué no podría invocarse que requiere la defensa de la "soberanía"? ¿Qué es el "honor" de la República? ¿Quién y cómo y ante

quién decide que la "Constitución necesita ser defendida" o que se ha agraviado "la soberanía o el honor de la República"?

### 3) La Constitución de 1967.

El artículo 42 de dicha Constitución expresa:

*La custodia y defensa de la soberanía y la integridad territorial de la República quedan confiadas a las Fuerzas Armadas de la Nación. Para el mejor cumplimiento de su cometido, serán organizadas con carácter permanente.*

Aunque resulte paradójico, conforme a dicho texto, formalmente, la Constitución sancionada durante y a la hechura del "Presidente General" Alfredo Stroessner **redujo la misión, ex lege, de las fuerzas armadas en el texto constitucional**, en comparación con la Constitución de 1940. Se excluyeron: la custodia y defensa del "orden", el "honor de la República" y de "la Constitución".

Sin embargo, vagos conceptos, como los señalados, son los que sirvieron para justificar peligrosas "funciones", mejor dicho, **"desviaciones" de las fuerzas armadas**, no sólo como actores políticos o auto-ungidos "árbitros de la democracia", sino hasta para argumentar la **"eliminación del enemigo estratégico** dentro del territorio nacional" [concepto clave de la no muy lejana "Guerra Fría"]. Aunque aquellos "enemigos estratégicos" fueran actores sociales **internos** (organizaciones campesinas, obreras, estudiantiles, partidos de izquierda, incluso grupos subversivos) propugnada por la nefanda "Doctrina de Seguridad Nacional" que, si bien fue impulsada desde los EE.UU. para servir a principalmente a sus intereses en su "guerra de no ceder posiciones al bloque soviético", entrenando y apertrechando a los ejércitos de América Latina, los centenares de miles de muertos resultaron, mayoritariamente, de las indefensas poblaciones campesinas, indígenas y obreras atrapadas en el "fuego cruzado" de los bandos enfrentados en las llamadas "guerras de baja intensidad". De **"baja intensidad"**, posiblemente para Washington, Moscú, etc. pero de **"alta mortalidad"** para las predominantes clases populares o marginales de América Latina<sup>30</sup>, y que fue **convenientemente**

---

<sup>30</sup> Por citar sólo los casos más representativos; si bien en la Argentina de la "Guerra Sucia" (pero especialmente entre los años 1975 a 1978), se registraron la mayor parte de las 30.000 a 40.000 bajas que sacudieron al mundo, tenían la media mas alta de miembros de la clase media y alta, incluyendo a los téticamente famosos "desaparecidos"; en El

**utilizada, pro domo sua**, por los Ejércitos de la región y sus corruptas oligarquías entre mediados de los años sesenta hasta los ochenta, entre ellos, por el Ejército de Stroessner<sup>31</sup>, dictador a quien dicha doctrina le vino como anillo al dedo para **proseguir su política de represión brutal y sistemática de toda oposición real o potencial a su autocracia** y que, en puridad, **fue muy anterior a la concepción de la "Doctrina de Seguridad Nacional"** de los EE.UU. y a su efectiva implementación por los ejércitos de América Latina.

En resumen, no obstante la reducción conceptual de la misión de la FF.AA. en la Constitución de 1967, en **el plano fáctico e histórico**, fue **durante la dictadura de Stroessner** que el **predominio militar en lo político, económico y social se acrecentó y consolidó**, alcanzando, quizá su punto más alto.

#### **4) La Constitución de 1992.**

La nueva Constitución en su artículo 173 ("De las Fuerzas Armadas") reduce aún más *ex lege* la misión de las fuerzas armadas al confinarla a dos tareas: "*de custodiar la integridad territorial*" (misión clásica de la institución militar) y la "*de defender a las autoridades legítimamente constituidas*". Esta última es una brillante innovación, ya que tiene un claro sentido de **defensa de la legalidad democrática**. Esto es, obliga a las FF.AA. no sólo a defender el sistema democrático sino que les **inhibe e impide, constitucionalmente, atentar contra la autoridades de los poderes del Estado**.

---

Salvador desde 1981 a 1992, se registraron 80.000 muertos, en su gran mayoría campesinos y obreros, para una población de sólo 5 millones; y el peor "record" lo tiene la castigada Guatemala, que, con sólo 9 millones de habitantes, en las últimas tres décadas y media se calcula entre 130.000 y 150.000 las personas asesinadas, en su gran mayoría pueblos indígenas, eliminados en "masacres colectivas" en su propio habitat Maya, una de sus milagrosas sobrevivientes es la Premio Nobel de la Paz'93, Rigoberta Menchú.

<sup>31</sup> La expresión "Ejército de Stroessner" no es un *lapsus* o una exageración, sino una descripción bastante objetiva del autoritarismo militar ejercido por Stroessner. Si bien con la dictadura del Gral. Morínigo y los gobiernos colorados de 1948 a 1954, se logró "**coloradizar**" a las **Fuerzas Armadas**, con Stroessner se "**stronizó**" a las **Fuerzas Armadas**, dado el manejo discrecional, personal y patrimonial que Stroessner ejerció sobre las FF.AA., especialmente sobre los ascensos y pases a retiro, así como por la perpetuación de comandos lacayos. Incluso para el ingreso al Colegio Militar se requería aparte de la afiliación al Partido Colorado, una declaración de lealtad al Gral. Stroessner. Un estudio acabado, con abundante prueba documental sobre el tema, es el del Dr. **Marcial Riquelme** (*op. cit.*)

Lo importante es resaltar que desde la Constitución de 1967 y más aún con la Constitución de 1992 se ha **limitado constitucionalmente la misión de las fuerzas armadas**. Conviene subrayar esto, en vistas al discurso de militares y de algunos políticos, y al contenido de proyectos de ley sobre "la defensa nacional" en que se da por descontado que es función de las FF.AA. su contribución en el **desarrollo económico y social**, así como en el mantenimiento de la **seguridad interna** y, para justificar lo último, evocan casos especiales que se alega rebasan la capacidad operativa de la Policía Nacional: tráfico ilícito de drogas, autovehículos, rollos de madera o ganado, el crimen o mafia organizada, la subversión, el terrorismo, etc.

Por justificables o razonables que sean los motivos (operacionales o logísticos), nuestra opinión es que **asignarle funciones de seguridad interna a las FF.AA. sería inconstitucional**, ya que se arrogaría la **función constitucional específica de la Policía Nacional**: esto es, *preservar el orden público legalmente establecido, así como los derechos y la seguridad de las personas y entidades y sus bienes; ocuparse de la prevención de los delitos; ejecutar los mandatos de la autoridad competente y, bajo dirección judicial, investigar los delitos...* (artículo 175 de la Constitución).

Se suele argumentar que la Policía no es competente y que aunque lo fuera, no está equipada técnica ni logísticamente para enfrentar el flagelo de la subversión o del terrorismo. Rechazamos el argumento (aún como *ultima ratio*) de emplear las Fuerzas Armadas de la Nación para combatir en conflictos armados internos, esto es, **hacer la guerra a sus propios conciudadanos**, en su gran mayoría de la clase campesina, sectores populares o marginales, liderados por una pequeña elite de clase media. **Las consecuencias probadamente funestas, no sólo en materia de observancia de los Derechos Humanos, sino para la Democracia y el mantenimiento del Estado de Derecho, desaconsejan esta alternativa.**

Reconocemos la complejidad del problema, así como las dispares experiencias históricas, Argentina, El Salvador, Guatemala y por otro lado Perú, con la virtual "derrota" del flagelo terrorista (Sendero Luminoso) por parte del autoritario Pdte. Fujimori.

Al caso peruano, oponemos el éxito en Italia contra las *Brigatte Rosse*, en Alemania Federal contra la Fracción del Ejército Rojo (RAF), y en España contra ETA, en que sin mengua alguna a su Estado de Derecho y a la vigencia de todas sus instituciones democráticas, se recurrió en forma sistemática y eficiente de los servicios de inteligencia y

al refuerzo logístico a la Policías (*Carabinieri, Polizei y su BKA*<sup>32</sup>, y *Guardia Civil*, respectivamente). No fue necesario que el "Ejército salga a las calles". Se pudo enfrentar y "vencer" a la subversión y al terrorismo sin "militarizar" su enfrentamiento.

Se debe ponderar que las Fuerzas Armadas, como se dice, son los profesionales de la guerra, esto es, están entrenados para destruir el objetivo, para eliminar al enemigo, para matar, etc. Permítasenos la metáfora, ¿es difícil que no ocurran "numeros accidentes fatales" si para arrear gallinas uno se vale de una jauría de perros de pelea, entrenados para atacar y matar incluso a seres humanos!

## VI. Conclusiones.

1) Compartimos las válidas razones clásicas para la existencia de una legislación militar con disposiciones que limitan la libertad de expresión del "ciudadano en uniforme". De hecho, no sólo la ley sino la propia Constitución, **limitan el pleno ejercicio de la libertad de expresión del ciudadano militar.**

2) Pero es importante resaltar que estas **situaciones o condiciones objetivas** tienen que darse *ex necessitatis* para la **legítima y fundada aplicación de una limitación o restricción a la libertad de expresión del funcionario castrense**, en situación de actividad. No basta que sea útil, conveniente o deseable. De lo contrario, se está imponiendo -lisa y llanamente- **la censura a la libertad de expresión** con el pretexto de que "el militar está bajo jurisdicción militar" o el ciego positivismo de que "**la ley o el reglamento prevé o permite la aplicación de la sanción**", haciendo caso omiso a lo expresado (o denunciado) y a sus fundamentos. Por sobre todo, se debe ponderar que **ningún código, estatuto, reglamento u orden general puede alterar ninguna disposición de la Constitución ni el espíritu que la misma impone**, por el principio de supremacía constitucional, (artículo 137 de la Constitución).

3) Por la misma razón y a tenor del artículo 174 (**De los Tribunales Militares**) de la Constitución, se debe subrayar que es constitucionalmente insostenible la tesis que mantiene bajo "disciplina militar" al militar retirado. **El militar retirado tiene la misma libertad de**

---

<sup>32</sup> *Bundeskriminalamt, BKA*, Oficina Federal de Asuntos Criminales organismo similar a la F.B.I. (Federal Bureau of Investigations) de los EE.UU.

**expresión que los civiles y para él obviamente no rige la prohibición de afiliación partidaria o de realizar actividades políticas.**

4) Un aspecto fundamental de la libertad de expresión, o su consecuencia, es **el derecho a la información** mediante el cual la ciudadanía o el pueblo en general puede y debe informarse sobre la gestión y administración de la *res-publicae*, de la cual las FF.AA. forman parte, como cualquier otra repartición pública del Estado.

5) El discurso u opinión del "ciudadano en uniforme" o militar que suponga una **voz de alarma o denuncia respecto de una grave irregularidad, un delito, una violación de derechos humanos o de actos de corrupción, lejos de ser reprimido, debe ser permitido, protegido y amparado por la Constitución** cumpliendo a cabalidad la función de derecho fundamental del individuo en un Estado de Derecho **y no ser censurado o suprimido bajo el discrecional, indeterminado y prejuicioso único pretexto de que proviene de un "militar"**. Como todo ciudadano que ejercita un derecho *in casu*, la libertad de expresión, y siempre que acepte la responsabilidad de sus actos aquel **sólo debe estar sometido a las consecuencias ulteriores**, ya sean de orden penal militar o común (privación de libertad, destitución, multa, etc.) y/o de orden civil (indemnización de daños y perjuicios) **en el caso de que sus expresiones resultaran falsas o infundadas y causaran daño o perjuicio**, sea este material o moral.

6) Muy diferente es el caso de la **prohibición constitucional de afiliación** a partidos o movimientos políticos **y de realización de actividades políticas**, ora como proselitismo en favor propio o ajeno o de una plataforma electoral, ora como mero apoyo moral, con su participación o simple presencia en actos de naturaleza política. Tomando en consideración nuestra historia de intromisión de los militares en política así como de su partidización, en el contexto de una sociedad, predominantemente, tradicional **creemos idónea y justificada la prohibición constitucional de militancia partidaria y de realización de actividades políticas para los militares activos**, sea vistiendo uniforme o no, en mítines públicos como en reuniones o ámbitos privados.

7) En punto a la libertad de prensa y la misión de las FF.AA., nada de lo que connotan las frases "custodia de la integridad territorial" y "defender a las autoridades legítimamente constituidas" (Art. 173 de la Constitución) **faculta a privar irrestricta, ilimitada e indiscriminadamente la libertad de expresión de los**

**ciudadanosfuncionarios públicos militares**, por su mera condición de tales.

8) En conclusión, está en juego un derecho fundamental: la libertad de expresión de ciudadanos, a la sazón, funcionarios públicos, militares activos. Se debe recordar que **toda represión de la libertad individual de expresión desata un proceso disuasivo o intimidatorio** en los demás integrantes del **grupo en cuestión e incluso en la sociedad en general**. En materia constitucional, se debe estar celosamente en guardia contra este efecto disuasivo o "congelante"<sup>33</sup> para el libre, robusto e irrestricto pero responsable debate de las ideas dentro de una sociedad democrática, tal como enseña el bicentenario constitucionalismo estadounidense.

---

<sup>33</sup> El llamado "*chilling effect on public speech*"

## Bibliografía

- Bidart Campos, Germán, Derecho Político, Buenos Aires, Aguilar Ed., 1972.
- Duverger, Maurice, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Barcelona, Ed. Ariel, 1988.
- García Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional, Madrid, Huecolor, Ed., 1964.
- Revista CRITICA, Año VII, N°12, Diciembre 1.996, Asunción.
- Riart, Gustavo, El Partido Liberal y el Ejército, Cuadernos Históricos N° 16, Asunción, El Gráfico. De., 1.990.
- Riquelme, Marcial, Stronismo, Golpe Militar y Apertura Tutelada, Asunción, CDE Ed., 1.992.
- Seiferheld, Alfredo M.. Conversaciones político-militares. Asunción, El Lector Ed., 1.984.
- Verbitsky, Horacio, El Vuelo, Buenos Aires, El Planeta Ed., 1.995.

## I. Introducción.

La Constitución sancionada el 20 de junio de 1992 consagra explícitamente en su artículo 38 el derecho que toda persona tiene a la defensa de los intereses difusos, al disponer: "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del habitat, 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 ". Se incorpora así una nueva categoría jurídica que comprende una serie de valores cuyo reconocimiento no revestía, hasta entonces, rango constitucional.

¿Que se entiende por intereses difusos?

Para el procesalista Augusto Morello "el interés difuso es aquel que pertenece indistintamente a una pluralidad de sujetos ligados por la pretensión de goce de una misma prerrogativa relativa a bienes indivisibles que por esta misma razón no son susceptibles de apropiación individual", e incluye en ellos el interés en la defensa de la ecología o del medio ambiente y a sus manifestaciones como combatir la contaminación, tutelar el paisaje, la fauna, la flora.

Para la concepción de Marienhoff, el interés difuso "no pertenece a persona determinada ni a grupos determinados de personas sino a toda la sociedad".

El profesor brasileño José Carlos Barboza Moreira, en su obra "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", los identifica por su falta de pertenencia a una persona aislada o a grupos nítidamente delimitados. " Pertenecen a una serie indeterminada de individuos de difícil e imposible determinación y su referencia a un bien indivisible con el que se hallarían en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de todos, así

como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión a la entera colectividad".

Eduardo Monti, en su ponencia titulada "La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la Justicia", presentada ante el Primer Congreso Internacional de Daños, , celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1989, decía que "los intereses difusos reposan en la noción de la solidaridad social, provocando la unión de los individuos con fines de defensa, sin descartar la congregación grupal o espontánea, u ocasional, haciendo valer sus derechos en la afectación que sufre cada individuo como miembro de la colectividad o como titular de un interés no particular o determinado, sino difuso, pero entrañablemente ligado a su esfera de desarrollo vital y a su libertad".

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, cabe afirmar que estos intereses encuentran su base en la norma de los derechos implícitos o no enumerados contenida en el artículo 45 de la Constitución.

En la doctrina extranjera se destaca la obra de Filippo Sgubbi, "Tutela pende di interessi diffusi", quien señala que la característica fundamental de los llamados intereses difusos es la continua interferencia con el aspecto Individual y el colectivo. Este aspecto colectivo no se opone a las tradicionales situaciones jurídicas subjetivas sino que se complementa con ellas. "El interés difuso es la resultante de una fuerza real que emerge de la sociedad, ante una realidad de hecho que surge al margen de todo reconocimiento normal, debido a la necesidad universalmente sentida por una colectividad o por la totalidad de la sociedad".

Los intereses difusos nacen como tema a raíz de la nueva dimensión de la democracia participativa, en la cual la relación del hombre con su entorno se ha ampliado produciendo esta nueva categoría de bienes que ha desatado polémicas pero que, sin lugar a dudas, cuenta con protección constitucional.

Los administrativistas los descalifican fundados en que al no identificarse esta categoría con la clásica relación de Jellinek: derecho subjetivo-interés legítimo- interés simple, carecen de protección jurídica.

Estábamos acostumbrados a considerar dos sujetos distintos: el individuo y el Estado. Pero el problema ambiental impone hoy la necesidad de superar esta divergencia, tomando en consideración el derecho al ambiente como un derecho que supone que cuando cada individuo pone en práctica su propio interés, pone en práctica el interés de la colectividad, es decir, los derechos colectivos.

Obviamente, 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, el acervo cultural, el hábitat, solo puede y debe ser defendido por el individuo.

La protección de los intereses difusos y colectivos es uno de los temas que, sobre todo en la última década, ha concitado el interés de estudiosos de diversos países de Europa y América, ante la necesidad de abordar cuestiones inéditas hasta hace poco tiempo y respecto de las cuales la ciencia procesal se encuentra carente de respuestas.

Las sociedades se han vuelto más complejas y masivas sobre todo en lo que hace a las organizaciones. Los aspectos masivos de producción, distribución y consumo en las áreas concentradas, superindustrializadas, dan lugar a problemas nuevos: polución, contaminación, conflictos masivos que involucran a grupos, categorías, clases o sociedades.

Se conjuga entonces la necesidad de aumentar la producción con la no menos imperiosa necesidad de conservar la calidad de vida y aparecen así los intereses difusos.

Simplificando, un interés es difuso cuando, a pesar de faltar a sus titulares indeterminados una relación-base que los una, su reconocimiento, negación o protección tienen consecuencias que exceden la órbita de las partes litigantes. Forma, pues, parte de su esencia que no son exclusivos de un sujeto y su reconocimiento beneficia a todos los individuos que se hallen en la misma situación.

La característica fundamental del interés difuso es su no exclusividad, es decir, la imposibilidad de apropiación exclusiva de sus beneficios. El objeto común es indivisible y entre los involucrados no preexiste una relación de derecho o vínculo jurídico. Nada más que, coexistencialmente, por formar parte de una comunidad, grupo o clase afectada, la suerte de cualquiera de ellos determinará la del conjunto.

Los conceptos y estructuras resultan inadecuados para cubrir los nuevos intereses que no son privados ni públicos sino sociales en una dimensión propia. Y su tutela no puede quedar a merced de los simples individuos, que no disponen de tiempo, o no pueden asumir los riesgos, o no están en condiciones de soportar los costos y tal vez a veces ni tienen ganas de ser protagonistas.

En el Congreso Internacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en Würzburg, Alemania, en septiembre de 1983, se sostuvo que frente a una nueva realidad, hay que ayudar a los jueces introduciendo cambios en el procedimiento y a tal efecto se dieron a conocer una serie de sugerencias que se citan a continuación:

1) Un nuevo poder y conocimiento por parte del juez que no es neutral en el sentido clásico, aunque será obviamente imparcial por la independencia.

2) Se modifica el concepto de daño que no sólo se refiere a un particular concreto, sino que incluye a todo el daño que ocasiona la violación de los intereses difusos.

3) La búsqueda del nuevo modelo importa un verdadero desafío porque se está impulsando una mutación por medio de la ley.

4) Frente a la realidad de los grupos colectivos y de los intereses fragmentados, Mauro Cappelletti, uno de los expositores sobre el tema, propuso cinco nuevos posibles métodos o soluciones que el denominó modelos, empezando por:

a) El fiscal especializado, llamado OMBUDSMAN, encargado de defender los derechos de los consumidores. En algunos países la institución se halla integrada hasta por 25 personas, entre abogados, sociólogos, economistas, etc. Es el sistema reinante en los países escandinavos donde este comisionado parlamentario es un funcionario representante de las acciones de clase y que tiende a evitar multiplicaciones de procesos y a obtener pronunciamientos con fuerza y valor vinculante para todos los miembros de un grupo determinado.

También es el sistema utilizado en Gran Bretaña, Israel y E.E.U.U., donde se hallan facultados para hacer cumplir ciertas leyes contra la contaminación.

la ley, y cuando, por la urgencia del caso, no pudiera remediarse por la vía ordinaria.

Dado entonces que el artículo 38 de la Constitución incorporó entre los derechos del ciudadano el de la defensa de los intereses difusos, queda expedita la posibilidad de demandar su protección por medio del amparo.

A. Morello en su obra "El amparo colectivo" manifiesta al respecto: "El amparo individual para la protección de los derechos humanos, cuanto el amparo colectivo para la de los intereses difusos, son vías idóneas y razonables, afines a nuestra idiosincrasia y experiencia, y se erigen en pieza clave en miras a una ordenación sistemática de tutela urgente, sumaria y preferencial de esas libertades".

Dada la dificultad de dotar a esta nueva realidad de un procedimiento específico, surge el cuestionamiento de qué y cómo hacer. Algunos principios como el de la audiencia, el de la no rigidez de los esquemas, la eliminación de contiendas ideológicas estériles, aplicación de mecanismos preventivos, acordar un rol preferencial a los litigios de clase (defensa del consumidor, preservación del medio ambiente, de las riquezas arqueológicas, históricas, etc.) merecen ser tomados muy en cuenta.

Por otro lado, la conveniencia de las soluciones que pueden ofrecerse a estos reclamos o demandas, estarán muy determinadas por el estado cultural, idiosincrasias y hábitos de los interesados.

Conceptos tradicionales tales como el de la legitimación, el rol del juez, el alcance subjetivo de la cosa juzgada y el efecto preventivo de las medidas cautelares en un nivel inédito deberán experimentar una flexibilización dada la naturaleza omnicomprensiva de los derechos a tutelar.

Los nuevos consumidores jurídicos, las víctimas de lo que castiga el medio en que el común se desenvuelve, la defensa del consumidor seriado, anónimo pero concreto, debe cobijarse en el marco de jueces que ya no podrán ser neutrales porque también a ellos les atañe la suerte de esta protección, aunque sí deberán mantener su independencia institucional del poder público. La neutralidad no tiene porqué volverlos asépticos; cuando se trata de la tutela que busca preservar los bienes y el interés general.

La problemática de los intereses difusos descansa actualmente en forma prioritaria en la atención del jurista quien se ve obligado a replantear conceptos, ampliando o restringiendo las clásicas ideas que resultan insuficientes para satisfacer, razonablemente, la necesidad de tutela y protección administrativa y judicial de complejas cuestiones que constituyen toda una innovación en el mundo jurídico.

Así, podemos hacer mención a situaciones tales como: el derecho a la jurisdicción debe abrirse a legitimaciones grupales que permitan un modo complementario de acceso a la justicia; para una válida constitución de la relación procesal se hará necesario en muchas ocasiones el llamamiento a terceros interesados; los efectos de la cosa juzgada se harán extensivos a terceros no intervinientes; la ejecución de sentencias deberá transformarse para dar acogida a condenas abiertas en cuanto a monto de la indemnización para permitir la comparecencia de anónimos afectados.

"Las novedades que en el campo de lo procesal aporta la doctrina de los intereses difusos no empece a que las formas tradicionales de tutela que atribuyen la representación de los intereses públicos o sociales al Ministerio Fiscal o a órganos más recientes, como el Ombudsman, pervivan y coexistan con aquéllas, pues sólo con una eficaz combinación de medios tutelares y de cobertura jurídica (constitucional, penal, administrativa y civil) cabe que se llegue a la adecuada protección de los intereses difusos", José Almagro Nosete, "Tutela procesal ordinaria y privilegiada de los intereses difusos".

El derecho de daños tiene que abrirse para cumplir una función preventiva más que reparadora de ciertas actividades que ocasionan la polución, destrucción del medio ambiente, daños a intereses de grupos. Así también, en el aspecto procesal hay necesidad de mutación para que los mecanismos y fórmulas tradicionales resulten efectivos para tutelar los nuevos fenómenos con el fin de evitar perjuicios más que atender el resarcimiento de lo ya sucedido.

El rumbo tradicional del derecho al resarcimiento sólo venía prestando atención a ciertas manifestaciones colectivas del daño en los grandes centros urbanos. En el caso de los intereses difusos, los acontecimientos dañosos destruyen un río, o un lago o todo un paisaje, etc..

Aparecen otras víctimas, otros damnificados que demandan protección de cuestiones muy conflictivas que requieren una nueva óptica y un nuevo tratamiento.

## **II. Las medidas cautelares en el ámbito de los intereses difusos, fragmentarios, colectivos o supraindividuales.**

Otro tema novedoso y fundamental, lo constituye el efecto y alcance que tendrán las medidas cautelares en el campo de los intereses difusos.

No estamos en presencia del clásico derecho subjetivo o interés legítimo sino ante un interés más huido, pero cierto. Todos somos consumidores impersonales pero concretos de esos bienes; el medio ambiente, la fauna, la flora, el paisaje, las riquezas arqueológicas, históricas.

Y ellos demandan una tutela esencialmente preventiva y atendiendo al futuro más que al pasado.

Ante una nueva categoría de legitimados, legitimación que ya no es individual sino de clase o categoría, las medidas tradicionales como el embargo, la designación de un interventor, etc., no parecen que sean las vías más efectivas para prevenir y bloquear los hechos. Hay que actuar sobre las causas que ocasionan la destrucción o atentan contra aquellos bienes, sin aguardar el resultado de otro proceso.

Sucedirá entonces que las medidas cautelares irán asumiendo autonomía, esto es, valdrán por sí mismas, por cuanto se convertirán en la única forma, administrativa o judicial, de detener la destrucción y no ya subordinadas al resultado de un juicio posterior. Lo cautelar equivaldrá pues a prevención y ésta se basta por sí sola adquiriendo importancia y autonomía al margen de otros procesos.

Los intereses o valores en juego justifican que se bloquee la destrucción sin perjuicio de la reparación posterior. Impedir los daños es más importante que lo demás.

Se configura así un proceso preliminar preventivo, con autonomía, que se agota en sí mismo y que tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que previene el posterior proceso. Se trata pues de todo un desafío para el derecho procesal que debe enfrentar con eficacia la nueva problemática que representa la tutela de los intereses difusos.

Por otra parte, se advierte que el juzgador se convierte en un mediador protagonista pues cuando se le demanda la tutela de estos intereses resulta que ya no sólo tiene un interés de orden público que emana de su oficio de componedor de contiendas de terceros, sino que también él está envuelto en forma personal y directa, en la suerte de aquellos intereses difusos y colectivos. También a él le interesan la flora, la fauna, el debilitamiento del paisaje, las riquezas históricas o arqueológicas, etc.

Esta situación ya se ha plasmado en la realidad y existe jurisprudencia argentina al respecto con voto del Dr. Gualberto Lucas Sosa, Cámara Segunda, Sala I, La Plata, 11 de octubre de 1977 (Jurisprudencia Argentina, 1978, u.III, p. 321).

Así pues, ante la aparición en el espectro jurídico de una nueva categoría de víctimas, se impone la necesidad de implementar nuevas herramientas procesales.

El derecho procesal debe buscar nuevas vías que impidan los excesos en la tutela y para que el juez se convierta en un administrador eficaz de ella, dada la naturaleza y preferencia del bien protegido.

Ensayando un cuadro comparativo entre los intereses legítimos y los intereses difusos tendríamos:

### **Intereses legítimos**

- \* titularidad individual
- \* ejercicio singularizado de las acciones procesales pre-establecidas
- \* acciones de indemnización que persiguen la reparación

### **Intereses difusos**

- \* titularidad fraccionada
- \* ejercicio colectivo para la defensa de intereses grupales o de clase
- \* acciones de carácter principalmente pre-

futura de un daño jurídico	ventivo
* legitimación activa limitada	* legitimación activa dilatada ( Ministerio Público, acciones de clase, amparo y otras)
* carácter infungible	* carácter alternativo o sustitutivo
* neutralidad manifiesta del órgano	* el juez actúa con independencia institucional pero sin total neutralidad ( ideológica ) en atención a que la suerte del interés difuso también le atañe
* funcionan las medidas cautelares clásicas y para asegurar la eficacia de la sentencia	* nuevo rol de las medidas cautelares; protección de situaciones futuras
* sentencia recurrible únicamente por el agraviado	* sentencia recurrible por los integrantes del grupo o clase
* cosa juzgada material	* cosa juzgada comunicable a todos los miembros del grupo
* costas en relación al interés privado	* influencia del carácter social del bien protegido en la participación de los gastos del proceso
* teoría del daño resarcible y el principio de la reparación plena	* nueva concepción de daño global y su reparación

### III. Derecho del consumidor.

El derecho del consumidor nace, se desarrolla y se justifica en el marco de la sociedad de consumo.

Los consumidores, han existido siempre, pero sucede que el legislador no tenía una noción muy precisa en relación con la categoría en la que podía ubicarlo, como por ejemplo al vendedor, arrendatario, etc.

No obstante que el ordenamiento jurídico clásico contemplaba algunos mecanismos de tutela del consumidor, la realidad económica marcadamente distinta de la actual determinó la ineficacia de los remedios individualistas ante los fenómenos de masa.

Principios tales como los de la libertad contractual, libertad de comercio, no intervención del Estado en la gestión del mercado, responsabilidad del proveedor en casos de culpa, fueron formulados para regular relaciones sociales muy diferentes de la relación de consumo.

¿Que determina pues, la aparición de este interés en la protección del consumidor? En primer término, el surgimiento de la sociedad de consumo que propició la aparición de relaciones jurídicas antes desconocidas. En segundo término, la propia sociedad de consumo creó una situación de vulnerabilidad para el consumidor. Y fue la universalidad de esa vulnerabilidad, esto es, el gran número de consumidores en el mercado, la que sensibilizó a la sociedad democrática en la que la cantidad numérica tiene gran importancia.

Esa es la razón por la que el derecho, muchas veces, tutela a la mayoría, aun cuando el poder y la riqueza se encuentren con la minoría.

La popularización del tema del consumidor ha tenido lugar con el desarrollo de la teoría de los intereses superindividuales.

#### **IV. Derecho ambiental.**

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 implícitamente, y a veces hasta enfáticamente, prohíben deteriorar el ambiente, no es suficiente para salvaguardar el ambiente, y ya se habla de un derecho ambiental encaminado a regular la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan 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 a 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 transaccional entre las partes que pretenden ejercer derechos sobre un bien común como es el ambiente.

América Latina ofrece ya varios modelos de leyes ambientales. México va por la tercera y también Colombia cuenta con un Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. La Provincia de Santa Fe, Argentina, por Ley No. 10.000 instituyó un recurso contencioso-administrativo similar al amparo en defensa del medio ambiente, la salud pública, la fauna, la flora, el paisaje, el patrimonio cultural y artístico y la correcta comercialización de mercaderías y de valores similares de la comunidad.

La provincia de San Juan reproduce en su Ley 6006 parte del proyecto de Morello y Stiglitz, para la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos.

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

El continente americano no cuenta aún con normas jurídicas de nivel comunitario como las 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) Los recursos biológicos no deben usarse más allá de su capacidad de recreación; b) La productividad del suelo debe ser conservada o mejorada; 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.

Si bien los países europeos no han consagrado a nivel comunitario el derecho al ambiente, el Consejo de Europa sancionó la Carta Europea del Agua y una Carta Europea de Suelos que establecen normas de preservación de los elementos a que a ellas se refieren.

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 los costos 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 sino que enuncia algunos de ellos para luego hacer referencia genérica a otros valores que hacen a la calidad de vida del ser humano. Entre otros factores que atentan contra esa calidad de vida podrían incluirse el ruido, la eliminación de materias excrementicias y líquidos residuales industriales, que en nuestro país han ocasionado seria contaminación de cuencas hídricas como el caso del lago de Ypacaraí, las consecuencias de la radioactividad, la lluvia ácida, el terrorismo nuclear y bacteriológico.

## **V. El acervo cultural.**

En relación con la tutela de los bienes culturales, el Paraguay cuenta con la Ley de Protección a los Bienes Culturales No. 946, del 22 de octubre de 1982, a la que puede señalarse como deficiencia que no cubre todos los edificios valiosos sino solamente a los del periodo colonial, a los del periodo del gobierno del Dr. Francia y al de los López. El resto se halla librado a su suerte.

Decía Josefina Plá en un artículo publicado en 1987, titulado "El suicidio cultural": "Los pueblos, hoy, saben que ya las epopeyas solas son insuficientes. Necesitan la carne y el hueso de la historia: la presencia de los monumentos, el tradicional testimonio de aquello con lo que el hombre dio, con materiales más o menos duraderos, una forma lógica y visible a su modo de vivir".

Estamos en un tiempo en el cual la sociedad puede tomar las últimas decisiones acerca de nuestro hogar: el Planeta Tierra. Ayer, las acciones del hombre no tenían tanta relevancia en los procesos de la naturaleza. Hoy, ya no es así. La deforestación, la destrucción de la capa de ozono, la contaminación del aire, el suelo y los cursos de agua, son evidencias del impacto negativo del hombre. Éste ha querido alcanzar desarrollo y bienestar. Sin embargo, no sólo es necesario satisfacer las necesidades de quienes viven actualmente sino también brindar posibilidades a los que vendrán en el futuro.

El desarrollo y el bienestar deben buscarse tomando en consideración la conservación de ciertos valores que guardan estrecha relación con la calidad de vida, pero sin perder de vista al hombre. Porque una nación fuerte no sólo posee una población sana y educada, sino un medio ambiente saludable y productivo.

Debemos recordar pues que la tierra y todos sus recursos naturales no son patrimonio nuestro, ni de la industria, ni de ningún otro sector. Nos han sido entregados en préstamo para que nosotros, luego, se los entreguemos a las generaciones siguientes; las que a su vez, deberán dejárselas a las generaciones que les sucedan.

## Bibliografía.

- Felgueras, Santiago, "Derechos humanos y medio ambiente".
- Libster, Mauricio, "Delitos ecológicos".
- Morello, Augusto - Stiglitz, Gabriel, "Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos".
- Stiglitz, Gabriel - Stiglitz, Rubén, "Derechos y defensa del consumidor".
- Valls, Mario, "Derecho ambiental".

# LOS DERECHOS DE LA FAMILIA Y SU PROYECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

Alicia Beatriz Pucheta de Correa

## I. Introducción.

El presente estudio tiene como objetivo realizar algunas reflexiones sobre las normas programáticas del DERECHO DE FAMILIA (Capítulo IV, del Título II, de la Parte I) insertas en la Ley Fundamental.

Los convencionales al elaborar el capítulo de referencia, adecuaron dicha normativa a nuestras propias necesidades y a nuestra realidad nacional, sirviendo de valiosa orientación para las leyes secundarias que hoy a cinco años de vigencia de la Constitución fueron promulgadas.

Para el análisis del presente trabajo recurrimos al diario de las sesiones de la Constituyente, como también a los documentos internacionales sobre la materia ratificados por el Paraguay, a las leyes reglamentarias de las normas constitucionales e igualmente a la doctrina y al derecho comparado.

Dividiremos el presente estudio en las siguientes partes:

El constitucionalismo social.

Los derechos sociales.

El Derecho de Familia en la Constitución.

## II. El constitucionalismo social.

Desde el advenimiento del llamado constitucionalismo social que se manifestó en Europa a raíz de las dos conflagraciones mundiales, las leyes supremas de los países que fueron afectados hondamente por sus consecuencias económicas y sociales, se preocuparon en introducir el denominado derecho social que tuvo su

origen en el gran industrialismo y el maquinismo en Europa y Norteamérica en el Siglo XIX.

Esta nueva corriente del pensamiento jurídico destacó que al lado de los derechos políticos y civiles de las personas, aparecían los derechos sociales.

La denominada revolución industrial originó la sociedad de masas con grandes ciudades, y provocó graves problemas como la salud, el transporte, la educación, la vivienda, la alimentación, los cuales exigen soluciones por parte del Estado.

La gran cantidad de madres viudas y huérfanos, como consecuencia de las referidas guerras, exigía también soluciones por medio de leyes e institutos adecuados al alarmante problema social. Puede afirmarse que el derecho social, en nuestro caso de la familia, de la maternidad y de la infancia, sin distinción de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, es la expresión jurídica de una nueva concepción de los menores y de las madres embarazadas como sujetos de amparo integral como seres humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948<sup>1</sup>, expone dentro de los derechos la protección al menor concebido (artículo 3), a la familia (artículo 16.3), a la maternidad y la infancia (artículo 25.2).

---

<sup>1</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, es un instrumento de carácter amplio establecido para proporcionar un "acuerdo común" sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales a las que se refiere la Carta de las Naciones Unidas. La Declaración indica dos categorías de derechos: civiles y políticos y económicos, SOCIALES y culturales. La Declaración Universal no es un tratado. Sin embargo, es reconocida generalmente como un instrumento que crea obligaciones legales para los estados miembros, tanto por su importancia para la interpretación de instrumentos internacionales como por su fuerza como derecho consuetudinario. Por otra parte, la Declaración misma permite a los Estados miembros promulgar leyes limitando los derechos enumerados, pero sólo en tanto dichas leyes tengan como objeto asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de otros y satisfacer los requerimientos justos de moralidad, orden público y el bienestar general de una sociedad democrática (International Human Rights Law Group. Materiales de Trabajo. Curso para Abogados. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Protección de Minoría. Derechos de la Mujer 26-28 de marzo de 1992, organizado por el Colegio de Abogados del Paraguay).

La protección de estos derechos fue reafirmada en la Convención Americana sobre derechos humanos firmada en San José de Costa Rica (noviembre de 1969 -artículos 41., 4.5, 17 y 19 respectivamente), ratificada por Ley N°.1/89 integrando nuestro Derecho Positivo (norma del artículo 137 de la Constitución).

### **III. Los derechos sociales.**

El Capítulo IV de los Derechos de Familia en la Constitución vigente si bien no lleva como acápite la denominación de "derechos sociales", recurriendo a la Parte I, Título I, de las Declaraciones fundamentales de nuestra Ley Fundamental, el artículo 1° dispone:

*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.*

El concepto de Estado Social de Derecho en la concepción de la norma del artículo 1° de la Constitución , es nada más que la inclusión de las cláusulas económicas y SOCIALES en la Constitución. Es que del Estado abstencionista se pasa al Estado intervencionista. Es el complemento de los derechos individuales con los sociales y económicos...2.

En síntesis señalamos que la expresión "se constituye en Estado social de derecho" implica la adscripción al sistema del CONSTITUCIONALISMO SOCIAL".

El derecho de familia constituye una de las ramas del derecho que en los últimos tiempos han sufrido mayores transformaciones, algunas muy profundas causadas por fenómenos sociales muy amplios.

Entre las causas que gravitan principalmente en su estructura dinámica y en su evolución pueden citarse una serie de factores como la consagración de los derechos sociales, la socialización del derecho de familia.

---

<sup>2</sup> J. M. Plano de Egea, *La Constitución de la República del Paraguay*.

Nuestro país no ha permanecido ajeno a estos cambios, y los constituyentes al elaborar la Constitución de 1992 así lo han plasmado.

La experiencia nos enseña que de tiempo en tiempo los pueblos proceden al cambio de su legislación, porque la vigente ya no responde a la regulación jurídica de las nuevas necesidades sociales que se presentan. Entre las causas que se alegan para tales cambios del Derecho Positivo, están por ejemplo, las nuevas doctrinas en el ámbito jurídico o las normativas de documentos internacionales impregnadas de nuevos principios de validez universal. Esto significa que el derecho trasunta la forma de vida social de cada época. De ahí la afirmación de que el Derecho sigue el compás de la vida social.

Es necesario prevenir que las expresiones “nuevas necesidades sociales, nueva forma de vida” no significan que se trata de hechos nuevos que se producen en la vida de los pueblos. Lo que se quiere decir con tales expresiones es que, aunque no se trate de hechos nuevos o nueva forma de vida social, surge la necesidad de que éstos sean regulados mediante normas jurídicas de protección de determinadas situaciones.

De ahí la importancia de las normas programáticas del Derecho de Familia (Capítulo IV, del Título II, de la Parte I), insertas en la Ley fundamental y orientadoras para las leyes secundarias que las reglamentan.

#### **IV. El Derecho de Familia en la Constitución.**

La norma del artículo 49 de la Constitución dispone que: *La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Ésta incluye a la unión estable entre el hombre y la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes.*

Esta norma constitucional vino a llenar una sentida necesidad, al abarcar la protección integral no sólo de las familias derivadas del matrimonio y de las uniones de hecho o concubinarias, sino que agrupa además a la formada por madres solteras que engendran varios hijos, muchas veces de distintos compañeros.

Cabe advertir que cuando se trató el artículo 49 en la Sesión Ordinaria N° 15, de fecha 30 de abril de 1992, la última parte de la norma fue uno de los temas más discutidos, en cuanto a que la misma extiende su protección integral a la madre soltera que procrea hijos de uniones libres o pasajeras.

Es mi opinión los constituyentes actuaron con criterio objetivo y adecuándose a nuestra realidad nacional, en atención a que este tipo de unión (libre o pasajera) constituye dentro de la estructura familiar en el Paraguay, en el contexto social paraguayo, una clase especial de familia denominada "la familia disociada" que consiste en la formación de un tipo familiar donde aparecen hijos de padres distintos alrededor de una sola madre, o aquellas familias dependientes de una mujer sin compañía de un compañero en forma estable, o con un nuevo compañero sin dependencia económica del mismo.

La causa profunda de la formación de esta clase de familia hunde sus raíces en las costumbres de la primera época de la fundación de Asunción. Se generaliza nuevamente después de la guerra de exterminio de la Triple Alianza, debido a la gran desproporción numérica entre varones y mujeres después de dicha guerra, acentuada luego con la contienda bélica con Bolivia.

Otras causas son la falta de educación, la pobreza, el marginamiento, la paternidad irresponsable, en fin, problemas socio-culturales de índole económica.

Las uniones no estables, libres o pasajeras, constituyen problemas serios en el Paraguay y deben merecer preferente atención del Estado con miras a la protección de los hijos de este tipo de unión, mediante leyes especiales.

El mérito de la presente Constitución, a diferencia de las anteriores, radica en no haber soslayado y evitado contemplar a este tipo de unión, brindando de esta forma el Estado protección integral a estas familias, sin caer en discriminaciones con la familia matrimonial y la concubinaria.

El caso más frecuente de familia disociada, es el de la mujer con hijos, que no está unida en matrimonio ni concubinato. Este tipo de familia, con un porcentaje del 80%, es liderado por mujeres "cabeza de familia" o "jefe de familia" que han concebido hijos de distintos padres o un mismo padre.

Por otra parte, la mujer "cabeza de familia" o "jefe de familia" en varios casos sigue siendo el eje principal dentro de la sociedad paraguaya y, en consecuencia, es la que tiene consigo a todos los hijos, cargando ella de esta manera con toda la responsabilidad emergente.

La protección integral que la norma del artículo 49 garantiza a este tipo de familia encuentra su corolario lógico en la norma del artículo 53 (tercer párrafo) en el que se dispone que *la ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia.*

Las normas constitucionales comentadas reciben la crítica de los que opinan que estarían estimulando este tipo de familia. Discrepamos con esa opinión porque los perjudicados serían los hijos que no son culpables de los desvíos de los padres y al soslayar su protección integral se estaría fomentando la paternidad irresponsable y se estaría colocando en peores condiciones al hijo. No olvidemos que la falta del padre, las condiciones de trabajo de la madre y el ostracismo social a que muchas veces son relegados los hijos, producen traumas que se manifiestan en complejos problemas sociales. Ya que como no existe por lo general grupo familiar, la identidad y la asimilación de los roles sociales, no se realizan y esto produce en el individuo dificultades para su integración.

Los hijos de estas familias disociadas tienen menos posibilidades económicas y educativas y en su conjunto constituyen también un freno al desarrollo.

Por otra parte, el artículo 50 de la Constitución dispone que *toda persona tiene derecho a constituir familia...*

La norma constitucional no hace distinciones, con lo cual se protege a la familia, concubinada y de uniones libres. Y por supuesto a la familia matrimonial (artículo 51 de la Constitución).

Consideramos que ésta es la interpretación constitucional que cabe en atención a que las disposiciones constitucionales deben recibir siempre una interpretación más amplia y liberal que las de una ley, como también congruente con los fines de la Constitución. Parafraseando a Segundo Linares digamos que *la naturaleza jurídica de la Constitución y la jerarquía institucional que a ella corresponde como ley fundamental y suprema impone características específicas a la interpretación constitucional, singularizándola dentro de la teoría general de la interpretación jurídica. La sistemática de la*

*hermeneútica general es aplicable a la órbita del derecho constitucional, de la misma manera que a los respectivos ámbitos de las demás ramas de la ciencia jurídica. Sin embargo, la naturaleza del derecho constitucional impone ciertas modalidades particulares a su hermeneútica, que distinguen a ésta de las restantes disciplinas jurídicas... El éxito fincará en el logro del resultado que la interpretación se propone: desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma constitucional en el momento de ser interpretada, congruente con los grandes propósitos o fines de la Constitución, el primero y el más importante de los cuales es la garantía de la libertad y la dignidad humanas, así como los ideales de justicia, igualdad, armonía y bienestar general, como también las exigencias de la vida social; en breves palabras que haga posible el cumplimiento integral de sus fines esenciales por parte del individuo y del Estado...3.*

La Constitución vigente tampoco ha descuidado en su protección a las uniones de hecho o concubinato, otorgándole rango constitucional.

*Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley.*

La norma del artículo 51 de la Constitución, segundo párrafo, actuó de sólido puntal para que fuera promulgada la Ley 1/92 *De Reforma Parcial del Código Civil*, la cual regula la unión de hecho o concubinato. A criterio del recordado Prof. Dr. Justo Pucheta Ortega, hubiera sido más correcta y más precisa jurídicamente hablando, la expresión "unión concubinaria", que la de unión de hecho. Señala que *si esta unión está regulada por normas de derecho positivo, ella ya no es de hecho, sino de derecho; de ahí que el artículo 51, en su segundo párrafo, establece que los efectos de esta unión se asimilan a los del matrimonio, dentro de las condiciones establecidas en la Ley, esto es, que tengan la edad requerida y capacidad para contraer matrimonio*"4.

El artículo 83 de la ley 1/92 declara: *La unión de hecho constituida entre un varón y una mujer que voluntariamente hacen vida en común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por*

---

<sup>3</sup> Segundo Linares Quintana, *La Constitución Interpretada*.

<sup>4</sup> Justo Pucheta Ortega, *Manual de Derecho Paraguayo Social de Familia*.

*impedimentos, producirá efectos jurídicos conforme a la presente ley.* La norma transcrita contiene todos los requisitos que se exige a la unión similar al matrimonio, a saber: diferencia de sexo, edad y capacidad requerida, unión voluntaria, esto es como expresión de consentimiento mutuo, carácter singular o monogámico y vida en común, estable y pública. El artículo se conforma con lo establecido en la prescripción constitucional de los artículos 49 y 515.

A quienes opinan que con esta norma se estaría menoscabando el matrimonio, les recordamos que las uniones concubinarias constituyen un alto porcentaje en la sociedad paraguaya, especialmente en las zonas rurales, y al no regularlas convenientemente se desprotege a la mujer y a los hijos. Merced a esta norma constitucional ambos se encuentran protegidos.

Conviene precisar que en otros países como Bolivia, Cuba, Panamá, Guatemala, adecuado su legislación a la realidad social, paralelamente al matrimonio contiene previsiones sobre las "uniones de hecho" cuando las mismas están dotadas de cierta singularidad, permanencia y estabilidad, asimilándolas en sus efectos al matrimonio y regulando en detalla muchos de sus aspectos (deberes recíprocos de los convivientes, regímenes, régimen de bienes, situación de los hijos, ruptura de la unión, etc.).

## **1) De los hijos.**

*Art. 53 de la Constitución: Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria.*

*Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad.*

*La ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia.*

*Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales.*

---

<sup>5</sup> Justo Pucheta Ortega, *Op. cit.*

La jerarquía constitucional de los derechos de patria potestad (artículo 53), impregnan la institución toda, colocándola dentro del marco de las normas de positividad reforzada. Entendida la patria potestad como institución protectora del menor integrada por derechos subjetivos y deberes. Como bien lo afirma el tratadista Hugo D'Antonio *6 los derechos subjetivos que se advierten en la patria potestad poseen la orientación y la finalidad tutelares que son propias del derecho objetivo, del derecho de menores.*

Este autorizado tratadista afirma que *no se puede sostener que la finalidad se encuentre en el interés familiar, como es lugar común afirmar en las teorías que tratan sobre la especificidad de los derechos subjetivos en el ámbito de la patria potestad. Sólo una disvaliosa apreciación de la persona del menor, ha llevado a desconocer que la finalidad específica de gran cantidad de instituciones jurídicas no se encuentra en la familia, sino en el menor mismo.*

Por cierto que la patria potestad encuentra su ámbito natural y propicio de funcionamiento en el marco familiar. Pero de ello no se sigue sin más, que la institución tengan centrado su interés en la familia, sino que él sólo aparece contemplando de manera indirecta, por el reflejo que se produce en el grupo al cual pertenece el menor.

Borda señala que hoy está definitivamente triunfante la idea de que en la patria potestad, lo que importa primordialmente es la protección de los menores.

La Constitución no ha permanecido ajena a la corriente universal en la que la figura del menor aparece como sujeto prevalente de derecho y así lo establece la norma del artículo 54 *in fine* que dispone que *los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente....* De igual forma dicho derecho está consagrado en el artículo 5° de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificado por Ley 57/90. Las normas citadas sirven de pauta directriz y de orientación para el aplicador en todos los casos en los cuales el derecho del menor se encuentra en conflicto.

Nuestro país, al igual que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, agrupa en un cuerpo orgánico de normas, diversos aspectos de la estructura normativa del derecho de Menores.

---

<sup>6</sup> Hugo Daniel D'Antonio, *Derecho de Menores.*

Actualmente ya nadie duda sobre la autonomía científica, jurídica y didáctica de este derecho tuitivo y singular del menor, deslindándolo del Derecho de Familia.

El mismo artículo 53 de la Constitución (primer párrafo) establece: *Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria*

Art. 13 de la Constitución: *No se admite la privación de la libertad por deuda, salvo mandato de autoridad judicial competente dictado por incumplimiento de deberes alimentarios o como sustitución de multas o fianzas judiciales.*

La última norma constitucional citada tiene su antecedente en el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por el Paraguay por ley 1/89. Corresponde que se dicte la ley que tipifique y fije la cantidad o la duración de la sanción ante el incumplimiento de deberes alimentarios, para el procesamiento criminal del deudor omiso en el referido cumplimiento.

La tendencia en la legislación comparada se traduce significando que lo que se penaliza es la actitud dolosa o fraudulenta del alimentante remiso en el cumplimiento de los deberes alimentarios, es decir, de quien estando en condiciones de prestarlos deliberadamente hace ocultación de sus bienes, para sacar el alimento a sus hijos.

En el derecho comparado abundan soluciones de carácter penal, como en el código francés, en la Ley argentina N° 13.944 y la reforma de la Ley N° 17.567, así como en el Código del Niño Uruguayo.

El artículo 1° de la ley francesa dictada el 7 de febrero de 1924, establece: *Se considerarán culpables de abandono de la familia y serán castigadas con prisión de tres meses a un año, o con multa de 100 a 2.000 francos, las personas que habiendo sido condenadas, sea en virtud de la ley del 13 de julio de 1907, sea en virtud de la sentencia de Juez o Tribunal a servir una pensión alimenticia a su cónyuge, a sus hijos menores o a sus ascendientes, si durante tres meses no abonara la mencionada pensión. Los padres o madres*

**condenados por abandono de la familia, podrán ser privados de la patria potestad y de sus derechos civiles.**

**Se ha señalado que: Esta ley en virtud de los derechos que defiende, es severísima, llega hasta privar del ejercicio del voto a los malos padres, considerando con sobrada razón que quien no ha sabido velar por el destino de sus propios hijos, mal podrá orientar las gestiones del Estado (exposición de motivos del Código del Niño Uruguayo).**

**Para un país de relevante cultura cívica como es Francia cobra indudable gravitación una norma como la expuesta.**

**Resulta obvio por su similitud, que de la ley francesa transcrita, se extrajo el artículo 217 del Código del Niño Uruguayo que dice: El padre condenado a servir una pensión alimenticia y que pudiendo, no la cumpliera durante tres meses, será condenado a pagar una multa de cien a quinientos pesos, o a sufrir de tres meses a un año de prisión. En caso de reincidencia, la multa será adicionada a la pena de prisión.**

**La Ley argentina N° 13.944 sobre Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, con la reforma de la Ley N° 17.567, preceptúa en su art. 1°: Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de veinte mil a doscientos mil pesos, a los padres que, aún sin mediar sentencia civil, se substrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido.**

## **2) De la protección al niño.**

**Art. 54 de la Constitución: La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.**

**Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.**

**Esta norma constitucional garantiza al niño su protección INTEGRAL obligando para su cumplimiento a la familia, la sociedad y**

el Estado, también consagra la responsabilidad de estos (familia, sociedad y Estado) al permitir ejercer los derechos que le son reconocidos.

La Constitución no hace otra cosa que reafirmar y consolidar los derechos del niño, colocándolo no ya como un mero objeto del derecho a una protección especial, sino como SUJETO activo de todos los derechos que le son conferidos como "derecho de toda persona".

Queda claro que el niño y la niña son titulares de todos los derechos inherentes al ser humano ya que sus derechos no son otra cosa que derechos humanos, gozando los mismos de todos los atributos y cualidades que distinguen a aquéllos.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en su artículo 5° establece un marco general para los diversos artículos que tratan aspectos concretos de la relación entre la familia, el niño y el Estado. Las consideraciones son tres, a saber: la reafirmación del rol natural de los padres en la crianza y educación de los niños; la confirmación de que son los niños mismos quienes ejercen sus derechos; y la introducción del concepto de la evolución progresiva de la competencia del niño para ejercer sus derechos con creciente autonomía, que permite superar una aparente contradicción entre los dos primeros conceptos.

El artículo 12 de la citada Convención establece que se dará al niño, en particular, la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El artículo 54 señala que CUALQUIER PERSONA puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de las garantías consagradas en esta misma norma constitucional y la sanción a los infractores.

La iniciativa de un tercero del entorno familiar, prevista en la Constitución, para que denuncie a las autoridades competentes cuando se conculcan los derechos del niño, fue muy sabia ya que la experiencia nos enseña que en muchos casos la transgresión a los derechos del niño parte de sus padres o parientes, con lo cual si un

tercero no denunciare dichos hechos estaría el menor en total indefensión.

La última parte del artículo 54 de la Constitución sirve de marco orientador para la solución de conflictos de intereses entre un niño y otra persona: los intereses del primero prevalecen sobre los de otras personas o instituciones.

### **3) De la maternidad y de la paternidad.**

*Art. 55 de la Constitución: La maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines.*

Al protegerse la maternidad por parte del Estado, se protege a la mujer en gestación y por ende al menor concebido, corolario lógico a lo dispuesto en el artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica. En este mismo sentido se protege a la mujer trabajadora grávida (artículo 89 de la Constitución), como también esta norma constitucional orienta para que la ley establezca el régimen de licencias por paternidad.

En igual sentido el artículo 55 constituye base fundamental al artículo 61 de la Constitución.

### **4) De la juventud.**

*Art. 56 de la Constitución: Se promoverán las condiciones para la activa participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural del país.*

Esta disposición constituyó un sólido puntal para la creación del Vice Ministerio de la Juventud, con lo cual se da operatividad a la referida norma constitucional, sobre todo tomando en consideración el alto porcentaje de jóvenes con que cuenta nuestro país.

No debemos olvidar igualmente que las estadísticas arrojan un resultado indubitable, acerca de la abrumadora mayoría de la juventud dentro del número total de habitantes de la República y es claro, por tanto, que hasta en cumplimiento de puros principio de democracia, ante esa superioridad humana aplastante, el Estado promueva las condiciones para la activa participación de la juventud en el desarrollo del país, tanto en lo político, como en lo social, económico y cultural.

El artículo 56 se ha interesado por esta población, siendo un factor determinante en la planificación del desarrollo, el que debe orientarse hacia sus necesidades para que no se pierda la energía potencial que este grupo representa.

### **5) De la tercera edad.**

*Art. 57 de la Constitución: Toda persona en la tercera edad tiene derecho a una protección integral. La familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios sociales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, vivienda, cultura y ocio.*

La Constitución por medio de esta norma, a diferencia de las anteriores constituciones, orienta la protección integral de las personas de la tercera edad, otorgándole de esta forma raigambre constitucional. Indefectiblemente los primeros obligados son los hijos, corolario lógico a lo dispuesto en el artículo 53, segundo párrafo, de nuestra ley fundamental. Están obligados también los parientes, como cualquier persona ajena al entorno familiar por razones de solidaridad, y los poderes públicos mediante los servicios que ofrezcan.

Por otra parte, con la incorporación de esta norma constitucional se posibilita la reglamentación pertinente adecuándola a la nueva orientación recibida en los Código de Familia, como por ejemplo el de El Salvador, vigente desde abril de 1995, que regula en el Libro V todo lo atinente a la protección de los de la tercera edad.

### **6) De los derechos de las personas excepcionales.**

*Art. 58 de la Constitución: Se garantizará a las personas excepcionales la atención de su salud, de su educación, de su recreación y de su formación profesional para una plena integración social.*

*El Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestará el cuidado especializado que requieran.*

*Se les reconocerá el disfrute de los derechos que esta Constitución otorga a todos los habitantes de la República, en igualdad de oportunidades, a fin de compensar sus desventajas.*

En esta norma constitucional encuentra corolario lógico lo dispuesto en los artículos 46 y 88 de la Constitución.

Nos inclinamos a creer que, si bien se otorga protección constitucional a las personas, el comentario va específicamente respecto a los que padecen deficiencias físicas o psíquicas no a los excepcionales cuya protección también es enmarcada por la norma de referencia.

Respecto a los primeros cuando se trata de menores la ley en vigencia (la 903/81, Código del Menor), enumera como uno de los derechos de todo menor el recibir tratamiento de rehabilitación en caso de padecer de deficiencias física o psíquicas (artículo 8°, inc. i, Código del Menor). Y el artículo 222 de este código, que presume el estado de peligro de los menores de 20 años que, *siendo deficientes físicos o mentales, carezcan de la atención especial adecuada a su estado*. En estos casos el Juez puede disponer la colocación familiar del menor. Estos menores, a nuestro criterio, serían más bien menores en estado de abandono, por ser víctimas del entorno en el que se encuentran viviendo. La tendencia legislativa moderna es no realizar discriminaciones como la de marcar a los menores con calificativos como *en situación irregular, de abandono, de peligro*, siendo reemplazados por el de "protección integral". Estos menores no cuentan con un centro estatal de internación que los proteja. De ahí que en cuanto a la operatividad de esta norma constitucional, como lo orienta el párrafo segundo del artículo 58, debe darse una especial atención por parte del Estado.

## **7) Del bien de familia.**

Art. 59 de la Constitución: *Se reconoce como institución de interés social el bien de familia, cuyo régimen será determinado por la ley. El mismo estará constituido por la vivienda o el fundo familiar, y por sus muebles y elementos de trabajo, los cuales serán inembargables.*

Al poco tiempo de la vigencia de la Constitución, la norma transcrita ha servido de orientación para la inserción de normas en la Ley de Reforma del C.C., del 15 de julio de 1992, en las cuales se

detalla quiénes podrán beneficiarse con la institución del bien de familia, quiénes podrán constituir el bien de familia.

## **8) De la protección contra la violencia.**

Art. 60 de la Constitución: *El Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas destructoras de su solidaridad.*

Por violencia en el ámbito familiar, debe entenderse no sólo la ocurrida en la familia, sino también en los casos de colocación familiar, o en situaciones afines en que estuviese colocado un menor por orden de un juez.

Esta situación se presenta en la vida cotidiana y nos entra a diario por los ojos, lo que hizo que los constituyentes vieran la necesidad de regular la misma.

Esta norma constitucional sirve como base para la reglamentación pertinente, con lo cual se adecuaría a las legislaciones que se han preocupado de la protección contra la violencia familiar, como en la Argentina por Ley N° 24.417 (B.O.N. 03/01/95), *protección contra la violencia familiar*, reglamentándose esta ley por Decreto N° 235/96; la ley de violencia intrafamiliar y maltrato de menores, en Panamá, Ley N° 27/95; en Chile, por Ley N° 19.324/94, que introduce modificaciones a la Ley N° 16.618, en materia de maltrato de menores.

## **9) De la planificación familiar y de la salud materno-infantil.**

Art. 61 de la Constitución: *El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes educación, orientación científica y servicios adecuados, en la materia.*

*Se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos.*

Con esta norma constitucional los constituyentes brindaron la posibilidad de incluir en la Carta Magna un marco de referencia para futuras leyes en materia de población.

*No puede afirmarse que la población sea la causa del subdesarrollo, pero tampoco se puede ignorar que un crecimiento más lento permitirá encarar con mayores probabilidades de éxito las acciones encaminadas a solucionar los problemas económicos y sociales. Los programas de Planificación Familiar no resuelven por sí solos los problemas con los que se enfrentan los países en desarrollo; esos problemas deben formar parte de las actividades del desarrollo nacional (Secretaría Técnica de Planificación 1986).*

La Tasa Global de Fecundidad (TGF) a nivel nacional para el período 1990-1995 fue de 4.5 hijos por mujer. Este nivel ubica al Paraguay como uno de los países de más alta fecundidad (segundo en Latinoamérica donde el promedio general es de 3.2 hijos por mujer).

En Bolivia el promedio es de 4.8 hijos por mujer y mucho más baja en El Salvador, Ecuador, Perú, Costa Rica y Colombia con 3.8, 3.6, 3.5, 3.2 y 3.0 por mujer, respectivamente.

La norma constitucional precitada impulsó al Centro Paraguayo de Estudios de Población (CEPEP) a realizar la Encuesta Nacional de Demografía y Salud Reproductiva (ENDSR 95-96).

Esta información adquiere singular importancia no sólo como variable intermedia de la fecundidad, sino como insumo para los encargados de programas de planificación familiar y los responsables de la formulación de políticas de población y salud del país.

La norma del artículo 61 encuentra corolario lógico a lo dispuesto en el artículo 55 de nuestra Constitución.

## **V. Conclusión**

En nuestra opinión, los constituyentes en la elaboración de las normas atinentes al Derecho de Familia, lo hicieron imbuidos del contenido teleológico o finalista de nuestra Ley Fundamental expresado en el reconocimiento y la protección de la dignidad y de los derechos humanos, asegurando la libertad, igualdad y justicia, es decir, el aseguramiento de la protección integral de la persona.

El mérito mayor logrado en la Constitución, a nuestro criterio, ha sido el de haber orientado la normativa constitucional de los Derechos de Familia de acuerdo con nuestras propias necesidades y

con nuestra realidad nacional, razón por la cual las leyes reglamentarias que se han dictado en su consecuencia, responden a esos fines programáticos, y confiamos que las que no se han dictado de esa forma sean debidamente reguladas para que puedan alcanzar a cumplir el objetivo para el cual fueron creadas.

## **Bibliografía**

- Código de familia de El Salvador.
- Código del menor.
- Congreso nacional: familia, infancia y juventud, Encuentro Nacional de Demografía y Salud Reproductiva, Asunción - Paraguay.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.
- Convención Nacional Constituyente de 1992, Diario de Sesiones.
- Curso internacional de especialización para jueces de menores y de familia, Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- Informe nacional para la conferencia internacional sobre población y desarrollo, El Cairo - Egipto 1994, Comité Nacional.
- Ley N° 1/92
- Linares Q., Segundo V., La Constitución interpretada
- Pacto de San José de Costa Rica.

# LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 106.

Emilio Camacho.

*"Una vez que la justicia se hubo marchado al cielo, no volvió jamás a vivir universalmente entre los hombres {...}. Es ella la que genera la unión en los Estados y reinos, su unión, conservación y potencia, defiende a los pobres e impotentes, contiene a los ricos y poderosos, humilla a los soberbios y audaces, frena a los codiciosos y avaros, castiga a los insolentes y dispersa a los violentos, y genera en los Estados esa igualdad, deseable en un Estado, si uno quiere conservarlo."*

*Nicolás Maquiavelo*  
(*"Escritos políticos breves"*)

## Introducción.

En estos tiempos de transición y de dura lucha contra la corrupción, suele hablarse con insistencia de la responsabilidad del funcionario público. Muchas veces con toda legitimidad e indignación cuando se está ante verdaderas conspiraciones para delinquir en perjuicio del patrimonio público, como lo cometido por los "banqueros" públicos y privados que vaciaron sus propias empresas, engañaron a millares de ahorristas y causarón un enorme perjuicio al Estado<sup>1</sup>, pero otras veces se trata la cuestión con ligereza, hasta con cierta irresponsabilidad, motivado por coyunturales luchas políticas, intereses muy particulares, ganas de destruir reputación y honra ajena, necesidad de venta periodística, etc. pero nada semejante a proteger el interés público.

Esta situación tiene un doble efecto peligroso y nocivo: a) la acusación masiva, indiscriminada, viene a ser la mejor protección del corrupto, pues se ven hostigados con la misma intensidad culpables e inocentes, grandes delincuentes y defraudadores de poca monta, y b) ante semejante andanada de acusaciones, muchas veces sin fundamento, otras con sobrada razón, se termina por igualar por lo

---

<sup>1</sup> Conf. Informes de la Contraloría General de la República.

bajo, pierde fuerza la acusación y muere en las páginas de los diarios, en los armarios judiciales, en la inacción de las autoridades, etc. Esta situación, peligrosa para la estabilidad misma del sistema democrático<sup>2</sup>, únicamente puede combatirse con el trabajo riguroso, objetivo, racional, de quienes tiene mayor responsabilidad en esta cuestión y la Constitución de 1992 ofrece elementos inmejorables para dicho cometido. Se vuelve necesario, por lo tanto, entender acabadamente la institución, darle su exacta dimensión y así contribuir en la eficaz comprensión y aplicación de la figura.

La responsabilidad del funcionario público es de tal extensión que afecta prácticamente a todos los cargos, presenta numerosas facetas y se encuentra diseminada a lo largo de la Constitución y dispersa en numerosas leyes. Se vuelve necesario iniciar un trabajo que contribuya al esclarecimiento, al correcto dimensionamiento del problema y así encontrar el camino para la sanción justa. Por esta razón, en el presente trabajo hacemos énfasis en la responsabilidad tipificada en el artículo 106 de la Constitución de 1992, y sólo secundariamente nos ocuparemos de sus otras implicancias. Queremos de esta manera contribuir en el correcto dimensionamiento de un problema que no podrá rehuirse invocando argumentos procesales para archivar las denuncias, o buscando protagonismos por medio de acusaciones sensacionalistas e inconsistentes que únicamente consiguen una efímera publicidad para la autoridad denunciante así como una segura impunidad para el delincuente.

Se presenta, entonces, un campo extremadamente delicado y complejo, donde los obstáculos para su desarrollo son impuestos por exponentes de ideas jurídicas ya superadas, propias de otros tiempos y también por quienes eventualmente pueden verse afectados como consecuencia de tal desarrollo. Pero también hay que proteger a la institución de un manejo irresponsable y apresurado, que muchas veces conduce, contradictoriamente, al estancamiento de la misma. Y esto solamente es posible estudiando el problema con seriedad y buscando establecer el alcance de la institución con una claridad suficiente para superar los avatares generados por intereses coyunturales y poder aplicar las sanciones eventuales con la mayor legitimidad posible.

El objetivo que hay que perseguir pasa, fundamentalmente por la correcta interpretación de la normativa constitucional, pues "la

---

<sup>2</sup> Klitgard, Robert "Controlando la Corrupción", p.17

interpretación legal juega un papel central en cualquier discurso jurídico. En el discurso jurídico práctico se relaciona con la determinación del significado de los textos legales y a menudo influye en la calificación de los hechos a los que se aplican las reglas legales<sup>3</sup>, esto se extiende aún más atendiendo al papel decisivo que juegan tanto la jurisprudencia como la doctrina para ir perfilando la interpretación de jueces y legisladores, los primeros al aplicar el derecho (artículo 247 de la Constitución 92) y los segundos a la hora de legislar, conforme lo dispone el artículo 202.2 de la Constitución.

## I. Consideraciones históricas.

La historia de la responsabilidad del funcionario público se remonta prácticamente al nacimiento mismo del Estado de Derecho<sup>4</sup>. Desde que se instauró el constitucionalismo liberal, determinar la obligación del Estado y de sus funcionarios por los actos ejecutados ha sido una constante<sup>5</sup>, tanto es así que prácticamente ha venido construyéndose paralelamente a todo el debate que se genera en torno a los derechos individuales, las garantías constitucionales ante el poder público, etc. Para destacados doctrinarios, la institución que comentamos viene a ser la columna vertebral del derecho administrativo (juntamente con las atribuciones del Estado), y desde una perspectiva más constitucional, la consolidación del Estado Democrático de Derecho requiere constantemente de una definición y delimitación de la responsabilidad.

Cabe destacar que la cuestión no se agota con los funcionarios administrativos y electivos, sino que se extiende incluso a la responsabilidad judicial<sup>6</sup>, cuestión de la que no nos ocupamos en este artículo por razones de mayor especificidad.

En el Estado Absolutista la responsabilidad del funcionario era desconocida, al menos tal cual hoy la conocemos. El funcionario ejercía su autoridad en nombre del monarca, que además se identificaba con el Estado. No existía, por lo tanto, la posibilidad de diferenciar entre la responsabilidad personal del monarca y la del Estado, recién cuando adviene la Revolución Francesa y comienza una breve pero intensa reforma del Estado, se inicia un proceso de

---

<sup>3</sup> Jerzy Wroblewsky, "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica", p17.

<sup>4</sup> Guido Santiago Tawill, "La responsabilidad...", p 1.

<sup>5</sup> Otto Mayer, Tratado de Derecho Administrativo, T 1.

<sup>6</sup> Sobre el punto, consultar Tawill, ob. cit., García de Enterría, Tratado de D. A.

reconocimiento de la institución, que corre paralela con otra fundamentalísima institución del derecho público: la facultad discrecional de la autoridad o del cargo. Villagra Maffiodo nos recuerda que "En los países anglosajones la responsabilidad del Estado evolucionó desde su total negación hasta su admisión por actos ilícitos de sus agentes. En Inglaterra, con el dogma "the king can do not wrong", que de una u otra forma impregnaba todo el derecho de occidente, y que se interpretaba en el sentido de que ningún acto del monarca podía generar responsabilidad, ni siquiera se admitía la responsabilidad de sus agentes, hasta que en 1947 se estableció por la Crown Proceeding Act la responsabilidad de la Corona por actos ilícitos de sus agentes (nótese bien que se utiliza la frase "actos ilícitos"), que no viene a ser otra cosa más que la culminación (luego de un largo proceso de desarrollo y conquistas) de la vigencia del Rule of Law, el imperio del derecho, el principio de la juridicidad plena, al hacer responsable a todos los agentes públicos.

Es importante aclarar que no se está hablando en términos absolutos, pues aún en los sistemas antiguos más despóticos existían resquicios por donde podía exigirse algún tipo de responsabilidad. En España, las Leyes de las Siete Partidas establecían que el Juez que a sabiendas sentenciaba en contra de derecho, debía pagar a la parte perjudicada un monto equivalente a la pérdida causada; en Inglaterra se podía petitionar ante el Parlamento, que podía indemnizar el daño si la solicitud era fundada<sup>7</sup>, pero en ambos casos la responsabilidad no podía alcanzar nunca al monarca y se trataba de casos excepcionales.

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado y del funcionario público se convirtió, por lo tanto, en un objetivo fundamental en todo el proceso de construcción del Estado de Derecho, que fue pasando primeramente por la doctrina<sup>8</sup>, por la jurisprudencia, por el derecho común para finalmente obtener el reconocimiento constitucional. Tal es así, que únicamente puede comprenderse esta figura si la analizamos desde la perspectiva de la separación de los poderes, de la diferenciación entre Estado y gobernante y la necesidad de establecer siempre un responsable por las acciones del Estado, tan siquiera para que alguien dé explicaciones, pues, como veremos más adelante, deben concurrir varias situaciones para que se establezca una determinada

---

<sup>7</sup> Carlos Colautti, "Responsabilidad del Estado. Problemas Constitucionales", p. 17 y ss.

<sup>8</sup> Conf. Marienhoff, ob. cit.; Dromi, ob. cit.

responsabilidad del funcionario, sea política, civil, administrativa o penal. Al mismo tiempo, se estableció la responsabilidad objetiva del Estado, en su calidad de organismo permanente y aquí debe señalarse este logro como uno de los fundamentales de la Revolución Francesa<sup>9</sup>, tal cual se entiende hoy la responsabilidad del Estado y del funcionario, más allá de la discrepancia original sobre qué responsabilidad apareció primeramente. Y no debe olvidarse que, como bien lo señala el maestro D. Salvador Villagra Maffiodo, es "una creación jurídica", lo que ha contribuido también a superar las dificultades que por siglos impidieron la atribución de responsabilidad. En última instancia, es el pueblo, en ejercicio de la soberanía el que toma la decisión y, en términos más positivistas, bastó con que el acto legislativo así lo haya dispuesto.

En otras palabras, esta responsabilidad no viene a ser sino el sometimiento completo del Estado al Derecho, con lo que quedaban echadas las bases para el posterior desarrollo y delimitación de la institución, que también habría de conocer (o conoce) de sus excesos. El derecho pretoriano jugó un papel fundamental en todo este proceso, pues inicialmente la resistencia era enorme, presentándose incluso como una posibilidad de colapsar la administración pública<sup>10</sup>, obstruir el funcionamiento eficaz de las instituciones y amedrentar a los funcionarios de buena fe. Pero ningún ordenamiento jurídico racional podía prescindir de una figura que contribuía decisivamente a armonizar los intereses en conflicto entre el Estado y los particulares, mucho más cuando toda la doctrina se esforzaba en destruir la irresponsabilidad e infalibilidad del absolutismo. Negar la responsabilidad era como negarse a sí mismo y su previsión en los textos legales era una consecuencia lógica e ineluctable de los tiempos, como bien lo señala Marienhoff: "Con referencia al funcionario y empleado públicos, el orden jurídico también debe considerar el problema de la "responsabilidad". La vida real pone de manifiesto esa grave cuestión, que entonces requiere su tratamiento por el jurista".<sup>11</sup>

Justamente para vencer esa resistencia, es que históricamente apareció primero la responsabilidad personal, lo que confería legitimidad a la institución, al rodearla de una fuerte carga principista, buscándose no únicamente la indemnización compensatoria, sino la

---

<sup>9</sup> Ya antes existía, dispersa en numerosas normativas, la responsabilidad del Estado. Hoyos Duque, ob. cit., p. 7.

<sup>10</sup> Marienhoff, ob. cit., p. 333, T III B.

<sup>11</sup> Ob. cit., p 372.

sanción del agente en aras de la seguridad ciudadana<sup>12</sup>.

Ante esta situación, es que debe percibirse la delicada tarea que corresponde a legisladores, magistrados y profesionales en la correcta delimitación de la responsabilidad, cuando será personalmente responsable, cuando no, cuando corresponde exclusivamente al Estado por la teoría objetiva y cuando es solidaria. En este trabajo, nos ocupamos fundamentalmente del funcionario público, que en este momento conoce de un confuso y apresurado debate en nuestra sociedad; y dejamos para una ocasión posterior lo que corresponde exclusivamente al Estado.<sup>13</sup>

El mismo Hoyos Duque señala acertadamente que debe buscarse un equilibrio entre los intereses en conflicto, pues la democracia también debe proteger al Estado e impedir que se industrialice la indemnización, como se ha comprobado acabadamente en muchos países con las multimillonarias indemnizaciones fraudulentas, con la complicidad de agentes públicos, magistrados, asesores jurídicos, etc. Atendiendo a que muchas veces el funcionario se caracteriza por su insolvencia o limitados recursos, se tiene al Estado como inagotable proveedor de fondos. Es lo que comienza dramáticamente a desarrollarse en los tribunales con las multimillonarias regulaciones de honorarios solicitadas por los abogados de algunos altos funcionarios o banqueros implicados en el fraude financiero y que hoy están siendo sobrepagos en algunos procesos.

## II. Su recepción constitucional.

La responsabilidad del funcionario público está prevista en el Capítulo VIII DEL TRABAJO, Sección II DE LA FUNCION PUBLICA, de la Constitución de 1992. El referido capítulo, que fue extensamente debatido en la Convención Constituyente ubicó inmediatamente detrás de los derechos laborales al servicio público y reserva para el Estado el derecho de repetir eventuales pagos. El art.

---

<sup>12</sup> Ricardo Hoyos Duque, "La Responsabilidad de la Administración Pública", pp. 49 y ss.

<sup>13</sup> Es importante significar que, al amparo de justas reivindicaciones muchas veces se quiere convertir al Estado en fuente inagotable de compensaciones económicas.

106 reza textualmente: "DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO PÚBLICO. Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste de repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto".

La Constitución de 1967, en su artículo 41 reza que " Las autoridades superiores, los funcionarios y los empleados públicos ajustarán siempre sus actos a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes. Ejercerán conforme a ellas las atribuciones de su competencia, y serán personalmente responsables de las transgresiones, delitos o faltas que cometieren en el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, que será reglamentada. Una ley especial regulará la responsabilidad de los funcionarios a fin de asegurar sus efectividad." <sup>14</sup> Un llamativo artículo 53 disponía la obligación del Estado y del municipio a indemnizar por los daños y perjuicios que hayan sido objeto por parte de la autoridad legítima en el ejercicio de sus funciones, acogiendo a plenitud la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado. Como dato curioso cabe señalar que en la edición de 1983 de la obra del maestro Villagra Maffiodo se hace referencia al artículo 31 de la Constitución del 67 (en evidente error editorial), lo que también llevó al error a algunos convencionales cuando los debates en la Convención.

La Constitución de 1940, en su artículo 17 establecía que "Todas las autoridades superiores, funcionarios y empleados públicos son responsables individualmente por las faltas y delitos que cometieren en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad indirecta del Estado, que podrá ser establecida por ley. En ningún caso podrán ejercer atribuciones ajenas a su jurisdicción y sus actos deben ajustarse siempre a la ley. Queda prohibida la huelga de los funcionarios públicos, así como el abandono colectivo de sus cargos." La recepción constitucional se produce, pues, en 1940, señalándose claramente que debía tratarse de "faltas o delitos", produciéndose un avance cualitativo importante cuando en la Constitución 92 se agrega la "transgresión" como fuente

---

<sup>14</sup> Conf. Villagra, p. 302. Es muy necesaria la sanción de una ley que se ocupe detenidamente del problema.

generadora de responsabilidad.

Particularmente, consideramos que la redacción de la Constitución 67 es más precisa e ilustrativa que la Constitución 92, al menos cuando habla claramente del sometimiento a la ley y al ejercicio de las atribuciones dentro de su competencia y disponiendo que la responsabilidad del Estado debe ser reglamentada. En una rápida lectura de los textos constitucionales se puede comprobar claramente la evolución que fue conociendo en nuestro derecho constitucional, partiendo de una declaración que establecía la responsabilidad individual y aclarando que ésta debía darse en el ejercicio de sus funciones, hasta llegar a establecer simplemente la responsabilidad total de todos los funcionarios públicos y la responsabilidad subsidiaria del Estado. Es por esto por lo que adquiere especial importancia un análisis sereno, desapasionado de la figura que estamos comentando y cabe recordar a María Graciela Reiriz, citada por Tawill, cuando dice que "la búsqueda de un equilibrio justo debe ser la meta impostergable del derecho administrativo de nuestro tiempo. Disciplina jurídica nacida de las entrañas del Estado de Derecho, debe hacer de éste un Estado responsable y fuerte a la vez. Que ninguna fortaleza ni eficiencia estatal podrán jamás edificarse sobre los despojos de un pueblo cuyos derechos sean impunemente violados",<sup>15</sup> o en términos más "constitucionales" se trata de la legitimidad democrática, que respetando las garantías individuales puede generar un Estado fuerte y en condiciones de cumplir el papel que históricamente le depara la Constitución.

Como una muestra más de la preocupación por proteger las garantías individuales, la Constitución de 1992 consagra en su artículo 39 "DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN JUSTA y ADECUADA. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. La ley reglamentará este derecho". Esta íntima vinculación entre los artículos 39 y 106 es lo que obliga a un estudio conjunto de ambas figuras, que vienen a ser una el correlato de otra. De hecho, destacados juristas como Marienhoff, Mayer y otros la estudian conjuntamente y, en nuestro país, el Prof. Villagra Maffiolo en un capítulo se ocupa brevemente de la responsabilidad del funcionario público (p. 162), pero el estudio detenido del problema lo realiza cuando se ocupa de la "responsabilidad de la administración".

---

<sup>15</sup> S. Tawill, ob. cit., p. 3

Creemos que es el método adecuado, mas aún cuando la responsabilidad del Estado es también subsidiaria y, como si aún se necesitaran más pruebas sobre la preocupación que existía en los convencionales, el artículo 136, primera parte, dice textualmente: "Ningún magistrado 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."

Los debates de la Convención Constituyente del 92 demuestran lo complejo del tema y que algunos constituyentes eran muy concientes de las consecuencias contradictorias que podría engendrar una redacción deficiente de la figura. No debe olvidarse que habían pasado más de veinticinco años sin que se haya redactado ley reglamentaria alguna a pesar del mandato constitucional (artículo 41 de la Constitución de 1967), porque no pueden considerarse reglamentarias normativas muy vagas e imprecisas, sean de carácter presupuestario (Ley N° 14/68), administrativo o simplemente disciplinario (Ley N° 200/70), por contar algunos ejemplos.

Durante más de tres horas se debatió intensamente, señalando que la responsabilidad civil existía desde tiempos inmemoriales (desde la época del Derecho Romano, según el convencional O. Paciello), pero que debía buscarse una forma más clara de establecer la institución, buscando proteger al Estado de "la industria de la indemnización". Se advertía claramente que "Yo no quiero para mi Estado esa concepción que es el botín donde todos van a acudir en defensa de sus derechos y hacerle pagar en todos los casos al Estado cualquier daño que exista en cualquier lugar del país.....Vamos a crear la responsabilidad del Estado pero dentro de un marco jurídico preciso, claro, donde se distinga claramente cuando va a ser responsable el Estado, ...porque no queremos un Estado pagador de todos los errores del mundo..".

Lo que queda absolutamente claro en la lectura de los debates es que: a) se acepta plenamente la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado, b) los agentes públicos deben responder por faltas, delitos o transgresiones (esto último viene a ser un agregado de la Constitución) y que el Estado tiene derecho a repetir el pago en que se incurra<sup>16</sup>; c) que el Estado debe responder siempre que se den ciertos requisitos mínimos, habiéndose suprimido la expresión

---

<sup>16</sup> Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, T II, p. 23 y ss.

"eventual responsabilidad", existente en el texto de la Comisión Redactora, por temor a que argucias legales vuelvan irresponsable a la administración, y d) el temor al Estado autoritario cubría el razonamiento de buena parte de los convencionales, olvidándose que también se estaba legislando para un futuro democrático.

Tal vez por dichas razones se explique que, habiéndose presentado tres propuestas al pleno de la Convención, se terminó con un texto consensuado que únicamente se ocupó de establecer la responsabilidad objetiva, también la subsidiaria del Estado y la del funcionario público, sea por transgresiones, delitos o faltas. Esta vez ya no se establecía el mandato constitucional de reglamentar por ley, aunque actualmente la realidad clama por dicha reglamentación.

Con la Constitución de 1992 se cerraba el ciclo constitucional de la responsabilidad del funcionario público y, suponiendo que se ha iniciado todo un proceso de construcción del Estado de Derecho, es procedente el estudio acabado de la figura para darle un concepto preciso, un alcance razonable y una eficaz aplicación. En todo ciudadano debe existir siempre la conciencia sobre la importancia de ser enteramente responsable de sus actos y esta conciencia debe ser mucho mayor cuando se trata de funcionarios públicos: "El fijar una responsabilidad abre la posibilidad de determinar si el funcionario público ha actuado en el ejercicio de su función en la forma en que la norma legal le exigía."<sup>17</sup> y es así como podrá actuarse acorde con la legalidad.

### **III. Diversas clases de responsabilidad.**

Desde una perspectiva de la actividad del agente o funcionario público pueden suscitarse distintos tipos de responsabilidad, que pueden ser : a) política, b) civil, c) administrativa y d) penal, presentándose en cada caso distintos valores jurídicos que tutelar. Marienhoff presenta el problema diciendo que "La responsabilidad penal existe cuando el acto irregular del funcionario o empleado público constituye un delito previsto y penado en el código respectivo o en leyes especiales. La responsabilidad civil aparece cuando el acto irregular del agente haya causado un daño a la administración pública o a terceros.....La responsabilidad administrativa tiene por

---

<sup>17</sup> María Cristina Garros Martínez, "Introducción al tema de la responsabilidad", en Rta. El Control, p. 5.

objeto sancionar conductas que lesionan el buen funcionamiento de la administración pública.....La responsabilidad política surge cuando está en juego el interés general de la sociedad lesionada",<sup>18</sup> citando a continuación los casos previstos por la Constitución argentina.

Cuando Dromi se ocupa de la responsabilidad del Estado (que viene al caso atendiendo a la subsidiariedad establecida en nuestro sistema jurídico) señala claramente que la responsabilidad del Estado se produce siempre que una persona sufra daño (material o moral) causado por funcionarios públicos, pues lo que se está haciendo es imputar los daños y perjuicios ocasionados por el "individuo". Abunda sobre la complejidad del tema explicando que en algunos casos se exige que la conducta sea "culpable" (responsabilidad subjetiva), en otras se aplica la responsabilidad objetiva, en otros casos se requiere que el daño sea físico, en otras es suficiente con el daño moral, etc.<sup>19</sup> Dromi, con un objetivo que no alcanzamos a comprender más allá de un intento de diferenciación o de aportar cuestiones originales, afirma que la responsabilidad del Estado es JURÍDICA, que no puede ser adjetivada de civil, administrativa o penal. Por nuestra parte, consideramos más acertados e ilustrativos los postulados sentados por doctrinarios como Marienhoff, García de Enterría, Entrena Cuesta y Villagra Maffiodo, que desmenuzan diferentes facetas de la institución, enfocándola también desde el interés del Estado y no haciendo primar una posición más civilista que muchas veces termina perjudicando los intereses públicos sin que precisamente beneficie las garantías individuales.

Debe señalarse, no obstante, que en el derecho argentino la Constitución no prevé expresamente la figura, pero la institución se desarrolló apelando a figuras como la igualdad ante la ley, la inviolabilidad de la propiedad, la "demandabilidad del Estado", etc. Cuando se habla estrictamente de la responsabilidad estatal se estudia tanto la judicial, la legislativa y la administrativa, pero en este trabajo nos ocupamos del funcionario público y el tratamiento introductorio conjunto viene precisamente porque una es el correlato de la otra y necesariamente, debe estudiarse conjuntamente para luego sí tratar únicamente la que afecta al funcionario.

El Maestro Salvador Villagra Maffiodo nos habla de una responsabilidad objetiva y otra subjetiva, de una indirecta: cuando se

---

<sup>18</sup> Marienhoff, ob. cit., p. 374.

<sup>19</sup> José R. Dromi, "Derecho Subjetivo y Responsabilidad", pp. 26 y ss.

presenta la responsabilidad de la administración por actos antijurídicos de sus agentes y otra directa: como consecuencia de actos jurídicos irregulares, también de a: Contractual y b: Extracontractual. La primera estaría legislada en el derecho privado, rigiendo los diversos contratos firmados por el Estado, mientras la extracontractual sería la prevista por el artículo 106 de la Constitución, estableciendo la responsabilidad conjunta del Estado y del agente. La contractual no ofrece mayores complicaciones, desde el momento que, aunque actúe como persona de derecho público, no existe dificultad alguna para aplicar las mismas reglas que a un particular que suscribe un contrato<sup>20</sup>. En cuanto a la segunda, la extracontractual hace al problema mismo que estamos estudiando y descansa, básicamente, en el principio de la responsabilidad objetiva y en el de la responsabilidad indirecta, buscando así garantizarse que todo daño producido a los particulares por la actividad del Estado, sea pasible de resarcimiento. Colautti se remonta a un fallo de la Corte Suprema argentina del año 33 ("Devoto, Tomás y Cía. contra Gobierno Nacional") como punto de partida en el cambio de la jurisprudencia argentina para garantizar la responsabilidad extracontractual del Estado.<sup>21</sup>

Para una mejor comprensión del problema creemos más procedente estudiar los tipos señalados por Marienhoff, que por otra parte, están perfectamente previstos en nuestro derecho y que parte directamente de la responsabilidad del agente público con la subsidiaria del Estado, evitando de esta manera confusiones derivadas de la presencia conjunta de la responsabilidad estatal y de la personal del individuo.

Las cuatro clases de responsabilidad que mencionamos pueden derivar o fundarse en la culpa o el dolo, razón por la cual muchas veces pueden concurrir al mismo tiempo diversas clases de responsabilidad. Un ejemplo paradigmático se dio con el caso del Dr. Carlos Andrés Pérez, Presidente de Venezuela, que fue responsabilizado políticamente por el Congreso y además el Poder Judicial estableció su responsabilidad penal.

### **1) La responsabilidad administrativa.**

La responsabilidad administrativa aparece cuando el agente comete faltas en el servicio, contrariando las reglas propias de la

---

<sup>20</sup> Carlos Colautti, Responsabilidad del Estado, p. 44.

<sup>21</sup> Ibid, p. 53

administración pública y siempre se enmarca dentro del concepto de servicio que presta. En la Ley N° 200/70, Estatuto del Funcionario Público, está bien tipificada la responsabilidad administrativa, se establece la estructura jerárquica del sector público, las diferentes sanciones que puede aplicarse, desde aquellas que requieren sumario y pueden llegar a la destitución, hasta las simples amonestaciones verbales.

El fin esencial es mantener el debido funcionamiento de los servicios administrativos, alcanzando a todos los agentes públicos, desde el Presidente de la República hasta el de menor rango. Si bien el Presidente y otros altos cargos no tienen un superior jerárquico que pueda aplicarles alguna sanción, se trata más bien de "sanciones disciplinarias", pero perfectamente pueden ser inhabilitados por cierto tiempo para el ejercicio de cargos públicos, lo que implica una sanción de carácter administrativo.

La responsabilidad administrativa, que viene a convertirse en columna vertebral para el funcionamiento eficaz del Estado, a veces puede verse gravemente afectada por una aplicación excesivamente drástica de las disposiciones del artículo 17 de la Constitución, en que son anulados sumarios enteros porque el Tribunal considera que no se han tenido en cuenta con rigor los principios del debido proceso. Marienhoff recuerda que deben respetarse escrupulosamente las garantías constitucionales (no puede ser de otra manera), pero al mismo tiempo indica que algunos principios del derecho penal no pueden aplicarse con el mismo rigor en el campo administrativo. En los juicios referentes al gran fraude financiero cometido, comienzan a aparecer casos en que se establece la responsabilidad administrativa por medio de un sumario, esto se confirma en el Tribunal de Cuentas y sin embargo, en el campo penal se produce el libre sobreseimiento. Curiosamente, en otros casos que afectan a directores de bancos privados, ha ocurrido a la inversa: sumariados y sancionados por el Banco Central, obtienen su sobreseimiento en la jurisdicción contencioso-administrativa. Se establecen así los cimientos perfectos para un futuro y probable sobreseimiento de la mayoría de los directores de los bancos privados implicados en el fraude.

Si bien esto puede admitirse por las normas y principios diferentes que rigen las diferentes disciplinas, no puede admitirse que se marche hacia la impunidad desconociendo la integralidad del orden constitucional o que, valiéndose del libre sobreseimiento se someta al Estado al pago de multimillonarias regulaciones de honorarios profesionales, justamente en casos en que el erario público tuvo que responder con centenares de miles de millones de

guaraníes por el actuar delictivo de funcionarios y particulares<sup>22</sup>.

Es como si muchos magistrados percibiesen aún la existencia del Estado autoritario de décadas anteriores y entonces se presenta una predisposición para fallar siempre en su contra. La lectura del texto constitucional debe ser completa, entera y coherente; y debe recordarse que existen también otros principios igual de importantes, tales como la primacía del interés general (artículo 128 de la Constitución), el derecho a la información veraz (artículo 28 de la Constitución), que deben ser integrados con las demás garantías constitucionales.

El maestro Alberto G. Spota, en su obra "El Juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia", demuestra lúcidamente cómo los principios jurídicos juegan un papel cada vez más trascendente en la interpretación y aplicación del derecho, y como del imperio casi absoluto de aplicar estrictamente la letra de la ley se fue pasando a una posición que va concediendo más importancia a los principios jurídicos, la existencia de eventuales contradicciones legales, etc.<sup>23</sup> Debe señalarse que la urgencia misma de los tiempos conduce en ocasiones a que se dicten leyes marcadamente casuísticas, asistemáticas, contradictorias, etc., que en ocasiones vuelve insuficiente y errónea, cuando no arbitraria, una aplicación directa, aislada de la ley.

En el caso del fraude financiero, por citar un ejemplo, debe existir mucho cuidado pues es probable que todo apunte a sancionar administrativamente a los funcionarios públicos implicados, se utilice a otros agentes como chivos expiatorios (no debe olvidarse que una vez cesado o terminadas sus funciones muchos agentes públicos quedan prácticamente sin poder), pero se deje en libertad a los grandes ideólogos del fraude, particulares inescrupulosos que se incrustaron en los directorios de los bancos para la comisión de sus tropelías y hoy se amparan en la "inexistencia de tipificación de delitos", en "operaciones desafortunadas", etc., para asegurarse su impunidad.

---

<sup>22</sup> Marienhoff, ob. cit., p. 436 y ss.

<sup>23</sup> Alberto Spota, "El Juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia", pp. 45 y ss.-

A modo de conclusión, debe señalarse que la responsabilidad administrativa es la señalada en el Estatuto del Funcionario Público (Ley N° 200/70, que no va en desmedro de otras leyes especiales existentes) y aparece cuando el agente comete una falta de servicio, transgrediendo las reglas propias de la función pública. En el sumario que se instruya deben respetarse las reglas del debido proceso, siendo competente además, la jurisdicción contencioso administrativa, pero tal es la magnitud y complejidad del problema, que la Ley N° 200 prevé expresamente casos en que no es necesario el sumario, especialmente para faltas menores.

## **2) La responsabilidad civil.**

Esta responsabilidad se produce cuando la actividad de los agentes públicos produce un daño a los particulares, a los funcionarios o al mismo Estado, tal como se dispone en el artículo 1845 del Código Civil. "Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, de las Municipalidades, y de los entes de Derecho Público, serán responsables en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los actores y copartícipes responderán solidariamente. El Estado, las Municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de estos". Algo semejante se dispone en el Código de Organización Judicial, en la Ley Orgánica Municipal, en la Ley Orgánica Departamental, en la Ley de Presupuesto, etc., de manera que la responsabilidad civil es algo entera e indubitadamente previsto en nuestro derecho positivo. Esta responsabilidad alcanza a todo daño y perjuicio que pueda ocasionarse en la persona o en el patrimonio de alguien y es así como se entiende la responsabilidad civil.

Otra cosa, muy compleja y distinta, de la cual no nos ocupamos en este trabajo, tiene que ver con las condiciones que deben concurrir para la materialización de las distintas responsabilidades. Lo esencial a entender en este punto es que el funcionario público es responsable de los daños causados por actividades ilícitas, que viene a modificarse con más rigor a estar por el artículo 106 de la Constitución, que habla de simples transgresiones. Al reconocerse también la responsabilidad subsidiaria del Estado, prácticamente se resuelve el problema de quién responde por los daños a los particulares, pero queda flotando en la práctica la protección del patrimonio público. Como muchas veces (por no decir casi siempre) quién accione contra un agente público puede encontrarse con la

insolvencia del causante, siempre se opta por iniciar la acción contra el Estado, que obviamente también casi nunca se encarga de repetir contra el causante directo.

Es por esto por lo que señalamos la necesidad de tener una lectura integral del problema, aplicando los principios del derecho público y no únicamente desde una perspectiva del derecho civil, que conduce a resolver parcialmente el problema: el resarcimiento del daño ocasionado al particular, pero deja inconclusa la cuestión jurídica, al exponer al Estado a reparaciones infinitas, sin ninguna posibilidad de estudiar detenidamente el caso para evitar o impedir los fraudes montados en su perjuicio.

La presencia de la reponsabilidad civil del funcionario no exige una violación abierta de alguna disposición legal u obligación legal por parte del funcionario, a estar por lo dispuesto por el artículo 106, pero esto no exime a que siempre y en cada caso se estudie la necesidad de la existencia de algún cumplimiento irregular: "Desde luego que determinar si en el caso concreto hubo o no cumplimiento irregular constituye una cuestión de hecho, cuya solución depende de las circunstancias particulares de cada caso; de ahí que, como lo sugiere un autor, estando "acreditadas las condiciones de honradez, probidad y dedicación del funcionario, sería excesivo declararlo responsable cuando, por la índole especial del asunto han existido motivos para equivocarse el camino que a la postre eligió..."<sup>24</sup>

También debe considerarse el principio de razonabilidad, las condiciones de hecho en que se encuentra la administración, las limitaciones naturales existentes y otras circunstancias, en caso contrario se puede declarar culpable a un funcionario público por los daños ocasionados por un desastre natural, sin que se estudie detenidamente si actuó con diligencia con los medios a su alcance y declarar inocente a grandes defraudadores porque "no se encuentra estrictamente tipificado en la legislación penal".

En esta delicada cuestión, es procedente transcribir además la opinión de Marienhoff, para quién tratándose de responsabilidad civil "la actuación irregular del funcionario apareja la presunción de su culpabilidad: para eximirse de responsabilidad el agente público debe probar que no hubo culpa de parte suya. Es él quien debe probar esta circunstancia. La obligación de indemnizarse ha dicho- surge de la prueba del desempeño irregular de la función y del daño como su

---

<sup>24</sup> Marienhoff, ob. cit., p. 392.

efecto, .....<sup>25</sup>. Hasta aquí lo que está claro es que "la responsabilidad civil del funcionario, que le hace pasible de responder con su patrimonio por las faltas cometidas en el desempeño de sus funciones solo se da en los supuestos de culpa o dolo imputables a dicho funcionario y cuando se produce un daño administrativo"<sup>26</sup> y no debemos olvidar que la culpa, de acuerdo con la jurisprudencia, consiste en la omisión de las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. De ahí que insistimos con la "razonabilidad", y al estar consagrada la responsabilidad objetiva del Estado (artículo 39 de la Constitución) que garantiza la reparación de eventuales daños, no es el caso de castigar al funcionario público con una aplicación irresponsable y apresurada de lo previsto en el artículo 106 de la Constitución, que más temprano que tarde puede conducir a una verdadera y completa impunidad.

Es también muy importante diferenciar cuando la actuación del agente es en su calidad de funcionario y cuando como simple particular, pues en este último caso será también civilmente responsable, pero desaparece la subsidiariedad del Estado. Muchas veces y, bajo el influjo del pensamiento de que el Estado puede pagarlo todo o, directamente, tendenciado por profesionales, no se investiga con el rigor necesario para establecer la diferencia. Otra gran cuestión se produce cuando, actuando absolutamente de acuerdo con sus atribuciones se produce algún daño. Para la mayor parte de la doctrina, aquí no existe responsabilidad del agente. Como tampoco se acepta la invocación de orden superior para eludir la responsabilidad civil si es que se actuó irregularmente.

Estamos, por lo tanto, ante una situación extremadamente delicada, en la cual debe garantizarse siempre el derecho a resarcimiento que asiste a la persona afectada, la responsabilidad objetiva del Estado y la necesidad de determinar también la responsabilidad del funcionario. Esta conquista del Estado de Derecho no puede ser puesta en tela de juicio en momento alguno, como bien lo señala una sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 16 de noviembre de 1983, donde afirmaba que "conviene no olvidar que la entronización de la responsabilidad civil de la administración, sobre todo la del Estado, ha representado la máxima conquista, en la configuración del moderno Estado de Derecho..". Toda esta cuestión también afecta a la presencia

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 394.

<sup>26</sup> Enrique Sosa Arrúa, Monografía inédita, p. 3.

subsidiaria del Estado, que podrá ser requerido según se den o no las circunstancias antedichas, por más responsabilidad objetiva que exista. Un ejemplo clásico lo tenemos cuando se aplican planes económicos drásticos, que muchas veces implica o conlleva la quiebra de sectores enteros de la población. Si el Gobierno actuó en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, dentro de las facultades de policía económica, actuando con razonabilidad y siguiendo el procedimiento legal, obviamente que no puede reclamarse resarcimiento alguno.

Un ejemplo bastante ilustrativo se presenta con la eventual responsabilidad que pudiera ocasionar la aplicación de la figura del "cargo de confianza", prevista en el artículo 20 de la Ley N° 200 y que hasta ahora no ha sido reglamentada por Ley, sí por el Decreto N° 6478 del 8 de noviembre de 1994. A la pregunta ¿es responsable civilmente la autoridad que dispone de los cargos de confianza, cuando luego la decisión es revisada por una resolución judicial que obliga a la consecuente indemnización o reintegro?. Creemos que la respuesta es no; por lo menos hasta que jurisprudencialmente, y en esta etapa de transición, termine de sentarse un criterio definitivo y se cuente con la tan ansiada ley reglamentaria. El mismo Tribunal de Cuentas, que sistemáticamente venía revocando los actos de autoridad que disponían de los cargos de confianza, ha tenido que iniciar una revisión de su postura. Así, en el Acuerdo y Sentencia N° 76 del 2 de agosto de 1994 reconoce la necesidad de "ir ajustando sus fallos a las nuevas tendencias, tanto legal, jurisprudencial como doctrinaria, con mayores posibilidades de dar a cada uno lo suyo, a falta de una ley reglamentaria del artículo 8 de la Ley N° 200" y también ya ha reconocido el carácter subjetivo del cargo de confianza (Acuerdo y Sentencia N° 29 del 13 de abril de 1994). Es cierto que, no se está hablando estrictamente de la responsabilidad civil del funcionario, pero evidentemente no podrá exigirse reparación al funcionario que haciendo uso de una institución con alcances aún no delimitados termine generando la responsabilidad del Estado. En un Acuerdo y Sentencia, el Tribunal de Cuentas deja expedita la vía del resarcimiento económico para el afectado, resarcimiento que corresponde al Estado. Siempre reflexionando sobre la responsabilidad que pudiera surgir para el funcionario por la utilización-interpretación irregular del artículo 8° de la Ley N° 200 Sosa Arrúa sostiene que "Hoy en día, a pesar de los reiterados fallos de la Corte y del Tribunal de Cuentas en esta materia, que ha revocado decretos, resoluciones y diversos actos de cesantía por la causal de cargos de confianza, aún no se puede hablar de jurisprudencia firme. En efecto, el Tribunal de Cuentas, en el caso

"Zugasti, Eulize c/ Dto. N° 178 del 8 de setiembre de 1994, dictado por el Poder Ejecutivo", después de rechazar el criterio subjetivo en la calificación de cargos confianza en casos anteriores, reconoce hoy día tal posibilidad para aquellos casos de dirección, o aquellos que militan en la frontera superior de la carrera administrativa.....pero lo que torna aún más confusa la cuestión es que la nueva Corte Suprema de Justicia ha dictado varias resoluciones de cesantía sin sumario, invocando la causal de cargos de confianza"<sup>27</sup>.

Ante una situación tan polémica, suscribimos la tesis de que no podrá exigirse resarcimiento económico a la autoridad afectada. Claro está que, si llega a existir una jurisprudencia uniforme, firme y constante, es muy probable que el despido de alguien que ocupe un cargo de confianza termine generando responsabilidad civil de la autoridad. Esta cuestión únicamente terminará aclarándose con la necesaria ley reglamentaria y nos permitimos adelantar que dicha ley no puede hacer otra cosa que definir lo siguiente: lo que se puede disponer es del cargo en cuestión, no de la carrera del funcionario. Se podrá trasladar, poner a disposición de recursos humanos, incluso dejar transitoriamente fuera de una función específica a quien ocupe un cargo de confianza, pero no se podrá expulsarlo del funcionariado sin la consecuente indemnización. Hasta ahora, con la estricta aplicación de la ley presupuestaria que impide la creación de cargos directivos, la imposibilidad de disponer del cargo sin generar previamente la vacante, etc., se vuelve imposible nombrar nuevos altos cargos sin que por acto de autoridad se genere la vacancia. Por esto consideramos razonable, hasta ahora, que pueda disponerse de los cargos de confianza como se ha venido haciendo, hasta tanto se reglamente por ley y siempre que se presenten las condiciones arriba citadas, sin que se genere responsabilidad civil para el funcionario. La misma Corte Suprema, en Resolución que fue revocada por el Tribunal de Cuentas, dispuso de varios cargos de confianza. Aún está pendiente un fallo definitivo, pero dentro de un estricto razonamiento jurídico no puede impedirse la disposición de los cargos de confianza simplemente porque no esté reglamentada la figura o porque no existan vacancias a disponer, etc. No puede demorarse toda la reforma judicial o de cualquier otro poder del Estado porque no pueda disponerse de los altos cargos y la lectura e interpretación del Derecho no puede desconocer otros principios igual de importantes que entran en colisión con la estabilidad del funcionario.

---

<sup>27</sup> Enrique Sosa Arrúa, , ob. cit, p. 3.

Otra característica es que la relación que se establece entre el agente público, los terceros y el Estado afecta al eventual resarcimiento patrimonial y también a la responsabilidad administrativa. Así, la relación entre el agente y el tercero es extracontractual, mientras que el vínculo entre el agente y la administración es contractual, de manera que el daño que el agente ocasione al Estado se regirá por los principios de responsabilidad contractual con el Estado, lo que se encuentra enmarcado dentro del Estatuto del Funcionario Público y de numerosas leyes dispersas. Por otra parte, el empleado público desde el momento mismo que tiene una relación de dependencia con el Estado se encuentra sometido a la obligación de responder por sus actos y los eventuales daños que su gestión irregular pueda ocasionar.

### **3) Responsabilidad política.**

Se trata de una materia que siempre ha generado intensa polémica, desde el momento mismo que se encuentra sometida a fuertes presiones e intereses políticos y que es estudiada desde diversas perspectivas. De las diversas clases de responsabilidad que estamos estudiando, es la que más directamente responde al Derecho Constitucional y por su extensión no puede estudiarse enteramente en un apartado como el presente. Además, la responsabilidad del funcionario público prevista en el artículo 106 de la Constitución más apunta hacia un comentario desde el derecho administrativo y si nos ocupamos del aspecto político es porque el que ejerce un cargo electo está comprendido en la institución y de la responsabilidad política pueden derivar las demás. No obstante, resulta procedente sentar los principios básicos de la misma y la forma en que se encuentra prevista en nuestra legislación.

Este tipo de responsabilidad afecta fundamentalmente a los funcionarios miembros de la conducción superior del Estado, normalmente a organismos constitucionales y varía según el sistema constitucional adoptado por cada régimen. Así, en nuestro sistema, muchos altos cargos para poder someter a la justicia ordinaria a quienes los ocupan requieren previamente el desafuero (ej: los parlamentarios) o directamente ser sometidos a un procedimiento especial destinado a establecer o no su responsabilidad política (Presidente y Vice Presidente, Ministros de la Corte Suprema, etc.), pudiendo llegar incluso a su remoción.

Varias son las disposiciones constitucionales que de una u otra

forma tienen relación con la figura que estudiamos. A modo de simple ejemplo podemos citar: artículo 136, De la competencia y responsabilidad de los magistrados; artículo 191, De las inmunidades; artículo 194, Del voto de censura; artículo 201, De la pérdida de investidura; artículo 225, Juicio Político; artículo 253, Del enjuiciamiento y de la remoción de los magistrados; artículo 261, De la remoción y de la cesación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia; artículo 227, De la autonomía, del nombramiento y de la remoción (Defensor del Pueblo); artículo 284, De las inmunidades, de las incompatibilidades y de la remoción.

El artículo constitucional por excelencia de la responsabilidad política es el 225 de la Constitución que transcribimos in extenso: Artículo 225. DEL PROCEDIMIENTO. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EL VICEPRESIDENTE, LOS MINISTROS DEL PODER EJECUTIVO, LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, EL DEFENSOR DEL PUEBLO, EL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, EL SUBCONTRALOR Y LOS INTEGRANTES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ELECTORAL, SÓLO PODRÁN SER SOMETIDOS A JUICIO POLITICO POR MAL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES, POR DELITO COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS O POR DELITOS COMUNES.

LA ACUSACIÓN SERÁ FORMULADA POR LA CAMARA DE DIPUTADOS, POR MAYORÍA DE DOS TERCIOS. CORRESPONDERÁ A LA CÁMARA DE SENADORES, POR MAYORÍA ABSOLUTA DE DOS TERCIOS, JUZGAR EN JUICIO PÚBLICO A LOS ACUSADOS POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS Y, EN SU CASO, DECLARARLOS CULPABLES, AL SOLO EFECTO DE SEPARARLOS DE SUS CARGOS. EN LOS CASOS DE SUPUESTA COMISIÓN DE DELITOS, SE PASARÁN LOS ANTECEDENTES A LA JUSTICIA ORDINARIA.

La responsabilidad política pertenece esencialmente al campo constitucional, se encuentra en el origen mismo de la institución, pues fue de las primeras conquistas del Estado de Derecho a medida que se iba superando la irresponsabilidad de los gobernantes. Adquiere especial dimensión desde el momento que establecida la responsabilidad política puede tener efectos en los otros campos, así, puede sobrevenir un juicio penal, civil, <sup>28</sup> etc., una vez que las

---

<sup>28</sup> Marienhoff, ob. cit., pp. 382 y ss.

personas enumeradas en el artículo 225 son desposeídas de su inmunidad o fuero.

De la lectura del referido artículo constitucional se desprende que para el procesamiento criminal previamente deben ser despojados de su inmunidad, procedimiento en el cual debe respetarse el principio del debido proceso, como ya lo ha establecido la Corte Suprema en el caso Ferrás (Acuerdo y Sentencia N° 184, del 31 de julio de 1995), en el cual en ningún momento se ha negado o coartado el derecho de la Cámara de juzgar y calificar, pero si se establece la obligación de respetar las garantías constitucionales. En otras palabras, cada Cámara es soberana en establecer su criterio, en ejercicio de sus facultades discrecionales, pero esto no la habilita a violar, por ejemplo, la garantía del debido proceso. El Poder Judicial podrá revisar una resolución del Congreso que, a modo de ejemplo, destituya a un Intendente si es que no se respetaron las garantías del debido proceso, pero no podrá estimar si la decisión de establecer la responsabilidad se ajusta o no a derecho.- Es importante destacar que en el momento de analizar la actuación de la Cámara de Diputados no podrá exigirse la aplicación del debido proceso con el rigor que corresponde en instancia jurisdiccional y la Ley N° 317/94, si bien aún con grandes lagunas, vino a fijar los requisitos mínimos que deben respetarse.

Continuando con nuestra referencia a la inmunidad, debe señalarse que ningún miembro del Congreso puede ser procesado mientras subsista su fuero: Artículo 191. NINGÚN MIEMBRO DEL CONGRESO PUEDE 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 DEL 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 CAMARA RESPECTIVA Y AL JUEZ COMPETENTE, A QUIEN REMITIRÁ LOS ANTECEDENTES A LA BREVEDAD.

CUANDO SE FORMARE CAUSA CONTRA UN SENADOR O UN DIPUTADO ANTE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS, EL JUEZ LO COMUNICARÁ, CON COPIA DE LOS ANTECEDENTES, A LA CÁMARA RESPECTIVA, LA CUAL EXAMINARÁ EL MÁRITO 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.**

Vemos que la inmunidad establecida en nuestra Constitución es de las más amplias del derecho comparado. El legislador posee amplia (por no decir absoluta) inmunidad por las "opiniones emitidas en su calidad de tal", pero la norma constitucional va aún más allá al protegerlo incluso en caso de comisión de delito que merezca pena corporal, requiriéndose siempre que la Cámara proceda al desafuero y recién allí podrá ser procesado. Así se ha obrado en nuestros tribunales (caso Llano, Jaegli), y no hemos encontrado antecedente en que se haya procesado a un legislador sin que previamente se haya solicitado su desafuero. Incluso bajo la dictadura se respetó este lineamiento, pues en el caso suscitado con el Diputado Ranulfo Gill, previamente la Cámara procedió a desaforarlo para que pudiese entablarse el proceso y continuar el juicio.

Esta amplísima inmunidad establecida por nuestra constitución debe ser entendida como "la prerrogativa de que gozan los parlamentarios, mientras dure su mandato, consistente en no poder ser detenidos, procesados ni inculcados sin la previa autorización de la Cámara a la que pertenecen."<sup>29</sup>

En lo que respecta a las opiniones emitidas, somos partidarios de tan amplia protección pues no es recomendable dejar en manos de un juez, eventualmente, que decida si la "opinión" fue o no emitida en ejercicio del cargo. En el derecho comparado, especialmente en los países más desarrollados, va cobrando fuerza la idea de reducir progresivamente el campo de la inmunidad, limitando su alcance a la protección contra acusaciones falsas o injuriosas que manifiestamente busquen obstaculizar la tarea específica del legislador. No obstante, consideramos que en un proceso de construcción de las instituciones democráticas, en el cual la propensión al desborde en el ejercicio de la autoridad es sintomática, frecuente, indudablemente que ciertas inmunidades y garantías deben conocer de una protección muy especial. En una sociedad donde la tradición institucional es sumamente frágil y la confusión que realizan las personas entre función pública y propiedad privada es francamente alarmante, creemos que proteger los fueros parlamentarios del conocimiento de los jueces ofrece más ventajas que desventajas. La corrección de los excesos en que pueden

---

<sup>29</sup> Plácido Fernández Viagas, "La inviolabilidad e inmunidad...", p. 91.

incurrir los legisladores cuando se prevalecen indebidamente de su inmunidad, debe lograrse con una ley reglamentaria que establezca con la mayor claridad posible el alcance de la frase "opiniones que emita en el desempeño de sus funciones", por ejemplo. No debemos olvidar que el exceso puede darse en el actuar de los magistrados, no sólo de los parlamentarios y últimamente (citando como ejemplo el exceso judicial) se han dado casos en que por la vía del Amparo se ha parado en más de tres ocasiones una misma obra pública, simple y llanamente invocando principios constitucionales sin confrontarlos con la realidad o con otros principios constitucionales de carácter colectivo y, por supuesto, olvidando completamente que el Estado actúa representando los intereses generales.<sup>30</sup> La sabia disposición del artículo 3º de la Constitución: ".....El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control..", debe servirnos como norma rectora en casos como el presente.

La cuestión es más polémica en cuanto a los delitos que merecen pena corporal, pero el constituyente ha optado por el procedimiento señalado, tal vez imbuido por el pasado de autocracia y despotismo que impregnara el ánimos de los debates en la convención.<sup>31</sup> Y en esta perspectiva histórica, debe recordarse que la inmunidad parlamentaria también formó parte de ese proceso de confrontación con el Estado Absolutista, señalándose como jalón importante lo dispuesto por la Constitución Francesa de 1791, que sustraía a los legisladores del fuero ordinario.

Sin embargo, no puede negarse que todo el sistema de inmunidad parlamentaria ha entrado en una profunda y acelerada crisis, a tal punto que prácticamente en todos los países que consagran fueros tan rotundos ( o más) como el nuestro, se ha iniciado un debate buscando determinar el alcance necesario para un correcto ejercicio de las responsabilidades legislativas, sin que aquellos signifiquen impunidad o privilegios incompatibles con el sistema republicano. El Tribunal Constitucional español ha dejado establecido que "Las prerrogativas han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros.....La legitimidad de la garantía

---

<sup>30</sup> Ensanche de la Av. Rodríguez de Francia, asfaltado en Villa Morra, etc.

<sup>31</sup> Entre las decisiones polémicas a que se llegó, al calor de la experiencia histórica, cabe citar la imposibilidad de que el candidato a Presidente sea candidato a Senador, el voto directo absoluto por mandato constitucional, etc.

se ha de reconocer en la medida en la que su estructura la haga adecuada a su objetivo, sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio.." STC 51/1985, del 10 de abril.

Somos partidarios de la reglamentación por medio de una ley, lo que permitirá debatir la cuestión y darle la necesaria transparencia, protegiendo también la institución que en cada pedido de desafuero se expone a un permanente desgaste. También debe buscarse que los magistrados soliciten el desafuero recién después de un minucioso estudio del caso, de la acumulación necesaria de documentación y cuando efectivamente existan los méritos necesarios para recurrir a tan delicada institución. Lamentablemente en nuestro país no siempre ocurre así y a veces ya se solicita el desafuero apenas presentada la denuncia, igualándose por lo bajo.

Mientras esté pendiente la sanción de la ley, deberá cuidarse que la vía de los procesos no sea utilizada para perturbar la delicada misión de los legisladores, pero también debe cuidarse que la inmunidad no sea utilizada indebidamente, lo que incidiría directamente en perjuicio de la legitimidad de la institución y, lo que es peor, en generar privilegios absolutamente incompatibles con la democracia republicana. En toda esta primera etapa, la Corte Suprema de Justicia deberá ir perfilando el alcance real y efectivo de las inmunidades parlamentarias, en la medida en que tenga intervención en los procesos en que se discuta la cuestión.

#### **4) Responsabilidad penal.**

El Prof. Villagra Maffiodo afirma que la responsabilidad penal se da "por delitos calificados como tales en el Código Penal y que pueden ser: delitos peculiares a los funcionarios públicos (abuso de autoridad, prevaricato, cohecho) y delitos comunes agravados por la calidad de funcionario del agente (sedición, rebelión, falsedad). Sanción de esta responsabilidad es la prescrita específicamente en el mismo Código Penal y la jurisdicción correspondiente, la criminal ordinaria"<sup>32</sup>.

Por su parte, Miguel S. Marienhoff dice que "El agente público incurre en responsabilidad penal cuando sus actos o comportamientos constituyan infracciones consideradas delitos por el Código Penal o leyes especiales..", pudiendo el delito resultar de un

---

<sup>32</sup> S. Villagra M., ob. cit., p. 163.

comportamiento "doloso" o "culposo" del agente (esto último no constituye delito propiamente dicho en la función pública en nuestro derecho)<sup>33</sup> y cita como ejemplo de "dolo" el apoderamiento de cosas o valores del Estado por parte del agente y como comportamiento culposo, la negligencia en el control de la conducta de los agentes subordinados.

El estudio de la responsabilidad penal adquiere importancia fundamental porque afecta directamente a la credibilidad de la administración de justicia (impedir la sensación de impunidad), al necesario castigo que merecen los culpables y al establecimiento de una pena justa a los verdaderos responsables, como corresponde a un Estado de Derecho. Siempre dentro de esta tesitura, debe dejarse bien sentado que la responsabilidad penal de los funcionarios públicos emana de su accionar antijurídico y culpable, que en el ejercicio de su tarea encuentra tipificación en la ley penal, siendo la culpabilidad un requisito indispensable para que exista pena, pues en la administración pública no existe el delito culposo y que esta no se transfiere a sus herederos, al ser personalísima: "El sujeto será culpable cuando el hecho por él cometido sea valorado por el derecho como algo ilícito y ese sujeto que lo comete, que es partícipe de ese orden jurídico como sujeto capaz, toma conciencia en concreto de su acción como negación de ese valor..."<sup>34</sup>. Aquí radica una diferencia fundamental con la responsabilidad civil, donde no se requiere la existencia de dolo o conocimiento específico del acto antijurídico para que exista responsabilidad.

En nuestro sistema jurídico, la tipificación de delito no solamente está previsto en nuestro Código Penal, sino que se encuentra dispersa en numerosas leyes. Así, simplemente a modo de ejemplo, del Código Civil y del Código Penal, podemos citar: Código Civil: artículo 1833: obligación de resarcir los daños causados por el delito; artículo 1834: casos en que los actos voluntarios tienen carácter de ilícito; artículo 1842, artículo 1845: responsabilidad por los actos ilícitos cometidos por las autoridades, etc. En el Código Penal la tipificación paradigmática para el funcionario público está dada por el artículo 164 que textualmente dice: "El funcionario público que distrajere dinero, efectos, mercancías, documentos de créditos, valores u otras cosas muebles del Estado o particulares, cuya administración, recaudación o custodia tuviere por razón de su oficio

---

<sup>33</sup> Miguel S. Marienhoff, ob. cit., T III B, p. 386.

<sup>34</sup> Marcelo Escudero, "La responsabilidad y su clasificación", en Revista El Control Público, p. 7. En el mismo sentido, E. Sosa Arrúa, ob. cit.

o comisión, o que dispusiere de los mismos valores o cosas para usos propios o ajenos, será castigado con penitenciaría de cuatro a ocho meses, si el valor de lo malversado no excediere de quinientos pesos. Si pasare de esta suma el exceso se computará a razón de un día de penitenciaría por cada seis a diez pesos distraídos. Quedan sujetos a esta disposición, los que administran bienes municipales o pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores de caudales entregados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares...". También se ocupan de diversos delitos y sanciones los artículos 74, 83, 165, 166, 168, 170, 171, 172, 174 y 175.

No nos extendemos más en la cita, pues anexamos al presente trabajo una breve compilación de leyes que establecen la responsabilidad del funcionario público o se refieren a las obligaciones y eventuales sanciones por incumplimiento de las mismas.

Para ajustarnos a un Estado de Derecho, y muy especialmente en el proceso penal, a más de respetarse escrupulosamente lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución ("De los Derechos Procesales"), deben tenerse en cuenta los diversos intereses en juego. Así, el artículo 11 que dice: "Nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes"; el artículo 16 "De la Defensa en juicio: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales", etc., vienen a convertirse en eficaces protecciones constitucionales de los derechos individuales para evitar la comisión de arbitrariedades en perjuicio del funcionario.

Al mismo tiempo, cabe recordar el artículo 101 que dice "De los funcionarios y de los empleados públicos. Los funcionarios y los empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen el derecho a ocupar funciones y empleos públicos...". En el mismo se establece claramente que la función pública es también un "servicio", dándole una connotación especial y diferente del sector privado. De ahí que, el juzgamiento penal de la actuación de un funcionario público siempre debe ser riguroso, respetando obviamente las garantías constitucionales, pero recordando siempre que es un empleado con responsabilidades especiales y, muchas veces, depositario y administrador de los intereses públicos. Y es en medio de estos principios constitucionales que debe investigarse

siempre la actuación del funcionario público, evitando injusticias, protegiendo a los inocentes, sin confundir los tipos de responsabilidad, pero buscando siempre sancionar a aquellos que efectivamente hayan cometido un delito.

## **Conclusión.**

Recién se inicia en este país un debate sistemático y responsable sobre la institución que hemos analizado. En regímenes autoritarios muchas veces la importancia del derecho público se reduce sustancialmente, pues litigar con el Estado en casos relevantes, cuestionar judicialmente diversos actos de autoridad, etc., conocían casi siempre la misma suerte: debía cumplirse la voluntad del poder.

No se estimulaba, en consecuencia, el estudio de esta rama del derecho, acrecentándose otras que si conocieron de un desarrollo relativo más importante, como el derecho civil, el comercial, etc. Pero el ímpetu del Estado de Derecho en proceso de construcción nos enfrenta a una realidad ineludible, cual es la solución de los conflictos en que el Estado y los funcionarios públicos son parte por la vía jurisdiccional, por poderosos que sean los intereses en conflicto y por eso, la responsabilidad del funcionario público debe necesariamente conocer un estudio riguroso, responsable, que contribuya con la recta aplicación de la justicia.

En esa perspectiva, sólo queremos señalar algunas reflexiones que nos quedan luego de habernos ocupado de una problemática que permanentemente es centro de atención.

Debe entenderse que estamos en plena etapa de reforma jurídica, que el Estado está dejando de ser aquel monstruo autoritario, elemento de opresión en manos de una minoría privilegiada, para paulatinamente hacerse más plural, abierto a los sectores que históricamente habían sido excluidos. Por lo tanto, cuando los magistrados estudien un caso, deben abandonar esa formación eminentemente civilista, además de entender que no se trata de un Estado autoritario que permanentemente viola derechos individuales y así abandonar todo prejuicio que proviene de concebir al derecho público como destinado exclusivamente a controlar al Estado.

Hasta ahora el debate que se desarrolla tiende a confundir los distintos tipos de responsabilidad, utilizándose de manera apresurada

los términos malversación, soborno, coima y todo parece agotarse en una profusa difusión de la información durante cierto tiempo, para luego pasar a un segundo plano. La confusión a que aludimos, si bien es comprensible en el lenguaje, profano resulta inadmisibles en el campo jurídico y puede acarrear consecuencias muy perjudiciales para el Estado de Derecho. De alguna manera debe buscarse que los juicios que se llevan adelante por supuestos delitos cometidos en contra de la administración pública, los que investigan la responsabilidad de administradores públicos y también los ilícitos cometidos por particulares en perjuicio del Estado, tengan un tratamiento coherente, unívoco. En caso contrario, es muy probable que nada pueda esclarecerse, salvo algún que otro delito menor.

La responsabilidad del funcionario público requiere urgentemente una legislación que tipifique claramente los delitos, que delimite los diferentes tipos de responsabilidad, que defina las competencias jurisdiccionales diferenciándolas de las políticas y administrativas, protegiendo al mismo tiempo las garantías constitucionales del debido proceso y de la inocencia presunta.

Una especial misión tienen los magistrados judiciales, quienes deben mantenerse alejados de las pasiones que muchas veces buscan más venganza que justicia, pero al mismo tiempo deben tener la capacidad intelectual y el valor necesario para aplicar ley. Los que estudian el Derecho, tienen en esta institución un campo poco cultivado, que apenas comienza a desarrollarse, pero que es reclamado con insistencia por una sociedad que ansía y busca casi a ciegas la justicia. De la inteligente interacción entre magistrados, funcionarios, abogados y juristas puede que se encuentre el camino para el eficaz desarrollo del artículo 106 de la Constitución, castigando a los culpables pero protegiendo con el mismo celo a los inocentes. Está en juego la legitimidad misma del proceso de transición.

**ANEXO**  
**COMPILACIÓN DE LEYES SOBRE LA RESPONSABILIDAD**  
**DEL FUNCIONARIO PÚBLICO.<sup>35</sup>**

- 1.- Artículo 106 de la Constitución de la República.
- 2.- Código Penal, Capítulo VI "Delitos contra la Administración Pública", artículos 164 a 182.
- 3.- En el Código Civil, los siguientes artículos:  
artículo 1817 "Del enriquecimiento indebido"  
artículo 1833 "De la responsabilidad por hecho propio"  
artículo 450 "De la indemnización legal"
- 4.- Ley N° 200/70 "Estatuto del Funcionario Público", artículos 46 a 57.
- 5.- Decreto N° 448/40 "Previene y reprime el enriquecimiento ilegítimo".
- 6.- Ley N° 374/56 "De Organización y Administración del Tesoro Público", artículos 7, 8 y 9.
- 7.- Ley N° 14/68 "Orgánica del Presupuesto", artículo 87 y 88.
- 8.- Ley de 1909 de "Organización Administrativa".
- 9.- Ley N° 1220/31 "Que introduce varias adiciones a la Ley de Organización Financiera".
- 10.- Ley N° 700 "Que reglamenta el artículo 105 de la Constitución Nacional, que dispone la prohibición de la doble remuneración".-
- 11.- Ley N° 704 "Que crea el registro de automotores del Sector Público y reglamenta el uso y tenencia de los mismos".
- 12.- Ley N° 1015/96 "Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes".-

---

<sup>35</sup> Trabajo preparado por la Dirección Jurídica de la Contraloría General de la República.

13.- Ley N° 535 "Que reglamenta las remuneraciones del personal médico y paramédico que presta servicios en varias dependencias del Estado".

14.- Ley N°1250/67 "Que establecen normas de contabilidad y de control fiscal en la Administración Central", artículos 39 y 41.

15.- Decreto N° 33.789 "Que reglamenta el capítulo VI de la Ley 817 que estatuye el control preventivo de los egresos del tesoro", artículo 51.

## **LEYES RELATIVAS A LOS ÓRGANOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

1.- Ley N° 879/81 "Código de Organización Judicial".

2.- Ley N° 489/95 "Orgánica del Banco Central del Paraguay".

3.- Ley N° 861/96 de "Bancos, financieras y otras entidades de crédito".

4.- Ley N° 827/96 "De Seguros".

5.- Ley N° 1084/97 "Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de Magistrados".

6.- Ley N° 137/93 "Comisión Bicameral de Investigación".

7.- Ley N° 276/93 "Orgánica y Funcional de la Contraloría General de la República".

8.- Ley N° 609/95 "Que organiza la Corte Suprema de Justicia".

9.- Ley N° 631/95 "Orgánica de la Defensoría del Pueblo".

## Bibliografía.

- Colautti, Carlos. "Responsabilidad del Estado. Problemas Constitucionales". Edit. Rubinzal Culzoni. Bs. As., Argentina, 1995, 187 pp.
- Constitución de la República del Paraguay, Edición Oficial, 1992, Asunción, Paraguay.
- Dromi, Roberto. "Derecho Administrativo.". 2 T., Editorial Astrea, Bs., As. 1992.
- Dromi, Roberto. "Derecho Subjetivo y responsabilidad pública", Editorial Astrea, Editorial Grouz, Madrid, España, 1986, 254 pp.
- Fernández Viagas, Bartolomé. "La inviolabilidad e inmunidad de los diputados y senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios". Edit. Civitas, Madrid, España, 1990, 212 pp.
- Hoyos Duque, Ricardo. "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública". Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1994, 154 pp.
- Jiménez Nieto, Juan Ignacio. "Teoría General de la Administración". Editorial Tecnos, Colección de Ciencias Sociales. Serie Ciencia Política, Madrid, 1981, 237 pp.
- Marienhoff, Miguel S. , Tratado de Derecho Administrativo, 5 Tomos. Edit. Abeledo Perrot, Consultado:T III B, Bs. As., 1990.
- Mayer, Otto. "Derecho Administrativo Alemán". Edit. Depalma, Bs. As., 1982, 4T.
- Revista "El Control Público", publicación del Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas de la República Argentina, Año XXII, N° 85, Mayo-Agosto, 1996, Salta, Argentina.
- Tawill, Guido Santiago. "La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia". Editorial Depalma, Bs. As., Argentina, 1993, 220 pp.
- Spota, Alberto G. "El Juez, el Abogado y la formación del derecho a

través de la jurisprudencia". Ediciones Depalma, Bs., As., 1976, reimpresión, 73 pp.

- Villagra Maffiodo, Salvador. "Principios de Derecho Administrativo". Editorial El Foro, Asunción, 1983, 409 pp.

- Wroblewski, Jerzy. "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica". Editorial Civitas, traducc. de Arantxa Azurza, Madrid, España, 1988, 114 pp.

# LA REFORMA AGRARIA EN LA CONSTITUCIÓN.

**Carlos Alberto González**

Uno de los temas más polémicos debatidos durante la Convención Nacional Constituyente de 1992 fue el de la Reforma Agraria y el de las cuestiones que íntimamente vinculadas con ella, originaron posiciones encontradas que reflejaban criterios dispares de diferentes sectores sociales. En algunos aspectos eran igualmente el reflejo de posturas ideológicas sostenidas por los partidos políticos a través de sus principales voceros, aún cuando era evidente que muchas veces, en éste al igual que en otros temas, la manera de pensar de los constituyentes de un mismo partido no era uniforme.

La reforma agraria, cuya normativa figuraba en todos los proyectos de partidos políticos y de otras instituciones, que los presentaron a la Convención Nacional Constituyente, como el del Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política de la Universidad Católica (C.I.D.S.E.P.), contiene desde luego aspectos polémicos cuyo origen fundamental se vincula con la regulación del derecho de propiedad.

## **I. El derecho de propiedad y su función social.**

El debate sobre este fundamental derecho se originó antes de iniciada la Convención y continuó durante todo su transcurso. La determinación del alcance constitucional del derecho de propiedad fue un aspecto que movilizó a diferentes entidades y personas y especialmente a importantes sectores de la prensa.

En la regulación del derecho de propiedad, el primer aspecto que debemos analizar para lograr su cabal comprensión e interpretar adecuadamente la normativa constitucional, es la función social de este derecho, pues como veremos el tema se vincula de manera fundamental con la reforma agraria en sus aspectos constitucionales, en la legislación que deba reglamentarlos y en la política vinculada

con esta cuestión de tanta trascendencia en materia social y económica.

## 1) La función social en la doctrina.

Al estudiar este tema y su incorporación a los textos constitucionales resulta indispensable conocer los fundamentos doctrinarios que lo avalan.

La expresión función social fue utilizada en el siglo pasado por Augusto Comte pero quien hizo un estudio doctrinario sobre la materia y dio a conocer una verdadera concepción de ella fue León Duguit al elaborar una teoría vinculada con la "Regla objetiva del derecho" y con el "Funcionalismo social" como característica del nuevo sistema jurídico, que rechazaba toda concepción metafísica vinculada con la noción del derecho subjetivo.

Para Duguit sólo el derecho objetivo, la regla jurídica, se impone a los mismos gobernantes, fijándole sus deberes y limitando sus acciones, y se impone también a los gobernados, a los hombres que viven en sociedad.<sup>1</sup>

El funcionalismo social caracteriza el nuevo sistema jurídico, según este jurista, en todas las sociedades americanas y europeas que han llegado a un mismo sistema de cultura y civilización, agregando que tal sistema está fundado en la noción de la función social y concluye que "el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ese es el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados".<sup>2</sup>

Sostiene también que " el sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecer sobre la comprobación del hecho de la función social, imponiéndose a los individuos y a los grupos". Y

---

<sup>1</sup> León Duguit.. "Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón", pág. 23 y sigtes; Alberto Spota. Tratado de Derecho Civil, Tomo 1, parte general, Volumen I, Editorial Depalma. Bs.As., 1977.. pág 173; y Carlos Alberto González "Aspectos Sociales de la Reforma Constitucional", CIDSEP. Derechos Humanos, U.C. 1991, Asunción, pág. 40 y sgtes.

<sup>2</sup> León Duguit., ob.cit; Alberto Spota. Ob.cit, pág. 176 y sigtes;. y Carlos Alberto González, ob.cit, . pág 40 y sigtes.

agrega que " el sistema jurídico civilista era de orden metafísico; el nuevo sistema que se elabora es de orden realista".<sup>3</sup>

La concepción jurídica de Duguit lo lleva a afirmar que la propiedad deja de ser un derecho del individuo para convertirse en una función social. Nos encontramos frente a la total negación del derecho subjetivo y a la afirmación de que la propiedad es "La función social del tenedor de la riqueza"<sup>4</sup>

Su concepción acerca de la propiedad adquiere mayor claridad cuando sostiene que "el detentador de capitales aparece de más en más , y sobre todo después de la guerra como un productor social investido de una función social, que implica una serie de cargas que le impone directamente la ley, la cual al mismo tiempo impone a todos los demás una serie de prohibiciones a fin de permitir al capitalista cumplir con su función social de productor".<sup>5</sup>

Para Duguit la propiedad no es un derecho, aún cuando éste la protege y garantiza al propietario su libertad, con el propósito de que cumpla con la función social que le corresponde por el simple hecho de poseer este bien. Duguit afirma sin embargo lo siguiente: "Yo no digo, ni he dicho jamás, ni jamás he escrito que la situación económica que representa la propiedad individual desaparece o debe desaparecer. Digo solamente que la noción jurídica sobre la cual descansa su protección social se modifica".<sup>6</sup>

La teoría de Duguit tiene importancia por haber sido un pionero en la exposición y difusión del concepto de la función social de la propiedad, aun cuando se rechace su postura en relación con los derechos subjetivos.

La elaboraciones doctrinales posteriores han tomado en cuenta los puntos de vista de Duguit, sin perjuicio de rechazar muchos de los aspectos de su concepción doctrinaria acerca del sistema jurídico.

Es interesante señalar que una parte de la doctrina, sin negar la existencia de la propiedad como derecho subjetivo, ha afirmado que la propiedad llamada a cumplir una función social es aquella que

---

<sup>3</sup> León Duguit. "Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón",. Madrid, 1912., pág. 23

<sup>4</sup> León Duguit, "Traite de Droit Constitutionnel", Tomo I, Edic., pág 267.

<sup>5</sup> León Duguit, .ob cit., pág.38 y sigtes.

<sup>6</sup> Carlos Alberto, González, ob.cit

debe ser considerada como "institución jurídica". Santoro-Passarelli al adherir a esta tesis, afirma que la propiedad "puede y debe cumplir una función social porque el ordenamiento jurídico puede, sin desnaturalizar la propiedad como derecho subjetivo, no sólo poner límites fuera del derecho de propiedad, sino también unir a este derecho... deberes cuya inobservancia constituye una violación para la que está prevista una sanción."<sup>7</sup>

En definitiva el reconocimiento de la función social de la propiedad ha sido ampliamente difundido por la doctrina y recogido por el derecho constitucional, como lo veremos mas adelante.

## **2) La función social en el pensamiento de la Iglesia Católica**

También la Iglesia Católica se ha hecho eco de esta doctrina y en tal sentido encíclicas como la "Mater et Magistra" de Juan XXIII han expuesto claramente un pensamiento sobre la materia: "Nuestros predecesores han señalado de modo constante el principio de que al derecho de propiedad privado le es intrínsecamente inherente una función social. En realidad, dentro del plan de Dios Creador, todos los bienes de la tierra están destinados, en primer lugar, al decoroso sustento de todos los hombres".

A su vez la Encíclica "Populorum Progressio" de Pablo VI sostiene: "La propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. No hay ninguna razón para reservarse el uso exclusivo de lo que supera la propia necesidad cuando a los demás les falta lo necesario. En una palabra: el derecho de propiedad no debe jamás ejercitarse con detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y de los grandes teólogos".

También la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, del Concilio Vaticano II ha expresado: "Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos. En consecuencia, los bienes creados deben llegar a todos en forma equitativa y con la compañía de la caridad".

---

<sup>7</sup> Carlos Alberto González. id.id

La postura de la Iglesia reflejada en los documentos transcritos y en muchos otros vinculados con la misma materia demuestra una clara adhesión a la función social que debe cumplir la propiedad y constituye uno de los grandes fundamentos, desde el punto de vista ético de la aceptación de esta función en los textos constitucionales.

### **3) La función social de la propiedad desde el punto de vista subjetivo y objetivo**

La función social de la propiedad nos obliga a precisar el verdadero sentido que ella tiene, pues esto habrá de contribuir a la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia deberán hacer del texto constitucional.

En el derecho constitucional comparado y en la doctrina que le acompaña, la función social de la propiedad aparece por un lado como una limitación a un derecho subjetivo. Además tal función es generadora de obligaciones que están a cargo del titular del dominio.<sup>8</sup>

Por otra parte la función social de la propiedad debe ser analizada desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo.

Desde el primer punto de vista, tal función constituye una limitación impuesta al titular del derecho, que se traduce en una "obligación de hacer", en una "obligación de no hacer" o en una "obligación de permitir". En el primer caso puede ponerse como ejemplo la obligación de cultivar racionalmente un inmueble, si se tratare de un predio destinado a la agricultura. En el segundo caso un ejemplo sería la obligación de no talar de manera irracional los bosques o de no destruir la fauna silvestre. En el tercer caso la función social puede implicar la obligación del propietario de un inmueble de permitir que dentro de su predio pasen líneas de tendido eléctrico o telefónico, o acueductos, etc.<sup>9</sup>

Incuestionablemente las situaciones mencionadas precedentemente constituyen una limitación al derecho de propiedad, limitación que permite que este derecho subjetivo no se convierta en

---

<sup>8</sup> Carlos Alberto González. id.id

<sup>9</sup> Carlos Alberto González. id.id

una traba al desarrollo de una sociedad o en una situación que directamente puede atentar contra ella.

Desde el punto de vista objetivo la función social de la propiedad se vincula con su justa distribución y ello implica en la mayoría de los casos un quehacer del Estado, que debe utilizar los medios idóneos para que pueda ser cumplida esta finalidad.

Sobre el particular debemos recordar la norma ya citada del artículo 109 de la Constitución que contiene una expresión que indica "a fin de hacerla accesible para todos". Disposición ésta, que según lo indicamos, se inspiró en una norma de la Constitución Italiana.

Los Constituyentes de 1992 entendieron, que el concepto individualista de la propiedad se encontraba superado y que se había abierto paso la noción de que ella debe servir al interés general, imponiendo obligaciones al propietario y límites a este derecho, que posibiliten el cumplimiento de este objetivo de servicio. En el caso de la propiedad inmobiliaria rural, su utilización racional, para beneficio del propietario y de la sociedad y una política del Estado que permita su acceso a quienes requieran de ella, constituyen factores esenciales para el cumplimiento de la función social.<sup>10</sup>

Lo expresado anteriormente no implica alentar una política paternalista en la que el Estado se constituya en irracional distribuidor inmobiliario, sino medidas del Estado que abran las puertas para que, con el propio esfuerzo de los interesados, éstos accedan a la propiedad inmobiliaria rural, obligados también ellos a hacerla cumplir con la función social que le corresponde.

#### **4) La función social en las constituciones.**

La función social del derecho de propiedad consagrada en las dos constituciones anteriores fue igualmente incorporada al artículo 109 de la de 1992, que garantiza la propiedad privada cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos.

Antes de entrar al análisis del texto constitucional paraguayo haremos algunas referencias al derecho constitucional comparado

---

<sup>10</sup> Carlos Alberto González. id.id

pues ello nos ilustra de la extensión que ha tenido esta materia y de la forma como ha sido incorporada a distintas constituciones.

La Constitución alemana de Weimar se refiere con claridad a la materia, que la volvemos a encontrar en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, cuyo artículo 14.2. expresa: "La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien de la generalidad".<sup>11</sup>

La Constitución italiana de 1947 en su artículo 42 dispone que: "La propiedad privada es reconocida y garantizada por ley. La que determina sus modos de adquisición y goce, así como sus límites a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos". Este último párrafo como veremos más adelante, fue inspiración del que se incorporó al texto de la Constitución paraguaya.<sup>12</sup>

La función social se encuentra mencionada en la Constitución española de 1978 en cuyo artículo 33 se lee: " 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes".

El tema que nos ocupa se encuentra igualmente consagrado en las constituciones de América Latina y dentro de ellas cabe una mención especial a la de Colombia, país en el cual el tema tiene un origen remoto, al punto de que para muchos estudiosos tal origen data del siglo pasado, de la Constitución de 1886. No obstante la modificación introducida en 1936 fue la que incorporó el concepto de función social con el especial significado que le atribuye la normativa constitucional colombiana.

En efecto, la función social dejó de ser un atributo adjetivo del derecho de propiedad y se convirtió en un aspecto sustantivo, al punto de identificar directamente la propiedad con la función social, y disponer que aquella es una función social.<sup>13</sup>

La nueva Constitución colombiana sancionada en 1991 contiene una muy interesante regulación del derecho de propiedad y

---

<sup>11</sup> Carlos Alberto González. id.id

<sup>12</sup> Santoro-Pasarelli "Proprietá e Lavoro in agricoltura" en *Justitia*, 1953, pág. 171 y sgtes.

<sup>13</sup> Alberto Spota, ob.cit. pág. 178.

reitera el criterio sustantivo de su función social al expresar que *"La propiedad es una función social que implica obligaciones"*. El texto constitucional colombiano contiene otros aspectos de sumo interés que se vinculan con el derecho de propiedad.

La Constitución de Venezuela de 1961 con enmiendas en los años 1973 y 1983 dispone en su artículo 99 que *"Se garantiza el derecho de propiedad en virtud de su función social. La propiedad estará sometida a sus funciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés general"*.

La Constitución del Ecuador de 1992 dispone en su artículo 48 que *"La propiedad, en cualquiera de sus formas constituye un derecho que el estado garantiza, para la organización de su economía, mientras cumpla su función social. Esta deberá traducirse en una elevación y redistribución del ingreso que permita a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el desarrollo"*.

La mayoría, aún cuando no todas las constituciones de América Latina, hacen igualmente una referencia a la función social de la propiedad.

## **II. La expropiación en el texto constitucional**

El artículo constitucional 109 dispone también que: *"la propiedad privada es inviolable"* y que *"nadie puede ser privado de ella sino en virtud de una sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Ésta 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"*.

La norma constitucional precedentemente citada fue objeto de largos debates en la Sub-comisión que trabajó el tema específico, en la Comisión Redactora y en el plenario de la Constituyente.

Como era de esperar, hubo consenso en cuanto a la inviolabilidad de la propiedad privada y a la afirmación de que nadie puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia judicial.

Tampoco hubo reparos en admitir la expropiación por causa de utilidad pública o interés social.

El artículo sin embargo, leído en su total extensión, ofrece posibilidades de críticas y de encontradas interpretaciones. En primer lugar la expresión de que la causa de utilidad pública o de interés social será determinada en cada caso por ley. Hasta el momento se ha seguido el criterio de que cada expropiación de un inmueble debe ser objeto de una ley especial, hecho que genera un problema de extrema gravedad. En primer lugar porque el Congreso no es el órgano estatal que tenga las mejores condiciones de idoneidad para apreciar si un inmueble es o no expropiable por las características especiales que debiera acompañar un proceso de esta naturaleza, aún cuando es indiscutible su derecho exclusivo de valorar si existen o no las causales que puedan justificar una expropiación.

Por otra parte, la demora que lleva la sanción de una ley, hace muy difícil que a través del Poder Legislativo, pueda llevarse adelante un plan racional de expropiaciones que sea necesario para implementar las normas constitucionales contenidas en el capítulo "De la Reforma Agraria".

Una interpretación diferente sería la de considerar que lo que en cada caso debe determinar la ley es el tipo y característica de la causa de utilidad pública o interés social que justifique una expropiación. En esta hipótesis la ley establecería que condiciones debieran tener los inmuebles expropiables, lo que llevaría a que cada una de las causas sería determinada por ley o lo que sería lo mismo decir cada uno de los casos en que podría darse la causa de utilidad pública o de interés social. La expropiación de un inmueble en concreto se haría por Decreto del Poder Ejecutivo.

Esta interpretación no es ajena a nuestra realidad jurídica ni a la que durante mucho tiempo tuvieron las Constituciones de 1940 y 1967, aún cuando admitimos que los textos constitucionales no eran idénticos.

De cualquier manera era el Estatuto Agrario (Ley N° 854) el que determinaba las características que debía tener un inmueble objeto de expropiación. Es decir, cada uno de los casos en que cumplidas tales características, el inmueble podía ser expropiado. El acto jurídico de la expropiación se cumplía por Decreto del Poder Ejecutivo. La ley a su vez determinaba el procedimiento de orden administrativo que debía llevarse adelante para que este Poder del

Estado tuviera los elementos de juicio para dictar el decreto respectivo. Es así como el artículo 150 de la mencionada ley disponía que *"como resultado de las diligencias prescriptas por el artículo 148, el Poder Ejecutivo, a petición del Instituto de Bienestar Rural, podrá decretar la expropiación de las tierras sobre la base de la calificación constitucional contenida en esta ley"*.

Una discutible interpretación de la Corte Suprema consideró después de varios años de vigencia de la Constitución de 1967, que el Poder Ejecutivo no tenía atribuciones para disponer por decreto la expropiación, en razón de que en dicha constitución se otorgaba a la Cámara de Senadores la atribución de iniciar la consideración de las cuestiones relativas a expropiaciones. A nuestro criterio muy bien pudo interpretarse que el texto constitucional se refería justamente a las leyes que establecieran las causales de expropiación y no a las que se vincularan con la expropiación de un bien en concreto.

El tema posiblemente deba ser objeto de profundas reflexiones si en el futuro se pretende llevar adelante un proceso de reforma agraria que dé cumplimiento a la normativa constitucional vinculada con esta materia.

La última parte del artículo 109 que hemos transcrito ofrece la gran dificultad de disponer en caso de expropiación ... el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial. salvo los latifundios improductivos ...

Si bien es cierto que muchas constituciones, especialmente las de América Latina disponen el previo pago de la indemnización, muchas otras no lo establecen. En la realidad de nuestro país este tema, unido a otros aspectos de las disposiciones constitucionales, ha originado permanentes conflictos que con frecuencia llegan a los estrados de la justicia por la vía de la inconstitucionalidad.

Además, la normativa legal establecida en el Estatuto Agrario relativa al precio de las tierras expropiadas no es aplicada desde la vigencia de la nueva Constitución, hecho que genera graves problemas en las evaluaciones que hacen los jueces y en la interpretación de lo que significa "justa indemnización". Debe tenerse en cuenta que según el texto constitucional si las partes no se ponen de acuerdo acerca del precio, una sentencia judicial debe establecerlo. Al no existir una regulación legal sobre la materia ni pautas que se inspiren en un verdadero sentido de justicia, la solución queda librada al buen criterio del juez interviniente, que de

conformidad con la experiencia histórica ha conducido a arbitrariedades inadmisibles al establecer indemnizaciones cuyos montos eran absolutamente ajenos a un verdadero sentido de justicia y estaban totalmente por sobre las posibilidades de pago del Instituto de Bienestar Rural.

Lo antes expresado demuestra la necesidad de que se dicte una ley que reglamente todo lo relativo al proceso expropiatorio y establezca las pautas que deban ser tomadas en cuenta para evaluar un inmueble expropiado. Desgraciadamente un proyecto de ley vinculado con la materia se encuentra desde hace tiempo en el Congreso, pero aún no ha sido aprobado.

La última parte del artículo comentado se refiere a los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria que no están incluidos en la normativa del pago previo de una justa indemnización y para los cuales rige la última parte del artículo 116 de la Constitución, que prevee que 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 el plazo que la misma determine.

La disposición indicada también ha llevado a interpretaciones contradictorias. El Congreso ha considerado que la ley respectiva, en un caso concreto de expropiación debía determinar el precio y el plazo de la indemnización que debía abonarse. La Sala Constitucional de la Corte Suprema, sin embargo, dio una interpretación diferente y remitió el tema a la normativa del artículo 109 en cuanto a la fijación del monto económico de la indemnización.

Lo expresado demuestra la necesidad de que sea aprobada una ley que reglamente adecuadamente el sistema expropiatorio o que se considere la posibilidad de una enmienda constitucional que tienda a superar los problemas que actualmente se presentan y que, en consecuencia, evite los conflictos que se suscitan con tanta frecuencia que anulan los propósitos que pudieran motivar una expropiación.

### **III. Concepto y objetivos de la Reforma Agraria.**

En relación con la normativa específica sobre reforma agraria contenida en el texto constitucional, debemos repetir lo que en

reiteradas oportunidades hemos sostenido en cuanto a que la primera cuestión que un gobierno o un partido político deben definir en torno a la reforma agraria, es el modelo de reforma que se pretende realizar. Es ello indispensable en razón de que son variadas las concepciones acerca de la reforma agraria, resultando en consecuencia necesario precisar su sentido, alcance y profundidad. La ideología de un partido o de un gobierno, el contexto histórico, las condiciones socio-económicas de un país y la voluntad política de quienes deben ejecutarla constituyen los factores que determinarán el modelo de reforma agraria.

El tema tiene además trascendencia constitucional, en virtud de que si aceptamos el criterio de un constitucionalismo social, los principios fundamentales de la reforma agraria deben estar consagrados en la propia Constitución.

En tal sentido no debemos olvidar que de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, la República del Paraguay "se constituye en estado social de derecho". Consideramos que esta expresión debe interpretarse en su justo significado y valorarla como la afirmación de que los intereses de la sociedad están por sobre los intereses individuales. Ello sin perjuicio del respeto que estos últimos deben merecer y de la necesidad de que no se admita un menoscabo lesivo a los derechos humanos fundado en intereses de la colectividad.

Los constituyentes de 1992 aceptaron este criterio en lo relativo a la problemática agraria y consagraron un capítulo vinculado con la Reforma Agraria.

El artículo 114 es en cierto modo una definición de lo que es Reforma Agraria y también una descripción de aspectos fundamentales que a ella se refieren. Considera que es uno de los factores fundamentales para lograr el bienestar rural. Que consiste en la incorporación efectiva de la población campesina al desarrollo social y económico de la nación y agrega que 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 otras asociaciones similares, y se promoverá la producción, la industrialización y la racionalización del mercado para el desarrollo integral del agro.

El análisis del artículo transcrito nos demuestra que en él se han determinado los aspectos fundamentales que debe tener la reforma agraria de acuerdo con el texto constitucional, partiendo de la afirmación muy general que la identifica con la incorporación efectiva de la población campesina al desarrollo económico y social de la nación estableciendo además pautas que hacen al proceso reformista, dentro del cual figura en primer término, y es ello absolutamente correcto, la adopción de un sistema equitativo de distribución, propiedad y tenencia de la tierra. Sin duda alguna es el Paraguay uno de los países del mundo donde la concentración de la tierra es más aguda y donde el latifundio improductivo y el minifundio, conviven dentro de un sistema de pobreza cada vez más grave de la población rural. La Constitución habla de la adopción de "sistemas equitativos" que eliminarían esta realidad. Desgraciadamente en los cinco años que lleva de vigencia, tales sistemas no han sido adoptados.

Un artículo constitucional, dentro de la regulación de la reforma agraria, que originó amplios debates y posiciones encontradas, fue el 116, que se vincula con los latifundios.

La polémica se originó en razón del criterio de muchos constituyentes, de insertar una norma similar al artículo 129 de la Constitución de 1967, que disponía que *"La ley fijará la extensión máxima de tierra de la que puede ser propietaria una persona natural o jurídica. La relación de la superficie territorial del país con el número de habitantes, la aptitud natural de las tierras y las necesidades y previsiones aconsejables para el desarrollo equilibrado de las actividades agrícolas, pecuarias, forestales e industriales, serán elementos de juicios para establecer aquella limitación..."*

Muchos sosteníamos, especialmente dentro de las bancadas de la oposición, la necesidad de consagrar una norma similar en el texto de la nueva constitución. Ello originó criterios divergentes en torno a lo que significaba la palabra "latifundio" e inclusive dando a ella el mero sentido de gran extensión de tierra, hubo quienes afirmaron que el latifundio productivo debía ser protegido. De allí la conclusión de que no era posible establecer un límite máximo a la propiedad inmobiliaria rural y que sólo debía promoverse la eliminación progresiva del latifundio improductivo.

La mayoría acogió este criterio y como conclusión, ya en la plenaria de la Constituyente, se presentó un proyecto que fue finalmente aprobado y que se convirtió en el artículo 116 de la nueva

constitución. La norma recoge en parte lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución de 1967 , pero con la diferencia de que en ésta se daban pautas, elementos de juicio para determinar la extensión máxima de tierra de que podría ser propietaria una persona natural o jurídica, en tanto que la norma del artículo 116, contiene elementos de juicio similares pero exclusivamente con el propósito de, "*eliminar progresivamente los latifundios improductivos*".

Cabe ahora preguntar lo siguiente: ¿es posible, con el texto constitucional de 1992, pensar, eventualmente, en una ley, que limite la extensión máxima de tierra de la que puede ser propietaria una persona?

Si nos remitimos al comentado artículo 116 es evidente que la disposición del artículo 129 de la Constitución de 1967 fue eliminada.

Sin embargo el tema nos obliga a recurrir a otras disposiciones constitucionales para dar una respuesta, a fin de contar con un criterio interpretativo sobre un tema de tanta trascendencia, especialmente en el caso de que tal medida resultara necesaria.

El artículo 109 contiene una clara conceptualización del derecho de propiedad y el alcance que tiene. En la primera parte de este trabajo hemos hecho ya una referencia a esta cuestión, que se vincula con la función social de la propiedad. El texto constitucional establece que *el contenido y los límites de la propiedad serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social*. No cabe entonces duda alguna acerca de que pueden ser establecidos los límites, en este caso sería, a la extensión máxima de tierra de que puede ser propietaria una persona. Esta posibilidad se refuerza con la última parte del primer párrafo del artículo comentado que reza "*a fin de hacerla accesible para todos*".

Puede afirmarse entonces que la supresión de la primera parte del artículo 129 de la Constitución de 1967, en el texto de la de 1992, no impide que pueda dictarse una ley sobre la materia. Claro está que la Constitución anterior contenía una norma imperativa en tanto que la actual solo posibilita que tal ley sea dictada.

#### **IV. Las bases de la reforma agraria y del desarrollo rural.**

El artículo 115 de la Constitución determina las bases de la reforma agraria y del desarrollo rural en 16 incisos que dan a conocer otras tantas medidas que debieran ser adoptadas para llevar adelante un proceso de esta naturaleza. Tales puntos se vinculan con muy distintos aspectos referidos al tema. Es así como dispone la creación de un sistema tributario y de otras medidas que estimulen la producción y desalienten al latifundio; la racionalización y regularización del uso de la tierra; la promoción de la pequeña y de la mediana empresa agrícola; la programación de asentamientos campesinos; el establecimiento de sistemas y organizaciones que aseguren el precio justo al productor primario; el otorgamiento de créditos a bajo costo y sin intermediarios; la defensa y preservación del ambiente; la creación del seguro agrícola; el apoyo a la mujer campesina; la participación de sujetos y organizaciones campesinas en el proceso de reforma; el apoyo preferente a los connacionales; la educación del agricultor y la de su familia; la creación de centros regionales para estudios agrológicos; la adopción de políticas que estimulen el interés en las tareas agropecuarias y el fomento a la migración interna, atendiendo a razones demográficas, económicas y sociales.

La larga lista que contiene el artículo analizado podría ser calificado de extremadamente detallista e impropio de un texto constitucional. Sin embargo, debe admitirse el criterio de los constituyentes ha sido el de incorporar todas aquellas cuestiones que se consideraban de mayor importancia, a los efectos de que la legislación reglamentaria y las medidas gubernativas tuvieran pautas claras determinadas por la propia constitución.

Desgraciadamente las normas programáticas muchas veces quedan en el olvido, por la dificultad de llevarlas adelante, por la falta de recursos económicos necesarios para ejecutar los programas y muy especialmente por la ausencia de voluntad política para implementar los procesos que puedan significar un verdadero cambio en la sociedad. Esta falta de voluntad política se manifiesta especialmente en aquellas cuestiones que puedan lesionar intereses que con tanta frecuencia se encuentran en íntima vinculación con las estructuras de poder.

La realidad histórica nos demuestra que aun aquellas normas constitucionales que pudieran considerarse de cumplimiento imperativo muchas veces han sido totalmente olvidadas. Tal es el caso del comentado artículo 129 de la Constitución de 1967, que disponía la obligación de establecer por ley la extensión máxima de tierra de la que podía ser propietaria una persona natural o jurídica. Esta constitución estuvo en vigencia durante 25 años, que no fueron suficientes para que se dictara tan importante ley, a pesar de la realidad ya mencionada, de la crítica concentración de la tierra, de su mala distribución y de los graves problemas socio-económicos que esta realidad originaba en perjuicio de amplios sectores sociales, de toda la economía del país y de la posibilidad de obtener un desarrollo aceptable.

Todo el texto constitucional analizado demuestra la necesidad de una adecuada reglamentación legal que recoja los principios y las normas programáticas y en ello la iniciativa podría ser del Poder Legislativo. Sin embargo la posibilidad de cumplimiento de la Constitución en éste como en tantos otros aspectos, depende fundamentalmente del poder administrador que tiene en sus manos los elementos de juicio y los recursos requeridos para que ese complejo proceso de reforma agraria consagrado en la Constitución pueda llevarse adelante.

Debe admitirse la dificultad de compatibilizar los intereses contradictorios que forzosamente se dan en estos casos, pero los gobernantes deben tener el valor de adoptar las medidas que más convengan a los intereses del país y a las mayorías cuya protección busca el texto constitucional analizado.

## I. Introducción.

El Paraguay se ha caracterizado a lo largo de su historia por contar con una organización política y administrativa concentrada o centralizada.

Pese a esta generalización, es posible apreciar una *autonomía significativa* en los inicios de la colonización española, si se pueden interpretar así las facultades concedidas al primer adelantado y sus descendientes.

El procedimiento que más destacaba, era sin duda alguna, la facultad concedida a la Provincia del Paraguay, en virtud de una Real Provisión, de elegir Gobernador mediante Cabildo Abierto o Junta de Vecinos en caso de ausencia o fallecimiento del nombrado por el Rey.<sup>1</sup>

Sin embargo, luego de las revueltas denominadas "Comuneras" y las sanciones aplicadas a la provincia rebelde del Paraguay, la autonomía que gozaba fue ahogada paulatinamente por una serie de medidas restrictivas al comercio y al tránsito, así como los constantes nombramientos de autoridades sin la participación de los vecinos, debido a la derogación de la Real Provisión de 1537.<sup>2</sup>

Este proceso de concentración se fortificó con el advenimiento del reinado de la Casa Borbón en España a principios de 1700, que modificó la estructura colonial y estableció una nueva organización territorial en América, creando un Virreynato en el Sur de América, llamado del Río de la Plata, cuyos límites comprendían territorios de los actuales Estados de Bolivia, Uruguay, Paraguay y Argentina, cuya sede era la ciudad de Buenos Aires, eliminando definitivamente la

---

<sup>1</sup> Real Provisión de 1537

<sup>2</sup> Sanciones aplicadas a la Provincia del Paraguay en 1618

capacidad de autodeterminación de la Provincia del Paraguay y el Guairá.<sup>3</sup>

Todas las decisiones en la Provincia estaban subordinadas a las autoridades asentadas en la Capital del Virreinato, Buenos Aires, y esas mismas características se repetían al interior de la Provincia bajo la autoridad centralizada ejercida desde Asunción.

Esta paulatina concentración de atribuciones se acentuó en los años posteriores. A poco de triunfar el golpe de 1811, el Cabildo de Asunción se arrogó las atribuciones que venía ejerciendo el de Buenos Aires de convocar los Congresos de vecinos.

Finalmente luego del Congreso de 1813 el sistema de consultas a representantes de regiones como Itapúa, Guairá o Concepción fue simple parodia, con la consiguiente centralización de las decisiones en el Dictador Francia.

Al estar concentradas en el Dictador las decisiones gubernamentales, la capital de la antigua Provincia del Paraguay se convirtió en la única fuente del poder político y administrativo; este sistema prevaleció hasta la finalización la guerra de la Triple Alianza, puesto que las sucesivas administraciones de los López, en nada cambiaron la dinámica concentradora del poder.<sup>4</sup>

Es posible afirmar que en la primera etapa de la República, la centralización de decisiones gubernamentales evolucionó paralelamente a la concentración del poder político en sucesivos dictadores y en términos teóricos terminó en 1870.

Con el advenimiento del sistema representativo de gobierno democrático - liberal a fines del siglo XIX, la necesidad de concentrar el poder público se justificaba por la precariedad institucional y la necesidad de superar el estado de destrucción que azotaba el país.

## **II. Antecedentes institucionales de descentralización.**

Pese al alto grado de desintegración de las diversas regiones del país debido a que en ese tiempo la infraestructura de comunicación era escasa y los únicos medios eficientes eran el río y

---

<sup>3</sup> Creación del Virreynato del Río de la Plata en 1700

<sup>4</sup> Ver proclama del Gral. Andrés Rodríguez del 2 de febrero de 1989

una línea férrea que vinculaba a Encarnación con la Capital, numerosas comunidades lograron un importante desarrollo cultural, económico y social. Casos singulares son Villarrica en el Guairá, Concepción en el Norte y Pilar en Ñeembucú, ciudades importantes desde la perspectiva política, por haber sido centros de grandes gestas cívicas en la historia de fines del siglo pasado y principios del actual.

A fines del siglo pasado, políticos y periodistas ya señalaban la necesidad de una mayor descentralización del poder político, y su primera manifestación legislativa fue, sin duda, la entrada en vigor de una Ley de Organización de Municipios en el año 1882.

En el año 1884 se establecen a categoría de municipalidad, las villas de Concepción, San Pedro, Pilar, Humaitá, Villa Rica, Encarnación, Luque, San Lorenzo, Itá, Itaguá, Pirayú, Carapeguá, Paraguarí, San Estanislao y Villeta, entre otros.

Es destacable la propuesta del Dr. Eligio Ayala emitida en su mensaje presidencial del año 1925, en el cual proponía los primeros esbozos de una desconcentración administrativa para el mejoramiento de la eficiencia estatal.

Numerosos fueron los intentos por modificar la Constitución de 1870, sin embargo los cambios más importantes se operan luego de finalizada la contienda chaqueña, con una dirigencia política influenciada por las ideas que pretendían otorgar un rol más activo al Estado en el desarrollo económico y social. Ejemplo claro de ello es la implantación de la Constitución de 1940 y la consiguiente proscripción de los partidos políticos desde 1940 hasta 1946.

Con la supremacía del autoritarismo de partido único desde 1947 hasta 1989, la acción concentradora del poder se acentuó, por la necesidad de ejercer un mayor control político de la ciudadanía y por la creciente participación del Estado en las actividades económicas, industriales y comerciales.

Dos son los ejemplos de mayor importancia en este nuevo proceso:

a) la creación de las Delegaciones de Gobierno, organismos intermedios que fueron establecidas en cada Departamento del país mediante nombramiento de su responsable por el Poder Ejecutivo, en carácter de dependiente del Ministerio del Interior, cuyas funciones fueron principalmente de seguridad, y,

b) la formación de empresas estatales de producción y comercialización monopólicas, dependientes del Poder Ejecutivo, tales como la empresa estatal de la carne COPACAR y la empresa fraccionadora y productora de alcohol de caña APAL.

### **III. Transición de la dictadura a la democracia participativa.**

El golpe de estado del 2 y 3 de febrero de 1989, conducido por las Fuerzas Armadas, inicia profundos cambios en el país.

El primero de estos cambios es el restablecimiento de las garantías políticas a la ciudadanía, a través de dos hechos:

a) el compromiso de los militares de establecer un Estado sustentado en la democracia, y el respeto a los derechos humanos, y,

b) el desmantelamiento inmediato de los organismos de represión política acompañado de la detención e inicio de enjuiciamiento de ciertas autoridades políticas y militares responsables de los desmanes del gobierno anterior.

A pocos días del golpe, se convoca a elecciones directas para elegir nuevas autoridades en un plazo de 90 días, con la invitación a participar a todas las corrientes políticas en dichos comicios.

Los partidos de la oposición acceden a participar en ellos, con la condición de que se realice una Convención Nacional Constituyente que reforme la Constitución en un corto plazo. El acontecimiento de realizarse unas elecciones con el concurso de todos los partidos de oposición no tenía antecedentes desde 1928.

Con estos hechos, se produce una explosión de activismo político, activismo que significaba opinar públicamente sobre los asuntos más variados del Estado y ejercer libremente la crítica a las acciones del gobierno sin represión alguna generando en consecuencia sustanciales cambios en la actitud de la población para demandar la satisfacción de sus necesidades.

Al aumento constante de la capacidad de opinión del ciudadano común sobre la gestión de los gobernantes, comenzaron a

asomar las propuestas ciudadanas para la solución de aquellos conflictos sociales, políticos y económicos que aquejaban a todo el país.

Este proceso de politización del ciudadano común, afectó a todos los departamentos del país, especialmente en las capitales departamentales, permitiendo que aquella preocupación y aquel interés de participación para orientar el destino del país, concentraran la atención en la gestión de la cosa pública a nivel local.

La discusión sobre un nuevo Código Electoral en 1990, generó una fuerte corriente de opinión que solicitaba la elección directa de los Intendentes y las Juntas Municipales, criterio aprobado por el Congreso Nacional, además de permitir la participación de candidatos en forma independiente a los partidos políticos.

En 1991, se realizaron las primeras elecciones municipales para elegir tanto Intendentes como Concejales, en toda la historia de la República, con masiva participación ciudadana. Este respaldo popular otorgó gran legitimidad a las nuevas autoridades, con la particularidad histórica de que los resultados permitieron el acceso de la oposición a más de treinta municipios y, entre ellos, a la conducción de los 15 más importantes del país.

La Convención Nacional Constituyente convocada para elaborar una nueva Constitución en el año 1992, impulsó la mayor transformación histórica de la organización institucional del Estado paraguayo.

En esta Convención, a los partidos tradicionales se les suma la representación de una tercera fuerza denominada independiente que presenta novedosas instituciones al proyecto de Constitución.

Importante fue la participación de otra fuerza suprapartidaria denominada "la bancadita campesina", que aglutinando a representantes de diferentes departamentos y diferente extracción política, impuso sus criterios en materia de una nueva organización político - administrativa, moderadamente descentralizada. Asimismo fue importante la presión de este grupo para crear la institución del Gobierno Departamental y la conformación de una de las Cámaras del Congreso como órgano de representación territorial.

Podemos afirmar que la primera etapa de la transición paraguaya de la dictadura a la democracia, fue cerrada con las elecciones generales del año 1993, en las cuales además de elegir

un nuevo Presidente, se conformó el primer Congreso con una cámara integrada por representantes directos de los 17 departamentos del país y a la vez se eligieron los primeros 17 Gobernadores con sus respectivas Juntas Departamentales, en calidad de autoridades territoriales.

#### **IV. La descentralización. Dificultades de su conceptualización.**

En América Latina la consolidación de las instituciones democráticas ha sido acompañada por procesos de descentralización, que marcan la necesidad de mayor participación ciudadana en las decisiones gubernamentales.

Numerosas son las experiencias descentralizadoras, aunque heterogéneas por las circunstancias propias de cada país, pero muy vigorosas si las apreciamos en un contexto general. Atendiendo a esta diversidad, muy bien podemos diferenciar la descentralización en dos planos: a) un *plano institucional - formal a través* de las modificaciones a nivel constitucional; y b) en un nivel *pragmático-real*, que se manifiesta en la creación de organismos que promueven o profundizan los procesos de descentralización.

A continuación citaremos algunos casos de relevancia. En Bolivia, en 1987, por primera vez se elige mediante voto popular a los concejales; la constitución del Brasil otorga en 1988 autonomía política y administrativa a los municipios; Colombia en 1989 consagra constitucionalmente la descentralización de las regiones y por primera vez en su historia se eligen directamente alcaldes; en Chile, las Leyes N° 19.097 y 19.930 reforman la Constitución y permiten la elección de concejales municipales y representantes regionales; en 1994 la Constitución argentina otorga más competencias a los gobiernos provinciales.

El Paraguav es una clara imagen de este mismo proceso. En 1991 se eligen por primera vez Intendentes Municipales. En 1992 la Constitución consagra que la República es unitaria pero descentralizada, mediante la creación de los gobiernos departamentales y las Juntas Departamentales, cuyas primeras autoridades son electas en 1993.

Sin embargo, pese al avance sustancial en materia de instituciones formales, muchas son las dificultades que deben sortear, tanto los teóricos como los administradores de la descentralización, para afirmar que su consolidación es una realidad en la República.

La primera dificultad que advertimos es la confusión que se genera sobre "la descentralización", en cuanto a su comprensión por medio del lenguaje. Quizás sea esto mucho más complejo de lo que nos imaginamos, puesto que la ciudadanía entiende una institución no siempre por su contenido u objetivo específico, sino por lo que la tradición ha interpretado.

Así leemos en los medios de comunicación que Ministerios como los de Educación o Salud, descentralizarán la prestación de sus servicios; en realidad no están transfiriendo ninguna competencia de decisión, atributo esencial de la descentralización, sino que más bien realizan un acto de desconcentración. Esto consiste en trasladar elementos y personas para la prestación de un servicio, quedando las decisiones concentradas en la sede principal de dichos organismos.

Este mismo error se advierte en los anuncios de la Municipalidad de Asunción referentes a una supuesta descentralización hacia sus centros barriales 1, 2 y 3, cuando que sólo se ha trasladado la prestación de servicios a ciertos lugares, sin transferir competencias, como por ejemplo la decisión respecto a la supresión, el aumento o la disminución de los impuestos o las tasas municipales.

Asimismo, entidades como ANDE, ANTELCO o CORPOSANA se denominan descentralizadas del poder central, cuando en realidad sólo tienen cierta autonomía del Poder Ejecutivo para la ejecución presupuestaria y la gestión administrativa. Sin embargo, la esencia de sus servicios: la planificación de las inversiones o la elaboración del presupuesto anual, depende del Poder Ejecutivo y de la aprobación del Legislativo. La conducción y administración de estos entes dependen siempre del Gobierno central, por lo que en realidad son entes desconcentrados.

Esta dificultad para transmitir la idea de la descentralización, tiene antecedentes sólidos en nuestra cultura centralista heredada de la colonia, y afirmada por los regímenes autoritarios o dictatoriales. Por lo tanto es necesario que periodistas, educadores y autoridades interpreten claramente el concepto de la descentralización y evitan

que la vulgarización del término impida su afirmación correcta en la conciencia del ciudadano común.

Para superar esta dificultad de interpretar correctamente la descentralización, es necesario diferenciar previamente otros conceptos tales como : **a) la deslocalización**, que significa trasladar desde un lugar a otro del territorio actividades productivas, de servicio o de administración, **b) la desconcentración**, que implica transferir ciertas competencias a órganos inferiores, pero siempre sometidos jerárquicamente a las decisiones de los órganos superiores, y **c) la descentralización**, que es la transferencia de poder político, competencias y funciones administrativas desde la administración central a otros órganos cuya base territorial sea regional o local, y que posea la autoridad suficiente para generar normas propias. Esto nos trasmite la idea de que los organismos descentralizados deben contar con una personalidad jurídica propia, así como un patrimonio y ciertas normas de funcionamiento que no dependan de otra instancia.

## **V. La descentralización. Necesidad de un debate amplio y racional.**

### **1) La descentralización y el Estado democrático.**

La confusión conceptual o meramente gramatical, sobre qué entiende el ciudadano común por descentralización y cuáles son sus características y objetivos propios, tiene efectos perniciosos para la consolidación del Estado democrático.

La necesaria aprehensión colectiva de la descentralización como transferencia de poder desde el gobierno central a los gobiernos departamentales, está necesariamente vinculada al proyecto de reformar el Estado con características diferentes a las actuales.

Esa reforma del Estado debe concebir la disminución, si no inmediata por lo menos progresiva, del excesivo centralismo en el ejercicio del poder gubernamental.

Ejemplo de centralismo es que en la capital, se concentran todas las decisiones que afectan directamente la inversión y promoción del desarrollo de los diferentes departamentos del país. Es más, la solución de las demandas ordinarias o extraordinarias de servicios públicos se canaliza por organismos cuya toma de decisión está en la capital. Existen, sin embargo, organismos instituidos por la Constitución y electos directamente por el pueblo, capacitados para el efecto.

## **2) La descentralización como instrumento para el fortalecimiento del Estado.**

El Estado en su concepción actual enfrenta un notable debilitamiento, por la falta de claridad de un modelo que sustituya al autoritario. La descentralización en este sentido es un instrumento válido para apoyar la reforma estatal, debido a su capacidad para apuntalar la democracia favoreciendo la participación del pueblo en el ejercicio del poder, y a la vez fortalecer las instituciones por medio de la eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Es un instrumento muy válido porque su ámbito de aplicación no se reduce exclusivamente a lo meramente político, ideológico o electoral y se extiende a la superación de los problemas de orden político - social que afectan directamente a los ciudadanos.

El Estado democrático suele ser acusado de débil e incapaz para enfrentar con energía y decisión la pobreza o el atraso, sin embargo la descentralización ofrece una alternativa interesante en la cual el desarrollo económico está directamente unido a la capacidad de participación de los ciudadanos. El motor del desarrollo social y económico, deja de ser patrimonio exclusivo del Estado, siendo el mismo hombre afectado, postergado o marginado, quien garantizado por las instituciones puede promover su desarrollo individual y ayudar al colectivo.

## **3) La credibilidad e ineficiencia como problemas del Estado.**

La falta de credibilidad por parte de la ciudadanía que vive fuera de la Capital, respecto a la eficiencia de los organismos públicos en la prestación de servicios, repercute negativamente en la reforma del Estado.

Esta pérdida de la credibilidad debe entenderse en el sentido de que la ciudadanía no tiene confianza, salvo excepciones, en que los funcionarios que dirigen los entes de servicios públicos, como SENASA, ANTELCO, ferrocarriles, cumplan a cabalidad con la prestación de los servicios encomendados. Existe una tendencia a considerarlos como privilegiados de la cultura política, del prebendarismo y la corrupción.

Otro aspecto de dicha pérdida de credibilidad, se sustenta en la ineficiencia para la prestación del servicio público, debido a que la infraestructura existente es escasa y sólo favorece a una pequeña porción de la población.

Ejemplos claros de esta ineficiencia de los servicios públicos en el interior del país, son los desagües cloacales, o los servicios de agua potable en las capitales de los Departamentos, y ni que decir de las ciudades de mediana importancia que carecen de estos servicios básicos propios de cualquier ciudad modesta, pero decente.

#### **4) La eficiencia de los servicios públicos vs. los males crónicos.**

Como muestra de la ineficiencia crónica de nuestros entes públicos tenemos el caso patético de las inundaciones periódicas en las riberas del río Paraguay y Paraná. Cada temporada, ante las inundaciones, existe la necesidad de combatir enfermedades como el paludismo, la disentería, la malaria u otras propias de las inundaciones que son interpretadas por el Ministerio de Salud en la capital, y en la medida que la burocracia funciona, la solución llega luego de causar importantes estragos en la población.

Las características y las condiciones que estos fenómenos presentan en los departamentos afectados y también las demandas, son diversas; así en Concepción o en Ñeembucú las necesidades son evidentemente diferentes a las de Alto Paraná e Itapúa. No sólo porque cada uno de estos departamentos cuenta con recursos disimiles para enfrentar la problemática, sino también por las diferencias en materia de infraestructura y comunicación.

Ante estos hechos ejemplificadores, debemos preguntarnos: ¿ qué posibilidad real de prestar un eficiente servicio tienen los ministerios y entes públicos cuya estructura es diariamente acusada de ineptitud, incapacidad corrupción y extrema politización, por los

medios de prensa? ¿Son conocidos por la población los métodos empleados para diferenciar las necesidades de cada región? Quizás baste mirar las estadísticas del Índice de mortalidad infantil y encontraremos las respuestas.

La ineptitud de los organismos públicos para solucionar éstos y otros problemas, repercute en la solidez de las instituciones estatales, porque el ciudadano que aspira legítimamente a satisfacer sus demandas colectivas por medio del Estado llegará a no creer más en él. Bien justificados están los padrinos, recomendados, correligionarios, compadres, sobrinos, tenientes, generales, y presidentes de seccionales, que actúan al margen de las instituciones y la ley.

Para lograr la eficiencia de los servicios públicos es necesario que la gente tenga confianza en sus instituciones, y algo más importante aún, que pueda sentir las como propias. Este sentimiento se puede lograr facilitando una mayor participación en el control de la prestación de los servicios.

## **5) La descentralización y su propuesta de cambio.**

Construir el Estado desde el ámbito local y regional es una propuesta de profundo cambio que precisa una mayor transferencia de poder desde el gobierno central a las gobernaciones y de éstas a los municipios.

La descentralización propone que los mismos protagonistas o sus directos representantes, asuman la responsabilidad de administrar sus recursos, de orientar la inversión pública y de promover su desarrollo de acuerdo con sus potencialidades humanas, geográficas y culturales.

La eficacia para la solución de los problemas sociales será el parámetro para evaluar el gobierno, sea a nivel nacional, departamental o municipal. Los ciudadanos podrán ejercer directamente el control del uso del dinero público y el destino que se le asigna al mismo.

Difícilmente el gobierno podrá justificar ante la opinión pública inversiones millonarias efectuadas para un remoto páramo, cuando los necesitados puedan dirigir la inversión pública. Bajo este criterio se hará más difícil la compra de lujosos vehículos para desparasitar

niños desnutridos, o la construcción de rutas para valorizar las tierras de los amigos o de los parientes.

La descentralización del Estado requiere de efectiva transferencia de competencias y recursos a los gobiernos departamentales.

Esta transferencia de poder, debe contener múltiples propósitos: a) Transferir competencias y recursos en materia de educación, transporte y salud para hacer más efectivo el gasto y la inversión públicos; b) Fomentar la participación ciudadana en la gestión gubernamental; c) Promover la inclusión social con el mejoramiento de la calidad de vida de la población, d) Aprovechar los recursos naturales, geográficos, humanos y de oportunidades para alcanzar el desarrollo económico, y e) Defender el patrimonio ecológico.

## **VI. La construcción del desarrollo desde el Departamento.**

### **1) La encrucijada de los Gobiernos Departamentales.**

Es evidente que los Gobiernos Departamentales fueron creados y sus autoridades electas para el cumplimiento de alguna misión. A casi dos años del inicio de sus mandatos, los primeros Gobiernos Departamentales están sometidos a fuertes demandas por parte de la ciudadanía, la cual urge la solución de problemas de variada índole y cuya competencia en ciertos casos está asignada a otros organismos que aun dependen del gobierno central.

Por esta razón, determinar claramente cual es la misión específica de los Gobiernos Departamentales, es una de las graves encrucijadas que afligen al proceso de descentralización, que se pretende desarrollar en el país.

### **2) La misión constitucional de las Gobernaciones.**

En principio, el problema se plantea en términos formales, porque la Constitución atribuye numerosas funciones al Gobierno Departamental, sin embargo en la práctica dichas funciones o la

prestación de esos servicios siguen concentrados en organismos dependientes del Poder Ejecutivo.

En virtud de la Constitución, algunas de las competencias del Gobierno Departamental son la coordinación y la organización de servicios tales como la apertura y el mantenimiento de rutas en el interior del Departamento, la extensión de la energía eléctrica o bien la extensión del servicio de agua potable y alcantarillado.

En los hechos estos servicios están siendo suministrados por entidades poderosas y muy centralizadas como lo son: ANDE, CORPOSANA, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y SENASA. Difícil será la transferencia de competencias de estas reparticiones públicas sin comprender al personal técnico capacitado.

Para hacer efectiva esta disposición constitucional, será necesario replantear el rol y la dimensión de estos organismos, mediante negociaciones entre los Gobernadores y el Poder Ejecutivo, para efectivizar una ley reglamentaria que permita modificar las Cartas Orgánicas de cada una de estas entidades a ser descentralizadas y luego emprender un reordenamiento funcional.

La modificación de estas leyes, deben contar con el estudio y la aprobación del Congreso Nacional, entidad que en la actualidad se halla sobrepasada en demandas de tipo sectorial y coyuntural, lo que hace imposible pensar en la presentación de proyectos al respecto.

Asimismo, las entidades capaces de proponer alternativas de cambio pertenecen al Gobierno Central y tampoco expresan voluntad al respecto, habida cuenta que la oficina de planificación estatal está abocada casi exclusivamente al campo de la reactivación económica.

Indudablemente no es fácil emprender este cometido, pues necesariamente la transferencia de competencias debe estar vinculada a un proyecto nacional de reforma estatal, y los Gobiernos Departamentales hasta la fecha no han presentado una propuesta individual o conjunta que permita el mejoramiento de la prestación de los servicios mencionados.

Por lo tanto cabe afirmar que las dificultades en que se desenvuelve el proceso de descentralización tienen una magnitud considerable, que será mayor en la medida en que los Gobiernos Departamentales sean sometidos a demandas que no pueden ni podrán satisfacer y que en términos formales les corresponderían.

### 3) Demandas crecientes vs. respuestas deficientes.

A las demandas crecientes en cuanto la provisión de servicios, se suman las dificultades en la asignación establecida en el Presupuesto General de la Nación para las Gobernaciones, ya que su distribución carece por completo de los criterio de proporcionalidad, racionalidad, planificación o tan siquiera equidad.

Al inicio de la gestión de los Gobiernos Departamentales, en agosto de 1.993, estas entidades no poseían ningún dinero asignado en el Presupuesto General. En varios departamentos su sede eran antiguos calabozos y centros de tortura de la pasada dictadura, mientras que en otros sencillamente no poseían sede alguna. Por ello el resultado de su primer año de gestión, fue modesto por no decir negativo.

Para el año 1994 fue fijado un monto único para todos los departamentos, en concepto de Presupuesto Anual, verdadero disparate cuando los problemas son diferentes en cada departamento tan sólo desde la perspectiva de su densidad poblacional.

Con toda razón puede preguntarse; ¿podría gastar lo mismo un Departamento con 140.000 habitantes que otro con 1.000.000 habitantes?; ¿cuál es el criterio para asignar un mismo monto presupuestario a una Gobernación cuya población crece al ritmo de 7% anual y a otra que disminuye en un -2% anual?

A su vez, dicho presupuesto fue fraccionado en doce cuotas iguales que debían ser entregadas por el Ministerio de Hacienda contra presentación de documentos que justificaran los egresos del mes anterior.

Estos hechos contradicen los preceptos constitucionales que garantizan autonomía y autarquía en materia presupuestaria e impiden la eficiencia de toda gestión gubernamental.

En el año 1995, los presupuestos presentados por los Gobiernos Departamentales fueron recortados sin consulta alguna por el Ministerio de Hacienda y reestructurados de acuerdo con criterios impuestos por dicho ente estatal, con el argumento de que carecían de capacidad para planificar la inversión del dinero público.

En verdad, en el Paraguay democrático que en la Convención Constituyente del 91/92 se llenó de descentralizadores, no existe un

proceso racionalizado o planificado que permita crear en la descentralización.

El Gobierno Nacional debe iniciar una acción urgente de transferir responsabilidades que permita mejorar la gestión gubernamental en los diferentes Departamentos, porque el fracaso de los Gobiernos Departamentales puede comprometer seriamente el futuro del desarrollo democrático institucional por el deterioro económico y social.

## **VII. La organización y la estructura del Estado paraguayo.**

El Estado es una forma de organización política que presenta las siguientes características:

- a) es un ente jurídico - político abstracto e impersonal con derechos y obligaciones propios;
- b) posee el poder público, cuya capacidad de coacción o violencia institucional lo ejerce con carácter exclusivo y excluyente ;
- c) es una organización jerárquica de autoridades estructurado a través de un sistema de cargos; y
- d) controla un determinado territorio y a un conjunto poblacional.

### **1) ¿Cómo está organizado el Estado paraguayo?**

El Estado paraguayo está organizado en tres poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, y otros órganos como la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y la Banca Central del Estado.

Todos ellos conforman lo que bien podríamos llamar el Estado central propiamente dicho.

*El Poder Legislativo*<sup>5</sup>, es ejercido por un órgano bicameral denominado Congreso Nacional y algunas de sus funciones son: velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes; dictar los

---

<sup>5</sup> Artículo 182 de la Constitución

Códigos y leyes interpretando la Constitución; la organización política del territorio; el sistema tributario, el sistema electoral, el sistema administrativo del Estado; el presupuesto general de la nación, entre otras.

Esta conformado por la siguiente estructura:

- a) El Congreso Nacional
  - a.a.) La Cámara de Senadores, y
  - a.b.) La Cámara de Diputados

*El Poder Ejecutivo*<sup>6</sup>, es ejercido por el Presidente de la República y algunas de sus principales atribuciones son: dirigir la administración general del país, representarlo en la comunidad de naciones y frente a los particulares; promulgar, publicar, reglamentar y controlar el cumplimiento de las leyes; nombrar y remover a los funcionarios de la Administración Pública; comandar las Fuerzas Armadas y disponer la recaudación e inversión de las rentas de la República. Está conformado por la siguiente estructura:

- a) Presidente y Vice Presidente,
- b) Ministros y Consejo de Ministros; y
- c) Procuraduría General de la República

*El Poder Judicial*<sup>7</sup> es un órgano colegiado integrado por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados que administran justicia mediante la interpretación, el cumplimiento y hacer efectivo el cumplimiento de la Constitución y las leyes.

Constitucionalmente se organizan otros órganos del Estado que no están sometidos jerárquicamente a ninguno de estos tres poderes, a los que podríamos llamar *Extra - Poderes*<sup>8</sup>. Tienen competencias en tres áreas específicas: la exclusividad de la emisión monetaria; la fiscalización y el control de las actividades económicas y financieras del Estado y la defensa de los derechos humanos, así como la protección de los intereses comunitarios.

Está conformado por la siguiente estructura;

- a) La Defensoría del Pueblo;

---

<sup>6</sup> Artículo 226 de la Constitución

<sup>7</sup> Artículo 247 de la Constitución

<sup>8</sup> Artículo 276 de la Constitución

- b) La Contraloría General de la República, y
- c) La Banca Central del Estado

## **VIII. Estado unitario descentralizado.**

El Paraguay es hoy un Estado unitario pero descentralizado, así lo manifiesta nuestra Constitución en su primer artículo:

### **Artículo 1. De la forma del Estado y de Gobierno**

*La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes.*

El modelo unitario y descentralizado organiza el Estado paraguayo con tres niveles de administración y gestión gubernamental; significa que poseemos una organización política, jurídica e institucional de nivel y competencia nacional, a la que llamamos Gobierno Central; otro nivel de competencia comunitaria, municipal o local, a la que denominamos Gobierno Municipal; más una organización intermedia entre las mencionadas cuyo ámbito territorial de competencia es el regional, departamental o subnacional y a la que señalamos como Gobierno Departamental.

Resulta así pues, que en los territorios denominados Departamentos, a más de las tradicionales reparticiones de las entidades estatales del Gobierno Central y de las administraciones de los diferentes municipios, se conforma el "Gobierno Departamental", integrado por autoridades electas directamente por el pueblo cuya misión es atender con exclusividad los asuntos que involucren el desarrollo social y económico de las comunidades existentes en la región o en el departamento.

Dichas autoridades están constituidas por un Ejecutivo denominado "Gobernador" y un legislativo denominado "Junta Departamental". Ambas gozan de autonomía política, administrativa y normativa.

La descentralización en estos términos significa, que los habitantes de los diferentes departamentos que integran la República del Paraguay tienen la posibilidad de decidir por medio de

representantes directos, cómo proyectar la inversión del dinero público en la región que comprende el departamento, mediante una institución constitucional denominada "Consejo de Desarrollo Departamental".

Es importante destacar que el modelo de descentralización estatal adoptado por la Convención Nacional Constituyente de 1992 limita las atribuciones del Gobierno Departamental al ámbito político - administrativo, puesto que considera a éste como un experimento en el que se otorga a los habitantes del departamento la capacidad de elegir autoridades sin libertad de ejercicio de atribuciones o competencias.<sup>9</sup>

Los objetivos que orientaron la descentralización fueron los siguientes:

a) democratizar la vida política en el interior del país mediante el reconocimiento a sus habitantes de la capacidad para elegir una autoridad intermedia entre el Gobierno Central y el Gobierno Municipal; y

b) limitar las facultades de dicho gobierno intermedio al ámbito de la coordinación en el campo de la educación, la salud, las obras públicas y la ecología en el territorio departamental.

El gobierno municipal es mantenido como instrumento institucional para satisfacer las necesidades estrictamente locales o comunales.

Las municipalidades son órganos de gobierno local, electos directamente por los habitantes de la ciudad, cuentan con autonomía política, administrativa y normativa para regir los destinos de su comunidad.

También poseen capacidad recaudadora por medio de impuestos y tasas municipales que les confieren autarquía en materia de recaudación y en el destino de la inversión de sus recursos propios o derivados.

---

<sup>9</sup> Actas de la Convención Nacional Constituyente, Sesión N° 27, p.6

# **IX. Régimen administrativo del Estado paraguayo.**

## **1) Régimen administrativo del Estado.**

El régimen administrativo del Estado es la forma en que se procede a ordenar la acción del gobierno para identificar los problemas, recaudar los recursos para solucionarlos, asignar las funciones y responsabilidades y emprender la solución.

La administración procura que las cosas se hagan lo más eficiente y económicamente posible. En la administración moderna existe la tendencia a establecer unidades especializadas provistas del personal suficientemente preparado para atender determinados casos.<sup>10</sup>

Los objetivos que persiguen las organizaciones administrativas son:

- a) Recaudación y manejo del dinero público;
- b) Control y regulación del sistema bancario;
- c) Administración del personal público;
- d) Llevar la contabilidad de los gastos e ingresos;
- e) Proveer los materiales, máquinas y enseres esenciales para los funcionarios y oficinas administrativas; y
- f) Inspeccionar el cumplimiento de las disposiciones internas.

Podemos distinguir tres tipos de organización administrativa de acuerdo con el conjunto y el grado de competencias que poseen, así como el ámbito territorial donde se desenvuelven.

## **2) La administración centralizada.**

La administración centralizada es aquella en la cual el poder de decisión se concentra en una sola institución. Sus funciones principales son:

- a) preservar el orden jurídico;
- b) mantener y promover la unidad del Estado, defender el territorio;
- c) establecer políticas económicas, aduaneras y fiscales

---

<sup>10</sup> Harold Alderfer, la Administración Pública en las naciones nuevas, Ed. Paidós, Bs. As., 1970.

Normalmente a la administración centralizada se la identifica con el gobierno central debido a que es el punto de convergencia de los actos de gobierno y ejerce la representación del país, por lo que se lo considera responsable de su administración.

Su máximo exponente es el Poder Ejecutivo que ejerce la administración por medio de un conjunto de órganos, ministerios o secretarías cuyos servicios se caracterizan por:

- a) Tener su sede en un solo ámbito territorial;
- b) Ejercer su competencia en todo el territorio;
- c) Financiar sus proyectos con recursos nacionales;
- d) No tienen personalidad jurídica propia.

### **3) La administración desconcentrada.**

La administración desconcentrada es una variante del régimen centralizado por el que se trasladan servicios, funcionarios o determinadas competencias a una o más localidades de un territorio determinado, con el propósito de mejorar la prestación del servicio, sin que esto signifique otorgar personería jurídica, autonomía o autarquía patrimonial.

Se caracterizan por ser:

- a) organismos derivados de la autoridad central sin capacidad para decidir políticas propias. Ejemplos claros son aquellas dependencias de los ministerios (Crédito Agrícola de Habilitación, o bien SENASA, IBR) que están asentadas en ciudades del interior para el mejor desempeño de sus funciones;
- b) no poseen personería jurídica propia;
- c) actúan por delegación y jerárquicamente dependen de una autoridad central;
- d) sus objetivos están limitados a sus competencias en un área territorial determinado.

Los objetivos de este tipo de administración son:

- a) Armonizar la política del gobierno central con las necesidades de los gobiernos locales;
- b) Provisión de los servicios en las áreas donde se los necesita;

- c) Mantener un vínculo de dependencia en el orden jerárquico administrativo.

#### **4) La administración descentralizada.**

La administración descentralizada es otra forma de administración del Estado basado en la provisión de ciertas facultades o competencias dentro de un ámbito territorial cuyos principales objetivos son:

- a) desburocratizar la administración pública y dotar de mayor eficiencia al Estado;
- b) promover la participación local en la administración de los órganos de gobierno;
- c) estimular la capacidad local para promover el desarrollo económico.

La administración descentralizada la ejercen aquellos organismos a los cuales se delega o concede la gestión de ciertos intereses o servicios públicos circunscriptos a un determinado territorio sub - nacional y se caracterizan por lo siguiente:

- a) son órganos autónomos de la Administración Central;
- b) las máximas autoridades de dichos órganos son electas directamente por el pueblo;
- c) poseen personalidad jurídica y patrimonio propio;
- d) disponen de personal operativo y administrativo diferente al de la Administración Central;
- e) gozan de autonomía política, administrativa y normativa;
- f) poseen autarquía para la recaudación e inversión de sus recursos.

### **X. Los gobiernos subnacionales.**

La Constitución estructura y organiza el territorio del Estado para su funcionamiento político y administrativo en:

- a) Departamentos
- b) Municipios y
- c) Distritos.

Esta estructura territorial organiza un ámbito nuevo: el Gobierno Subnacional, diferente al Gobierno Nacional y al Gobierno Municipal, que si bien es menor al nacional es superior al ámbito local o comunitario, con todas las consecuencias que pueda implicar en cuanto a la administración y jerarquía del poder político.

Los Gobiernos Subnacionales tienen competencias complementarias a los del Gobierno Nacional y de coordinación con los Gobiernos Municipales.

Gobiernos Subnacionales son:

- a) El Gobierno Departamental; y
- b) El Gobierno Municipal.

El Gobierno Departamental tiene competencia dentro de los límites del territorio denominado Departamento, que a su vez comprende varios municipios y las zonas rurales que se hallan dentro de su jurisdicción.

El Gobierno Municipal ejerce sus funciones limitado al éjido urbano, es decir a los barrios y a las compañías que integran una ciudad.

Tanto el Gobierno Municipal como el Gobierno Departamental gozan de autonomía política, administrativa y normativa, esto significa que tienen la capacidad para tomar decisiones de manera independiente, como ser: proponer cómo y dónde invertir el dinero propio; nombrar funcionarios y crear reparticiones o dependencias administrativa; como también dictar resoluciones u ordenanzas de cumplimiento obligatorias.

Otras facultades constitucionales, de los Gobiernos Subnacionales, se refiere a su autarquía en materia de recaudación e inversión de recursos, lo que significa que pueden establecer, cobrar o liberar impuestos, tasas y contribuciones según el buen criterio del gobierno local.

## **1) El Gobierno Departamental.**

El Gobierno Departamental es la institución constitucional que administra y gobierna como órgano descentralizado del Gobierno Central, un espacio territorial denominado departamento.

El Gobierno Departamental es ejercido por:

- a) El Gobernador
- b) La Junta Departamental, y
- c) El Consejo de Desarrollo Departamental.

Son características propias del Gobierno Departamental;

- a) Autoridades electas directamente por la población de dicha jurisdicción territorial;
- b) Capacidad para coordinar y organizar los servicios públicos de salud, educación, agua potable, energía y obras públicas;
- c) Capacidad para promover el desarrollo socio - económico del Departamento a través de su presupuesto de gastos.

Su función primordial es coordinar todas las acciones públicas para el fomento del desarrollo económico, social y cultural departamental, y permitir una acción conjunta de los organismos de servicios públicos en los municipios y asentamientos rurales que se encuentran dentro de su territorio.

Sus funciones constitucionales son:

- a) elaborar, aprobar y ejecutar el Plan de Desarrollo Departamental;
- b) ejercer la Coordinación de la cooperación intermunicipal;
- c) coordinar los servicios sociales como salud, educación y vivienda;
- d) controlar la ejecución presupuestaria en su departamento;
- e) preservar el medio ambiente y los recursos naturales del departamento, por medio de medidas administrativas.

Los recursos con que cuenta para desarrollar estas funciones son:

- a) la asignación establecida en el Presupuesto General de la Nación;
- b) las subvenciones que eventualmente se pueden establecer;
- c) el 15% del impuesto al valor agregado,
- d) las rentas propias en concepto de donaciones o legados.

## **a) Funciones del Gobernador Departamental.**

El Gobernador ejerce el gobierno interior del Departamento, es representante directo del Presidente de la República para la ejecución de la política nacional en el territorio de su jurisdicción.

Sin embargo, también es representante directo del pueblo del Departamento. Su investidura está legitimada por su elección mediante comicios directos.

La mayoría de las atribuciones del Gobernador en materia de coordinación, organización y ejecución del desarrollo regional deben necesariamente ser ejercidas conjuntamente con el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales.

Algunas de las atribuciones del Gobernador son:

- a) hacer cumplir la Constitución y las Leyes;
- b) representar legalmente al Gobierno Departamental;
- c) dictar resoluciones y promulgar ordenanzas;
- d) elaborar y ejecutar el Presupuesto General del Departamento,
- e) elaborar y ejecutar el Proyecto de Desarrollo Departamental;
- f) coordinar y supervisar la prestación de servicios de instituciones públicas.

## **b) Funciones de la Junta Departamental.**

Es un organismo colegiado, electo directamente por la ciudadanía del Departamento, su carácter es estrictamente deliberativo, normativo y fiscalizador de la acción del Gobernador.

Decimos que es un organismo deliberativo porque se constituye en un foro de discusión, debate, análisis y revisión minuciosa de todos los hechos y proyectos que interesan al Departamento.

Es normativo, puesto que sus decisiones con acuerdo del Gobernador se constituyen en normas de cumplimiento obligatorio.

Es fiscalizador o contralor del uso y destino de los bienes de la Gobernación, así como del cumplimiento de las disposiciones legales en materia de inversión pública.

Algunas de las atribuciones de la Junta Departamental son:

- a) velar por la observancia de la Constitución y las leyes
- b) constituir comisiones asesoras para el estudio de proyectos y programas de desarrollo.
- c) aprobar el Plan de Desarrollo Departamental.
- d) requerir informes de la gestión del Gobernador.
- e) prestar su acuerdo para la enajenación o adquisición de bienes.
- f) solicitar a las autoridades públicas dependientes de un ente central los informes que sean necesarios para conocer sobre su gestión en el territorio del Departamento.
- g) restablecer tarifas y precios de servicios públicos prestados por el Gobierno Departamental.
- h) aprobar o rechazar los convenios de cooperación firmados por el Gobernador.
- i) aprobar o rechazar la adjudicación de licitaciones y concursos de precios.

### **c) Funciones del Consejo de Desarrollo Departamental.**

El Consejo de Desarrollo Departamental es un organismo creado por la Constitución e integrado con la representación de organizaciones sociales, culturales y económicas con el propósito de apoyar la gestión del Gobernador, mediante un mecanismo de consulta calificada.

Sus integrantes son electos de acuerdo con los mecanismos y cumpliendo los requisitos establecidos en una ordenanza especial elaborada por la Junta Departamental y promulgada por el Gobernador.

El Consejo de Desarrollo Departamental tiene capacidad de autoconvocarse, a propuesta del tercio de sus miembros, para formular proyectos, elaborar programas, emitir dictámenes o presentar recomendaciones al Gobierno Departamental.

El estudio de dichas recomendaciones es obligatorio para el Gobierno Departamental.

Algunas de sus funciones son:

- a) Responder a las consultas del Gobernador sobre los anteproyectos de Plan de Desarrollo Departamental y del Presupuesto Departamental.
- b) Constituir comisiones y dictaminar sobre consultas formuladas por el Gobierno Departamental.

## **2) El Gobierno Municipal.**

El Gobierno Municipal es ejercido por un Intendente y un organismo colegiado, la Junta Municipal, ambos electos directamente por la comunidad por un periodo de cinco años. Salvo el intendente, las demás autoridades pueden ser reelectas.

Esta institución de gobierno local cuenta con personería jurídica propia de derecho público, con autonomía política, administrativa y normativa, así como autarquía en el manejo de sus recursos.

Se diferencia de la Gobernación en cuanto que el ámbito y extensión de su competencia y jurisdicción se reduce a las denominadas ciudades o municipios determinadas por ley.

Tiene por objeto promover el desarrollo de los intereses locales, cuyo territorio coincide con el distrito que puede dividirse en zonas urbanas, suburbanas y rurales.

Son atribuciones del Gobierno Municipal:

- a) reglamentar y fiscalizar los espectáculos públicos,
- b) reglamentar el funcionamiento de casa de empeños e institutos de crédito,
- c) provisión de servicio de alumbrado público,
- d) aprovisionamiento de agua y alcantarillado sanitario,
- e) delimitación de riberas de ríos, arroyos y lagos,
- f) reglamentación de servicios funerarios y cementerios,
- g) preservación del medio ambiente y el equilibrio ecológico,
- h) promoción de la conciencia cívica ciudadana.

## **a) Funciones del Intendente Municipal.**

El Intendente es la máxima autoridad ejecutiva del Municipio, es su representante legal y quien promulga las ordenanzas y reglamentos, asimismo, dirige la administración del municipio en coordinación con sus colaboradores.

Algunas de sus atribuciones son:

- a) representa legalmente al Municipio y establece su organización administrativa,
- b) prepara los proyectos de Ordenanza,
- c) nombra jueces de los Tribunales Municipales de faltas,
- d) contrata servicios de técnicos y asesores,
- e) propone el plan de desarrollo comunal,
- f) administra los bienes de la Comuna,
- g) ejecuta el Presupuesto de gastos anualmente,
- h) autoriza la creación y funcionamiento de comisiones de fomento,
- i) aplica multas a los infractores de las leyes municipales,
- j) establece y reglamenta la organización de las reparticiones a su cargo,
- k) dirige, coordina y supervisa el funcionamiento de las unidades administrativas,
- l) nombra y remueve al personal municipal,
- m) dispone la prestación de servicios de limpieza, recolección y tratamiento de residuos en las vías públicas.
- n) administra terminales de ómnibus, mataderos, mercados, cementerios, etc.

## **b) Funciones de la Junta Municipal.**

La Junta Municipal es un órgano colegiado deliberativo, normativo y fiscalizador de la acción del Intendente.

Los miembros de la Junta Municipal son electos directamente por la comunidad y ejercen sus funciones durante el mismo periodo que el Intendente.

Algunas de las atribuciones de la Junta Municipal son:

- a) dictar ordenanzas, resoluciones y/o reglamentos,
- b) reglamentar el otorgamiento de permisos o el cierre de negocios,

- c) sancionar y controlar la ejecución del Presupuesto Anual de Gastos,
- d) establecer la escala de impuestos, tasas, contribuciones y multas,
- e) establecer normas para la aplicación del régimen impositivo,
- f) aprobar el planeamiento físico y urbanístico,
- g) delimitar las zonas urbanas, suburbanas y rurales del municipio,
- h) dictar normas sobre el uso del suelo,
- i) regular todo lo relativo a la manipulación de alimentos,
- j) regular lo relativo a higiene de acueductos, alcantarillas, piscinas y baños públicos.

## Bibliografía.

- Alderfer, Harold F, "La administración pública en las nuevas naciones", Editorial Paidós SAICF; Bs. As., Argentina, 1970.
- Constitución Nacional, Edición Oficial, Imprenta Nacional, Asunción Paraguay, 1994.
- Fretes, Luis y Yegros, Ofelia. "Descentralización y Desarrollo Social", CIDSEP, Asunción, 1996.
- Jiménez Castro, Wilburg, Administración Pública para el Desarrollo integral, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- Ley de Organización Departamental N°416.
- Ley de Organización Municipal N°1294.
- Maddyck, Henry, Democracia, Comunidad y Desarrollo, Editorial Troquel SA, Bs. As, 1.996.

# ALCANCE DE LA REFORMA DEL PODER LEGISLATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992.

*Rodrigo Campos Cervera*

## I. Introducción.

No resulta fácil sustraerse al subjetivismo que emerge de una triple circunstancia, la primera, haber estado a nuestro cargo la elaboración del capítulo del Poder Legislativo en el proyecto de constitución presentado por el Partido Liberal Radical Auténtico ante la Convención Nacional Constituyente de 1991/92; luego, haber integrado con brillantes ciudadanos convencionales la Sub Comisión N° 3, que tuvo bajo su responsabilidad el estudio y la presentación del Capítulo del Poder Legislativo a la Comisión Redactora y, por último, la alta distinción que me otorga el pueblo de mi patria de integrar el Congreso como Senador de la Nación en el período anterior y en el actual que se extiende hasta junio de 1998.

No obstante, trataremos de superar los prejuicios valorativos que pudieran obstaculizar la apreciación objetiva y crítica del contenido de las disposiciones referidas al Poder Legislativo y su rol en el Gobierno de la república.

La ley formal, producto exclusivo y excluyente del Poder Legislativo, constituye uno de los instrumentos básicos, más importantes, de regulación de la convivencia social pacífica y del estado de derecho, en tanto la misma responde en sus disposiciones a los intereses generales y democráticos del país.

La Constitución, en la cúspide del ordenamiento jurídico, delega en la ley formal, como único instrumento hábil, la potestad de reglamentarla. A esta competencia, atribuida con exclusividad al Poder Legislativo, se suma la responsabilidad inherente que surge de la calificación que hace Barthélemy a ese "Poder" "como el órgano más representativo de la voluntad popular" por emerger el mandato o la representación de sus miembros del cuerpo electoral mediante el voto directo y, porque su integración pluralista consulta y responde a la diversidad de intereses, propios de una sociedad democrática.

La actividad jurídico - política del Poder Legislativo constituye uno de los presupuestos del Estado de derecho, al crear una buena parte del ordenamiento jurídico, mediante el cual se sostiene un sistema de gobierno por la voluntad de la ley y no por la de los hombres, en tanto la misma se ajuste a preceptos y principios de la constitución y proteja en su contenido las libertades y los derechos del hombre.

En una frase manida, pero de expresiva significación y contenido, se dice que la ley en sentido material, y, más específicamente, en su acepción formal, asegura "el gobierno de las leyes y no el de la discrecionalidad de los hombres". Situación ésta que permite evitar las arbitrariedades y predecir las consecuencias de las conductas, sometidas o apartadas del ordenamiento legal, lo que deviene, de esta manera, en seguridad jurídica, uno de los pilares del estado de derecho y de la convivencia pacífica, al satisfacer la necesidad antropológica de "saber a qué atenerse uno en la relación con los demás".

Los roles fundamentales que asume el Poder Legislativo, en un sentido genérico, son: constituirse en el cauce más directo y exigido de recepción y de expresión de reclamos e intereses de toda la sociedad paraguaya; ejercer el control interórgano y también social sobre todo asunto de interés público; crear el derecho que regule la convivencia y permita establecer las reglas de la seguridad jurídica, entendida la misma como el derecho u ordenamiento jurídico que da conocimiento, certeza y marco a los derechos y obligaciones que corresponden a las personas, y a los deberes y atribuciones propios de las instituciones. Se exige también, que la producción legislativa se ajuste no sólo a las disposiciones expresas de la ley suprema, sino también que su contenido responda a principios, de status constitucional, garantistas de la libertad; de los derechos humanos; de la justicia social; de los derechos públicos subjetivos, etc. Mediante normas de inspiración democrática, cumpliendo así con los claros postulados establecidos en el artículo 1° de apertura, de la Constitución paraguaya, que establece el "estado social de derecho" y la "democracia representativa, participativa y pluralista". Principios éstos que se introducen, en el ámbito de lo social, con derechos y garantías que protegen, al trabajo; a la seguridad social y salud pública; al medio ambiente; a la protección de las personas excepcionales, del niño; de la tercera edad; a la educación integral, a la redistribución equitativa de la riqueza; entre otros. En su contenido democrático mediante la refirmación de los derechos y de las libertades consagrados en la ley suprema, los cuales pueden

resumirse en la defensa de la dignidad y libertad de la persona humana, que son principios y simientes de todos los demás derechos y garantías.

## II. Reivindicaciones e innovaciones introducidas en el Poder Legislativo.

El tema que optamos para la elaboración de este trabajo podría abarcar el examen de la totalidad del contenido normativo del Poder Legislativo, lo que exigiría para su desarrollo todo un libro, lo cual no es el propósito de los propiciadores de la obra, ni el objeto del trabajo que realizamos. Sin embargo, no deja de alentar mi exagerada ambición para hacerlo cuando cuente con el tiempo necesario para esa delicada tarea. Por tanto, me limitaré a puntualizar, por una parte, el alcance de las **reivindicaciones** realizadas por los constituyentes de 1992, de principios y atribuciones atinentes al Poder Legislativo, que se encontraban establecidos en la ejemplar Constitución primigenia de 1870. Reivindicaciones, que podrían calificarse como reparación histórica fundamental de un "poder" legislativo inmovilizado y restringido, perversamente, en las atribuciones de control interórgano, e incluso en la actividad legisferante.

Abordaremos asimismo las principales **innovaciones** que se introdujeron en el Capítulo del Poder Legislativo en la Constitución vigente, las cuales permitieron elevar su gravitación a un grado más razonable y compatible con el carácter de ser el órgano más representativo de la voluntad popular.

Mencionaremos sólo las reivindicaciones e innovaciones, que apreciamos como las más importantes, su institucionalización en la Constitución paraguaya y los motivos que las impulsaron.

En otros términos destacaremos, en la medida de lo posible por razón de espacio, el contenido de la reforma del Capítulo I del Título II de la Constitución vigente, en su triple dimensión: normativa, estructural y conductual. Preferimos ensayar esta metodología porque entendemos que muchas de las reivindicaciones e innovaciones no se explicarían suficientemente sólo con el fundamento doctrinario o teórico, sino que es menester también acudir a la investigación empírica, que permita descubrir las relaciones fácticas que las sostienen.

Esta última línea de pensamiento vale para la explicación, en el ámbito conductual, del por qué de la reforma total de la Constitución de 1967, y, en particular, - de la parte orgánica - del Poder Legislativo, víctima, junto con el Poder Judicial, de lo que el eminente constitucionalista Dr. Justo Prieto (h), calificara en su libro "Constitución y Régimen Político en el Paraguay", como: "Estado peligroso en la Constitución de 1967"- donde examina distintos preceptos contenidos en la constitución anterior que muestran la hipertrofia de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo en detrimento del Legislativo. También con agravio a uno de los pilares del principio de la independencia del Poder Judicial, mediante la deliberada preterición de la inamovilidad de los magistrados, de los arbitrios utilizados para la designación y traslados de los miembros de ese poder y por la coincidencia del término del período de mandatos, de todos los magistrados, con el del Poder Ejecutivo, para tratar así de asegurar el sometimiento de los jueces a ese poder.

El "Estado Peligroso" que el Dr. Prieto acertadamente lo conceptúa como la concentración de atribuciones en el Poder Ejecutivo, con doble propósito, decimos nosotros, por una parte, subalternizar la autonomía o independencia de los Poderes Legislativo y Judicial en el manejo de sus gestiones propias, y, por la otra, contar con herramientas hábiles que permitan al Poder Ejecutivo perseguir a las personas desafectas al régimen. Como ejemplo, se tenía el Estado de sitio, de diseño perverso, establecido, no para preservar los objetivos constitucionales previstos, sino para atentar contra los derechos humanos, las libertades y garantías de las personas con el agravante de la impunidad, propio de un sistema constitucional regresivo, que excluyó expresamente el Juicio Político, al Presidente de la República, a los Ministros etc. Con la supresión de este arbitrio constitucional no se podía hacer efectivo uno de los principios cardinales de toda organización que se precie ser republicana: el de la responsabilidad política de los que ejercen el poder, más aún, en cargos elevados.

Una de las tareas de los ciudadanos constituyentes en 1992 fue la de introducir, repetimos, reformas que permitieran, por un lado, la reivindicación de aquéllos principios contenidos en la Constitución de 1870, preteridos por sus consecuentes inmediatos: la Carta Política del 40 y la Constitución de 1967. Y, por otra parte, instituir mecanismos de manejo y de control innovadores para el Congreso que permitan el ejercicio más amplio y efectivo de sus atribuciones legisferantes y las de control, que constituyen los roles propios más importantes del Poder Legislativo.

## 1) Reivindicaciones.

En la Constitución paraguaya vigente, sancionada en el año de 1992, se establecieron normas reparadoras de atribuciones, ínsitas de todo poder legislativo, las cuales, repetimos, se encontraban en la Constitución de 1870. Sucintamente nos referiremos al contenido de las que consideramos más importantes, atinentes a este tema.

### **ARTÍCULO 184: Sesiones extraordinarias y prórroga de las mismas.**

El carácter autocrático del Poder Ejecutivo, plasmado en la parte orgánica de la Constitución de 1967 y en la Carta política del 40, comienza a manifestarse con la inmovilización del Congreso mediante la supresión de lo pertinente del artículo 59 de la Constitución de 1870, que autorizaba a las Cámaras del Congreso a prorrogar sus sesiones ordinarias o a convocarlas a extraordinarias. Esta atribución, propia del Poder Legislativo y concurrente con el Poder Ejecutivo - que se establecía en la ley suprema de 1870 se transfiere en la Constitución de 1967 al Poder Ejecutivo con exclusividad, según lo dispuesto en el inciso 10 del artículo 180 de dicha constitución.

Con esa limitación se impedía que el Poder Legislativo pudiera reunirse, prorrogando sus sesiones ordinarias o convocando a extraordinarias, para tomar decisiones necesarias o urgentes, tanto en el aspecto propiamente legisferante como de control o de interpelación. Sesiones extraordinarias que podían existir no sólo durante el receso parlamentario, sino también dentro del período ordinario de sesiones, que se suscitan, justamente, cuando la gravedad o la urgencia de las cuestiones así lo exigen.

De continuar vigente la disposición del inciso 10 del artículo 180 de la Constitución de 1967, que condenaba al Congreso a su inmovilidad, las Cámaras de Senadores y de Diputados, por aplicación estricta del citado precepto, no hubiesen podido reunirse, **extraordinariamente**, con motivo de los graves sucesos del 22/23 de abril de 1996, ni dar a conocer las oportunas resoluciones que condenaban el hecho subversivo y advertían al Poder Ejecutivo, la posición institucional de los representantes del pueblo, de no aceptar nombramientos que pudieran redimir las responsabilidades del autor de tan lamentable acontecimiento.

La atribución reivindicadora a favor de las Cámaras del Congreso, en esta materia, se halla prevista en artículo 184 de la Constitución paraguaya que dice: ... Las dos Cámaras se convocarán a sesiones extraordinarias o prorrogarán sus sesiones por decisión de la cuarta parte de los miembros de cualquiera de ellas, por resolución de los dos tercios de integrantes de la Comisión Permanente del Congreso, o por decreto del Poder Ejecutivo. El presidente del congreso o el de la Comisión Permanente deberán convocarlas en el término perentorio de cuarenta y ocho horas".

Con la disposición constitucional citada cualesquiera de las Cámaras del Congreso puede prorrogar sus sesiones o llamar a extraordinarias, cuando las circunstancias de orden legislativo - político o de control lo exijan. En otros términos el Congreso ha reivindicado su autonomía para el desarrollo de su actividad propia, sin excluir la atribución concurrente que se da al Poder Ejecutivo para excitar la tarea legislativa, cuando lo considere necesario, por medio de la prórroga de sesiones o el llamado a extraordinarias.

### **ARTÍCULO 193: De la citación y de la interpelación.**

Este artículo de la Constitución paraguaya recrea, con mayor amplitud, la disposición contenida en el artículo 67 de la Constitución de 1870, que prescribía la competencia de "cada una de las Cámaras para hacer venir a su sala a los Ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones y los informes que estime conveniente".

Dicha disposición fue prácticamente dejada sin efecto por la Carta Política del 40 y la Constitución de 1967. Esta última, en su artículo 143, facultaba a las Cámaras a pedir informes a los Poderes del Estado, los que debían ser contestados por escrito y, en caso de considerarlos insuficientes, podían solicitar la concurrencia del Ministro, **"mediante nota pasada por escrito en la que se deberá expresar, detalladamente, el motivo de la resolución y la fecha de la comparecencia del Ministro"**.

El artículo 193 de nuestra ley suprema extiende el alcance de la citación e interpelación, también a altos funcionarios de la administración pública, a directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y descentralizados y a todos los que administren fondos del estado.

El artículo 194 complementa lo dispuesto en el anterior, estableciendo que si el citado no concurriese a la Cámara respectiva

o sus declaraciones resultasen insatisfactorias se podrá **recomendar la remoción del cargo** del interpelado, siempre que ambas Cámaras, por mayoría absoluta de dos tercios, emitan el voto de censura correspondiente.

La atribución, contenida en el artículo 194, respecto de la "recomendación de la remoción del cargo" del funcionario censurado por decisión de la mayoría absoluta de ambas Cámaras, fue criticada por algunos convencionales con el argumento de que la misma era propia de la forma parlamentaria de gobierno y no de la presidencialista. Con ese motivo se discutió y se aclararon, entonces, varias cuestiones: la primera, que la forma parlamentaria de gobierno habilita al Congreso a **remover** al Jefe de Gobierno y a su gabinete mediante el voto de censura o de desconfianza, lo que no ocurre con la atribución prevista en el artículo 194, que se limita a una mera recomendación para la remoción de Ministros o altos funcionarios de la administración pública o de entes descentralizados, etc. En segundo lugar, que no existen formas puras de gobierno, que admitan únicamente los atributos propios de una u otra clase de forma de gobierno.

Lo importante es que haya separación de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo, con funciones propias y excluyentes a favor de cada uno de ellos que lo tipifiquen, claramente, bajo una u otra categoría. Así se tiene en la forma presidencialista, por ejemplo, el Ejecutivo monista: jefe de Estado y de gobierno en una misma persona y la facultad privativa de nombrar y remover a los Ministros, etc.

Podemos rescatar, como ejemplo de esa heterodoxia, la facultad establecida a favor del Poder Ejecutivo, en el artículo 53 de la Carta política del 40 y en el artículo 182 de la Constitución de 1967, para disolver el Congreso. Aún cuando esta atribución es propia del Jefe de Estado en las formas parlamentarias, no por ello podía sostenerse que el sistema nuestro, bajo las constituciones nombradas, hubiese sido sistema parlamentario.

Coincido plenamente con la autorizada opinión del Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, que describe el sistema anterior al de la Constitución vigente, como de "preponderancia presidencialista" por contar, el Poder Ejecutivo, con atribuciones que marcaban un predominio sobre los demás, gracias a lo que el Dr. Lezcano llama: "matices parlamentarios". Una caracterización análoga hace también la doctrina constitucional al calificar las situaciones de preponderancia

de un órgano sobre otro como el de "equilibrio inestable". Esta expresión si bien denota la existencia de equilibrio de poderes, propio del sistema presidencialista, al propio tiempo califica de inestable dicho equilibrio, por la concesión y el uso de las facultades preponderantes del poder que lo detenta, ejecutivo o legislativo, en su caso.

Locke y Rousseau eran partidarios de otorgar al órgano legislativo supremacías en las funciones derivadas del poder del estado. Sin embargo, esa tendencia fue cediendo paso y se produjo el "desplazamiento del centro de gravedad, desde el Legislativo al Ejecutivo". Afortunadamente, en varias constituciones, y también en la nuestra, se ha revertido esa situación para contrarrestar, siquiera tímidamente, el extraordinario poder que posee el órgano Ejecutivo, en todas partes del mundo, mediante el manejo monopólico de la estructura administrativa y económica del Estado, con el auxilio gravitante a su favor de la ciencia y la técnica, que acentúa el predominio, lo que ha llevado a la caracterización de "Omnipotencia Gubernamental" a dicho órgano del Estado.

## **ARTÍCULO 225: Del Juicio Político.**

La responsabilidad política de los mandatarios es una de las características esenciales de la forma republicana de gobierno. En ese orden de cosas existe una interrelación directa entre la responsabilidad, la importancia del cargo que se ejerce y las garantías que rodean a los más altos funcionarios. Estas últimas establecidas para evitar que estén expuestos a situaciones de menoscabo provenientes de acciones movidas por intereses personales, contrarios a los generales del país.

De acuerdo con estos principios la Constitución de 1870, en el artículo 50, disponía el Juicio Político "al Presidente, Vice - Presidente, sus Ministros, a los miembros del Superior Tribunal de Justicia y a los Generales de su ejército o armada en las causas de responsabilidad que se intente contra ellos por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes".

A la Cámara de Diputados le correspondía la acusación, según el artículo 50, y al Senado el juzgamiento de acuerdo con el artículo 56 de aquella Constitución.

El efecto del juicio, si era desfavorable acusado, se limitaba a su destitución e inhabilitación para ocupar puestos honoríficos o no en el Estado. Sin perjuicio de la acción penal que pudiera iniciarse, si correspondían, ante los Tribunales ordinarios.

Esta institución que reviste, tanto el carácter de garantía del ejercicio de las funciones para los más altos signatarios, como de procedimiento para establecer la responsabilidad política de los mismos y separarlos de sus cargos cuando corresponda, fue suprimida por la Carta de 1940, y por la Constitución de 1967, para el Presidente de la República. Vale la pena destacar que la eliminación del Juicio Político para el Presidente no fue con el propósito de restarle una garantía, sino convertirlo en un mandatario irresponsable, impune, frente al mal desempeño de sus funciones e incluso por delitos cometidos durante su mandato.

La Constitución paraguaya vigente, en el artículo 225 consagra el Juicio Político al Presidente de la República, Vice-Presidente, ministros del Poder Ejecutivo, ministros de la Corte Suprema de Justicia, Fiscal General del Estado, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Sub - Contralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral. Vale la pena destacar que la Ley N° 296, "Que reglamenta el Consejo de la Magistratura", establece que sus miembros gozan también de la garantía del Juicio Político, aún cuando no está expresamente establecida la misma a su favor en el citado artículo 225.

La explicación del contenido del artículo 6° de la ley 296, que establece el procedimiento del Juicio Político para la remoción de los miembros del Consejo de la Magistratura, se funda en lo dispuesto por el artículo 263, in fine, de la Constitución, que preceptúa que los miembros del Consejo de la Magistratura "... gozarán de iguales inmunidades que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia". Es sabido que las inmunidades de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia sólo pueden decaer por el procedimiento del Juicio Político, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 261 de la Constitución paraguaya que expresa, en la parte pertinente, cuanto sigue: " Los Ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo pueden ser removidos por Juicio Político". Por ello, de acuerdo con la interpretación lógica y sistemática de la constitución, la garantía del Juicio Político del artículo 225 de la Constitución alcanza también a los Miembros del Consejo de la Magistratura y así se estableció en la Ley 296.

La acusación la formula la Cámara de Diputados, y se exige para que prospere mayoría de 2/3 (2/3 de los presentes). El juzgamiento corresponde a la Cámara de Senadores, que podrá declararlo culpable sólo si media mayoría absoluta de 2/3 (2/3 del número total de Senadores). La declaración tiene como único efecto la separación del cargo. Si la causal fuese la supuesta comisión de delito, se pasan los antecedentes a la justicia ordinaria.

El Congreso ejerce, a través del Juicio Político, el control del desempeño de funcionarios de muy alta jerarquía. Esta singular atribución de control, como todas las que tienen efecto jurídico político de extraordinaria importancia, deben ejercerse con prudencia política para evitar que la institución se desacredite y sus fines propios se corrompan, con grave daño para el país.

## **ARTÍCULO 288: Del Estado de Excepción.**

Conviene recordar la frase del Dr. Justo José Prieto, al referirse al Estado de Sitio, que decía: " Voy a referirme a una institución bastante conocida y demasiado sufrida por todos los paraguayos: la del Estado de Sitio".

La precedente manifestación es dolorosamente válida por cuanto que los preceptos constitucionales referidos al tema, tanto en la Carta Política del 40, artículo 52, como en la Constitución de 1967, artículos 79 y 181 habilitaron para que esta institución fuera, especialmente, durante la dictadura y la autocracia de Morínigo y de Stroessner, respectivamente, el sistema de amedrentamiento y persecución política contra centenares de miles de paraguayos. El **carácter preventivo** del Estado de Sitio, permitía su aplicación ante la "mera amenaza" lo que facilitaba la subjetiva proclividad de los autócratas para implantarla, con el sesgo complementario de la atribución para su dictación, mediante un simple decreto del Poder Ejecutivo que aseguraba, discrecionalmente, la existencia de supuestas "amenazas". Esta sórdida instrumentación constitucionalizada permitió su utilización para la persecución sañuda de los adversarios políticos, antes que para el cumplimiento de su finalidad, pomposamente declarada en los preceptos mencionados " la defensa de la Constitución y de las autoridades creadas conforme a ellas".

Tanto la Carta Política del 40, como la Constitución del 67 excluyeron la participación del Poder Legislativo en la implantación

del Estado de Sitio, que podía hacerse, y se hacía, por decreto del Poder Ejecutivo, con la obligación de "dar cuenta", en su caso, a la Cámara de Representantes o al Congreso. En el período legislativo siguiente a la promulgación de la Constitución de 1967, la mayoría oficialista de 2/3 en el Legislativo eliminó definitivamente al Congreso de toda intervención en el trámite de la aplicación del Estado de Sitio al interpretar que la expresión: "dar cuenta" no constituía otra obligación del Poder Ejecutivo que decretaba el Estado de Sitio sino la de informar al Poder Legislativo, para que **"tome nota"** de una medida, curiosamente, después de conocida y sufrida por el pueblo paraguayo, dado que la misma fue dictada y aplicada cinco días antes. En síntesis, el Congreso era un mero convidado de piedra que no podía cuestionar, ni las causas alegadas por el Poder Ejecutivo para su implantación, ni menos aún para dejar sin efecto el Estado de Sitio, por el cese de las causales aparentes o reales que motivaron su aplicación.

Todas estas irregularidades fueron estructuradas como un sistema perverso de persecución contra los paraguayos en su lucha por la libertad, y agravado por el proceso de desconstitucionalización, creado por la práctica política, que permitía la detención de las "personas indiciadas de participar en algunos de los hechos" que motivaban la implantación del Estado de Sitio, mediante una mera orden verbal emitida por cualquier funcionario policial, de la capital o del interior, que se limitaba a invocar la atribución "a su favor" del famoso artículo 79 de la Constitución de 1967.

La desconstitucionalización se operaba también por la preterición de la garantía del artículo 59, de dicha Constitución, que exigía que la detención de cualquier persona, salvo los casos de comisión de delitos "in fraganti", fuera sólo mediando "orden escrita de autoridad competente". Dicha garantía, fue eliminada. En efecto, durante la vigencia del Estado de Sitio, si bien el Poder Ejecutivo quedaba investido de autoridad competente para ordenar la detención de las personas, en modo alguno se suprimía la obligación, mejor garantía que jamás se cumplió, que la detención constara en una orden escrita, cuya instrumentación debía ser, exclusivamente, por medio de un Decreto suscrito por el Presidente de la República y el Ministro del Interior.

El último agente de policía o sargento de compañía, repetimos, invocaba la atribución que le confería a "él" la Constitución para remitir a las mazmorras de comisarías o alcaldías a humildes

paraguayos que eran víctimas de la arbitrariedad y abuso de poder de sicarios del autócrata, incluso por causas no políticas.

La corrección de esta herramienta persecutoria, que abrió una de las compuertas del abuso de poder sin tener la ciudadanía siquiera la protección efectiva de Poder Jurisdiccional integrado entonces, en su mayoría, por magistrados dóciles y obedientes a los intereses de la dictadura, fue uno de los más importantes compromisos de los Constituyentes de 1992. Los ciudadanos convencionales reivindicaron los principios establecidos en el artículo 9, e inciso 22 del artículo 72, de la Constitución de 1870 que excluía el carácter preventivo del Estado de Sitio, y otorgaba al Poder Legislativo la atribución exclusiva para su dictación salvo durante el receso del Congreso así como la aprobación o el rechazo de la medida tomada por el Poder Ejecutivo en la circunstancia excepcional de receso parlamentario. Se reivindica también, para las personas indiciadas, el derecho de opción de salir del país.

Una importante innovación, que se incorpora en el artículo 288 de la ley suprema vigente, que regula el estado de excepción, es la atribución que se confiere al Congreso para que, por mayoría absoluta de votos, pueda disponer "en cualquier momento el levantamiento del Estado de Excepción, si considerase que cesaron las causas de su declaración". Esta atribución es de extraordinaria importancia por cuanto corrige la tendencia, incluso con cierto respaldo doctrinario, de considerar como "no judicial" la discusión sobre el cese o no de las causales que motivan la dictación del Estado de Sitio. Durante el régimen anterior esa tendencia doctrinaria, recogida obedientemente por el Poder Judicial de entonces, fue favorable para el ejercicio irrestricto del abuso y de la desviación de poder por el Presidente de la República, que tanto daño causó a la libertad y al patrimonio de las personas. La arbitrariedad se enseñoreaba impunemente al desaparecer todo control interórgano sobre la dictación del estado de sitio y de las supuestas causales que lo motivaban. Recordemos que cada 90 días, durante casi 30 años, se repitió exactamente la causal que fundamentaba la prórroga del Estado de Sitio, en base a falaces y cínicos argumentos.

El artículo 288 de la Constitución vigente, al tiempo de devolver al Congreso la prerrogativa de la declaración del Estado de Sitio y de su levantamiento, reconoce expresamente la vigencia plena del Hábeas Corpus, garantía esencial de la libertad de locomoción, desconocida su virtualidad bajo el Estado de Sitio durante la pasada

autocracia, por resoluciones espurias de la Corte Suprema de Justicia, de entonces.

## **2) Innovaciones en el Poder Legislativo.**

Bajo el título del acápite mencionaremos las novedades que se introdujeron en el Título II Capítulo I del Poder Legislativo, en cada una de las secciones pertinentes.

Al propio tiempo nos referiremos, siquiera tangencialmente, a interpretaciones diversas sobre disposiciones de la constitución, que se dieron internamente en la Cámara de Senadores y, también, entre ella y la de Diputados. En este último caso de marcada importancia por la gravedad de las consecuencias que se mencionarán al tratar la cuestión en el lugar que corresponda.

### **Sección I**

#### **De las Disposiciones Generales**

##### **ARTÍCULO 183: De la reunión en Congreso.**

Este precepto de la Constitución paraguaya vigente llena omisiones y defectos del artículo 139 de la Constitución anterior de 1967, al establecer, puntualmente, las atribuciones y los deberes del Congreso cuando se reúne en tal carácter, mediante la participación conjunta de ambas Cámaras.

El citado artículo de la Constitución aclara los deberes y las atribuciones que tiene el órgano institución cuando ambas Cámaras se reúnen en Congreso, separando, de esta manera, las que corresponden al Congreso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 202, como Poder Legislativo, compuesto de una Cámara de Senadores y otra de Diputados.

Las innovaciones más importantes, de las atribuciones de las Cámaras reunidas en Congreso ( artículo 183), son las de recibir el juramento o la promesa, al asumir el cargo, al Presidente de la República, al Vicepresidente y a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y, también, recibir a Jefes de Estado o de Gobierno de otros países.

Merece un comentario especial, la aparente contradicción o superposición de atribuciones entre lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 183, y el inciso 5 del artículo 224 que fija las **atribuciones**

**exclusivas** de la Cámara de Senadores. En efecto, el primero de ellos dispone **"autorizar la entrada de fuerzas armadas extranjeras al territorio de la República y la salida al exterior de las nacionales, salvo casos de mera cortesía:"** . El segundo establece **".. autorizar el envío de fuerzas militares paraguayas permanentes al exterior, así como el ingreso de tropas militares extranjeras al país"**.

La redacción de uno y otro inciso ofrece, sin duda, la idea de superposición de atribuciones que compete, tanto a ambas Cámaras reunidas en Congreso, como a la de Senadores. En efecto, a ambos órganos se les acuerdan atribuciones muy similares, salvo que, en el inciso 3 del artículo 183, se habla de autorización para la entrada de **fuerzas armadas extranjeras** o la salida de **las nacionales** y, en el inciso 5 del artículo 224 la autorización es para el **ingreso de tropas militares extranjeras o el envío de fuerzas militares paraguayas**.

Con motivo del pedido del Poder Ejecutivo al Senado para que se autorice el ingreso de tropas extranjeras para la operación UNITAS esta situación fue discutida en Comisión y en sesión plenaria del Senado y se adoptó la resolución por la cual se define que es el Senado el que tiene atribución para autorizar la salida de tropas paraguayas o el ingreso de tropas extranjeras, en toda situación que no revista un estado de beligerancia entre nuestro país con terceros países o de otros entre sí. Solamente en los casos de beligerancia, la atribución corresponde a ambas Cámaras reunidas en Congreso. La decisión del Senado consulta, además de la lógica del razonamiento hecho, la necesidad de agilizar trámites que, por su naturaleza, no ameritan la reunión de ambas Cámaras en Congreso, prevista sólo para los casos excepcionales comentados.

## **ARTÍCULO 184: De las sesiones.**

También ofrece dudas la contradicción, más aparente que real, entre el artículo 184 que dispone que el **1° de marzo**, al reiniciarse las sesiones, después del receso de ambas Cámaras, el Presidente de la República **rendirá su informe al Congreso**, y el **artículo 238 inc. 8** que establece el deber del Presidente de la República de: **"..dar cuenta al Congreso, al inicio de cada período anual de sesiones, 1° de julio**, de las gestiones realizadas por el Poder Ejecutivo, así como la de informar de la situación general de la República y de los planes para el futuro".

De acuerdo con una exagerada y espaciosa interpretación el Presidente de la República tendría la obligación, según el artículo 184, de dar a ambas Cámaras, reunidas en Congreso, su informe con fecha primero de marzo de cada año sin precisar, en este caso, el alcance y contenido del informe y, con fecha 1° de julio, según el artículo 238 inciso 8, otro con la descripción amplia y concreta de las gestiones realizadas y de los planes futuros. Esta dualidad de momentos, plasmada en los artículos mencionados, tuvo su origen en el cambio que sobrevino de la fecha del período de sesiones ordinarias de ambas Cámaras. En un principio se aprobó en la Convención Nacional Constituyente que el período de sesiones se iniciaba el 1° de marzo hasta el 20 de diciembre. Pero, la prolongación de las funciones de los legisladores por tres meses más, para hacer coincidente con el nuevo período legislativo que se iniciaría el 1° de julio de 1993, obligó a modificar el artículo 184 adaptándolo al nuevo período de sesiones, que a partir de entonces debía comenzar del 1° de julio y no del 1° marzo de cada año. Sin embargo, por omisión involuntaria, la modificación no alcanzó a dejar sin efecto el deber del Presidente de la República de rendir su informe, el 1° de marzo, previsto en el mencionado artículo 184.

La situación fue resuelta por el Senado en 1994, según Resolución N° 285, que *interpretó que la única fecha que obligaba al Presidente a concurrir para dar cuenta al Congreso de las gestiones realizadas por el Poder Ejecutivo, así como informar sobre la situación de la República, y los planes para el futuro, era la del 1° de julio, fecha de iniciación del período ordinario de sesiones.* La Cámara de Diputados acompañó la Resolución N° 285 del Senado.

#### **ARTÍCULO 189: Senadores vitalicios.**

El artículo del acápite prescribe que los ex Presidentes, "electos democráticamente", serán senadores vitalicios, siempre que no hubiesen sido declarados culpables, resultado de un juicio político.

Con motivo del proceso formado al Gral. Andrés Rodríguez se discutió en el Senado, acerca de si los senadores vitalicios gozan o no de las inmunidades establecidas en el artículo 191 de la Constitución. Quienes sostenían que no les correspondían, adujeron que los senadores vitalicios no integran el quórum ni votan, lo que les excluye de la calidad de miembros del Congreso.

Quienes sosteníamos lo contrario nos fundamos, en primer lugar, que el artículo 191 no excluye a los senadores vitalicios del

beneficio de las inmunidades y, por el contrario, establece que: **"Ningún miembro del Congreso** podrá ser acusado judicialmente por las opiniones que emita en el desempeño de sus funciones" refiriéndose a la **inmunidad de opinión**, con lo cual se protege el derecho de los senadores vitalicios de intervenir en los debates y expresar su opinión dentro y fuera de la Cámara. Con parecida redacción, también sin distinguir, alude dicho artículo a **todos los senadores** al referirse a las inmunidades de arresto y de proceso. En segundo término, cuando la Constitución quiso limitar a los senadores vitalicios derechos propios de los senadores temporales, lo hizo, expresa y taxativamente, sobre dos cuestiones relativas: a la **no integración del quórum y al derecho al voto**.

La interpretación opuesta crearía una situación de desigualdad en contra de los senadores vitalicios, que tienen a su favor el mérito de haber sido Presidente de la República, sin menoscabo de la legitimidad de origen de su mandato ni del ejercicio de sus funciones.

#### **ARTÍCULO 191: De las inmunidades.**

Los miembros de los tres poderes del Estado, tienen prerrogativas especiales consideradas también como garantías necesarias para el ejercicio de sus funciones. El artículo 191 se refiere, específicamente, a las tres inmunidades otorgadas a los miembros del Congreso y que son: **la de opinión, la de arresto o detención y la de proceso**, llamada también antejuicio.

Se ha criticado, a veces con exageración, las inmunidades de los parlamentarios porque, según los críticos, se les otorga un privilegio desmedido, desnaturalizando el principio de la igualdad jurídica, mediante una protección especial que les confiere incluso cierta impunidad. Este trabajo no nos permite contestar a esas críticas con la amplitud deseada, porque demandaría espacio del que no disponemos. Sólo nos permitiremos destacar que las tres inmunidades mencionadas favorecen, diríamos, universalmente, a los miembros de todos los Congresos del mundo democrático, así como a los miembros de los otros poderes del Estado.

Sólo a modo de ejemplo citamos algunas de las Constituciones de América que consagran las inmunidades de los integrantes del Poder Legislativo: Argentina artículos 69 y 70; Colombia artículos 185 y 186; Costa Rica artículo 110; Chile artículo 58; Ecuador artículo 62; Guatemala artículo 161; Nicaragua artículo 139; Panamá artículo 149; Perú artículo 176; Uruguay artículo 114; Venezuela artículo 143.

Es más, algunas constituciones protegen con mayor fuerza las inmunidades de los parlamentarios. Así por ejemplo, la colombiana, en el artículo 186 mencionado, establece que: "De los delitos que cometan los congresistas **conocerá en forma privativa Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención**".

La de Venezuela es todavía más protectora al punto que durante el período de vigencia de su mandato y hasta 20 días de concluido, **los legisladores, "no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal"**. En otros términos, **no pueden ser acusado criminalmente por denuncia ni por querrela, salvo el caso "de delito flagrante de carácter grave"**.

La última y democrática constitución española dispone, a favor de los legisladores, en el artículo 71, las tres inmunidades comentadas, con la aclaración, en el apartado 2 de dicho artículo, que los legisladores "**no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva**". Pero hay más aún, el párrafo 3 del citado artículo 71 dispone cuanto sigue: "**En las causas contra Diputados y Senadores será competente la sala de lo penal del Tribunal Supremo**".

¿Puede pedirse mayor protección?. En España, repetimos, el senador o diputado no puede ser siquiera INCULPADO, sin la PREVIA AUTORIZACION de la Cámara respectiva y, si se autoriza, la causa es atendida *nada menos que por la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo*.

Por último destacamos que el origen de las inmunidades, en favor de los legisladores, proviene del nacimiento mismo de la forma republicana y democrática de gobierno con la constitución francesa de 1791.

Estas referencias las estimamos suficientes para aquietar el espíritu de los que consideran que las inmunidades, previstas en la Constitución paraguaya, para los miembros de los tres poderes y, en este caso, específicamente, para los legisladores, son privilegios o "curiosidad" propia y exclusiva de nuestro país.

Es menester también hacer una crítica a la redacción del **artículo 191** que contiene un defecto de claridad, que alienta la interpretación anfibiológica, lo que podría perjudicar la objetividad de la decisión de cualquiera de las Cámaras que entendiera el pedido de

desafuero, en causa formada contra un senador o un diputado. En efecto, el artículo citado abre la posibilidad de interpretación dual con respecto al momento en que el Juez debe enviar el sumario incoado contra el legislador, para solicitar su desafuero. Dice el **artículo 191** que al formarse la causa "... el Juez la 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 hay lugar o no al desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo, le suspenderá en sus fueros" (las negritas son nuestras).

La duda se crea acerca del momento o del estado del sumario en que debe encontrarse la causa criminal para que el Juez remita los antecedentes a la Cámara respectiva. ¿Debe hacerlo, al admitir el sumario iniciado por denuncia o querrela, o cuando el sumario se halle enriquecido con las diligencias y circunstancias tendientes a la comprobación de la existencia del hecho o la omisión que la ley reputa como delito?. Personalmente creemos que la remisión del sumario debiera darse dentro de esta segunda alternativa.

La redacción del artículo 142 de la Constitución de 1967 fue más precisa, porque establecía como procedimiento que no lesiona la garantía de la inmunidad de proceso que el Juez de la causa siguiera con el sumario y si hubiera necesidad de dictar auto de prisión, antes de hacerlo, debía informar a la Cámara a los efectos de que ella resolviera si hacía lugar o no al desafuero del legislador, presunto culpable.

Con motivo de la denuncia formulada contra el ex- Presidente y senador vitalicio Gral. de Ejército (S.R.) Andrés Rodríguez, el Juez de la causa remitió a la Cámara de Senadores, a los efectos del desafuero del mismo, exclusivamente las compulsas correspondientes a la denuncia y a la documentación agregada a la misma.

En esa ocasión, en la discusión en plenario sostuvimos solitariamente la tesis que no prosperó que el Senado devolviera al Juzgado los antecedentes remitidos, a los efectos de que las partes pudieran realizar las diligencias pertinentes, que enriquecieran el sumario y se permitiera así al Senado expedirse, con mayor objetividad y responsabilidad, sobre el fondo de la cuestión relativa al desafuero, vale decir, si correspondía hacer lugar o rechazar el pedido de desafuero.

Seguimos considerando que nuestra tesis intermedia, frente a las otras polarizadas a favor y en contra del desafuero, era la más conveniente, porque el "mérito del sumario", que debe examinar el Senado, debe aumentarse, sin llegar a la indagatoria, con actuaciones posteriores que enriquezcan los limitados recaudos de la denuncia, para que de esta manera se expida el Senado con mayor propiedad. Al propio tiempo, nos ajustamos a lo previsto en el artículo 191 de la Constitución que exige a la Cámara que corresponda, que **examine el "mérito del sumario"**, lo cual en términos jurídico - procesales equivale al "conjunto de pruebas y razones" que resultan de actuaciones e investigaciones realizadas con posterioridad a la mera iniciación del sumario.

Justo es reconocer que el artículo 191 de la Constitución también habilita la interpretación en el sentido del envío del sumario en el estadio procesal inicial, conforme lo hiciera el Juez actuante del Undécimo Turno, en el caso considerado.

Sin embargo, sostenemos que la determinación de un Juez de enviar el sumario apenas iniciada la causa, sólo con el escrito de denuncia o querrela, y la documentación agregada a la misma no respondería, con la fidelidad deseada, al interés porque la Cámara de Senadores o la de Diputados, en su caso, cuenten con los elementos de juicio más completos posible para resolver, con mayor rigor de legalidad y justicia, si corresponde o no hacer lugar al desafuero que se solicite. La posición que asumimos está en correspondencia con la "mens legis" de los constituyentes que se expresaron del mismo modo en el plenario de la Constituyente cuando se trató este tema.

## **ARTÍCULO 195: C.B.I.**

Muy someramente nos referiremos a este artículo habida cuenta que el estudio de esta importante función de control de las Cámaras del Congreso sobre las cuestiones de interés público, y sobre la conducta de sus miembros serán desarrolladas por distinguidos juristas a quienes se les encomendó esa tarea.

Por ello me limitaré, solamente, a destacar que en forma casi unánime la doctrina, trasladada a la mayoría de las constituciones, exige al Congreso la función de investigación como un mecanismo, no solo imprescindible para la mejor producción legislativa, sino también de carácter fundamental, a los efectos de que dicha investigación sirva de control sobre cuestiones de interés público, que

afecten a altos funcionarios o a particulares, e incluso a los propios miembros del Congreso, tal como prescribe nuestra Constitución.

La Ley N° 137 reglamentaria del artículo 195, habilita la posibilidad de crear Comisiones Bicamerales de Investigación con carácter permanente o transitorio. Este tema trajo discusiones en la Cámara Alta, incluso se presentó un proyecto de ley que habilitaba únicamente la creación de C.B.I. transitorias, que fue rechazado en la propia Cámara de origen, la de Senadores.

El párrafo tercero del artículo 195 claramente preceptúa que la actividad de las comisiones investigadoras "no afectará las atribuciones privativas del Poder Judicial, ni lesionará los derechos y garantías consagrados por esta Constitución".

Además que sus conclusiones no serán vinculantes, pero podrán ser remitidas a la justicia ordinaria a los efectos que correspondan. Es necesario remarcar la estricta necesidad de que la C.B.I. actúe dentro del marco de la más absoluta legalidad y objetividad, por modo que sus gestiones alcancen los objetivos previstos en la Constitución y en la ley. En otros términos que el comportamiento de la C.B.I. no ofrezca críticas a cuestionamientos serios y fundados, que debiliten la confianza o credibilidad en tan útil y valiosa institución.

### **ARTÍCULOS 196,197 y 198: Incompatibilidades e Inhabilidades.**

El artículo 196 trata de las incompatibilidades de los candidatos a legisladores, quienes **podrán ser electos**, pero no podrán ejercer las funciones legislativas mientras desempeñen cualquier cargo sueldo del Estado o de los Municipios.

En general, las incompatibilidades son impedimentos legales para que una misma persona ejerza simultáneamente dos cargos. No se prohíbe el desempeño de uno u otro cargo, sólo se obliga a que se opte por uno de ellos y, esta exigencia reconoce diversas causas de incompatibilidad: de carácter económico, ético o de eficacia en la función que se elija desempeñar.

Existen varios artículos constitucionales que se refieren a las incompatibilidades, no propiamente para los legisladores, por lo que me permitiré solamente mencionar esas disposiciones vinculadas a las incompatibilidades, las cuales reconocen como fundamento

algunas de las causales mencionadas. Estos artículos son 105, 237, 241, 254, 267, 270, 278, 284.

El artículo 197 se refiere a las **inhabilidades, en general**, que **impiden ser candidatos** a Senadores o Diputados a una larga lista de personas por circunstancias especiales establecidas en los 9 incisos de dicho artículo. Algunas de esas inhabilidades, las correspondientes a los incisos 4), 5), 6) y 7), pueden redimirse si cesa la misma 90 días antes de la fecha de inscripción de la lista en el Tribunal Superior de Justicia Electoral.

El artículo 198 corresponde a la **inhabilidad relativa**, caracterizada así porque el impedimento es menos drástico dado que las personas que incurrir en ella **pueden candidatarse** a Senadores y Diputados, **pero para ser electos deben renunciar al cargo que detentan y**, ser aceptada la renuncia por lo menos 90 días antes de la fecha de las elecciones. La regulación de las dos clases de inhabilidades fue una innovación acertada porque distingue claramente los casos de impedimento para **ser candidatos** a senadores o diputados, de los que solamente los inhabilitan para **ser electos** a cualesquiera de esos cargos. Además se las distinguen de las incompatibilidades que permiten candidatarse y ser electos, pero necesitan después renunciar al otro cargo que tienen para poder ejercer el de legislador.

## **ARTÍCULO 202: Deberes y atribuciones del Congreso.**

Respecto al tema del título poco cambió con relación a lo establecido en las constituciones históricas. Las innovaciones más importantes contenidas en el artículo 202, son las consignadas en los incisos 17 y 20.

El primero de ellos se refiere a los acuerdos que presta el Congreso para las designaciones en diversos órganos, así como los nombramientos que se hacen conforme con lo dispuesto en la Constitución, los cuales se detallan seguidamente: **a) designaciones:** para miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (artículo 253); para miembros del Consejo de la Magistratura (artículo 262 inciso 3); para miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral (artículo 275); **b) nombramientos** del Fiscal General del Estado (artículo 269), del Defensor del Pueblo por la Cámara de Diputados (artículo 277); del Contralor General y el Subcontralor por la Cámara de Diputados( artículo 281).

El Senado presta **acuerdo** para ascensos de militares y policías desde el grado de Coronel del Ejército o su equivalente (artículo 224 inciso 2). Asimismo para la designación de Embajadores (artículo 224 inciso 3)

Además, la Cámara de Diputados debe prestar **su acuerdo** previo para la intervención de los departamentos y de las municipalidades, conforme lo dispone el artículo 165 de la Constitución. Igualmente, la Cámara de Senadores debe dar su acuerdo para que el Banco Central, mediante resolución fundada del Poder Ejecutivo, financie un gasto público no presupuestado en caso de emergencia nacional según lo dispone el apartado 1 del artículo 286 de la Constitución.

El inciso 20 del artículo 202 concede al Congreso una importante función de control sobre la ejecución presupuestaria al facultarle; "aprobar o rechazar, en todo o en parte y previo informe de la Contraloría General de la República, el detalle y la justificación de los ingresos y egresos de las finanzas públicas".

Para ejercer, con eficacia y responsabilidad, esta importantísima función de control sobre el presupuesto, el Congreso debe contar con un equipo de asesores especializados en la materia y con toda la información pertinente, facilitada oportunamente por el Poder Administrador.

## **SECCION II**

### **DE LA FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES**

#### **ARTÍCULO 203: Del origen y la iniciativa de la ley.**

Mediante este artículo, la iniciativa de la ley, que en las Constituciones históricas de nuestro país se limitaba a los poderes Legislativo y Ejecutivo, se extiende ahora a la **iniciativa popular** y a la **Corte Suprema de Justicia**, en los casos y en las condiciones previstas en la Constitución y en la ley. La innovación contenida en el artículo 203, concordante con el artículo 123 de la ley suprema, es muy importante porque incorpora una de las figuras de la democracia semidirecta, como fuente de propuestas legislativas. La Ley 834/96, que establece el Código Electoral, reglamenta en el Capítulo II, artículos 266 al 275 el funcionamiento e impedimentos relacionados con esta importante innovación, de la iniciativa popular, establecida en la Constitución vigente, que permite la participación directa del cuerpo electoral en el proceso de **gestación legislativa**.

En cuanto a la iniciativa legislativa concedida a la Corte Suprema, no es menester otro comentario salvo destacar lo valioso y conveniente de la atribución otorgada al grado más alto del Poder Judicial, para que pueda hacer llegar directamente al Congreso propuestas legislativas, sobre cuestiones cuyo conocimiento y competencia lo habilitan como la fuente más idónea para el origen de las leyes pertinentes. Al respecto, me atrevería sugerir que la Corte Suprema de Justicia tenga la iniciativa de enviar al Congreso un proyecto de ley sobre el recurso de casación de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 259 de la Constitución. Recordemos que la Ley N° 159, mejor proyecto de ley porque no fue promulgada sobre este importante recurso, fue vetada con argumentos valiosos que hicieron decaer la eficacia del proyecto de ley y hasta ahora no se volvió a presentar otro sobre el tema.

El segundo párrafo del artículo 203, precisa con muy buen criterio que el origen de las leyes, en exclusividad, a favor de una u otra Cámara o del Poder Ejecutivo tiene **carácter excepcional** y son, solamente, las establecidas en la Constitución. De acuerdo con estos principios los artículos 222, 224 y 238 inc. 14 definen claramente las iniciativas legislativas que corresponden, en exclusividad, a la Cámara de Senadores, a la de Diputados y al Poder Ejecutivo, respectivamente. La Constitución anterior atribuía, con carácter exclusivo, a la Cámara de Senadores y a la de Diputados diversas competencias, de acuerdo con los artículos 151 y 153, de la Constitución de 1967. El carácter difuso de algunas de ellas, suscitaba innecesarios conflictos entre ambas Cámaras, para determinar a cual de ellas le correspondía el origen, cuestionado, de la iniciativa legislativa. Producto de esta experiencia, los constituyentes de 1992, establecieron la regulación limitada y precisa de las atribuciones exclusivas de cada Cámara, en los artículos 222 y 224 mencionados.

#### **ARTÍCULO 207: Procedimiento para la modificación parcial de un proyecto.**

En la Constitución de 1967, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161, un proyecto de ley modificado por la Cámara revisora pasaba a la Cámara de origen para que la misma se pronuncie, **aproband o rechazando**, globalmente, **la totalidad de las modificaciones realizadas por aquella.**

El inciso 3 del artículo 207 de la Constitución actual permite, a la cámara de origen, la posibilidad de aceptar parte de las modificaciones y rechazar otras de las realizadas por la cámara revisora. Esta innovación resulta muy útil porque permite segregar las modificaciones, realizadas por la Cámara revisora, en esta oportunidad, para que la Cámara de origen acepte o rechace todo o parte de las mismas, lo que resulta lógico y conveniente para una mejor producción legislativa, procedimiento que no estaba permitido por la Constitución anterior.

Es muy importante poner de manifiesto que, en el apartado 3 del artículo 207, se autoriza a la cámara de origen que acepte o rechace parte de las modificaciones hechas por la cámara revisora. Si se dio esta circunstancia el proyecto de ley pasa de nuevo a la cámara revisora, estadio éste, "donde sólo se discutirán **en forma global las modificaciones rechazadas**, y si se aceptasen por mayoría absoluta, o se las rechacen, el proyecto quedará sancionado en la forma resuelta por ella", es lo que literalmente dispone el citado párrafo del artículo 207.

Sin embargo, lamentablemente, en una oportunidad, el Senado por mayoría dio una interpretación diferente, de lo que dispone la Constitución, en el sentido de que la cámara revisora puede también, en esta ocasión, discutir y aceptar o rechazar parte de las modificaciones hechas por la cámara de origen. Esperamos que este comportamiento no se repita porque podrían crearse situaciones irregulares en el proceso de formación de las leyes, tal como ocurrió con la decisión de la Cámara de Diputados que extendió el castigo de la sanción ficta a una situación distinta no prevista en la Constitución. Sobre esta cuestión nos referiremos oportunamente con más detalles, habida cuenta la gravedad del hecho. Estos procedimientos anómalos, que contrarian lo dispuesto en la Constitución, pueden dar lugar, incluso, a cuestionamientos de orden jurisdiccional.

Vale la pena hacer alguna digresión y recordar la decisión tomada, por mayoría, en la sesión extraordinaria del Senado, del 29 de abril de 1997, de rechazar el proyecto de ley de "Reparación histórica", aprobado por la Cámara de Diputados. El proyecto de ley, de contenido justo - filosofía compartida unánimemente por todos los senadores - pretendía reparar por un procedimiento equivocado, una de las más graves arbitrariedades y abuso de poder de la autocracia pasada contra dignos y valientes oficiales del ejército que fueron torturados, condenados y encarcelados en mazmorras en condiciones inhumanas, por varios lustros, a pesar de la absoluta inocencia de los

mismos. El largo debate se centró sobre si el Congreso, por ley, podía o no ascender a oficiales a grados superiores del ejército. Privó el criterio de la mayoría que sostuvimos que la reparación histórica de los incalificables hechos, que merecieron la repulsa y condena de todo el pueblo y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante la S.D. N° 585, no podía redimirse mediante una ley que con su sanción sustraería la atribución constitucional conferida, en forma exclusiva y excluyente, a favor del Poder Ejecutivo; en su carácter de Comandante en Jefe de las FF.AA. de la Nación, conforme lo establece claramente el artículo 238 inciso 9 de la Constitución paraguaya.

A pesar de los sentimientos de reparadora justicia que anima al proyecto, no podíamos sentar el precedente de atribuirnos una facultad que compete a otro Poder incurriendo así en la expresa prohibición prevista en el artículo 3° de la Constitución.

Ni la más absoluta justicia de la causa, que dio origen al proyecto en Diputados, podría justificar la arrogación por el Congreso, de una facultad, que podía calificarse de extraordinaria por no estar prevista a su favor en la Constitución y que, por lo contrario, corresponde expresamente a otro Poder.

Finalmente, hemos dicho que el Poder Ejecutivo, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, tiene la responsabilidad de realizar la reparación de tan repudiable iniquidad. Con ello merecerá el aplauso, la solidaridad y el reconocimiento de todo el pueblo paraguayo.

## **ARTÍCULOS 208 y 209: De la objeción parcial o total**

Escapa al propósito de este trabajo - también por el razonable limitado espacio que se dispone referirnos a lo que la doctrina enseña con respecto a esta modalidad de control interórgano, que ejerce el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo mediante las objeciones.

No obstante, destacamos que el derecho al veto es ejercido en la **"fase de la eficacia de la ley"**, no para dejarla sin efecto, sino para suspender su aplicación hasta que las Cámaras del Congreso decidan, en única y última instancia, el efecto del veto sobre el proyecto de ley, de acuerdo con lo que dispone la Constitución paraguaya. Vale decir que, cuando un proyecto de ley sancionado por el Congreso, pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación, éste puede objetar total o parcialmente el proyecto por considerarlo, según

su criterio, inconstitucional o inconveniente para los intereses del país. Aclaremos que la Constitución utiliza el lenguaje académico y doctrinario de "objeción" de la ley, sin embargo esta facultad es conocida, generalmente, bajo su denominación vulgar de "veto".

El primero de los artículos del título se refiere a la objeción o veto parcial. En este tema concreto se introdujeron dos innovaciones, una de ellas, de suma importancia, referida a la posibilidad de que ambas Cámaras, aún cuando se acepten parte o todas las objeciones hechas por el Poder Ejecutivo, mediante el veto parcial, sancionen la parte no vetada, siempre y cuando la misma guarde unidad jurídica y cumpla el objeto de su formulación. Para la sanción de la parte no vetada se requiere la coincidencia de ambas Cámaras, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de cada una.

Resultaría ocioso destacar lo valioso de esta novedad que permite que una ley vetada pueda promulgarse y no requiera todo un proceso legislativo nuevo para sancionar la parte no vetada, como se exigía antes de esta importante, práctica y económica innovación en el proceso de creación legislativa.

La otra innovación es la que atañe al plazo fijado de 60 días para que cada Cámara trate el veto parcial. Acotamos que este plazo, a nuestro criterio, no es, ni puede tener carácter perentorio como algunos sostienen y sirve sólo para mostrar la mora, si cualquiera de las Cámaras lo excede, y, el derecho de la otra Cámara o del Poder Ejecutivo, incluso del control social, a través de los medios de comunicación para urgir el tratamiento correspondiente, si el contenido del proyecto así lo amerita. El plazo para considerar el veto tiene el mismo carácter que los establecidos, por ejemplo, en el Código Procesal Civil, artículo 162, para que los jueces emitan resoluciones. Si no se cumplen esos plazos no hay sanción porque nadie puede considerar que la mora de un juez por no dictar, por ejemplo, una S.D. dentro del plazo de 40 días, tenga algún efecto jurídico. Sólo habilita, repetimos, que se pueda urgir sin apercibimiento alguno, salvo el de la presión ética que se pueda ejercer, si la demora es excesiva.

En cierta ocasión la Cámara de Diputados pretendió asignarle **carácter perentorio al plazo de 60 días**, fijado por la Constitución para el tratamiento del veto por la Cámara de origen y por la revisora.

Esta interpretación, absolutamente incorrecta, en primer lugar, porque la constitución **no establece expresamente el carácter**

**perentorio del término**, lo cual es una exigencia procesal elemental por los efectos severos, propios de un término de ese carácter. Los únicos términos perentorios que la Constitución reconoce son los fijados para el tratamiento de la ley del Presupuesto General de la Nación, y para la convocación a sesiones extraordinarias conforme se dispone en los artículos 216 y 184, respectivamente, de la ley fundamental. Por otra parte, si se pretendiera darle carácter perentorio al término de 60 días establecido para el estudio del veto, al vencer el mismo decaería el derecho para su tratamiento y, entonces, surgiría un problema insoluble respecto del conocimiento de la voluntad de la Cámara que dejó transcurrir el término, ¿fue a favor o en contra del veto? . El acertijo queda a cargo de los coyunturalmente interesados dado que los artículos pertinentes de la Constitución no dicen nada acerca como interpretar el silencio proveniente del transcurso del plazo de 60 días establecido, sin resolución.

Otro problema que se generaría como consecuencia de lo apuntado precedentemente es la consecuencia sancionadora que establece la Constitución en caso de **disentimiento** entre las Cámaras sobre la objeción o el veto **que impide que el proyecto se repita en las sesiones de ese año**. Se tendría nuevamente otra dificultad insalvable al resultar imposible establecer el significado del silencio, de una o de ambas Cámaras para calificarlo en uno u otro sentido, que permita reconocer si hubo o no disentimiento.

En resumen, para que el plazo de 60 días tenga carácter perentorio debe estar consignado expresamente en la Constitución, y al mismo tiempo la indicación, también explícita, del efecto del decaimiento del derecho de la Cámara omisa a considerar el veto y sancionarla con la interpretación que se le dé a la omisión, de **rechazo o aceptación del veto**. Lo cual a su vez, se proyecta sobre la cuestión del disentimiento y sobre su consecuencia, establecida en la Constitución.

Otra situación irregular y muy peligrosa con respecto al veto parcial fue la intención del Poder Ejecutivo de reemplazar el artículo vetado, por otro redactado por dicho poder, incluido en el decreto respectivo del veto. Este anómalo procedimiento fue felizmente desechado por la Cámara de Senadores, a pesar del sentimiento inicial favorable de la mayoría, a favor de la tesis del Ejecutivo.

De haber prosperado la propuesta del Poder Ejecutivo se habría creado un nuevo y "sui géneris" procedimiento para la

formación de las leyes, habida cuenta que a dicho poder se le habilitaría, a más de la vía constitucional para la participación en el proceso de formación de la ley mediante la iniciativa, **otro mecanismo ahora inconstitucional** para modificar la ley.

En otros términos, es sabido que al Poder Ejecutivo se le concede la iniciativa para presentar proyectos de ley en la primera fase del proceso de formación de la ley, denominada "**de la iniciativa**". Con la pretensión comentada el Poder Ejecutivo tendría la insólita facultad de proponer la **modificación de la ley**, no por la vía de un proyecto presentado en la primera fase de la iniciativa, sino en la tercera fase conocida como "**de la eficacia de la ley**", que comprende, exclusivamente, la gestión de promulgación o veto y publicación, en su caso.

En resumen, de accederse a su propuesta, se le hubiera otorgado al Poder Ejecutivo la facultad extraordinaria no admitida por la Constitución **de modificar la ley** por un procedimiento irregular y viciado de nulidad insanable.

Como curiosidad guardamos copia autenticada del dictamen en minoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales - suscripto solitariamente por uno de los nueve miembros - que rechazaba la inclusión del artículo propuesto por el Poder Ejecutivo en sustitución del vetado, pretensión aprobada inicialmente por la mayoría de ocho de los nueve miembros de la Comisión.

Afortunadamente, después de una elevada discusión, privó la tesis en el plenario del Senado de la minoría de la Comisión, solitariamente defendida. El artículo 209 sobre el veto total innova, al eliminar el excesivo recaudo contenido en el artículo 158 de la Constitución de 1967 - regulatorio del "veto total" del Poder Ejecutivo - que **exigía** con carácter previo, para su consideración, "**el voto afirmativo de la mayoría absoluta de dos tercios de ambas Cámaras**". Sólo si se cumplía esta condición podía tratarse, posteriormente, el "veto total" que en un segundo estadio exigía para su rechazo la mayoría absoluta de las Cámaras.

Con ese requisito previo era prácticamente imposible rechazar un "veto total" del Poder Ejecutivo. Ahora, sólo es menester que ambas Cámaras, por mayoría absoluta, confirmen la sanción inicial del proyecto de ley vetado totalmente, para que el Poder Ejecutivo lo promulgue obligatoriamente. Si hubiere disenso entre las

Cámaras sobre el "veto total" o parcial, el proyecto no puede repetirse en las sesiones de ese año.

### **ARTÍCULO 210: Del tratamiento de urgencia.**

Este artículo habilita al Poder Ejecutivo para solicitar el tratamiento urgente de proyectos de ley remitidos al Congreso. En estos casos se establecen plazos de 30 días para que la Cámara de origen y la revisora se pronuncien, y se limita a tres el número de proyectos de ley que pueden enviarse con ese carácter. Por último, cualesquiera de las Cámaras, por mayoría de dos tercios, puede dejar sin efecto esa modalidad de tratamiento. Este artículo fue reglamentado por Ley N° 904/96.

### **ARTÍCULO 211: De la sanción automática.**

La aprobación automática de un proyecto de ley, está regulado por el artículo 202 de la Constitución paraguaya, para un único caso, concreto y definido en ese artículo. Esta disposición establece que un proyecto de ley **presentado** en una Cámara y **aprobado** por ella como Cámara de origen, al pasar a la revisora ésta tiene el **plazo improrrogable** de tres meses para despacharlo. Vencido el término, sin que esta última se haya expedido, y, mediando comunicación escrita del Presidente de la Cámara de origen, al de la revisora, se reputa que ésta dio su aprobación favorable. Esta disposición constitucional es, en su objeto y finalidad, la reproducción fiel de la Ley N° 80/91.

Como puede apreciarse con la simple lectura del artículo 211 su contenido es extremadamente claro con respecto a una cuestión fundamental que concierne a la voluntad del constituyente que aceptó castigar, con la sanción automática **a la cámara omisa, en el único caso considerado, que corresponde al primer envío de la Cámara de origen a la revisora.**

En ningún otro caso, de los que pueden darse dentro del proceso de formación y sanción de las leyes, se contempla en la Constitución la aprobación automática, repetimos, establecida puntual y exclusivamente para el caso concreto del artículo 211.

No es la ocasión para enumerar los argumentos que se dieron en la Sub - Comisión N° 3 de la Comisión Redactora de la Constituyente para excluir la sanción automática en los demás casos que ofrece el trámite de la formación y sanción de las leyes.

Solamente nos permitiremos reafirmar que el artículo 211 reproduce con fidelidad el alcance de la Ley 80/91. Ley ésta que reglamentó los artículos 155 y 162 de la Constitución de 1967. Basta releer esos artículos para apreciar la claridad del telos perseguido en la ley citada, que sólo dispuso la sanción automática para el caso del artículo 155 de la Constitución de 1967, que es idéntico al previsto por el artículo 211 de la Constitución paraguaya vigente. El artículo 162 de la Constitución anterior, que también fue reglamentado por la Ley N° 80/91 establecía el principio de la sanción ficta para el mismo y único caso de que "la Cámara revisora no despachará en el término de tres meses un proyecto de ley aprobado en la Cámara de origen".

Los otros casos contemplados en la Constitución de 1967 por los artículos 160 y 161, similares a los previstos por los artículos 206 y 207 de la Constitución vigente, estaban excluidos del castigo de la sanción ficta o automática.

Con sorpresa y gran preocupación trató la Cámara de Senadores en dos sesiones la decisión de la Cámara de Diputados de extender unilateral y arbitrariamente la modalidad de la sanción automática, prevista para un solo caso - el establecido en el artículo 211 - a otro que, sin la menor duda, no correspondía.

Dijimos y sostenemos que los constituyentes cuando quisieron que se supla la **voluntad manifiesta** de una de las Cámaras, por la **voluntad ficta** lo consignaron expresa y claramente. Si se hubiera querido que esta voluntad ficta se aplicara a los otros casos del proceso de formación de las leyes, se hubiera consignado, con una brevísima frase, que podría, por ejemplo, decir : " Lo previsto en esta disposición (artículo 211) rige también para los casos establecidos en los artículos 206 y 207 de la Constitución".

La Cámara de Diputados no puede arrogarse el rol de constituyente y decidir "per se" la extensión de una conducta jurídica permitida para sólo un caso concreto, a otro no previsto, más aún cuando con esa actitud se apropia arbitrariamente de la voluntad de la Cámara de Senadores dándole, por añadidura un sentido diametralmente opuesto al manifestado, en los dos momentos en los que esta Cámara expresó su opinión sobre el tema.

En resumen, la infortunada gestión de la Cámara de Diputados, en esa ocasión, que agravia preceptos y principios constitucionales, al asumir paladinamente la atribución y la voluntad propia de la Cámara de Senadores, se corona con la desviación de poder al

omitir, deliberadamente, la firma del Presidente del Congreso en el acto de la remisión del proyecto de ley "sancionado" al Poder Ejecutivo para su promulgación.

El desdén de la Cámara de Diputados ha sido manifiesto al no ajustar el procedimiento legislativo a principios inmutables del derecho público que prohíbe hacer interpretación extensiva de una norma de ese carácter a situaciones distintas y, desvirtuar el otro principio de derecho público, según el cual lo que no está expresamente permitido está prohibido.

Nos preocupa mucho la gravedad del comportamiento de la Cámara de Diputados no sólo por crear una "ley", que puede calificarse jurídicamente como inexistente, sino también por el precedente que podría darse en otros casos más conflictivos, dado que el Congreso, en el caso de marras, se convirtió prácticamente en unicameral.

**Concluimos afirmando que la voluntad legislativa de la Cámara de Senadores se suplió a través de una interpretación, donde el intérprete, la Cámara de Diputados, se impone a la constitución y deja de interpretarla, para quebrantarla.**

#### **ARTÍCULO 213: De la publicación.**

"La ley no obliga sino en virtud de su promulgación y su publicación". Así reza la primera línea del artículo del título que consagra de este modo un principio básico de la seguridad jurídica y de la forma republicana de gobierno. Esta misma garantía reconocía la Constitución de 1967 en el artículo 165.

La Constitución paraguaya vigente trae una importantísima innovación, respecto de la publicación de las leyes, que consiste en facultar al Presidente del Congreso o, en su defecto, al Presidente de la Cámara de Diputados en el caso de que "el Poder Ejecutivo no cumpliera el deber de hacer publicar las leyes", en los términos dispuestos por el artículo 205 de la Constitución. También, con respecto de la promulgación, se obliga al Poder Ejecutivo que lo haga dentro de los plazos fijados por el artículo 205, de acuerdo con la cantidad de artículos del proyecto de ley sancionado, bajo "apercibimiento" de su promulgación automática.

Decíamos que la innovación dispuesta por el artículo considerado es muy importante, porque se han dado casos

reiterados, durante la vigencia de la Constitución anterior, que el Poder Ejecutivo no promulgaba la ley o si lo hacía no la publicaba, procedimientos éstos que impedían que el proyecto de ley sancionado por el Congreso se convirtiera en ley, con fuerza obligatoria.

## **ARTÍCULO 215: De la comisión delegada.**

La práctica legislativa en diversos países ha mostrado la conveniencia de delegar en comisiones, de cada una de las cámaras, especiales en cuanto al número de miembros y al pluralismo de su forma de integración, con atribuciones para resolver ciertas cuestiones que corresponden ordinariamente al plenario.

La doctrina y el Derecho Constitucional Comparado imponen, en esta materia, dos condiciones: una, prohibir la aprobación por el sistema de comisión delegada de leyes fundamentales, que requieren el trámite ordinario mediante la discusión y participación de todos los legisladores de las Cámaras del Congreso y, la otra, que el plenario de las mismas pueda, en cualquier momento, disponer que se vuelva al procedimiento ordinario, salvo que haya recaído resolución sobre la cuestión, por parte de la comisión delegada encargada de su estudio.

El artículo 215 de la Constitución paraguaya recogió el criterio doctrinario, plasmado en varias constituciones nuevas, y dispuso la creación de las comisiones delegadas para que las mismas, con el voto favorable de la mayoría absoluta, se ocupen del tratamiento de proyectos de ley, de resoluciones y de declaraciones. Asimismo, se prohíbe que puedan ser objeto de delegación: "el Presupuesto General de la Nación, los tratados internacionales, los proyectos de ley de carácter tributario y castrense, los que tuviesen relación con la organización de los poderes del Estado y los que se originasen en la iniciativa popular". Finalmente, se dispone que por simple mayoría decida el plenario, en cualquier momento, avocarse al estudio bajo trámite ordinario del proyecto de ley que se delegó, salvo que el mismo hubiera sido ya aprobado por la comisión.

Hace casi un año, con fecha 18 de julio, la Cámara de Senadores aprobó un proyecto de ley que reglamenta el artículo 215 de la Constitución. Las disposiciones más importantes de este proyecto se refieren a la necesidad de observar, en lo posible, la integración de las comisiones delegadas con participación proporcional de la representación política existente, al sistema de manejo interno, mesa directiva, sistema de votación, remisión a las

comisiones permanentes para dictamen. Por último, la atribución de la comisión delegada para aprobar, en su caso, el proyecto sometido a su estudio y remitir, según corresponda, a la otra cámara o al Poder Ejecutivo.

El proyecto de ley de la Cámara de Senadores fue totalmente rechazado por la Cámara de Diputados con fecha 15 de octubre de 1996 porque consideraron que la Constitución delegó en cada una de las cámaras la atribución para implementar el sistema de comisiones delegadas por simple resolución interna de las mismas.

La Cámara de Senadores se ratificó en su aprobación anterior, en marzo del corriente año, bajo Resolución N° 201 y se comunicó a la cámara revisora dicha determinación. La Cámara de Diputados aún no se expidió sobre esta cuestión.

La tesis sostenida por la Cámara de Senadores, para que el sistema de las comisiones delegadas se establezca por ley del Congreso y no por resoluciones de cada una de las ellas, se funda en dos aspectos: La necesidad de que el procedimiento, que regule el funcionamiento de tan importantes comisiones, no se establezca en normativas separadas, como sería el caso de las resoluciones de cada cámara y, en segundo lugar, que tenga dicho procedimiento la generalidad, abstracción y fijeza, caracteres propios de la ley del Congreso. Además con una ley se evitan los cambios unilaterales en el procedimiento, que pueden ocasionar inconvenientes no deseados.

#### **ARTÍCULO 216: Del Presupuesto General de la Nación.**

En relación con esta cuestión se introdujeron novedades importantes contenidas en el artículo del acápite. Pero antes recordamos, para resaltar lo innovado, que la Constitución de 1967 establecía que el proyecto de ley del Presupuesto General de la Nación debía ser presentado a más tardar el 30 de setiembre y su consideración se iniciaba en la Cámara de Diputados, la que disponía de 30 días para su estudio, y el mismo plazo la Cámara de Senadores. Las discrepancias en el tratamiento entre ambas Cámaras se resolvían con los reenvíos recíprocos por plazos de 10 días cada uno.

La modalidad prevista para el estudio del Presupuesto en la Constitución anterior traía muchos inconvenientes de orden práctico e incluso institucional. En efecto, el tratamiento del proyecto de ley del Presupuesto, por las Comisiones de Hacienda, respectivas de cada

cámara, se realizaba separadamente y, además de duplicar el trabajo, la Comisión de Hacienda de la cámara revisora no conocía los fundamentos sobre lo tratado y resuelto por la Comisión homóloga de la de origen, y, viceversa, en los casos de envíos y de reenvíos, lo cual dificultaba muchísimo el conocimiento de lo tratado, separadamente, por cada una de las Comisiones pertinentes de ambas cámaras. Se completaban las dificultades porque los interesados los otros poderes del Estado; los ministerios, entes descentralizados, etc., debían concurrir a las reuniones de Comisión, separadamente, de cada una de las cámaras.

El artículo 216 de la Constitución paraguaya, resolvió la totalidad de los problemas mencionados con una medida práctica y razonable que consistió en establecer la integración de una **Comisión Bicameral de Presupuesto** que realiza el estudio del proyecto de ley de Presupuesto, en reemplazo de las Comisiones de Hacienda, autónomas, de cada cámara, que tenían a su cargo la tarea correspondiente. A esta Comisión Bicameral única acuden los interesados para defender el monto de los rubros que se les asigna en el proyecto original de presupuesto o solicitar ampliación de los mismos, etc.

Otra modificación establecida en el artículo citado de la Constitución actual se refiere a la exigencia al Poder Ejecutivo para la presentación de Presupuesto al Congreso con fecha 1° de setiembre, en vez del 30 de dicho mes que fijaba la Constitución de 1967. Con esta medida el Congreso dispone de un mes más para el tratamiento de tan importante ley, lo que permite ampliar los plazos anteriores, tanto para el estudio por la Comisión Bicameral como para el de las Cámaras en los envíos y reenvíos correspondientes.

### **ARTÍCULO 217: De la vigencia del Presupuesto.**

Este artículo llena un importante vacío de la Constitución de 1967 con respecto de situaciones que pueden darse si el Poder Ejecutivo no presenta el proyecto de Presupuesto General de la Nación dentro de los plazos establecidos, o si el mismo fuese totalmente rechazado.

En ambos casos sigue vigente el presupuesto del año anterior, consigna la Constitución paraguaya actual. Respecto de estas dos hipótesis no daba solución alguna el artículo 163 de la Constitución anterior.

**SECCIÓN III**  
**DE LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO**  
**ARTÍCULO 218: De la conformación**

Ninguna variación importante acusa el artículo del título en relación con el correspondiente artículo 168 de la Constitución de 1967, salvo que en la disposición vigente se aclara que 15 días antes de entrar en receso cada Cámara debe designar a los Senadores y a los Diputados que integrarán la Comisión Permanente. En la anterior no se fijaba ese plazo anticipado y concreto, lo que provocó, en cierta oportunidad, la necesidad de recurrir a sesiones extraordinarias de urgencia para las designaciones correspondientes.

**ARTÍCULO 219: De los deberes y de las atribuciones.**

Consideramos conveniente aclarar dos cuestiones: La primera, concierne a las diferencias, entre el artículo 169, referente al punto, de la Constitución de 1967, y el artículo 219 de la vigente, las cuales son: a) antes la Comisión Permanente tenía a su cargo la recepción de las actas de las elecciones de Senadores y Diputados para que las Cámaras respectivas hicieran el juicio de las elecciones de sus miembros. Esta atribución de juzgamiento de los derechos y de los títulos de todos los elegidos compete actualmente a la Justicia Electoral, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 273, y, en consecuencia, la Comisión Permanente ya no recepciona las actas de las elecciones; b) la Constitución de 1967 no permitía a ninguna de las Cámaras, y menos a la Comisión Permanente, convocar a sesiones extraordinarias, ahora pueden hacerlo, y, específicamente, la Comisión Permanente por resolución de 2/3 de sus integrantes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 184, concordante con el inciso 4 del artículo 219. La segunda, se refiere a la necesidad de aclarar el alcance, en general, de las atribuciones de la Comisión Permanente. Este interés se debe a ciertas actuaciones de la Comisión Permanente, que se dieron fuera del marco de su competencia, asumiendo facultades que corresponden, privativamente, a cada Cámara. A manera de ejemplo recordamos comportamientos asumidos en relación con pedidos de informes a otros poderes o a la reiteración de los mismos, así como resoluciones adoptadas, fuera de su competencia, todas las cuales corresponden, privativamente, repetimos, a las Cámaras del Congreso y no a la Comisión Permanente.

Nosotros sostenemos la tesis de que si se diera la necesidad tomar medidas propias de las Cámaras, la Comisión Permanente, en uso de sus facultades, puede convocar de inmediato a sesiones extraordinarias de ambas o de una de ellas para adoptar la decisión que compete. Rafael Bielsa, al referirse a esta cuestión califica a las comisiones que actúan durante el receso parlamentario de "observadoras" porque "instruidas del hecho o acto de urgencia ponen en movimiento el cuerpo legislativo, que es quien las forma con ese mismo objeto" (Derecho Constitucional, pág. 487, Depalma).

Existe una fuerte corriente doctrinaria que impulsa la desaparición de las Comisiones Permanentes y la sustitución por una Secretaría que pueda cumplir con la función principal de convocar a sesiones extraordinarias cuando las circunstancias requieran la reunión de las Cámaras que integran el Poder Legislativo.

En resumen, es necesario y conveniente que la Comisión Permanente realice siempre su actividad dentro del marco estricto de la Constitución y de su reglamento interno, para evitar las desviaciones de poder que dañen su imagen y gestión, incluso del órgano institución del cual proviene.

#### **SECCIÓN IV**

#### **DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS**

#### **ARTÍCULO 221: De la composición.**

La innovación más importante que trae la Constitución paraguaya respecto de la Cámara de Diputados es el carácter de representación descentralizada, mediante la elección de sus miembros por colegios electorales propios para cada uno de los Departamentos y de la ciudad de Asunción. Esta importantísima modalidad permite que los representantes de cada departamento, así como los de Asunción, lleven a la Cámara de Diputados las inquietudes propias de los departamentos y se desarrollen, con más fuerza, los principios de la descentralización que permiten un manejo más profundo y eficiente de los gobiernos departamentales y municipales, hitos éstos de extraordinario valor para la consecución de los principios consagrados en el, de apertura, de la Constitución.

Otra importante innovación es la que permite modificar, aumentando o disminuyendo, el número de bancas que correspondan a los distintos distritos electorales del país (Asunción y Departamentos) de acuerdo con el número de electores de los

mismos. El Tribunal Superior de Justicia Electoral tienen la competencia exclusiva para decidir sobre las bancas que correspondan a los departamentos, incluida Asunción decimos nosotros, según el número de los electores inscriptos en el Registro Cívico Permanente. Queda reservada, exclusivamente, a la ley aumentar el número total de las bancas, fijadas constitucionalmente en 80, si así lo justifica el aumento significativo del número total de electores del país.

Puntualizamos que las únicas atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados previstas en el artículo 222, en relación con la iniciativa de la ley son las referidas a proyectos atinentes a la legislación departamental y municipal. Eliminando de esa manera las otras fijadas en el artículo 153 de la Constitución de 1967 que creara conflictos de interpretación y casi verdaderas cuestiones de competencia en razón de la materia entre las dos Cámaras del Congreso.

## **SECCIÓN V**

### **DE LA CÁMARA DE SENADORES**

#### **ARTÍCULO 223: De la composición.**

La novedad más importante que contiene el artículo del epígrafe es la delegación a la ley de la competencia para acrecentar el número de senadores conforme con el aumento de los electores, Además fija la edad de 35 años para ser electo, en vez de la de 40 años que establecía el artículo 150 de la Constitución anterior.

#### **ARTÍCULO 224: De las atribuciones exclusivas de la Cámara de Senadores.**

El mismo criterio utilizado para la Cámara de Diputados, sirvió para restringir la atribución exclusiva de la de Senadores en materia de iniciativa legislativa, que se limitó a los proyectos de ley relativos a la aprobación de tratados y de acuerdos internacionales.

### **III. Addenda.**

La Constitución paraguaya vigente no es un modelo de perfección, ni pretendió serlo. Pero, lo que puede afirmarse, casi sin margen de exageración, ni atrevimiento, es la apreciación siguiente: que es la Constitución, de contenido y de proceso de elaboración, más democrática de nuestra historia constitucional, tanto por la

frondosa participación de representantes de casi el ciento por ciento de los diversos intereses del país, a través de cuatro partidos y un movimiento político, los cuales conformaron sus respectivas listas, con carácter participativo y pluralista de tendencias internas y de sectores sociales y económicos; como por el tono enjundioso, elevado y sin cortapisas en los debates, todo lo cual le dio la impronta indeleble del carácter participativo y democrático al producto jurídico-político: la nueva Constitución paraguaya, vigente a partir del 20 de junio de 1992.

Se escuchan a veces críticas serias y oportunas sobre defectos de la Constitución vigente, apreciados con objetividad y solvencia intelectual, que deben corregirse a la brevedad posible, pero también menudean las originadas en errores de detalles, e incluso acaso de cierta importancia, provenientes de causas explicadas, las cuales no agravan principios constitucionales, ni siquiera tienen entidad que aliente una preocupación seria, salvo la conveniencia de su aclaración, vía interpretación legislativa. Estas últimas críticas, me duele decirlo, provienen a veces de "Constitucionalistas de oído", de sus "voceros officiosos" o de quienes intentan aparecer como severos "CATONES" en el afán de mostrar erudicción que no alcanza, sin embargo, a disimular ignorancia o quizá frustraciones de sesgo nostálgico, reivindicatorio del contenido autocrático de la Constitución anterior.

Participo plenamente del criterio acerca de que la Constitución vigente tendrá que ser mejorada de sus defectos primigenios, entre los que se destacan la modificación del artículo 120 que restringe la calidad de elector sólo a los ciudadanos paraguayos radicados en el territorio nacional. Asimismo de los que surgen de la experiencia en su aplicación. Sin embargo no recibirá la atinada crítica que se hiciera a la "Constitución de Weimar", por su tipología racional normativa, cuya elaboración fue hecha, según sus críticos, por "gente más sabia que prudente".

Por último, expreso mi homenaje al Presidente de la Convención Nacional Constituyente, ciudadano convencional Oscar Facundo Insfrán, a su mesa directiva y secretarios, por el manejo prudente y ordenado de la Asamblea Constituyente; a la Mesa Directiva de la Comisión Redactora, en su Presidente, el ciudadano convencional Óscar Paciello, por su erudicción e imparcialidad mostradas en la ímproba tarea realizada por la Comisión encargada de presentar al plenario el proyecto "Base de la Constitución". Finalmente, rindo en la persona del más respetado y uno de los más

ilustres ciudadanos convencionales, por su formación ética e intelectual, Rafael Eladio Velázquez, un testimonio de reconocimiento a los ciento noventa y ocho ciudadanos convencionales que durante seis meses trabajaron arduamente, a veces con la presión de presagios aciagos, para dotar a nuestra patria del "tratado de paz", que fijara el límite razonable del poder del Estado y estableciera las libertades, derechos y garantías de las personas. Tarea realizada mediante reivindicaciones e innovaciones, de raíz democrática y republicana, plasmadas tanto en el contenido dogmático como orgánico de la Constitución.

Al concluir este modesto trabajo expreso mi complacencia y felicitaciones a los propiciadores de la idea Dres. Luis Lezcano Claude y Emilio Camacho, de presentar en un libro, con diversas monografías, a cargo de distinguidos juristas compatriotas, "Comentarios de la Constitución", a ser editado en homenaje al 5° año de vigencia de la Constitución paraguaya.

Por último, no puedo sustraerme al deseo de expresar mi particular reconocimiento y aprecio a los compañeros constituyentes que integramos la Sub Comisión N° 3 de la Comisión Redactora que tuvo a su cargo el estudio del Capítulo del Poder Legislativo en el Proyecto de Constitución, que sirvió de base para la redacción final de la Constitución vigente, los ciudadanos convencionales Emilio Camacho, Bernardino Cano Radil, Celso Castillo y Evelio Fernández Arévalos. El anteproyecto preparado por la Sub Comisión N° 3 fue aceptado, prácticamente, sin modificaciones por el plenario de la Convención Nacional Constituyente.

## Bibliografía

- Andreozzi, Manuel. "Facultades de Investigación Legislativa". Edit. Ideas.
- Bidart Campos, Germán. "Derecho Constitucional del Poder". Edit. Ediar.
- Camacho, Emilio. "Constitución y Estado de Excepción". Edit. La Ley.
- Carter, Lief H., "Derecho Constitucional Contemporáneo". Edit. Abeledo Perrot.
- De la Rúa, Fernando. "Recurso de Casación". Edit. Zavalia.
- Del Vecchio, Jorge. "Persona, Estado y Derecho". Edit. Civitas Madrid.
- Fontenla, Lucía. "El Parlamento". Edit. Club de Lectores.
- Giunta, María Luisa y Cueto, J. Walter. "La Reforma Legislativa". Ed. Depalma
- Hamilton, Guillermo G. . "Lógica Parlamentaria". Edit. España.
- Herrera, Juan C. . "La Reforma Parlamentaria". Edit. El Cid.
- Lezcano Claude, Luis. "El Poder Ejecutivo en el Paraguay". Edit. Ñanduti Vive.
- Luño, Perez. "La Seguridad Jurídica". Edit. Ariel Derecho.
- Mendonca, Juan C.. "Inconstitucionalidad: Aspectos Procesales". Edit. El Foro.
- Pérez, Guilhou. . "Atribuciones del Congreso Argentino". Edit. Depalma.
- Prieto, Justo. "Constitución y Régimen Político en el Paraguay". Edit. El Lector.
- Riera Hunter, Marcos. "La Independencia del Poder Judicial". Edit. La Ley.

# COMISIONES DE INVESTIGACIÓN.

Luis Lezcano Claude.

## I. Antecedentes inmediatos.

En el año 1990, el Poder Ejecutivo, ejercido entonces por el Gral. Andrés Rodríguez, vetó dos proyectos de ley por los cuales se creaban comisiones parlamentarias de investigación de ilícitos. La primera de ellas debía ocuparse de hechos de esa naturaleza que afectaran a bienes del Estado y de los entes descentralizados; la segunda se encargaría de investigar violaciones de los derechos humanos.

En ese momento fue invocado como uno de los fundamentos del veto, la falta de una disposición constitucional que en forma clara y explícita consagrara esta atribución del Congreso.

## II. Rango constitucional y objeto de investigación.

A partir de la Constitución de 1992, la facultad de las Cámaras legislativas de "constituir comisiones conjuntas de investigación", tiene rango constitucional. El artículo 195 de la Ley Suprema, que confiere dicha atribución a "ambas cámaras del Congreso", ha sido reglamentado en el sentido de que la misma puede ser ejercida en sesión conjunta o por resolución separada de cada una de las cámaras.<sup>1</sup>

El citado precepto constitucional autoriza a constituir comisiones conjuntas para investigar: a. "sobre cualquier asunto de interés público" y b. "sobre la conducta de sus miembros".

La facultad abarca un tema general y de gran amplitud, y un tema específico de las cámaras. En cuanto al primero de ellos, la única limitación es que carezca de interés público. La determinación de la existencia o no de dicho interés, obviamente está en manos de

---

<sup>1</sup> Cfr. artículo 1° de la Ley N° 137, Que reglamenta el artículo 195 de la Constitución Nacional, que instituye las Comisiones Conjuntas de Investigación, del 7 de abril de 1993.

los parlamentarios, y dada la laxitud de la fórmula constitucional, prácticamente en cualquier asunto se podría encontrar algo considerado de interés público que justificara la investigación. Pero, como ha ocurrido hasta ahora, es conveniente que en este punto prevalezca el buen criterio de los legisladores.<sup>2</sup> En el segundo caso, el objeto de investigación está bien delimitado.

### **III. Sujetos de la investigación.**

De acuerdo con el artículo 195, 2º párrafo, pueden ser investigados: a. "los directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y descentralizados", b. "los (directores y administradores) de las entidades que administren fondos del Estado", c. "los (directores y administradores) de las empresas de participación estatal mayoritaria", d. "los funcionarios públicos" y e. "los particulares".

Por el contrario, no pueden ser investigados "el Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo y los magistrados judiciales, en materia jurisdiccional".

#### **1) Obligación de comparecer.**

De conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 195, las personas mencionadas en el mismo están obligadas a comparecer "ante las dos Cámaras", quedando incluso la duda de si la comparecencia debe realizarse ante ambas cámaras reunidas conjuntamente o ante cualquiera de ellas por separado.

En otras palabras, si nos ceñimos al texto constitucional, las comisiones de investigación del Congreso no tienen atribuciones para citar a nadie. Esto es absurdo.

Este error que señalamos es imputable en buena medida a la Comisión de Estilo y Técnica Legislativa de la Convención Nacional Constituyente. En efecto, en el proyecto de la subcomisión respectiva

---

<sup>2</sup> Al respecto, en la constitución italiana (1947) encontramos la expresión "materias de interés público". La constitución costarricense (1949) alude a "cualquier asunto que la Asamblea les encomiende". La constitución danesa (1953) se refiere a "cuestiones de interés general". La constitución venezolana (1961) habla de "investigaciones que juzguen convenientes, en conformidad con el reglamento".

-Una expresión idéntica a la contenida en nuestra Ley Suprema, encontramos en las constituciones de Panamá (1972), España (1978) y Perú (1993).

se establecía la obligación de comparecer "ante ellas", es decir, ante las comisiones conjuntas de investigación, de las cuales se habla en el primer párrafo del artículo. La norma fue aprobada con esta misma redacción en la Comisión Redactora.

La equivocada substitución de la frase "ante ellas" por "ante las dos Cámaras" fue realizada con posterioridad por la Comisión de Estilo y Técnica Legislativa, y pasó inadvertida en el momento de ser estudiado el artículo en plenaria. Indudablemente, la citada comisión se extralimitó en sus atribuciones pues la modificación afectó al fondo de la norma.

Obviamente una comisión de investigación debe estar investida de la facultad de requerir la comparecencia obligatoria de las personas, porque de lo contrario no sería tal, y su existencia no tendría ningún sentido.<sup>3</sup> El lamentable error señalado ya ha dado lugar a resistencias a acatar a las citadas comisiones.

Es más, algunos autores<sup>4</sup> sostienen que la obligación de comparecer existe solamente cuando se trata de ambas cámaras reunidas conjuntamente, o, en el mejor de los casos y con una interpretación amplia del texto constitucional, de la reunión del pleno de cualquiera de las cámaras. De acuerdo con este criterio, no existiría obligación de comparecer ante las comisiones de investigación y ello dependería exclusivamente de la voluntad de las personas citadas.

Esta interpretación literal estricta del citado artículo constitucional, no constituye sino una solapada forma de anular a las comisiones de investigación como tales. En efecto, si se entiende que la comparecencia debe ser ante ambas cámaras reunidas en conjunto, ello exige un quórum que se forma con la presencia de 64 legisladores, como mínimo. Esta cifra es realmente alta y demuestra que si se acepta esta interpretación, llevar adelante una investigación será, si no imposible, sumamente dificultoso. Pero el problema no desaparece aún cuando se interprete que la comparecencia debe ser ante la Cámara de Senadores (quórum a partir de 24 miembros) o ante la Cámara de Diputados (quórum a partir de 41 miembros).

---

<sup>3</sup> El carácter obligatorio de la comparecencia ante las comisiones parlamentarias de investigación, está claramente definido en las constituciones de Costa Rica, Honduras, Perú, El Salvador y Venezuela.

<sup>4</sup> Cfr. J.A. Moreno Ruffinelli, "La Comisión Bicameral de Investigación", en **Nuevas instituciones de la Constitución Nacional**, Asunción, Intercontinental Editora, 1996.

En nuestra opinión, en este punto debemos apartarnos de una rigurosa interpretación literal que anula la institución constitucional al hacer prácticamente imposible que cumpla los objetivos que constituyen su esencia. Por el contrario debemos propiciar una interpretación que haga viable el cumplimiento de las funciones propias de las comisiones parlamentarias de investigación. De hecho, ésta es la posición que ha prevalecido entre los legisladores, lo cual puede apreciarse en la ley que reglamenta el artículo 195 de la Constitución.<sup>5</sup>

Dicha ley reglamentaria reconoce a las comisiones de investigación la facultad de citar a las personas y dispone que la citación respectiva debe contener la advertencia de las sanciones de que puede hacerse pasible el citado si no compareciese (Cfr. artículo 4°).

Si la persona citada no compareciese sin causa justificada, la comisión puede hacerla comparecer con el auxilio de la fuerza pública (artículo 5°, 1er. párrafo). La ley en forma expresa confiere esta facultad a las comisiones de investigación, y la misma, como es lógico, se limita únicamente a hacer efectiva la comparecencia de las personas citadas.

Además, en concordancia con la Constitución que autoriza a establecer sanciones por el incumplimiento de esta obligación, la ley reglamentaria dispone que el infractor "se hará pasible, de pagar una multa de treinta a cien jornales mínimos diarios para actividades diversas no especificadas en la capital o de sufrir un arresto domiciliario de seis a quince días". La aplicación de las sanciones debe ser determinada por el juez competente, lo cual es una muestra de que las comisiones no tienen funciones jurisdiccionales.<sup>6</sup>

## **2) Obligación de suministrar información.**

Las personas citadas están obligadas, no sólo a comparecer, sino a suministrar las informaciones que se les requiera. La única

---

<sup>5</sup> Igualmente, en la escasa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sobre el tema, prevalece esta opinión. Al respecto, véase el Acuerdo y Sentencia N° 208, de fecha 17 de agosto de 1995, dictado en la "Acción de inconstitucionalidad en el juicio: "Roberto Leslie Antebi, Néstor Brítez Airaldi, Fernando Villalba y/o CADELPA s/ amparo".

<sup>6</sup> Cfr. artículo 5°, de la Ley N° 137/93.

excepción admisible es la de declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o la persona con quien está unido de hecho, contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive (artículo 18, de la Constitución).

En caso de que las personas citadas se nieguen a prestar declaración, sin invocar la excepción señalada, se harán pasibles de las sanciones mencionadas más arriba (multa o arresto domiciliario), sin perjuicio de las disposiciones penales que correspondan. Como ya hemos indicado, la aplicación de las sanciones debe hacerse con intervención del juez competente.<sup>7</sup>

### **3) Obligación de suministrar la documentación requerida.**

Las personas que pueden ser investigadas están obligadas a suministrar la documentación que se les requiera. La ley reglamentaria establece en forma categórica que las Comisiones Conjuntas de Investigación pueden *exigir* el suministro de la documentación pertinente o copias fotostáticas autenticadas de las mismas.

Cuando entre las personas investigadas y la comisión respectiva, se produjere una controversia acerca de la pertinencia o impertinencia del examen o de la entrega de la documentación solicitada, la cuestión será resuelta por el juez competente.<sup>8</sup> En este punto cabe hacer notar que, suscitada una controversia entre la comisión y las personas investigadas, su resolución se deriva a la justicia ordinaria.

El incumplimiento de la obligación de suministrar la documentación requerida, hace pasibles a los responsables de las sanciones mencionadas precedentemente.<sup>9</sup>

## **IV. Las Comisiones de investigación no tienen función jurisdiccional.**

La función jurisdiccional está a cargo de los tribunales y juzgados que integran el Poder Judicial. El artículo 248 de la

---

<sup>7</sup> Cfr. artículo 5º, 2º y 3er. párrafos, de la Ley N° 137/93.

<sup>8</sup> Cfr. artículo 6º, de la Ley N° 137/93.

<sup>9</sup> Cfr. artículo 7º, de la Ley N° 137/93.

Constitución establece que "sólo éste (el Poder Judicial) puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso". A continuación agrega lo siguiente: "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".

La forma en que están legisladas en el artículo 195 las atribuciones de las Comisiones de Investigación, se ajusta plenamente a lo establecido en el artículo que acabamos de transcribir parcialmente.

Prueba categórica de que las Comisiones de Investigación no ejercen función jurisdiccional es la afirmación de que su actividad "no afectará las atribuciones privativas del Poder Judicial". Se reconoce en el mismo artículo 195 que existen atribuciones privativas de dicho poder (las cuales no pueden ser otras que las jurisdiccionales), e implícitamente se niega que tales atribuciones puedan corresponder a las Comisiones de Investigación.

Para mayor claridad se establece que las conclusiones de las comisiones "no serán vinculantes para los tribunales ni menoscabarán las resoluciones judiciales". Esto significa que los magistrados judiciales no están obligados a dictar sentencia en el mismo sentido de las conclusiones de la investigación parlamentaria. Pueden tomarlas en consideración en la medida que lo crean conveniente, e incluso desecharlas por completo.

Por tanto, las Comisiones de Investigación no son tribunales, ni ordinarios, ni especiales. Sus integrantes no tienen carácter de jueces, en consecuencia, no se les puede exigir imparcialidad, ni tampoco se puede hablar de prejuzgamiento atendiendo a las declaraciones que hubieren formulado con anterioridad.

El hecho de que esté previsto recurrir a la justicia ordinaria en varios casos durante el proceso de investigación, revela claramente que las comisiones no están investidas de las atribuciones propias de los magistrados judiciales. La misma constitución establece que "los jueces ordenarán, conforme a derecho, las diligencias y pruebas que se les requiera, a los efectos de la investigación". ¿Qué juez o tribunal que fuere realmente tal, debe recurrir a otro juez o tribunal para que éste ordene diligencias y pruebas relacionadas con una investigación a cargo del primero?

En la Ley N° 137/93 se establece que para aplicar sanciones por incomparecencia sin causa justificada ante una Comisión de Investigación o por no suministrar la información o la documentación requerida, se debe recurrir al juez competente. Igualmente, si se suscitare una controversia entre la comisión y la persona investigada sobre la pertinencia o impertinencia del examen o de la entrega de la documentación solicitada, ella debe ser resuelta por el juez competente. Asimismo, para el allanamiento o registro de domicilio, y para el inventario, embargo o secuestro de objetos o cosas, se requiere orden judicial.<sup>10</sup>

Como las Comisiones de Investigación no ejercen función jurisdiccional, no pretenden resolver un caso litigioso, ni declarar la culpabilidad o inocencia de nadie; ni tienen atribución para hacerlo. En consecuencia, las conclusiones que puedan derivarse de la investigación no revisten el carácter de una sentencia, y, lógicamente, no causan estado. Las actuaciones en sede judicial son independientes y de otro carácter, y el resultado de las investigaciones parlamentarias no afecta necesariamente a aquéllas.<sup>11</sup>

## V. Defensa en juicio y derechos procesales.

Las actuaciones llevadas a cabo ante las Comisiones de Investigación no revisten el carácter de un juicio. Por ello no se puede hablar de una eventual violación del principio constitucional de la defensa en juicio (artículo 16, de la Constitución). Igualmente, el artículo 17 dispone que "en el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: ... 5) que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección ...". Se supone siempre la existencia de un juicio para que pueda hablarse de violación de la garantía de la defensa, y en la actuación de las Comisiones de Investigación no se da este supuesto.

Por la razón apuntada, tampoco puede alegarse que de las actuaciones ante la CBI, pueda derivarse la violación del derecho a

---

<sup>10</sup> Cfr. Ley N° 137/93, artículos 5° a 9°.

<sup>11</sup> Sobre el tema, E. Arroyo Talavera expresa lo siguiente: "La investigación parlamentaria no es, pues, un juicio; y la conclusión a la cual pueda llegar un cuerpo legislativo o una de sus comisiones al final de una investigación no es un acto jurisdiccional" ("Las investigaciones del Congreso", en **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Universidad Central, Caracas, N° 80, 1991, p.66).

"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" (artículo 17, inciso 7); o la del derecho a "que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas" (artículo 17, inciso 9). El primero de estos derechos sólo existe en el marco de un proceso. El segundo de ellos debe hacerse valer en idéntica situación, de modo que en el eventual caso de que la comisión investigadora comunique el resultado de la investigación a la justicia ordinaria y ésta decida iniciar un proceso, dentro del mismo se podrán impugnar las pruebas o las actuaciones que se considere obtenidas o producidas en transgresión a la ley.

## **VI. Respeto de los derechos y garantías constitucionales.**

El artículo 195 de la Ley Suprema prescribe también que "la actividad de las comisiones investigadoras no ... lesionará los derechos y garantías consagrados por esta Constitución ..".

En particular, pueden resultar afectados por la actividad de las aludidas comisiones los derechos consagrados en los artículos 18, 33, 34 y 36 de la Constitución.

En cuanto al primero de los preceptos mencionados que establece la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra las personas más próximas a uno, cabe mencionar que la ley reglamentaria en forma expresa se refiere a estas "restricciones de la declaración".<sup>12</sup>

El artículo 33 consagra el derecho a la intimidad. Al respecto dice: "La intimidad personal y familiar, así como el respecto a la vida privada son inviolables ... Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas".

El artículo 34 consagra la inviolabilidad de los recintos privados, y el artículo 36, la inviolabilidad del patrimonio documental y de la comunicación privada.

---

<sup>12</sup> Cfr. artículo 5° de la Ley N° 137/93.

Los derechos y las garantías mencionados pueden ser gravemente lesionados en caso de allanamientos o de actuaciones que recaigan sobre el patrimonio documental. Por ello, la Constitución dispone que los recintos privados sólo pueden ser allanados "por orden judicial y con sujeción a la ley" (artículo 34).

En relación con el patrimonio documental se establece lo siguiente: "Los registros, cualquiera sea su técnica, los impresos, la correspondencia, los escritos, ..., las colecciones o reproducciones, los testimonios y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades ... En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado" (artículo 36).

En concordancia con estas disposiciones, el artículo 195 de la Constitución prescribe que "los jueces ordenarán, conforme a derecho, las diligencias y pruebas que se les requiera, a los efectos de la investigación". Por tanto, cuando existiere una colisión entre derechos y garantías consagrados por la Constitución y los requerimientos de la comisión, necesariamente habrá de realizarse una valoración jurídica, para lo cual el único órgano competente es el juez. Pero sólo si se dan las circunstancias descriptas, el juez podrá negarse a ordenar las diligencias y pruebas requeridas.

En el mismo sentido, los artículos 8° y 9° de la Ley N° 137/93, contienen disposiciones tendientes a hacer efectivos los derechos y a preservar las garantías mencionados precedentemente.

El primero de dichos preceptos dice: "La Comisión si tuviese motivos fundados para presumir que en determinado lugar existen objetos o cosas, necesarios para el descubrimiento y comprobación de la verdad podrá solicitar al Juez de Turno, en lo Civil o en lo Penal, de la Circunscripción respectiva, que disponga la inmediata orden de allanamiento o registro de domicilio correspondiente, y el inventario, embargo o secuestro de los objetos o cosas.

En atención a lo previsto en el artículo 34 de la Constitución Nacional el Presidente de la Comisión podrá, excepcionalmente bajo su responsabilidad, formular verbalmente al Juzgado la solicitud de allanamiento o registro, inventario, embargo o secuestro, con cargo

de rendir cuenta de inmediato a la Comisión".

El artículo 9º reza así: "Las diligencias de allanamiento o registro de domicilio, de inventario, de embargo o de secuestro, se realizarán con las formalidades establecidas en los Códigos rituales y en ellas podrán participar miembros de las Comisiones Conjuntas de Investigación".

Los códigos rituales confían estas formalidades a los jueces (cfr. artículos 400 y siguientes del Código de Procedimientos Penales). Por ello, la participación de "miembros de las Comisiones Conjuntas de Investigación" en las mencionadas diligencias, no podrá ser en carácter de directores del procedimiento, sino de testigos calificados. Pero dicha intervención, circunscripta a los límites que mencionamos, no puede ser considerada inconstitucional.

## VII. Finalidad de la investigación parlamentaria.

Se puede afirmar que "la amplitud o extensión de la potestad investigativa parlamentaria, así como su sentido o finalidad, guardan relación directa con las funciones asignadas por la Constitución al Poder Legislativo ... Si nos atenemos entonces al principio de sujeción constitucional y legal de los órganos del poder público, deberemos aceptar que los cuerpos legislativos y sus comisiones pueden realizar las investigaciones que juzguen convenientes, siempre *que puedan ser éstas razonablemente vinculadas con las otras funciones parlamentarias, o mejor, razonablemente entendidas como medio o instrumento adecuado para su ejercicio*".<sup>13</sup>

En general, cuando se trata de "cualquier asunto de interés público", se entiende que la investigación se realiza con la finalidad de que la información que se obtenga como resultado de la actividad investigativa, es decir, las conclusiones de la misma, sirvan de base o ayuda para el dictamamiento de leyes referentes a los asuntos investigados.

Pero, a esta finalidad que podemos calificar de clásica, en la actualidad se suman otras.<sup>14</sup> Atendiendo especialmente a las

---

<sup>13</sup> E. Arroyo Talavera, op. cit., pp. 68-69.

<sup>14</sup> La amplitud con que se concibe la facultad de investigación del Congreso se puede apreciar en las líneas transcritas a continuación, que corresponden a parte de una

funciones de control que corresponden al órgano legislativo en el marco de las relaciones interpoderes (artículo 3° de la Constitución), se acepta que la investigación pueda estar orientada a recabar datos para el ejercicio de aquéllas. En efecto, los resultados de la tarea realizada por las Comisiones de Investigación pueden motivar pedidos de informes (en particular a los ministros del Poder Ejecutivo, que no pueden ser investigados) (artículo 192), interpelaciones (artículo 193), e, incluso, juicios políticos (artículo 225). Asimismo, la información obtenida por medio de las citadas comisiones, puede dar lugar a la formulación de declaraciones (artículo 202, inciso 8), etc. Por otro lado, el resultado de la investigación puede ser comunicado a la justicia ordinaria.<sup>15</sup> Nada obsta a que igual medida pueda adoptarse en relación con el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República.

La investigación "sobre la conducta de sus miembros" estará

---

sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, citada por E. Arroyo Talavera, op. cit., p. 70:

Siendo inherente al proceso legislativo, el poder de investigación del Congreso es amplio; abarca las averiguaciones relativas a la aplicación de leyes vigentes, así como también las relativas a leyes propuestas o que hacen falta; incluye la búsqueda de defectos en nuestro sistema social, económico o político, con la finalidad de que el Congreso los remedie; y comprende las indagaciones en las dependencias del gobierno federal para revelar la corrupción, la ineficiencia o el desperdicio. Pero el poder parlamentario de investigación no es ilimitado; sin justificación, en vista de sus funciones, el Congreso no tiene autoridad para revelar asuntos privados de los individuos... El Congreso no es, ni un instrumento de aplicación de la ley, ni un instrumento de enjuiciamiento; éstas son funciones de los departamentos ejecutivo y judicial del gobierno... Ninguna investigación parlamentaria es un fin en sí mismo; cada una debe relacionarse con un cometido legítimo del Congreso, y dirigirse hacia él; la investigación conducida sólo para el engrandecimiento de los investigadores o para el castigo de los investigados es indefendible (Watkins vs. United States, 354 US 178 (1957), United States Supreme Court Reports, octubre, 1956, vol. I, p. 1274).

<sup>15</sup> Las comisiones conjuntas de investigación son comisiones creadas por ambas Cámaras del Congreso y por tanto responden a las directivas de las mismas. El hecho de que el resultado de la investigación pueda ser comunicado a la justicia ordinaria, no autoriza a un juez a emplazar a la Comisión Bicameral de Investigación (CBI) para que, dentro de un lapso determinado, dicte resolución, bajo apercibimiento de que en caso contrario se ordenará del archivamiento del caso. Esto se pretendió en octubre de 1994, en el caso que involucraba a la Federación de la Producción, la Industria y el Comercio (FEPRINCO).

Es indudable que las cámaras legislativas pueden exigir la presentación de informes sobre la marcha de una investigación, o las conclusiones sobre la misma, y, eventualmente resolver el archivamiento del caso; pero ningún otro órgano puede estar investido de tales atribuciones.

orientada fundamentalmente a reunir datos para la adopción de las sanciones (amonestación o apercibimiento, suspensión y remoción) previstas en el artículo 190 de la Constitución, o para esclarecer los casos de "violación del régimen de las inhabilidades o incompatibilidades" o de "uso indebido de influencias" de que habla el artículo 201 de la Ley Suprema. Cabe señalar en cuanto a lo primero, que la adopción de tales sanciones es atribución de cada cámara y además, por lo menos la primera de ellas no reviste mucha gravedad, por lo que no se justifica la intervención de una comisión bicameral. En cuanto a lo segundo, si bien la Constitución prevé la sanción (pérdida de la investidura), no indica el órgano con facultad de aplicarla; pero como la misma equivale a la remoción, igualmente correspondería a cada cámara. En consecuencia, arribamos a la misma conclusión: no es necesaria la intervención de una comisión bicameral.

## **VIII. Simultaneidad entre investigación parlamentaria y juicio.**

La clara delimitación de los alcances y la finalidad de la investigación llevada a cabo por una comisión parlamentaria y la de la actuación que corresponde a un magistrado judicial, permiten que ambas puedan desarrollarse simultáneamente.

Al respecto, E. Arroyo Talavera<sup>16</sup> sostiene que "es posible entonces concebir en nuestro país la superposición, o si se prefiere, el ejercicio paralelo de las funciones investigativas de ambos poderes del Estado con relación a un mismo asunto, sin que los actos cumplidos por uno de ellos interfiera con los del otro. Ni una investigación parlamentaria puede obviar un juicio, ni el debate sometido al veredicto de un juez condiciona el ejercicio de una investigación parlamentaria".

Como ya lo hemos señalado, la actividad de las Comisiones de Investigación no puede afectar las atribuciones privativas del Poder Judicial y sus conclusiones no son vinculantes para los tribunales. Es decir, la investigación parlamentaria no puede interferir la actuación judicial.

Pero fuera de esta limitación, como no habrá dos juicios sobre

---

<sup>16</sup> E. Arroyo Talavera, op. cit., pp. 66-67.

un mismo asunto, la investigación que lleva adelante una comisión no debe ser suspendida por el hecho de haberse iniciado un juicio ante la justicia ordinaria. No existe disposición jurídica que determine este efecto o consecuencia.

Por otra parte, el procedimiento establecido en la Ley N° 137/93, no constituye un procedimiento previo a la promoción de un juicio en sede judicial.<sup>17</sup>

## **IX. Procedencia del amparo.**

Contra actos emanados de la Comisión Bicameral de Investigación se han interpuesto acciones de amparo, alegando el carácter ilegítimo de aquéllos. Sin embargo, siempre que dichos actos sean realizados de conformidad con las disposiciones de la Constitución y de las leyes, en particular la reglamentaria, en modo alguno pueden ser considerados ilegítimos.

La citación de los investigados, el pedido de auxilio de la fuerza pública para hacerlos comparecer en caso de incomparecencia sin causa justificada, el tomar declaración a los investigados, la exigencia de examen o entrega de documentación, el pedido de aplicación de las sanciones previstas en la ley, la solicitud de orden de allanamiento o registro de domicilio, o de inventario, embargo o secuestro de objetos o cosas, la comunicación de los resultados de la investigación a la justicia ordinaria, etc., son actos que las comisiones están autorizadas a realizar, y, por tanto, no pueden ser considerados ilegítimos.

En estas circunstancias, no se da uno de los presupuestos indispensables para la procedencia de una acción de amparo: el "acto manifiestamente ilegítimo" (Art. 134). Asimismo, tampoco existiría lesión grave o peligro inminente de ella que afecte derechos o garantías consagrados en la Constitución o en la ley.

---

<sup>17</sup> No obstante, por nota N° 15, de fecha 11 de septiembre de 1995, el Ing. Juan Carlos Wasmosy, en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación, comunicaba al Presidente de la Comisión Bicameral de Investigación, que había dispuesto la no comparecencia "del Comandante del Ejército, General de División Lino César Oviedo Silva a la audiencia fijada por la Comisión que investiga el caso de «ingerencia militar en política» ... por hallarse la cuestión mencionada sometida a la investigación del órgano jurisdiccional competente, el Poder Judicial".

## **X. Adopción de decisiones.**

La actividad de las comisiones de investigación culmina con unas "conclusiones" o con un "resultado de la investigación", que debe ser elevado al pleno de ambas cámaras, en cuyo seno habrán de adoptarse las decisiones pertinentes. Por su mismo carácter, las comisiones no están investidas de la facultad de adoptar decisiones respecto de lo que resulte de la investigación.

Como se señala en la ley reglamentaria, las comisiones deben elevar a cada cámara "informes sobre sus actividades que incluirán el estado en que se encuentren las investigaciones de cada caso".<sup>18</sup> En ninguna parte se menciona que las comisiones de investigación pueden adoptar decisiones sobre la base de lo investigado, sino que deben presentar informes sobre el particular, y entre ellos será incluido en su oportunidad el informe final.

En opinión de algunos autores, la decisión acerca de lo que debe ser objeto de una investigación, corresponde también al pleno de ambas cámaras.

## **XI. Derecho comparado.**

En cuanto a las fuentes directas del artículo 195 de la Constitución, se pueden mencionar el artículo 76 de la Constitución española y el artículo 160 de la Constitución venezolana. A continuación transcribimos ambos preceptos y, asimismo, los de otras constituciones latinoamericanas y europeas. De este modo se puede tener una visión bastante amplia del tratamiento del tema en el derecho comparado constitucional.

Como algunos de los puntos más aceptados, se pueden mencionar los siguientes:

a. El reconocimiento de la facultad de investigación con carácter amplio, en varios casos, en cuanto a los temas sobre los cuales puede recaer el ejercicio de aquélla.

b. La amplitud, también, en cuanto a las personas que pueden ser convocadas, y el carácter obligatorio que tiene la comparecencia

---

<sup>18</sup> Artículo 12 de la Ley N° 137/93.

ante las comisiones de investigación.

c. Asimismo, la facultad amplia de las comisiones en lo que se refiere al acceso a los lugares en que puedan recabar información, y la obligatoriedad de proporcionarle toda la información y toda la documentación pertinente.

d. El carácter no vinculante para los órganos judiciales, que se otorga a las conclusiones de la investigación parlamentaria.

*Constitución española (1978)*, Artículo 76. 1. El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.

2. Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación.

*Constitución venezolana (1961)*, Artículo 160. Los cuerpos legislativos o sus comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes, en conformidad con el reglamento.

Todos los funcionarios de la administración pública y de los institutos autónomos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante ellos y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.

Esta obligación incumbe también a los particulares, quedando a salvo los derechos y garantías que esta Constitución establece.

En todo caso se notificará al interesado el objeto de su citación con cuarenta y ocho horas de anticipación, cuando menos.

Artículo 161. El ejercicio de la facultad de investigación a que se refiere el artículo anterior no afecta las atribuciones que correspondan al Poder Judicial de acuerdo con esta Constitución y las leyes.

Los jueces estarán obligados a evacuar las pruebas para las

cuales reciban comisión de los cuerpos legislativos.

*Constitución brasileña* (1988), Artículo 58, ... 3º Las comisiones parlamentarias de investigación, que tendrán poderes de investigación propios de las autoridades judiciales, además de otros previstos en los reglamentos de las respectivas Cámaras, serán creadas por la Cámara de los Diputados y por el Senado Federal, conjunta o separadamente, mediante requerimiento de un tercio de sus miembros, para la averiguación de un hecho determinado y por un plazo cierto, siendo sus conclusiones, si fuera el caso, dirigidas al Ministerio Público, para que promueva la responsabilidad civil o penal de los infractores.

*Constitución costarricense* (1949) Artículo 121. Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: ...

23) Nombrar Comisiones de su seno para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende, y rindan el informe correspondiente.

Las Comisiones tendrán libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios. Podrán recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla ...

*Constitución guatemalteca* (1985), Artículo 171. Otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso:...

m) Nombrar comisiones de investigación en asuntos específicos de la administración pública, que planteen problemas de interés nacional.

*Constitución hondureña* (1982), Artículo 205. Corresponden al Congreso Nacional las atribuciones siguientes: ...

21) Nombrar comisiones especiales para la investigación de asuntos de interés nacional. La comparecencia a requerimientos de dichas comisiones, será obligatoria bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial ...

*Constitución panameña* (1972), Artículo 155. Son funciones administrativas de la Asamblea Legislativa: ...

6. Nombrar, con sujeción a lo previsto en esta Constitución y el Reglamento Interno, ... las Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público, para que informen al pleno a fin de que dicte las medidas que considere apropiadas.

*Constitución peruana* (1993), Artículo 97. El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.

Para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.

*Constitución salvadoreña* (1983), Artículo 131. Corresponde a la Asamblea Legislativa: ...

Inciso 32° Nombrar comisiones especiales para la investigación de asuntos de interés nacional y adoptar los acuerdos o recomendaciones que estime necesarios con base en el informe de dichas comisiones ...

Artículo 132. Todos los funcionarios y empleados públicos, incluyendo los de Instituciones Oficiales Autónomas y los Miembros de la Fuerza Armada, están en la obligación de colaborar con las comisiones especiales de la Asamblea Legislativa; y la comparecencia y declaración de aquellos así como las de cualquier otra persona, requerida por las mencionadas comisiones, serán obligatorias bajo los mismos apercibimientos que se observan en el procedimiento judicial.

Las conclusiones de las comisiones especiales de investigación de la Asamblea Legislativa no serán vinculantes para los tribunales, ni afectarán los procedimientos o las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado sea comunicado a la Fiscalía General de la República para el ejercicio de acciones pertinentes.

*Constitución alemana* (1949), Artículo 44. 1. El Parlamento Federal tiene el derecho y, a petición de una cuarta parte de sus miembros, el deber, de nombrar comisiones investigadoras que

reunirán las pruebas necesarias en sesión pública. La sesión podrá celebrarse también a puerta cerrada.

2. A las prácticas de prueba se aplicarán análogamente las disposiciones relativas al proceso penal. Permanecerá invariable el secreto de la correspondencia, de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones.

3. Los tribunales y las autoridades administrativas están obligados a prestar ayuda judicial y administrativa.

4. Las resoluciones de las comisiones investigadoras no podrán ser sometidas a la consideración judicial. Los tribunales quedan en libertad para apreciar y calificar los hechos que son objeto de la investigación.

*Constitución austriaca (1929)*, Artículo 53. 1. Podrá el Consejo Nacional establecer comisiones de investigación mediante la correspondiente resolución.

2. Se establecerán las normas de desarrollo sobre creación y procedimiento de las comisiones de investigación en la Ley Federal del Reglamento del Consejo Nacional.

3. Los tribunales y cualesquiera otras autoridades estarán obligados a dar cumplimiento a las reclamaciones de pruebas por parte de estas comisiones, y toda oficina pública deberá presentarles sus antecedentes, si aquéllas los reclaman.

*Constitución belga (1994)*, Artículo 56. Cada Cámara tendrá el derecho de investigación.

*Constitución danesa (1953)*, Artículo 51. El Parlamento podrá designar comisiones formadas por diputados para estudiar cuestiones de interés general, con la facultad de recabar, tanto de los particulares como de las autoridades públicas, cualesquiera informaciones escritas o verbales.

*Constitución griega (1975)*, Artículo 68. ... 2. La Cámara podrá, a propuesta de un quinto del total de los diputados y por una mayoría que equivalga, por lo menos, a los dos quintos del total de los diputados, constituir comisiones de investigación formadas por miembros suyos.

No podrá decidirse más que por mayoría absoluta del total de los diputados la constitución de comisiones de investigación sobre cuestiones relativas a política exterior y a defensa nacional.

Se establecerán por el Reglamento de la Cámara de Diputados las modalidades de composición y funcionamiento de estas Comisiones.

3. Las comisiones parlamentarias y las comisiones de investigación, así como las Secciones de la Cámara previstas en los artículos 70 y 71, se constituirán tomando en consideración la fuerza parlamentaria de los partidos, de los grupos y de los diputados independientes, conforme a los preceptos del Reglamento de la Cámara.

*Constitución italiana (1947)*, Artículo 82. Cada Cámara podrá acordar investigaciones sobre materias de interés público.

Con este fin nombrará entre sus componentes una Comisión formada de tal modo que refleje la proporción de los diversos grupos. La Comisión de investigación procederá a las indagaciones y a los exámenes con los mismos poderes y las mismas limitaciones que la autoridad judicial.

*Constitución de Luxemburgo (1868/1994)*, Artículo 64. La Cámara tendrá derecho a realizar investigaciones, derecho cuyo ejercicio será regulado por la ley.

*Constitución de los Países Bajos (1983)*, Artículo 70. Ambas Cámaras tendrán, tanto por separado como en sesión conjunta, el derecho de investigación (enquête), que será regulado por ley.

*Constitución portuguesa (1976/92)*, Artículo 181. ... 4. Sin perjuicio de su constitución conforme a las condiciones generales, las comisiones parlamentarias de investigación se constituirán obligatoriamente siempre que así se solicite por una quinta parte de los diputados en ejercicio efectivo de sus funciones, hasta el límite de una por diputado y por período de sesiones legislativas.

5. Las comisiones parlamentarias de investigación gozarán de las facultades de investigación propias de las autoridades judiciales.

## XII. Los ataques a la CBI.

El desempeño de la Comisión Bicameral de Investigación, con su diversa composición en los sucesivos períodos parlamentarios, ha sido objeto de múltiples críticas. Las mismas se materializaron en forma de editoriales y artículos de fondo de diversos medios periodísticos, así como en acciones de amparo o de inconstitucionalidad planteadas antes los órganos jurisdiccionales. En casi todas ellas se podía apreciar una posición muy parcialista de parte de quienes eran afectados por el accionar de dicha comisión.

De todos modos, entre las críticas deben distinguirse aquéllas que se referían a aspectos de fondo, particularmente a sus atribuciones, de las que se centraban en la actuación concreta de los integrantes de la comisión.

En cuanto a las primeras se puede afirmar que eran incorrectas. Ya hemos mencionado que las comisiones de investigación no son tribunales (ni ordinarios, ni especiales), que no constituyen un Poder Judicial paralelo, que las disposiciones contenidas en la Ley N° 137/93 que reglamenta el artículo 195 de la Ley Suprema, son constitucionales,<sup>19</sup> etc.

Por el contrario, las críticas que recayeron sobre la actuación de los integrantes de la comisión, tenían buena parte de razón. Pero ellas, por lo menos en el mismo grado, deben extenderse a la actuación de la prensa.

En varios casos ha resultado evidente la extralimitación de los integrantes de la CBI en el ejercicio de sus funciones. El afán de un exagerado protagonismo, particularmente en períodos preelectorales, ha llevado a algunos de sus miembros a subalternizar los fines propios de la comisión, haciendo prevalecer los meros intereses personales.

En nada han contribuido al prestigio de la CBI, los allanamientos de una espectacularidad inusitada por la cantidad de parlamentarios participantes, el elevado número de efectivos policiales y el gran despliegue de medios periodísticos escritos, radiales y televisivos. En esta circunstancias, de irrupción de

---

<sup>19</sup> Se puede afirmar que en virtud del Acuerdo y Sentencia N° 208, del 17 de agosto de 1995, la Corte Suprema de Justicia, al rechazar los principales cuestionamientos contra la Ley N° 137/93, prácticamente declaró su constitucionalidad.

personas en forma indiscriminada en domicilios particulares, lógicamente, la inobservancia del derecho a la intimidad y a la imagen privada de las personas era flagrante.

Igual suerte corría, en lo que respeta al patrimonio documental, la disposición constitucional que obliga a guardar "estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado" (artículo 36).<sup>20</sup>

Todo esto, sin embargo, no implica que la facultad de investigación que se reconoce a los órganos legislativos, pueda ser puesta en duda en cuanto a su legitimidad. Al respecto, el criterio es unánime en doctrina. Por nuestra parte, consideramos acertado el criterio constitucional de prever el ejercicio de tal facultad por medio de comisiones conjuntas de investigación, dentro del marco jurídico establecido en el artículo 195 de la Ley Suprema y en la ley reglamentaria.

---

<sup>20</sup> En relación con este punto, el Dr. Oscar Paciello expresó lo siguiente: "Y quiero resaltar esta materia, porque en violación a todas las garantías expresadas del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del patrimonio documental de las personas, no es infrecuente apreciar la perpetración de verdaderos delitos contra las garantías constitucionales, cuando no sólo no se observa el recato establecido en la ley ritual, sino que incluso se difunden por la prensa documentos que nada tienen que ver con hechos o situaciones investigadas, con grave escarnio a la conciencia civilizada del país, para pasto y ludibrio de una morbosidad avivada por pasiones inconfesadas".

## Bibliografía.

- Arroyo Talavera, Eduardo, "Las investigaciones del Congreso", en **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Universidad Central, Caracas, N° 80, 1991.
- Barboza, Ramiro, **Constitución de la República del Paraguay 1992**, Asunción, CIDSEP-UC - AID, T. II, 1993.
- Convención Nacional Constituyente, **Diario de Sesiones de la Comisión Redactora**, N° 25, 3 de abril de 1992, pp. 38/40.
- Convención Nacional Constituyente, **Diario de Sesiones de la Plenaria**, N° 30, 22 de mayo de 1992, pp. 131/132; y N° 43, 17 de junio de 1992, p. 73.
- Lezcano Claude, Luis, "Comentarios acerca del régimen de gobierno en la futura Constitución paraguaya", en **Constitución y cambio. Aportes para el debate de la Convención Nacional Constituyente**, Asunción, CIDSEP-Universidad Católica, T. I, abril de 1991.
- Moreno Ruffinelli, José A., **Nuevas instituciones de la Constitución Nacional**, Asunción, Intercontinental Editora, 1996.
- Seall-Sasiain, Jorge, "Las Comisiones de Investigación del Congreso: antecedentes en el Derecho Constitucional estadounidense y examen de su regulación y práctica nacionales", en **La Ley, Revista Jurídica Paraguaya**, Asunción, abril-junio de 1994, Año 17, N° 2, pp. 191-199.

# LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1992.

Enrique A. Sosa Elizeche

## I. El principio de separación de poderes.

El artículo 3° de la Constitución de 1992 dispone: *"El Gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público"*.

Nuestra Constitución ha adoptado así, al crear tres órganos fundamentales de poder, el principio de la separación o división de poderes, siguiendo una tradición que se remonta a la Constitución de 1870.

Concordantemente con esta declaración formulada en el capítulo correspondiente a las declaraciones fundamentales, la Constitución consagra sendos capítulos a cada uno de estos poderes en el Título II correspondiente a la estructura y función de Estado, dedicando el Capítulo I (artículos 182 a 225), al Poder Legislativo; el Capítulo II (artículos 226 al 246), al Poder Ejecutivo y el Capítulo III (artículos 247 al 276), al Poder Judicial.

## II. Poder absoluto y abuso de poder.

La Constitución de 1992 se ha adscripto, de tal manera al constitucionalismo clásico, para el cual uno de los principios fundamentales en los que descansa la organización estatal radica en la separación o división de poderes, principio enunciado por Locke y Montesquieu para quienes, sobre todo para el último, deben distribuirse los poderes, dividirse las atribuciones y evitarse la concentración de poder en una sola persona u órgano. El poder absoluto conduce necesariamente al abuso de poder de ahí la

conveniencia de dividirlo, distribuyéndolo en diferentes órganos y articulando un sistema de frenos y contrapesos mediante el cual todos esos poderes puedan equilibrarse, contrarrestarse y controlarse recíprocamente.

La doctrina de los frenos y contrapesos, que es consustancial con el principio de la separación de poderes, exige necesariamente que, luego de la atribución a un órgano del ejercicio principal de un poder determinado, se establezca una participación de menor importancia de otras personas u órganos.

Este principio de la separación de poderes, que exige la desconcentración de poderes como una garantía contra la opresión, era admitido desde la antigüedad clásica. Aristóteles ya había señalado los males que acarrea la concentración de poder en una sola persona. El principio de separación de poderes es, por tanto, un principio constitucional en el que se basamenta firmemente el sistema democrático. Las teorías totalitarias son opuestas a la división institucional de poder.<sup>1</sup> Ya en la Constitución de Massachussetts, en los Estados Unidos, se declara que el motivo de la separación de poderes en una rama legislativa, otra ejecutiva y otra judicial, es asegurar que su gobierno sea un gobierno de las leyes y no de los hombres. El objetivo fundamental del principio de separación de poderes es garantizar la vigencia de la libertad, la democracia y el estado de derecho.

El principio de la división de poderes fue recogido por las constituciones de los estados americanos al independizarse de Inglaterra. Por otra parte, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre se estableció, en el artículo 16, que "Toda sociedad en la que la separación de poderes no esté determinada, no tiene constitución". La separación de poderes es y ha sido un principio consustancial con el constitucionalismo.

Señala García Pelayo que el principio de la división de poderes no era nuevo en la época en que fue formulada por Montesquieu, pero sí era nuevo el sentido dado a la división, ya que ésta no es una mera concurrencia empírica de poderes sino de un plan para asegurar los derechos individuales.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Friedrich, Carl J., Teoría y Realidad de la Organización Constitucional Democrática, p. 171.

<sup>2</sup> Derecho Constitucional Comparado, p. 154, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

### III. División y coordinación de poderes.

Actualmente, la expresión división de poderes ha sido reemplazada por la de colaboración de poderes o coordinación de poderes o hasta de interdependencia de poderes. Ello, sin embargo, no significa que se haya abandonado el principio de la separación, sino que lo que se ha abandonado es la expresión división de poderes ya que, como se ha señalado acertadamente, lo que se divide no es el poder sino las funciones del poder que se separan y se distinguen.<sup>3</sup>

Como es sabido, en el sistema de separación de poderes, en la concepción clásica, se distinguen tres poderes: el Legislativo, que tiene a su cargo la función de dictar las leyes o legislar; el Ejecutivo, al que corresponde la tarea de administración, y el órgano jurisdiccional, que tiene a su cargo la tarea de resolver los conflictos o contiendas que se susciten entre los particulares.

Montesquieu, en su obra *El Espíritu de las Leyes* señala, luego de referirse al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, que "Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo: si está unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería legislador; si está unido al Poder Ejecutivo, el juez tendría la fuerza de un opresor".

Todo estará perdido si un mismo hombre, o un mismo cuerpo de pronombres, nobles o pueblo, ejerciese a la vez estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes y diferencias entre los particulares.

Debe recordarse igualmente que en la doctrina moderna, los poderes del Estado no se reducen al Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial sino que a ellos se agrega el Poder Constituyente y el Poder Electoral.

---

<sup>3</sup> Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, Tomo I, p. 699.

#### **IV. Separación de poderes y división de funciones.**

La división tripartita de poderes corresponde a tres funciones en las cuales se encuentra repartida la actividad estatal: la legislación, la administración y la jurisdicción, a la cual corresponde una división de órganos del Estado: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

Corresponde advertir, que el principio de división de poderes, en el constitucionalismo moderno, no es absoluto, ya que a menudo, el Poder Ejecutivo no se limita a la tarea puramente administrativa, sino que incluso puede participar, y participa, en la formación de las leyes mediante la iniciativa en algunas materias y mediante la promulgación y el derecho al veto que le corresponde. Por otro lado, el Poder Legislativo tiene algunas facultades de orden jurisdiccional cuando actúa como tribunal en el juicio político. A su vez, el Poder Judicial tiene facultades de carácter administrativo en el ámbito que le compete, vale decir, en el manejo del respectivo poder. Pero debe observarse que, como se ha señalado, el rigor del principio de la separación de poderes se mantiene solamente, y con énfasis, en la prohibición de que la actividad legislativa sea cumplida por un órgano no legislativo o la de que sea aceptada la independencia de los jueces en la administración de justicia, sobre todo en este último aspecto, ya que en el primero de ellos, la delegación legislativa por parte del órgano legislativo en favor del órgano administrador para la regulación en ciertas materias por medio de reglamentos administrativos, está hoy admitida.

#### **V. Identificación de los actos estatales.**

No debe dejar de tenerse en cuenta, por otra parte, que el criterio fundamental, en lo que respecta a la identificación de los actos estatales, es el que considera, principalmente, la naturaleza jurídica de la función realizada o el contenido del acto dictado, independientemente, del órgano a que corresponda dicha actividad. Así, el órgano legislativo puede realizar actos legislativos, que son los que le competen a dicho órgano, con un contenido legislativo, pero no es posible, por medio de un acto legislativo emanado del Parlamento, resolver cuestiones contenciosas para casos concretos, función que

corresponde exclusivamente al Poder Judicial. En el mismo sentido el Poder Judicial, mediante la formulación de sentencias o actos jurisdiccionales, no puede resolver o dictar resoluciones con carácter general que constituyen materia propia de la función legislativa.

## **VI. Independencia de los poderes.**

Debe destacarse que el principio de la separación de poderes no consiste solamente en una división de funciones o división del trabajo; lleva consigo necesariamente el principio de que los distintos órganos del Estado sean independientes unos de otros.

Cuando se habla de independencia de los poderes, no se está refiriendo a que sean independientes de la Constitución, ya que todos los poderes están subordinados a la ley fundamental. La independencia debe darse entre los distintos órganos, unos respecto de los demás.

Acogiendo estas ideas, el citado artículo 3°. de la Constitución consagra el principio, estableciendo el ejercicio del gobierno por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial e indicando que este ejercicio debe realizarse en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Igualmente, declara que ninguno de los poderes puede atribuirse ni otorgar a otro ni a persona alguna facultades extraordinarias o la suma del Poder Público.

## **VII. La administración de justicia.**

Dentro del esquema de la separación de poderes que hemos señalado en el párrafo anterior, al Poder Judicial le corresponde la función de administrar justicia. Establece el artículo 247 de la Constitución, al referirse a la función y composición del Poder Judicial, lo siguiente: *"El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir."*

*La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley".*

La Constitución, al conferir al Poder Judicial la función de administrar justicia, le está otorgando una misión que constituye la consecución de una de las finalidades de la propia Constitución. En el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental, se expresa que se sanciona y promulga la Constitución "*con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia*". La justicia, la libertad y la igualdad son, por tanto, para nuestra Constitución, los elementos fundamentales en los que descansa la sociedad.

Ya en las Leyes de Partidas, de Alfonso El Sabio, se establece como una regla "Los jueces deben ayudar a la libertad".<sup>4</sup> Los cometidos de quienes tienen a su cargo la fundamental misión de administrar justicia, ya fue advertida en la antigüedad.

Sostiene Fix Zamudio que la función judicial en la época actual, se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo, en el cual ha penetrado un conjunto de factores sociales, económicos, culturales que deben combinarse en una función que puede calificarse de política en el sentido de participación en la toma de decisiones esenciales de los órganos de poder la que anteriormente estaba excluida para los tribunales.<sup>5</sup>

Continúa diciendo el citado autor que, en la actualidad, no se discute la intervención del mismo organismo judicial en la toma de decisiones de carácter fundamental en el Estado contemporáneo, razón por la cual, los tribunales en su conjunto adquieren la categoría de un verdadero poder.

Se ha dicho que la justicia informa la totalidad de las actividades estatales, pero que dentro de estas actividades existe una función propia que consiste en restaurar el equilibrio social ante el desconocimiento del derecho que compromete, de manera grave, la paz y el orden social. Ante esa contienda, es necesario, por lo tanto, que el derecho sea reconocido.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico de Ossorio, administración de justicia significa la potestad que tienen los jueces de aplicar las normas jurídicas a los casos particulares.

---

<sup>4</sup> Partida VII, Título XXIV, Regla 1.

<sup>5</sup> Los problemas contemporáneos del Poder Judicial, p. 3.

Couture define administración de justicia como acción y efecto de administrar justicia, proveyendo a los petitorios de las partes, decidiendo las cuestiones sometidas a juicio y asegurando el correcto funcionamiento de la jurisdicción.<sup>6</sup>

Para algunos, administración de justicia significa el hecho de juzgar<sup>7</sup>, en tanto que para otros, es la actividad con que se despliega y se actúa una función típica del Estado, denominada, también, función jurisdiccional o jurisdicción.<sup>8</sup>

## VIII. La función jurisdiccional.

La función jurisdiccional lleva consigo una tarea de aplicación o ejecución de normas jurídicas. Pero se trata de una ejecución que se halla rodeada de ciertas condiciones o requisitos, lo cual la distingue de otras funciones estatales, como la función administrativa o la función legislativa que también implican una ejecución de normas superiores. En la función administrativa se aplica la ley, en la función legislativa se aplica o se ejecuta la Constitución. Lo que caracteriza a la función jurisdiccional es la aplicación de la ley por parte de un juez imparcial, dentro de un debido proceso y con un efecto especial dado a ese acto de aplicación de la ley, el efecto de la cosa juzgada.

Jellinek, para quien la jurisdicción es una de las tres funciones materiales del Estado, junto con la legislación y la administración, sostiene que "la jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones de intereses jurídicos".<sup>9</sup>

Sostiene el mismo autor que las decisiones judiciales, al igual que las leyes, tienen el carácter de actos de imperio: las decisiones judiciales subsumen un caso concreto bajo la norma abstracta y fijan de un modo autoritario el derecho y dicen cuál es la fuerza que le corresponde en virtud de la autoridad del Estado y las consecuencias jurídicas que se han de seguir de él.<sup>10</sup>

Afirma Linares Quintana que en la función jurisdiccional el Estado obra con personalidad propia, porque la actividad que con ella

---

<sup>6</sup> Vocabulario Jurídico, p. 80.

<sup>7</sup> Capitán, Vocabulario Jurídico, p. 31.

<sup>8</sup> Erico Redenti, Derecho Procesal Civil, T.I., p. 4; EJE 1957.

<sup>9</sup> Teoría General de Estado, p. 462.

<sup>10</sup> Teoría General de Estado, p. 463.

desarrolla es una emanación directa de su soberanía.<sup>11</sup> De acuerdo con Fix Zamudio, la jurisdicción es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y en una posición imparcial.<sup>12</sup> El mismo autor señala que: "Cuando los jueces deben resolver los conflictos derivados de la aplicación de las disposiciones y principios establecidos en las cartas fundamentales, su función, además de dinámica, es de carácter político, puesto que participan, como se ha dicho, en las decisiones de los otros órganos de poder".

En nuestro derecho positivo, existe una definición legal de la jurisdicción. El artículo 52 del Código de Organización Judicial dispone: "*La jurisdicción consiste en la potestad de conocer y decidir en juicio y de hacer ejecutar lo juzgado. No habrá más jurisdicciones especiales que las creadas por la Constitución y la ley*".

## **IX. La privatización de la justicia.**

Es importante destacar que la función jurisdiccional no es exclusiva del poder público. El Poder Público actúa con carácter supletorio y, en ciertos casos, en los que no se halla en juego el orden público, se permite lo que se ha dado en denominar la privatización de la justicia mediante la actuación de tribunales arbitrajes de carácter privado. Nuestra legislación admite ese tipo de justicia privada. El artículo 774 del Código Procesal Civil, en ese sentido, establece: "*Objeto del arbitraje. Toda cuestión de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje antes o después de deducida en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera fuese el estado de éste, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva firme. No podrán serlo, bajo pena de nulidad a) las cuestiones que versasen sobre el estado civil y capacidad de las personas; b) las referentes a bienes del Estado o de las municipalidades; c) aquellas en las cuales se requiera intervención del Ministerio Público; d) las que tengan por objeto la validez o nulidad de disposiciones de última voluntad; y e) en general, las que no puedan ser materia de transacción*".

---

<sup>11</sup> Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo IX, p. 404.

<sup>12</sup> Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo IX, p. 18.

Sin embargo, ese tipo de administración de justicia tiene un carácter excepcional y limitado, ya que, como se ha señalado, la actuación judicial del Estado continúa siendo principio permanente y ordinario.<sup>13</sup>

## **X. Examen sobre la aplicabilidad de las normas.**

Debe tenerse presente que la concepción de la función jurisdiccional como mera aplicación mecánica de las disposiciones legislativas, ha sido abandonada. Actualmente los jueces tienen la obligación de aplicar las disposiciones legales de conformidad con el orden de prelación establecido en la Constitución. El artículo 137 de nuestra ley fundamental dispone: *"La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, 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 del que ella dispone"*

*"Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución"*

En concordancia con la disposición constitucional, el artículo 15 inciso b) del Código Procesal Civil obliga a los jueces a *"fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia bajo pena de nulidad"*. Y el artículo 18 del mismo cuerpo legal faculta a los jueces a remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia cuando, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales, a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Por su parte, el Código de Organización Judicial, en el artículo 9°, primera parte, establece: *"Los jueces y tribunales aplicarán la Constitución, los tratados internacionales, los*

---

<sup>13</sup> Faustino Legon, Tratado de Derecho Político General, Tomo II, p. 597.

*códigos y otras leyes, los decretos, ordenanzas municipales y reglamentos en el orden de prelación enunciado".*

A ello debe agregarse la facultad conferida por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, en particular a la Sala Constitucional, de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. El artículo 260 de la Constitución así lo establece: *"Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: a) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y b) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción, en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte".*

Ese examen que deben realizar los magistrados del Poder Judicial sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de las normas constituye una facultad de suma importancia, que convierte al juez, no en un mero transmisor de disposiciones legales, sino en un verdadero administrador de justicia y en custodio de la Constitución.

Por eso, Fix Zamudio señala que: "En nuestros días los jueces, además de realizar una labor de integración en todos los conflictos que ellos conocen y, por tanto, son órganos de creación jurídica, como lo puso de relieve el ilustre jurista francés Francois Geny (lo que por otra parte los juristas anglo americanos señalaban desde hace mucho tiempo a través de la frase: "judge made law"), aquellos que deciden sobre cuestiones directamente constitucionales, efectúan una delicada función política en el sentido que señalamos anteriormente".<sup>14</sup>

Esa función política que realiza el Poder Judicial debe, sin embargo, ser ejercida con la debida prudencia a fin de evitar caer en el vicio de la llamada politización de la justicia o del "gobierno de los jueces".

---

<sup>14</sup> Faustino Legón, Tratado de Derecho Político General, Tomo II, p. 16.

## **XI. La facultad de interpretación.**

A la facultad que corresponde al Poder Judicial de aplicarla ley se suma otra facultad, sumamente importante, que es la de interpretar, no solamente la Constitución como lo establece el artículo 247, sino interpretar todas las disposiciones legales que van a ser aplicadas. Esta facultad interpretativa, vale decir, la facultad de darle a la norma jurídica su verdadero sentido y alcance, es una atribución de gran trascendencia que ha sido destacada universalmente por todos los autores, al extremo que, por ejemplo en los Estados Unidos, al referirse a la facultad de interpretar la ley que compete a la Corte Suprema y a todos los jueces, se ha dicho que la Constitución de los Estados Unidos es lo que los jueces dicen que es.

Esta tarea interpretativa es de gran importancia y alcance. Como se ha señalado, el campo de interpretación de que dispone el Poder Judicial es sumamente amplio, ya que se encuentra vinculado con los fines establecidos en los principios programáticos consagrados en el Preámbulo y en el texto de la norma constitucional.

La labor de interpretación de los jueces constituye así, un instrumento fundamental que otorga al Poder Judicial una facultad que lo convierte en un verdadero poder. Las circunstancias cambiantes que rodean a la norma jurídica hacen que la interpretación de esa norma y la adecuación a las circunstancias de cada momento histórico, constituyan a esa función, la función de decir el derecho, en una función de suma importancia, de gran responsabilidad y de enorme trascendencia en la vida social.

Aun cuando el juez debe ceñirse a la norma legal, a menudo es la propia norma la que faculta al juez a resolver las cuestiones contenciosas que no se encuentran previstas en la ley. La remisión de la solución de las cuestiones no previstas a los principios generales del derecho, concepto amplio, otorga a los jueces la potestad de resolver las cuestiones jurídicas de acuerdo con su prudente arbitrio. En tal sentido, el Código Civil, en el artículo 6°. preceptúa: *"Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio u obscuridad o insuficiencia de las leyes. Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se acudirá a los*

*principios generales del derecho*". Concordantemente, así también lo establece el artículo 61, segunda parte, del Código de Organización Judicial. Esa facultad discrecional, no absoluta, desde luego, que la ley le otorga al juez, implica, necesariamente, la atribución de crear la norma jurídica, bien entendido que dentro del marco que conforman los conceptos generales establecidos en la Constitución, principios constitucionales que a su vez se remiten a conceptos como el de justicia, libertad, igualdad, etc.<sup>15</sup>

## XII. Poder Judicial y Constitución.

Nos hemos referido anteriormente al carácter que le otorga la Constitución al Poder Judicial: la de ser su custodio. Es esta una de las funciones más trascendentes del Poder Judicial, que vincula estrechamente su actuación a la ley fundamental.

La doctrina moderna ha abandonado el criterio de que para asegurar los derechos basta con enunciarlos en la Constitución. Es necesario rodear a esos derechos fundamentales de carácter constitucional de garantías específicas, remedios procesales, que permitan mantener su vigencia efectiva.

Por otra parte, los principios básicos constitucionales, como la supremacía de la Constitución en el orden jurídico, requieren igualmente de medios efectivos de protección para asegurar no sólo su vigencia sino también su eficacia.

Así, la Constitución reconoce y consagra formas efectivas de protección. El artículo 131 dispone: *"Para hacer efectivos los derechos consagrados en esta Constitución, se establecen las garantías contenidas en este capítulo, las cuales serán reglamentadas por la ley"*.

Las garantías establecidas son: la declaración de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 132, el hábeas corpus, establecido en el artículo 133, el amparo, en el artículo 134 y el hábeas data, regulado en el artículo 135.

---

<sup>15</sup> Sobre el tema véase Ramón Silva Alonso, *La Función del Juez en la Vida del Derecho*, p.45; ver igualmente Maurice Duverger, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, p. 159

Todos estos remedios se hallan encomendados al Poder Judicial. La inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales compete a la Corte Suprema de Justicia; el hábeas corpus es una garantía que se interpone ante cualquier juez de primera instancia. Lo mismo cabe expresar del amparo y el hábeas data que son garantías específicas, en su acepción más estricta, que la Constitución provee a los magistrados judiciales para la salvaguarda de los derechos del individuo, pero también para la protección del propio ordenamiento constitucional.<sup>16</sup>

La importancia de estos instrumentos constitucionales creados para tutelar la estructura misma de la Constitución, ha dado lugar a la aparición de una disciplina científica jurídica, el Derecho Procesal Constitucional.<sup>17</sup>

El Derecho Procesal Constitucional que se ocupa del estudio de la justicia constitucional comprende tres sectores esenciales, como lo señala Fix Zamudio: a) la jurisdicción constitucional de la libertad, referida al estudio de los instrumentos creados para la tutela de los derechos de la persona humana; b) la jurisdicción constitucional orgánica que estudia o se dirige a los principios constitucionales que se refieren a las atribuciones de los diversos órganos del poder y c) la jurisdicción constitucional trasnacional referente a la incorporación al derecho nacional de principios de derecho internacional".<sup>18</sup>

### **XIII. El Estado de Justicia.**

La importancia conferida por las disposiciones constitucionales en los Estados modernos a la jurisdicción, ha llevado a algunos autores a hablar de un "Estado de Justicia" que, se afirma, "es el Estado de Derecho en el cual la mera legalidad puede ser sustituida o acompañada de consideraciones sobre el contenido, apoyadas no en los valores del individuo aislado, sino en los de la persona asociada, los cuales pueden constituirse en un orden basado en la solidaridad".<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Sobre las diversas acepciones del término 'garantía', véase Enrique A. Sosa, *La Acción de Amparo*, p. 14

<sup>17</sup> Véase Héctor Fix Zamudio, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, p.5

<sup>18</sup> Ver Fix Zamudio; obra citada, p. 13.

<sup>19</sup> Citado por Fix Zamudio, obra citada, p. 1 I.

El constitucionalista Jorge Reinaldo Vanossi cita la opinión del jurista alemán Otto Bachoff, quien sostiene que en la cuestión referida al problema de la justicia, hay un problema de confianza o de desconfianza en el juez. "Más allá de cualquier reparo de la lógica tradicional, como pueden tener los franceses de mentalidad volteriana o roussoniana, o de los reparos empíricos que pueden tener otros europeos, o de los reparos políticos que pueden haber tenido los alemanes en un momento dado, hay un problema de confianza que lleva al cambio de la actitud mental.

En los sistemas en los cuales hay desconfianza en el juez, no se le confiere a éste poder para intervenir más allá de los asuntos vinculados a particulares. Pero, cuando hay confianza en el juez, se amplía su órbita jurisdiccional para extenderla a conflictos en los cuales el Estado o ramas del Estado, o el Estado y particulares pueden ser parte, y sobre todo, cuando están en juego los derechos Individuales".<sup>20</sup>

Para algunos autores, siguiendo las ideas de Benjamín Constant, quien propiciaba la introducción de un principio estabilizador en el régimen monárquico, el Poder Judicial constituye un poder moderador, en el sentido de que introduce una función de equilibrio, confiriéndole al Poder Judicial el poder de contrarrestar e impedir los avances de los otros poderes, restableciendo, de tal manera, el equilibrio constitucional.<sup>21</sup>

#### **XIV. Legitimidad democrática.**

La circunstancia de que en la mayoría de las constituciones se haya optado, para la designación de los magistrados, por un procedimiento distinto al de la elección popular, ha conducido al cuestionamiento de la legitimidad democrática del Poder Judicial. No obstante, el hecho de que sea el único poder que no es electo directamente por disposición de la voluntad popular, no priva al Poder Judicial de su legitimidad. El artículo 2° de la Constitución establece que: "*En la República del Paraguay la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce, conforme con lo dispuesto en esta Constitución*". Ello

---

<sup>20</sup> Teoría Constitucional, Tomo 11, p. 51.

<sup>21</sup> Véase Jorge Reynaldo Vanossi, obra citada, Tomo 11, p. 51.

significa que la soberanía popular se ejerce no solamente a través del Poder Legislativo, electo en elecciones populares, o a través del Poder Ejecutivo, también electo por el mismo sistema, sino mediante los tres poderes que, en su conjunto, representan al pueblo soberano.

## **XV. Justiciabilidad. Cuestiones políticas y cuestiones abstractas.**

La facultad que le compete al Poder Judicial para administrar justicia está limitada por el principio de la justiciabilidad, según el cual existen cuestiones que por su índole no pueden decidirse por el Poder Judicial.

Así, por ejemplo, el órgano jurisdiccional del Estado no puede entender en casos hipotéticos. La doctrina se halla dividida en lo que respecta a la existencia de actos no judiciales. Hay autores que sostienen que todos los actos del Poder Ejecutivo son judiciales, en tanto que otros opinan que los actos derivados de las facultades privadas de los poderes Ejecutivo y Legislativo, están exentos de la autoridad del Poder Judicial.

El artículo 33 de la Constitución dispone: "*.. La conducta de las personas, en tanto no afecte el orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, estará exenta de la autoridad pública*" De acuerdo con esta disposición constitucional, esas conductas referidas en las mismas no podrían ser juzgadas por los magistrados judiciales.

La doctrina de las cuestiones políticas fue expuesta en los Estados Unidos por el juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, en el que hizo una distinción entre las causas en las que el Presidente y los que actúan como sus agentes ejercen poderes puramente políticos y aquellas en que cumplen deberes específicos señalados por la ley, deberes de los cuales dependen los derechos de los individuos. "*Las cuestiones políticas, por su naturaleza declaró nunca pueden resolverse en esta Corte*" De conformidad con esa doctrina, al Poder Judicial no le es posible valorar la oportunidad o los motivos de los actos de los demás poderes. No obstante, si los poderes políticos sobrepasan los límites de esas facultades privativas otorgadas por la Constitución o por la ley y afectan derechos subjetivos, los tribunales no pueden rehusar su tutela. Pero el examen del caso versará, entonces, sobre la legalidad y no sobre la justicia del mismo.

No deben confundirse, tampoco, las "cuestiones políticas" con las "causas políticas". La justicia norteamericana declaró en el caso Baker vs. Carr: "La doctrina de la que tratamos es de cuestiones políticas, no de causas políticas. Los tribunales no pueden rechazar como juicio contrario a derecho una controversia de buena fe sobre si alguna acción llamada política sobrepasa la autoridad constitucional.

La doctrina cita como ejemplo de cuestiones políticas o actos de gobierno, al indulto, la expulsión de extranjeros, la declaración de estado de sitio o la designación de ministros.

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha declarado que no existen casos no judiciales.<sup>22</sup>

Debe considerarse, no obstante, que los demás poderes del Estado actúan jurídicamente, y así también los particulares, mediante actos jurídicos. Tratándose de la actividad del Estado, cuando se dictan los llamados actos de gobierno que, de acuerdo con una doctrina del Derecho Administrativo no serían judiciales, no debe olvidarse que, aun cuando existen facultades discrecionales otorgadas a ciertos órganos, no se da una actividad enteramente libre y con una discrecionalidad absoluta. Todos los actos deben encuadrarse dentro del marco de las disposiciones constitucionales y legales, pues de no ser así, se caería en la mera arbitrariedad, contraria al sistema constitucional. La Constitución, la ley, los reglamentos y el propio principio de razonabilidad de los actos públicos constituyen límites a la facultad discrecional, por más amplia que ésta sea. Esta facultad discrecional caracteriza a los actos llamados políticos o actos de gobierno, si bien no es éste un rasgo esencial.

Otra limitación a las facultades del Poder Judicial, en lo que respecta a la justiciabilidad, es la de las "cuestiones abstractas" en virtud de la cual el Poder Judicial no puede actuar de oficio en casos abstractos sino en las llamadas "causas" o "casos". Vale decir que los magistrados sólo actúan en los litigios que se produzcan por acción de una parte y defensa de la otra. Por aplicación de este principio, el artículo 260 de la Constitución, cuando se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, exige que esa declaración sea dada en "caso concreto". Debe advertirse, sin embargo, que las cuestiones o los casos pueden perder su

---

<sup>22</sup> A.I. N° 157/89.

concreción luego de haber sido promovidos, como cuando en el momento de la sentencia el interés que originó la acción ha desaparecido por haber llegado, las partes, a una transacción, a algún acuerdo que tenga por objeto la conclusión del litigio, con lo cual el caso se convierte en una cuestión abstracta y los magistrados no pueden ya pronunciarse sobre la cuestión que motivó la controversia. De esta manera, el control que el Poder Judicial ejerce sobre los otros poderes no se manifiesta por medio de una actuación oficiosa, sino que se da mediante la revisión de los actos de los demás poderes en los casos concretos que les sean sometidos.

## **XVI. Garantías para el funcionamiento del Poder Judicial.**

A los efectos de asegurar el eficaz funcionamiento del Poder Judicial, la Constitución establece una serie de preceptos que crean mecanismos tendientes a garantizar la eficacia de su función. Como el objetivo de este trabajo no es analizar esos mecanismos, nos limitaremos a mencionarlos.

Aparte del citado artículo 3° de la Constitución que establece el principio de la separación de poderes, en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control, el artículo 248 de la Ley Fundamental, consagra la independencia del Poder Judicial disponiendo: *"Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello, sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas. Los 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"*. Diversas disposiciones de la Constitución de 1992 confirman el principio de la independencia del Poder Judicial, como la establecida en el artículo 192, que prohíbe al Poder Legislativo solicitar informes sobre la actividad jurisdiccional, el artículo 193, que prohíbe la interpelación

a los miembros del Poder Judicial en materia jurisdiccional; y el artículo 195, que dispone que la actividad de las comisiones investigadoras no podrá afectarlas atribuciones privativas del Poder Judicial.

Estos principios han sido recogidos del Derecho Constitucional norteamericano. Alexis de Tocqueville, quien describió con tanta perspicacia el sistema político de los Estados Unidos, al referirse al Poder Judicial en ese país expresa: "La primera característica del Poder Judicial, entre todos los pueblos, es la de servir de árbitro. Para que tenga lugar la actuación de los tribunales, es indispensable que haya litigio. Para que haya juez es necesaria la existencia de un proceso. En tanto que una ley no dé lugar a una demanda, el Poder Judicial no tiene ocasión de ocuparse de ella". "La segunda característica del Poder Judicial es la de pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales". "La tercera característica del Poder Judicial es la de no poder actuar más que cuando se acude a él o, según la expresión legal, cuando se le somete una causa".<sup>23</sup>

La Constitución rodea al Poder Judicial de una serie de garantías que tienen por objeto permitirle a ese órgano del Estado su pleno desenvolvimiento, de acuerdo con los fines que la propia Ley Fundamental le encomienda. Las garantías que aseguran la independencia del Poder Judicial, además de tener por finalidad la consecución de una justicia objetiva, sin influencias extrañas que puedan tergiversar o torcer la justicia del fallo, tienen también, como propósito, el eficaz control de los otros poderes. Vale decir, que existe una doble finalidad en lo que respecta a la independencia del Poder Judicial, por un lado la justicia efectiva y objetiva y por otro lado el control de los demás poderes del Estado, haciendo posible el sistema de frenos y contrapesos.

Además de la garantía de la independencia, y para asegurar el cumplimiento de esos objetivos, la Constitución le otorga al Poder Judicial un esquema de seguridades que no son objeto del presente estudio, pero que es útil mencionar: la autarquía del Poder Judicial, prevista en el artículo 249, la inamovilidad de los magistrados, establecida en el artículo 252, el sistema de designación de los ministros de la Corte Suprema y de los miembros de los tribunales y juzgados, a través de un Consejo de la Magistratura que tiene a su cargo la selección de los candidatos, sistema establecido en el

---

<sup>23</sup> La Democracia en América, p. 106.

artículos 251 y 264 de la Constitución, las inmunidades establecidas en el artículo 255, la obligación de prestar a la administración de justicia toda la cooperación que ella requiera para el cumplimiento de sus mandatos, impuesta a los órganos del Estado por el artículo 257, la prohibición de solicitar informes y de interpelar a los miembros del Poder Judicial en *materia* jurisdiccional, prevista en los artículos 192 y 193, la prohibición de investigar a los mismos en la misma materia y el sistema de remoción mediante un enjuiciamiento establecido en los artículos 253 y 261 de la Constitución.

## **XVII. Conclusión.**

En conclusión, la Constitución de 1992 estructura un Poder Judicial al que encomienda la custodia de la Ley Fundamental, la administración de justicia y el control de los demás órganos del Estado, en un sistema de separación de poderes. Las garantías que la Constitución le otorga tienen por finalidad asegurar la eficacia de su cometido: la prestación de un servicio de justicia imparcial e idóneo y el control adecuado de la actuación de los otros poderes mediante un sistema de equilibrio y cooperación.

El Poder Judicial en la Constitución de 1992 se encuentra más fortalecido. A las facultades de interpretación, la declaración de inconstitucionalidad, el control de la constitucionalidad y la legalidad, las inmunidades, se suma ahora un sistema de designación de los jueces, y de inamovilidad que otorga a los magistrados mayor independencia. Este Poder Judicial es un verdadero poder del Estado y es un poder político, en el sentido amplio de la palabra. Es un anhelo de toda la ciudadanía que el Poder Judicial pueda cumplir cabalmente su función, logrando para nuestro país un verdadero "Estado de Justicia".

# INDEPENDENCIA Y AUTARQUÍA PRESUPUESTARIA DEL PODER JUDICIAL.

Marcos Riera Hunter

## I. Funciones político - institucionales del Poder Judicial.

En un auténtico Estado de Derecho la función que le corresponde ejercer al órgano judicial es, sin ninguna duda, de naturaleza política e institucional. La política, entendida como "praxis de ordenamiento social con miras al bien común", no constituye, en modo alguno, función privativa de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, sino también del Poder Judicial por cuanto que todos ellos integran el Poder del Estado que es político por naturaleza y porque todos ellos desarrollan actividades políticas dentro del ámbito de competencias que les asigna la Constitución o Ley Fundamental.

Puede afirmarse, sin disimulos y sin temor a incurrir en equívocos conceptuales, que el Poder Judicial constituye un órgano político. Se afirma, por tanto, la politicidad esencial del Poder Judicial, afirmación que se funda en las siguientes razones:

1) En primer lugar, porque el Poder Judicial forma parte del Poder del Estado, que, como se dijo, es político por naturaleza; consecuentemente, la función judicial es también de naturaleza política, que se ejerce en el ámbito de competencia que determina la Constitución.

2) En segundo lugar, porque el Poder Judicial hace política al hacer jurisdicción. Debe compartirse, con Sagües, el criterio que sostiene que la sentencia judicial es un acto político, de soberanía y de gobierno.

3) En tercer lugar, porque la jurisprudencia, entendida no en el sentido tradicional de conjunto de fallos uniformes de tribunales superiores, sino como función jurisdiccional, constituye fuente de derecho. Y el derecho, a su vez, es consecuencia de la praxis política.

4) En cuarto lugar, porque generalmente, aunque no en todos los casos, las constituciones atribuyen al organismo judicial el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, función esta que, al decir de Loewenstein, tiene un indudable contenido político.

## **II. La independencia del Poder Judicial.**

Las funciones políticas e institucionales del Poder Judicial sin embargo, nunca podrían ser cumplidas a cabalidad si el órgano judicial careciese de la nota principalísima de la independencia. La independencia del Poder Judicial es el presupuesto del cumplimiento eficaz de su función específica y natural, al tiempo que es la "conditio sine qua non" de la democracia y del Estado de Derecho.

La independencia institucional del Poder Judicial es aquella que hace referencia a la independencia de este Poder como órgano separado y distinto de los demás Poderes del Estado, Legislativo y Ejecutivo, con los cuales debe relacionarse en un mismo nivel de igualdad, tanto en lo político como en lo económico. La independencia política guarda relación con su autonomía, con el autogobierno. La independencia económica es la capacidad que tiene el órgano judicial de satisfacer acabadamente las exigencias financieras que le impone el servicio de justicia. Ambas son dimensiones de la independencia institucional, y ambas están íntimamente vinculadas hasta el punto de que sin independencia económica no podría afirmarse, en rigor, la independencia política del Poder Judicial.

## **III. La independencia económica del Poder Judicial.**

La independencia económica, que es una dimensión de la independencia institucional del Poder Judicial garantizada en el artículo 248 de la Constitución, puede ser enfocada desde un punto de vista amplio y otro, estricto o riguroso.

Desde el primer punto de vista, la independencia económica del Poder Judicial significa que a éste se le debe garantizar la suficiencia y la disponibilidad oportuna de los créditos o partidas presupuestarias necesarias para el servicio de justicia. La insuficiencia presupuestaria, el retaceo de las partidas o créditos, el retardo en la entrega de las mismas, importa atentar contra la

independencia del Poder Judicial en detrimento directo del servicio de justicia.

Desde un punto de vista estricto o riguroso la independencia económica del Poder Judicial asume la forma específica denominada "autarquía", modalidad que incorpora todos los principios anteriormente señalados, pero, además, establece una serie de mecanismos institucionales destinados a garantizar en forma efectiva y concreta la independencia económica, financiera y presupuestaria del Poder Judicial, evitando así que la declaración de principios constitucionales queden reducidos a formulaciones literarias o retóricas, sin efecto real.

#### **IV. La Autarquía Judicial: significado, contenido y alcance.**

El artículo 249 de la Constitución dispone: "De la autarquía presupuestaria. El Poder Judicial goza de autonomía presupuestaria. En el Presupuesto General de la Nación se le asignará una cantidad no inferior al tres por ciento del presupuesto de la Administración Central. El presupuesto del Poder Judicial será aprobado por el Congreso y la Contraloría General de la República verificará todos sus gastos e inversiones".

Es importante señalar que la autarquía presupuestaria no constituye una frase hueca y carente de contenido, sino que constituye un concepto jurídico incorporado al orden constitucional por la Constitución de 1.992, que tiene un significado, un alcance y un sentido específicos que deben ser tenidos necesariamente en cuenta por la legislación secundaria ya que si así no ocurriera se estaría desconociendo uno de los más importantes mecanismos consagrados por la Constitución para garantizar la independencia institucional del Poder Judicial en su dimensión económica.

"Autarquía presupuestaria del Poder Judicial", pues, significa:

1) En primer lugar, que el Poder Judicial debe contar con una asignación presupuestaria mínima que sea suficiente para el cumplimiento del servicio de justicia. La Constitución, en su artículo 249, asigna al Poder Judicial "una cantidad no inferior al tres por ciento del presupuesto de la Administración Central", es decir, una cantidad mínima fácilmente calculable y determinable mediante un

simple cálculo matemático de carácter porcentual tomando como parámetro el presupuesto asignado a la Administración Central.

Ahora bien, la determinación del mínimo presupuestario requiere algunas precisiones de orden conceptual:

A) La determinación constitucional de asignar al Poder Judicial el tres por ciento del presupuesto de la Administración Central implica que ese mínimo presupuestario debe ser calculado sobre el monto global de ingresos o recursos de la Administración Central, sin deducciones ni quitas de ninguna clase.

B) El tres por ciento previsto en el artículo 249 debe ser calculado, por ende, sin discriminar el tipo, clase o naturaleza de recursos previstos en la Ley de Presupuesto para la Administración Central. En consecuencia, a los efectos del cumplimiento del mandato constitucional del artículo 249 no debe tenerse en cuenta si los ingresos o recursos son ordinarios (tributarios) o extraordinarios o especiales (como los préstamos y donaciones). Es, como se dijo, la globalidad o totalidad del presupuesto asignado a la Administración Central la que debe ser tenida en cuenta para de allí extraer el tres por ciento que corresponde al Poder Judicial. Se debe reiterar que el artículo 249 no distingue ni discrimina, a los efectos de establecer el mínimo presupuestario que asigna al Poder Judicial, entre ingresos tributarios y no tributarios, ni excluye (ni expresa, ni tácitamente) los préstamos y las donaciones del cálculo del porcentaje mínimo judicial, tal como lo hace, por ejemplo, el artículo 85 de la Constitución referido al rubro de la educación. Este artículo sí excluye (y lo hace expresamente) los préstamos y las donaciones del monto total que debe ser tenido en cuenta para calcular el 20% que se asigna a la educación. Pero, en el caso del Poder Judicial, la norma del artículo 249 no realiza tal discriminación ni distinción, razón por la cual si la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir. Hacerlo en este caso importaría quebrantar la norma jurídica constitucional so pretexto de interpretar su texto.

C) Tampoco resulta válido aplicar el criterio normado en el artículo 85 constitucional razonando por analogía. En efecto, se ha sostenido que existe en el artículo 249 de la Constitución una laguna, razón por la cual, a fin de integrar la laguna, debe aplicarse al caso del presupuesto judicial el mismo criterio que ha sido regulado en el artículo 85, para la educación. Sin embargo, y esto deber ser afirmado en forma categórica, no existe, desde el punto de vista de la lógica jurídica, ninguna laguna o vacío en el artículo 249 que pudieran

autorizar el razonamiento por analogía. Éste, el razonamiento análogo, parte del supuesto de que existe un vacío en la ley o una insuficiencia normativa que no llega a contemplar el caso concreto que demanda solución, y consiste, por ende, en aplicar el caso no previsto por el legislador (sea primario o secundario) la misma disposición jurídica que ha sido regulada por el legislador para el caso previsto, siempre y cuando que entre el caso previsto y el caso no previsto exista analogía esencial, vale decir, elementos comunes jurídicamente relevantes y, además, la misma razón jurídica para resolverlos del mismo modo. El razonamiento por analogía se encuentra consagrado en el artículo 6°, del Código Civil paraguayo. Pero, se insiste, en la norma del artículo 249 no existe vacío ni laguna que pudieran hacer posible este tipo de razonamiento. Es por ello por lo que resulta inaceptable desde el punto de vista lógico - jurídico pretender calcular el presupuesto judicial con el mismo criterio con el cual debe calcularse el presupuesto para la educación, es decir, excluyendo los recursos especiales (préstamos y donaciones), lo que constituiría violar la disposición constitucional y, consiguientemente, desconocer la autarquía presupuestaria del Poder Judicial con claro menoscabo de su independencia institucional.

D) La asignación presupuestaria del tres por ciento como mínimo al Poder Judicial, contempla también la inclusión oportuna de las ampliaciones presupuestarias que se hicieren durante el ejercicio fiscal pertinente. Así, en la medida en que se amplía el presupuesto de la Administración Central, la ley respectiva debe asignar el tres por ciento de dicha ampliación al Poder Judicial.

2) En segundo lugar, la autarquía presupuestaria del Poder Judicial significa que la Corte Suprema de Justicia se encuentra facultada en forma exclusiva y privativa para elaborar el presupuesto del Poder Judicial. Resulta obvio y evidente hasta el punto de constituir una verdad de perogrullo que si el Poder Judicial es independiente desde el punto de vista económico, independencia que asume la forma institucional de la autarquía, la Corte Suprema de Justicia (órgano supremo y representativo del Poder Judicial, que ejerce el gobierno del órgano de la justicia y el co - gobierno de la República, artículo 3°, constitucional), se encuentra facultada para realizar la elaboración del presupuesto judicial en forma exclusiva puesto que ella, la Corte, más que ningún otro organismo o Poder del Estado, se encuentra capacitada para conocer con detalle las necesidades del Poder Judicial. Es importante señalar que esta facultad constitucional, la de elaborar el presupuesto judicial, ya ha sido ejercida por la Corte Suprema de Justicia por medio del Decreto

N° 205/96, que aprobó el presupuesto del Poder Judicial para el año 1.997, instrumento que fue desconocido por los miembros del Congreso Nacional que introdujeron importantes modificaciones a dicho presupuesto, desconociendo así uno de los significados propios de la autarquía presupuestaria judicial.

3) En tercer lugar, y como secuencia lógica de lo precedentemente expuesto, debe admitirse la facultad de la Corte Suprema de Justicia para fijar, dentro del porcentaje presupuestario mínimo, las remuneraciones y los salarios de los Magistrados Judiciales y de los funcionarios judiciales y administrativos. Cabe recordar en este punto que la justa remuneración constituye una de las garantías que hacen a la independencia funcional del Magistrado. Por tal motivo, dicha determinación exclusiva por la Corte forma parte e integra la autarquía del Poder Judicial consagrada constitucionalmente.

4) En cuarto lugar, la autarquía presupuestaria judicial significa también protección del presupuesto elaborado por la Corte Suprema de Justicia. Esta protección se encuentra contenida en el concepto de autarquía porque si los organismos administrativos (Ministerio de Hacienda) o los demás Poderes del Estado pudieran modificar a su antojo el presupuesto judicial preparado por la Corte Suprema de Justicia de nada serviría consagrar una autarquía que sería puramente nominal y retórica, desde que todo lo que dispusiera la Corte en materia presupuestaria (programación y distribución de gastos) estaría sujeto a recortes o modificaciones por parte de órganos extraños al Poder Judicial, con claro desmedro, menoscabo y detrimento de su independencia económica.

Es por ello por lo que el presupuesto judicial de la Corte Suprema de Justicia no puede ser modificado, en modo alguno, por el Poder Ejecutivo; y tampoco por el Poder Legislativo, excepto, en su caso, en lo que excediera del tres por ciento que la Constitución establece como asignación, siempre que la modificación se funde en criterios razonables.

A) Que el presupuesto judicial no puede ser modificado por el Poder Ejecutivo, prácticamente no es materia de discusión puesto que, precisamente y más que nada, la autarquía como mecanismo institucional ha sido incorporada al orden jurídico nacional con rango constitucional para independizar al Poder Judicial del órgano que históricamente lo ha denominado gracias a la vigencia de estructuras jurídicas y constitucionales, como la Constitución de 1967, que ha

organizado un Poder Judicial jurídicamente dependiente del Poder Ejecutivo, lo que no impidió, cabe decirlo, la gestión de magistrados independientes desde el punto de vista funcional o subjetivo. Hoy, la Constitución de 1992 ha roto con esa tradición autocrática, antidemocrática y antirrepublicana puesto que no solamente independiza al Poder Judicial en lo político por medio de un complejo sistema de selección y designación de jueces, sino que también lo independiza en cuanto a lo económico, financiero y presupuestario.

B) Algo semejante acontece en relación con el Poder Legislativo puesto que tampoco el Congreso se encuentra facultado para modificar o alterar el presupuesto elaborado por la Corte Suprema de Justicia. Mientras la programación y la distribución de los gastos que realizare la Corte se mantenga dentro del tres por ciento que le corresponde al Poder Judicial, el Poder Legislativo no puede introducir modificaciones a dicho presupuesto. Solamente podría hacerlo si el presupuesto judicial elaborado por la Corte excediera el porcentaje mínimo y únicamente en la parte que excediera del 3%, es decir, por ejemplo, cuando del presupuesto importare el 3,50% o el 4% del presupuesto de la Administración Central, cosa que es perfectamente factible puesto que el porcentaje prevenido en el artículo 249 de la Constitución no constituye el máximo, sino el mínimo para el Poder Judicial.

a) Podría alegarse, en contra del criterio precedentemente sustentado, que tal alcance de la autarquía presupuestaria judicial no sería congruente con la facultad del Congreso Nacional de aprobar, previo estudio y análisis, el Presupuesto General del Estado (artículo 216 de la Constitución). Así se razonaría de la siguiente manera: si el presupuesto del Poder Judicial forma parte del Presupuesto General del Estado, y si el Congreso Nacional es el órgano competente para el estudio y la aprobación de dicho presupuesto, la conclusión lógica sería que el Congreso está facultado para estudiar y, por ende, para modificar el presupuesto de cualquier organismo del Estado, incluyendo al del Poder Judicial. El razonamiento es lógico, es decir, es formalmente correcto, pero la conclusión es equivocada o falsa porque las premisas que constituyen el antecedente de la conclusión no han contemplado ciertos elementos de juicio de fundamental importancia para determinar con precisión el alcance del concepto de autarquía presupuestaria judicial.

En efecto, si bien no puede negarse que el estudio del Presupuesto General de la Nación es de competencia del Poder Legislativo, y que ello hace a la "zona de reserva" del Congreso

Nacional, zona que debe ser respetada en aras del principio de división de poderes, no debe olvidarse que, aparte del artículo 216 de la Constitución, existe otro artículo que alude normativamente y en forma específica ( no ya genérica, como lo hace el artículo 216), al presupuesto del Poder Judicial, que es el artículo 249, y dicho artículo, que tiene el mismo rango jurídico que el artículo 216, dispone claramente que "el Poder Judicial goza de autonomía presupuestaria", lo que significa independencia en materia de presupuesto (elaboración, programación y distribución de gastos), y que dicho presupuesto "será aprobado por el Congreso", debiendo notarse en este punto dos aspectos: primero, que el artículo 249 no habla de "proyecto de presupuesto" judicial, como lo hacía el artículo 206 de la Constitución de 1967, sino del presupuesto en sí mismo del Poder Judicial; segundo, que el Poder Legislativo o Congreso está obligado a aprobar dicho presupuesto judicial cuando el mismo se ajusta al mínimo presupuestario, obligación que surge claramente de la expresión "será", que es equivalente al operador deóntico "deberá", que denota el imperativo jurídico a ser cumplido, en este caso por el órgano legislativo.

b) Tal vez quiera arguirse que la expresión "será aprobado por el Congreso" constituye una expresión redundante o superflua de la Constitución puesto que, se diría, resulta obvio que todo presupuesto debe ser aprobado por el Congreso, aunque se entiende que la aprobación supone el estudio y el análisis previo del instrumento presupuestario. Sin embargo, tal afirmación, si se formulara, estaría básicamente equivocada porque, como lo sostiene Linares Quintana, ninguna palabra o expresión de la Constitución puede considerarse en principio como superflua, redundante o inútil. Si la Constitución, a parte de lo normado en el artículo 216 (aprobación del presupuesto del Estado) consagra otra normativa (artículo 249) en la cual específicamente se alude, también imperativamente, a un presupuesto específico, el judicial, debe interpretarse que al hacerlo le ha querido otorgar significación propia en el sentido de que la facultad que le compete en general al Congreso en relación con el presupuesto del Estado se encuentra restringida y excepcionada en cuanto hace relación particular y específica con el presupuesto del Poder Judicial, conclusión no solamente lógica y razonable, sino también jurídica, puesto que esa expresión que aparentemente podría ser calificada de redundante se enmarca, nada más y nada menos, dentro del artículo que consagra la independencia económica y presupuestaria del Poder Judicial bajo la forma de la autarquía.

c) Podría también argumentarse que ése no puede ser el alcance de la autarquía judicial puesto que si así fuere se rompería el principio de división de poderes al restringir al Congreso una de sus facultades connaturales, cual es la de aprobar el presupuesto nacional. Empero, no existe ruptura del principio de poderes. Primero, porque tal alcance surge del concepto mismo de "autarquía presupuestaria del Poder Judicial". Se reitera, la autarquía presupuestaria significa independencia financiera y presupuestaria. Si este concepto no fuera aceptado en toda su dimensión y alcance se incurriría en el capricho de desconocer toda una institución constitucional simplemente porque la misma no es del agrado de ciertos sectores administrativos o legislativos de la República. Pero, una cosa es la aceptación de las normas por conveniencia, y otra muy distinta la aceptación y el cumplimiento de las mismas por razones eminentemente jurídicas, obligación a la que se encuentra sujeto todo habitante de la República. Segundo, tampoco se consagra con dicho alcance una ruptura o desequilibrio de poderes porque la autarquía presupuestaria no viene a constituir sino un mecanismo que la Ley Fundamental del Estado incorpora precisamente para contrarrestar el natural desequilibrio que afecta a todo Poder Judicial en la materia tratada. Decía Hamilton que el Poder Judicial es el más débil de los Poderes de la tríada porque es un Poder que "no tiene bolsa ni espada". La espada la tiene el Poder Ejecutivo, y la bolsa la tiene el Poder Legislativo. El Poder Judicial, decía el constitucionalista norteamericano, es sólo un Poder con discernimiento. Pues bien: precisamente para subsanar y neutralizar esa natural debilidad del órgano de la justicia y en defensa del Principio de División de Poderes, las constituciones modernas han consagrado diferentes mecanismos de rango constitucional como la inamovilidad, la irreductibilidad de las remuneraciones, la carrera judicial, etc., como también la independencia económica y presupuestaria que nuestra Constitución la consagra en el artículo 249 bajo la modalidad específica de la autarquía presupuestaria.

5) En quinto lugar, autarquía presupuestaria significa no sólo suficiencia en los recursos asignados al Poder Judicial, sino también la garantía de que esos recursos podrán ser dispuestos por el órgano judicial en el momento oportuno. La suficiencia sin disposición oportuna de tales recursos, o, a la inversa, la disponibilidad de recursos insuficientes, conllevan, sin lugar a ningún tipo de dudas, detrimento a la independencia institucional del Poder Judicial, violación del principio de división de poderes, y afectación del sistema republicano de gobierno.

Por ello, una ley reglamentaria deberá disponer, en su momento, la forma y la proporción en que las partidas presupuestarias deberán ser entregadas a la Corte Suprema de Justicia a los efectos de la ejecución del presupuesto judicial. Pero, mientras no se dicte una ley reglamentaria, ninguna ley (aunque sea la del presupuesto nacional) se encuentra legitimada para introducir incertidumbre y zozobra en la disponibilidad de las partidas presupuestarias que requiere la Corte. La incertidumbre en materia de disponibilidad presupuestaria (suficiencia y oportunidad) no trae como consecuencia sino introducir un elemento aleatorio y riesgoso en la ejecutoria judicial que hace mella en el principio de independencia consagrado en los artículos 3° y 248 de la Constitución.

6) En sexto lugar, la autarquía presupuestaria del Poder Judicial significa que el órgano representativo y supremo, la Corte Suprema de Justicia, se encuentra facultada para ejecutar dichos recursos conforme su propio presupuesto, ejecución que comprende también la atribución de reprogramación presupuestaria, con el conocimiento de la Contraloría General de la República, tal como lo establece la última parte del artículo 249 que dice: "La Contraloría General de la República verificará todos sus gastos e inversiones".

La facultad de la Corte Suprema de Justicia de reprogramar el presupuesto judicial en forma exclusiva e unilateral sin depender de la aprobación de otro Poder del Estado, se encuentra natural e implícitamente comprendida en la facultad de programación y distribución de gastos. Si la Corte puede, como realmente lo puede, programar y distribuir sus gastos en forma independiente de la intervención de cualquier otro organismo del Estado, también puede reprogramar dicho presupuesto si las necesidades que surgen en el proceso de ejecución del mismo así lo exigen. La única obligación que en tal sentido tiene la Corte Suprema de Justicia es la de comunicar dicha reprogramación a la Contraloría General de la República, que es el órgano competente para verificar sus gastos e inversiones.

No resulta inapropiado insistir en que las reprogramaciones presupuestarias constituyen mecanismos normales en el ejercicio de cualquier administración y es el fruto del poder de gestión que tienen las entidades autárquicas como el Poder Judicial. Consiguientemente, subordinar la reprogramación presupuestaria del Poder Judicial a la aprobación del Poder Legislativo, como usualmente vienen disponiendo las leyes de presupuesto del Estado, no implica sino

desconocer lisamente la atribución que en tal sentido tiene la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional.

A este respecto, cabe destacar que existen criterios jurídicos importantes que evidencian la validez del criterio que sostiene la independencia del Poder Judicial de reprogramar su presupuesto sin contar con la aprobación previa de otro Poder del Estado, y con la sola obligación de comunicar aquella determinación a la Contraloría General de la República:

A) Conforme surge de la nota del 13 de julio de 1992, el propio Contralor General de la República, respondiendo a un pedido de la Corte Suprema de Justicia, manifestó que "las reprogramaciones podrán ser realizadas por la Dirección de Presupuesto del Poder Judicial ajustándose a la ley de presupuesto, remitiendo los antecedentes al Ministerio de Hacienda para su habilitación en los rubros reprogramados, conforme a los requerimientos de la Administración de Justicia. Su aprobación deberá ser por decreto de la Corte Suprema de Justicia o la autoridad que la ley de Organización Judicial así lo designe. Una copia de los antecedentes deberá ser remitida a la Contraloría General de la República para su verificación".

B) La Abogacía del Tesoro, dependiente del Ministerio Hacienda, comparte los conceptos expuestos por el Contralor de la República, cuya coherencia con el artículo 249 es indiscutible. Así el citado organismo ministerial, en su dictamen N° 1133 del 23 de setiembre de 1992, señaló que: "... La aludida autarquía permite a dicho Poder del Estado (se refiere al Poder Judicial) programar y reprogramar, ejecutar y evaluar su presupuesto estando el control y verificación de los gastos e inversiones bajo la responsabilidad de la Contraloría General de la República."

C) Por último, por Decreto N° 183 del 23 de setiembre de 1992, la Corte Suprema de Justicia, "en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 247 y 249 de la Constitución", reprogramó el presupuesto correspondiente al año 1992, en la forma y con el alcance que ilustra el mencionado decreto judicial. Ello evidencia que la propia Corte Suprema de Justicia, sobre la base de criterios doctrinarios y científicos, interpretó el artículo 249 de la Constitución en el sentido de comprender dentro del concepto de "autarquía presupuestaria" la facultad de reprogramación independiente por parte de la misma Corte. Si así no lo hubiera entendido no hubiera dictado el referido decreto que se constituye en el primer instrumento

jurídico de hermenéutica constitucional por el Supremo Tribunal Judicial de la República que ha aplicado y ejercido la potestad de interpretar la Constitución, conforme lo estatuye el artículo 247 de la Ley Fundamental de la República.

## **V. Necesidad de reglamentar la autarquía presupuestaria del Poder Judicial. Su definición por acordada de la C.S.J.**

Considerando que la norma del artículo 249 de la Constitución legisla sobre uno de los mecanismos más importantes para garantizar la independencia institucional del Poder Judicial en su dimensión económica, se hace necesario que dicha cláusula sea reglamentada por ley secundaria a fin de posibilitar con mayor eficacia la aplicación del citado mecanismo constitucional.

Sin embargo, si la norma del artículo 249 no fuera reglamentada por el Poder Legislativo, o se postergase su reglamentación, como ha ocurrido hasta hoy, igualmente dicho mecanismo podría funcionar conforme el contenido conceptual de la autarquía presupuestaria. En efecto, debe tenerse muy en cuenta que la disposición aludida no contiene una norma programática, es decir, aquella que solamente puede hacerse efectiva por medio de una instrumentación jurídica secundaria, sino una norma operativa que, como tal, es susceptible de ser aplicada directamente sin la necesidad forzosa de contar con la mediación de otra normativa inferior, aún cuando debe admitirse la conveniencia de tal reglamentación.

Por lo demás, el concepto de "autarquía presupuestaria del Poder Judicial" puede ser también definido por la Corte Suprema de Justicia por Acordada, modalidad que resulta válida por dos razones: 1) Porque la Corte Suprema de Justicia es, por mandato constitucional, el órgano de gobierno y representativo del Poder Judicial (máximo Tribunal de Justicia de la República, con poder de Superintendencia y facultades disciplinarias) que, tiene la facultad de interpretar cláusulas constitucionales con carácter final y terminal, conforme surge del artículo 247 de la Constitución, en concordancia con el artículo 3, inc. "a", la Ley N° 609/95, Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; 2) Porque existe un antecedente de interpretación legal por la Corte Suprema de Justicia por medio de Acordada, a los efectos de determinar el sentido y alcance del texto

interpretado y lograr una mejor aplicación del mismo. Por ejemplo, por Acordada N° 7 del 22 de febrero de 1989, la Corte Suprema de Justicia interpretó y estableció el alcance de la expresión "resoluciones con fuerza de sentencia definitiva," prevista como norma legal en el artículo 133, inc, "j", del Código Procesal Civil, que reproduce su antecedente, el artículo 3, inc. "j", de la Ley N° 1110/85.

## **VI. Conclusión.**

La independencia institucional del Poder Judicial no es el resultado de un solo mecanismo destinado a salvaguardarla. La independencia institucional del órgano de la justicia es el resultado del funcionamiento coherente de diversos mecanismos que integran todo un sistema o una estructura normativa. Empero, debe hacerse hincapié en la implementación efectiva y real de la autarquía presupuestaria del Poder Judicial por cuanto que, como se dijo, sin independencia económica no es posible la independencia política. Si, además, de la autarquía presupuestaria judicial, se instituye la carrera judicial y la Escuela Judicial como presupuesto de aquella, si se reforma la Ley de Enjuiciamiento de Magistrados a fin de obtener un instrumento jurídico que garantice la independencia funcional de los jueces y su inamovilidad, por una parte, y el derecho de los justiciables, por otra parte, y si se incorporan a los cuadros judiciales recursos humanos honestos, y subjetivamente independientes, es factible consolidar, a corto o mediano plazo, la independencia institucional del Poder Judicial y, con ella, el Estado de Derecho en el Paraguay.

## Bibliografía.

- Aranda Lavarello, Eduardo H., "Autarquía económica del Poder Judicial. Modos y medios destinados a lograrla", Rev. Jurid. Arg. La ley, T. 148, pág. 945.
- Barra, Rodolfo Carlos y Bianchi, Alberto B., "El derecho a la intangibilidad de la remuneración judicial"; El derecho, T. 111, pág. 915.
- Constitución de 1.992.
- Dromi, José Roberto, "La remuneración de los jueces", Jurisprudencia argentina, 1983, II, pág. 736.
- Dromi, José Roberto, "El Poder Judicial", Ed. Ciudad argentina, Mendoza, 1984.
- Guzmán Brito, Alejandro y otros autores, "La función judicial", Depalma, Bs. Aires, 1981.
- Herbon, Hebe Mabel Leonardi (de), "La remuneración de los jueces y la independencia del Poder Judicial". El derecho, T. 115, pág. 117.
- Michelson, Guillermo, "Magistratura y economía", Rev. Jurid. Arg. La ley, T. 119, pág. 1180.
- Molina Carranza, Emilio, "El Poder Judicial en el régimen democrático", jurisprudencia argentina, T. 21 Sec. Doctr., pág. 71.
- Morello, Augusto Mario, "El Rol de los tribunales en las sociedades modernas", El derecho, T. 118, pág. 939.
- Pérez Guilhou, Dardo y otros autores, "El Poder Judicial", Depalma, Bs. Aires, 1989.
- Riera Hunter, Marcos, "La independencia del Poder Judicial, derecho paraguayo y comparado", Ed. La ley S.A., Asunción, 1991.

- Sagües, Néstor Pedro, "La desvalorización monetaria y el principio constitucional de irreductibilidad de las compensaciones judiciales", *Jurisprudencia argentina*, 1997, IV, pág. 730.

- Serra, María Mercedes, "Poder Judicial: su presupuesto", *Rev. Juríd. Arg.*, La ley, 1985, C, pág. 1230.

# LA CONSTITUCIÓN DE 1992 Y LAS TRANSFORMACIONES OPERADAS EN LA VIDA NACIONAL.

Óscar Paciello

## I. Introducción.

Al cumplirse cinco años de la sanción de nuestra Constitución, considero un deber poner de relieve algunos aspectos no siempre atendidos en la consideración de la misma. Y esto, por la simple razón de que, quienes tuvimos la responsabilidad de participar en su plasmación, tenemos el derecho y la correlativa obligación, de señalar y resaltar cuanto a nuestro criterio fueron sus aciertos. Otros se han ocupado de sus posibles deméritos.<sup>1</sup>

De manera que el presente trabajo, no tiene otro propósito que evidenciar a la consideración de los conciudadanos, los grandes logros que dimanar de la Constitución, con la finalidad de que apreciándolos en su justa dimensión, perseveremos en sus aspectos positivos, miremos el futuro y dejemos que nuestros errores del pasado no envenenen ese porvenir plétórico de potencialidades que podemos y debemos encarar, afirmados en la estructura generosa de nuestra Carta Magna.

Y así, sin mayores dilaciones, con la mayor franqueza y humildad iniciamos el enunciado que no pretende ser exhaustivo, de lo que consideramos de mayor relevancia y sobre todo de positiva influencia en la transformación de nuestra vida política.

---

<sup>1</sup> De hecho debe comprenderse que los constituyentes experimentamos una sensación que puede ser compartida por cualquiera: cuando se regresa de viajes al exterior, ya en el avión que nos conduce a Asunción, ávidos nos lanzamos a leer los periódicos paraguayos publicados durante nuestra ausencia. De inmediato nos sobrecoge la angustia de que aquí todo está por estallar, nada hay de bueno, todo anda mal. Así también, aquí nunca hemos leído nada bueno sobre la Constitución, y sí, críticas mejor o peor intencionadas, generalmente de personas que nunca brillaron, precisamente, por sus conocimientos en tan delicada materia.

## II. La dignidad humana.

De inicio, quiero resaltar un concepto fundamental que preside la sanción de la Constitución. En su Preámbulo se lee que se parte de un supuesto esencial: "*reconociendo la dignidad humana*"<sup>2</sup>.

Con esta expresión, el constituyente ha querido enfatizar que ninguna disposición posterior puede significar el más mínimo menoscabo a este atributo esencial de la condición humana. De hecho y de derecho, este reconocimiento está significando que el concepto no constituye una elaboración normativa, no es el constituyente y nadie en particular quién lo ha creado u otorgado. Es algo que está antes y por sobre cualquier pretensión de regularlo.

En suma, el reconocimiento de la dignidad humana, no significa otra cosa que la afirmación de que la persona humana, con prescindencia de la existencia del propio Estado, constituye una entidad que ontológicamente tiene fines propios, en sí y por sí misma, que nadie puede vulnerar.<sup>3</sup>

En desarrollo de este concepto tenemos tres consecuencias fundamentales para considerar el *nuevo orden* generado por la Constitución:

a) En primer término, esto se refleja en la estructura misma del texto constitucional. Se divide en dos partes, perfectamente caracterizadas: En la primera parte, independientemente de las Declaraciones Fundamentales que por imperativo lógico debe sustentar toda la construcción normativa posterior, se trata "De los derechos, de los deberes y de las garantías". En la segunda parte se regula el ordenamiento político de la República.

Todo esto está significando, claramente, que en desarrollo del concepto antes mencionado de la dignidad esencial del ser humano,

---

<sup>2</sup> No es frecuente encontrar esta expresión en las constituciones. No la mencionan en su Preámbulo casi ninguna, salvo la de Guatemala del año 1993, aún cuando en el desarrollo del concepto, en las nuevas y modernas constituciones, se contengan capítulos fundamentales al respecto.

<sup>3</sup> De hecho, el concepto reconoce como antecedente inmediato el siguiente texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*".

los derechos fundamentales<sup>4</sup> simplemente se enuncian<sup>5</sup> en la primera parte. La segunda parte no constituye sino la regulación de las instituciones jurídicas que se consideran apropiadas para concretar y mantener la vigencia de tales derechos que hacen a la dignidad humana.

b) En segundo lugar, ese reconocimiento a la dignidad esencial de la persona se refleja en el artículo 3° de la Constitución en el que literalmente se expresa: *"El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.."* Esta disposición, a su vez, debe ser interpretada en concordancia con la que hace referencia a los derechos políticos: *"Los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, **directamente** o por medio de sus representantes.."* (artículo 117).

En un país de tan acendrada tradición autoritaria, como es el nuestro, no es menuda la transformación operada. La Constitución anterior expresaba: *"El pueblo sólo delibera y gobierna por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por esta Constitución.."* Hay una transformación radical: en la Constitución anterior el pueblo no era sino un espectador pasivo que simplemente debía obedecer a sus autoridades, ahora, en función a las normas mencionadas, es el pueblo no sólo titular de la soberanía, sino del ejercicio del poder público, y los ciudadanos tienen derecho a participar directamente en los negocios públicos.

Para apreciar la magnitud del cambio, es necesario tener presente la mediación que significa el que "sólo delibera y gobierna por medio de sus representantes", frente a la límpida expresión de que actualmente el gobierno del Paraguay es una democracia *participativa*, en la que el ciudadano común puede promover una acción popular en defensa de los intereses difusos, puede promover por vía de iniciativa popular un cambio en la legislación o puede ser consultado por la vía del referendium.

---

<sup>4</sup> Generalmente existe confusión en cuanto a la conceptualización de derechos humanos, y derechos fundamentales. Al mencionar estos últimos, no hacemos otra cosa que seguir la doctrina que los considera idénticos, sólo que al tornarse positivos, se transforman en derechos fundamentales, es decir, son los derechos que fundamentan todo el orden posterior.

<sup>5</sup> "Artículo 45. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía."

Desaparece así, aquella odiosa mediación, en función a la cual los derechos fundamentales de las personas quedaban al arbitrio "de la autoridad". Cada día más, y en función a un mayor y mejor nivel de conciencia política, es difícil que un ciudadano no perciba su condición de valor sustantivo, producto de su dignidad, en el manejo de los asuntos públicos.

c) Finalmente, también en derivación de la concepción esencial relativa a la dignidad de las personas, está el hecho de que el ciudadano común, como valor sustantivo de la vida social, puede y debe participar en la vida política y los asuntos públicos. No en balde, tanto en el Preámbulo, como en el artículo 1° se expresa que el gobierno de la República del Paraguay es una "*democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana*".

Lo de democracia representativa se explica, por cuanto que la complejidad de la vida moderna torna imposible la participación permanente de todos los ciudadanos. Pero ello no implica que los "representantes" se constituyan en titulares del gobierno, ni que sean los únicos seres legitimados para el ejercicio de la autoridad del Estado, y mucho menos que sustituyan al pueblo, único y legítimo titular del poder público y la soberanía. Muy por el contrario, al postular la Constitución que en ejercicio de su dignidad esencial, todo ciudadano participa en la vida pública y que el conjunto del pueblo es el que ejerce el poder público, se halla estableciendo, muy claramente, que las prerrogativas fundamentales de la persona se respetan y permanecen incólumes.

Es más, hasta legisla sobre instituciones de *democracia directa*, tales como la iniciativa popular (artículo 123 de la Constitución), el referendium (artículo 121) y la acción popular en defensa de los intereses difusos (artículo 134).

Profundizando estos aspectos cabe señalar que en el concepto de "democracia pluralista" también ha de hallarse este reconocimiento a la dignidad de las personas. En efecto, el hombre del interior, durante la vigencia de las constituciones anteriores sólo conocía de la autoridad de los "Delegados de Gobierno", ahora, considerando que el "pluralismo" hace referencia no sólo al pluralismo ideológico, sino

que también y fundamentalmente, al pluralismo geográfico<sup>6</sup> (respeto a las diversidades regionales), participa en la conducción de los asuntos públicos de su región o su municipio de manera mucho más intensa.

En mi concepto, esta es una de las innovaciones fundamentales: la *descentralización*.<sup>7</sup> En función a la descentralización, el hombre del interior no solamente participa en la elección de sus representantes sino que tiene la oportunidad, no siempre ejercida, de controlarlos. Naturalmente que este último aspecto se irá profundizando con el correr del tiempo.

### III. Decisiones políticas fundamentales.

Sobre esta cuestión, expresa Karl Loewenstein, que acuñó la expresión, lo siguiente: "La determinación de la decisión política fundamental, o toma de la decisión política, consiste en la elección de una, entre varias posibilidades políticas fundamentales frente a las que se encuentra la comunidad estatal. Como decisiones políticas fundamentales, deben considerarse aquellas resoluciones de la sociedad que son decisivas y determinantes, en el presente y frecuentemente en el futuro, para la conformación de dicha comunidad" agregando "La decisión conformadora más importante con la que se enfrenta una nación es la elección de su sistema político y, dentro de ese sistema, de la forma específica de gobierno bajo la cual desea vivir, *en el supuesto que la voluntad constituyente del pueblo tenga la posibilidad de dicha elección y no le sea impuesto un régimen por la fuerza*".<sup>8</sup>

Estimo que, sensatamente, nadie podrá poner en discusión ni en tela de juicio la conformación esencialmente democrática de la Convención Nacional Constituyente electa en 1991. Y también, pese

---

<sup>6</sup> Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

<sup>7</sup> Actualmente este concepto reconoce múltiples paternidades. En homenaje a la verdad hemos de resaltar que este concepto aparece primeramente en nuestro Anteproyecto de Constitución que en coautoría con el actual Diputado Bernardino Cano Radil, ha sido oportunamente publicado. Igualmente hemos lanzado durante el desarrollo de la convención constituyente otra obra sobre el particular, y con la cooperación del actual Diputado Ramírez Montalbetti, la hemos difundido en varios seminarios en Villarrica.

<sup>8</sup> Karl Loewenstein, *"Teoría de la Constitución"*, Edit. Ariel, Barcelona, 1982, p.63.

a la ola de rumores que se desató respecto del éxito o no de sus gestiones, de la libertad con que todos nos condujimos, testimoniada en las Actas que, desafortunadamente no fueron definitivamente publicadas aunque hay copias de las mismas que se distribuían a los Constituyentes. Hay consenso en que allí, legítimamente, se tomaron las decisiones fundamentales que enmarcan el desarrollo de nuestro país.

Como lo he señalado en otra ocasión<sup>9</sup>, es probable que no todos tuviéramos una conciencia cabal del modelo de Constitución que buscábamos, pero en lo que no había el menor disenso, era en lo que no queríamos: violación de los derechos humanos, tiranía, injusticia. Numerosas otras coincidencias nos brindaron el consenso necesario para concordar en la adopción de algunas opciones fundamentales. De entre ellas menciono las siguientes:

### **1) República parlamentaria o presidencialista.**

Personalmente hubiera preferido una República parlamentaria en la que el Primer Ministro resultara el fusible recambiable que permitiera una mayor fluidez en el desarrollo del proceso político. Si bien es cierto considero una falacia aquella cantinela de los autoritarios de que "nuestro pueblo no está preparado para la democracia", no es menos cierto que, objetivamente, sin un alto índice de cultura cívica por parte del electorado es difícil que se pueda concretar gobiernos eficientes, ajenos a las crisis políticas que, aún en ambientes de notoria praxis democrática y secular cultura política, vemos que ocurren con frecuencia en países con regímenes parlamentarios.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Oscar Paciello, "*Vivencias de un constituyente*", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Asunción, 1995.

<sup>10</sup> Hallándome abogado a la elaboración de un Anteproyecto de Constitución, se dio la circunstancia feliz de que llegara a nuestro país para dictar conferencias sobre el tema, el Dr. Rafael Caldera, actual Presidente de la República de Venezuela. El había sido uno de los autores de la bella y avanzada constitución de su país, de manera que le consulté sobre el punto. Con sabiduría y franqueza me respondió que acaso el parlamentarismo era un gran ideal, pero en los hechos resultaba ajeno a la cultura latinoamericana que se había modelado con el coloniaje en primer lugar y luego con bárbaras dictaduras, hechos que habían impedido el desarrollo de una sólida conciencia política en nuestros pueblos. De ahí que la prudencia aconsejaba un sistema presidencialista moderado. Es cuanto intentamos concretar con nuestra gestión.

De suerte que optamos por el modelo de *República Presidencialista*.<sup>11</sup> Ahora bien, ¿de qué presidencialismo hablamos? En efecto es presidencialista la República Francesa en la que el Presidente de la República cuenta con enormes poderes<sup>12</sup> y lo son, también, los Estados Unidos de América, donde se ha buscado mantener el principio del "check and balance" es decir, el equilibrio entre los tres poderes del Estado.

Nuestras experiencias constitucionales nos llevan de un sistema relativamente moderado, como lo fue el de la Constitución de 1870<sup>13</sup>, a uno autocrático, como lo fue el de la Constitución de 1967 reforzado por una "enmienda" en 1977. Ni uno ni otro, en la práctica, resultaron eficaces; el primero porque la realidad superó sus previsiones: este tipo de constituciones, conocido como "liberal-burgués", presupone un modelo de sociedad y Estado con un sólido desarrollo de una clase media urbana, algún desarrollo industrial y determinado nivel de conciencia cívica que no se daban en una

---

<sup>11</sup> Es sabido que este modelo, concretamente, tuvo su nacimiento con la Constitución de los Estados Unidos de América, y son también conocidos los áridos problemas que enfrentaron los constituyentes americanos para su regulación, ya que constituía una verdadera innovación en la teoría política de la época. Por lo demás, la extensión y modos de ejercicio del poder presidencial en este país, ha sufrido notables variaciones en su evolución histórica. La bibliografía sobre el punto es amplísima. Entre otros, ver: Paolo Biscaretti Di Ruffia, *"Introducción al Derecho Constitucional Comparado"*, Edic.F.C.E., México, 1975, p.90 y ss.; Richard E. Neustadt, Columbia University, *El Poder Presidencial - La dirección de un gobierno* - Edit. Limusa Wiley S.A., México, 1966; Gerald W. Johnson, *La Presidencia*, Edit. Indice, B. Aires, 1963; Sergio Fabbrini, *Il Presenzialismo degli Stati Uniti*, Edit. Laterza, Bari, 1993.

<sup>12</sup> Por ejemplo, ahora en mayo de 1997, el Presidente acaba de disolver la Asamblea y ha llamado a elecciones.

<sup>13</sup> En general, el sistema establecido por esta Constitución se reveló notoriamente ineficiente. Sin previsiones en relación con la disolución o no del Congreso, resulta que el país vivió durante la mayor parte de su vigencia, bajo el "Estado de Sitio". En realidad deberíamos expresar que esta constitución, libérrima por lo demás, casi nunca funcionó en plenitud. Los partidos políticos nacen a fines de siglo (el Partido Nacional Republicano, el primero, en 1887) y ya en 1904 una revolución depone al gobierno. De ahí en más, y hasta 1936, el único presidente electo fue el Dr. José P. Guggiari. En este último año emerge un movimiento, que es antecesor del actual Partido Revolucionario Febrerista, que deroga gran parte de la Constitución y declara la unidad del Estado y la "revolución". En 1940 el Mariscal Estigarribia sanciona una Constitución por Decreto y en 1967, para perpetuarse en el poder, Alfredo Stroessner hace sancionar otra Constitución que hace de la irresponsabilidad un sistema (el Presidente no era responsable ni siquiera políticamente, puesto que no existía juicio político, y podía disolver el Congreso a su arbitrio, y este órgano irresponsable, también designaba a los integrantes del Poder Judicial).

sociedad diezmada por la guerra, explotada, acorralada por latifundios y sin cultura democrática. A falta de estos elementos, el voluntarismo rudimentario, el caudillismo y las pasiones políticas primarias hicieron trizas de la carta constitucional.<sup>14</sup>

El sistema autocrático de Alfredo Stroessner, que encontró el terreno ampliamente abonado con los excesos del franquismo<sup>15</sup>, ni qué hablar de la Constitución de 1940<sup>16</sup> utilizó, de la manera más eficiente que podía pedirse, todo este clima autoritario que, para más, encontró andando el tiempo, un inesperado refuerzo en las consecuencias en estas latitudes de la guerra fría. Todo opositor era "comunista", con lo cual se convalidaron los más nefandos excesos, con el daño que todo esto supone para la salud moral y material del país.<sup>17</sup> La doctrina de la "seguridad nacional" de amplia difusión entre los regímenes totalitarios de América Latina cobraba real vigencia.

A la vista de todos estos antecedentes, en la Constitución se buscó encontrar el justo equilibrio que al presente creemos haberlo logrado. De hecho, personalmente y por razones teóricas, discutí largamente la estructuración tripartita de los "poderes" del Estado.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Modelos expresivos de este estado de cosas fueron, por ejemplo, el caudillo Albino Jara (Ver: Alfredo L. Jaegli: *"Albino Jara, un varón meteórico"*, Edic.Napa, Asunción, 1983) y las reiteradas vicisitudes de un intelectual como don Manuel Gondra, reiteradas veces apartado por la fuerza del ejercicio de la primera magistratura.

<sup>15</sup> El Cnel.Rafael Franco era otra expresión típica de nuestro desarrollo institucional: caudillo por naturaleza, pero no estadista ni preparado para ejercer gobierno alguno, pronto fue presa de las presiones tanto de izquierda como de derecha de la época que, de consuno y acaso por aquello de que "los extremos se unen", terminaron por instaurar un frágil sistema con clara tendencia a los totalitarismos de la época (En una entrevista a un periódico alemán, llegó a decir que Hitler era una de las "glorias más puras de la humanidad" - Ver: "La Tribuna", Edic.del 17-II-80)

<sup>16</sup> Alfredo M. Seiferheld, *"Nazismo y fascismo en el Paraguay - Vísperas de la II Guerra Mundial - 1936-1939"*, Edit.Histórica, Asunción, 1985.

<sup>17</sup> En los últimos años de su gobierno, intentaba justificar estos excesos con la expresión de que ellos eran "el precio de la paz", a lo que Aldo Zuccolillo, Director de ABC Color, respondía que nada garantizaba que en democracia no se hubiera podido alcanzar mejor la paz y el desarrollo de los que se ufana el régimen de Stroessner.

<sup>18</sup> De hecho esta concepción confunde el "poder" con las "funciones" del Gobierno. Ya en 1900 Frank J.Goodnow, *Politics and Administration*, demostraba que no existen sino dos funciones de gobierno. Parecidos desarrollos tiene la cuestión en *"Transformaciones del derecho público"* (Edit.Heliasta B.Aires) de León Duguit, y por fin Hans Kelsen en *Teoría General del Derecho y del Estado* (Edit.Unam, México) también demuestra la inexistencia lógica de dos "poderes". Es por ello por lo que la Constitución de Colombia(1991), por ejemplo, habla de la "rama legislativa,

Pero como expresa Loewenstein, "es difícil desalojar un esquema mental que está profundamente enraizado y el dogma de la separación de poderes es el más sagrado de la teoría y práctica constitucional"<sup>19</sup> De ahí que, una vez sentado el principio tripartito, se buscó darle la consistencia requerida.

De hecho y con el antecedente antes expresado, de que no pocos hubiéramos preferido el modelo parlamentario, y considerando que en última instancia "la legislación y la ejecución de las leyes no son funciones separadas o separables, sino sencillamente diferentes técnicas de liderazgo político"<sup>20</sup> y que "todo gobierno es poder", cuanto se buscó, no es otra cosa que implementar una eficiente *coparticipación del Congreso en el Gobierno*. Experiencia inédita en el Paraguay!<sup>21</sup>

## 2) Control recíproco.

De inicio, corresponde resaltar que ahora el Poder Ejecutivo ya no se encuentra en la situación de superioridad en que antes se hallaba, al punto de poder disolver el Congreso según su arbitrio (artículo 182, Constitución de 1967). Esta sola consideración revela una transformación de indudable peso en la vida nacional. El Congreso ha recuperado sus prerrogativas como partícipe en el ejercicio del poder.

Es más, el Congreso actualmente dispone de un arma de poderosos efectos disuasivos, cual es el *juicio político*, que

---

ejecutiva o judicial"; en similar sentido lo hace la Constitución de Guatemala (1993) hablando de "Órgano Legislativo, Ejecutivo y Judicial". En nuestro Anteproyecto de Constitución proponíamos hablar de "función", pero esta concepción no tuvo aceptación y como que una cuestión como ésta difícilmente pueda discutirse con profundidad en una constituyente, finalmente, concordamos en mantener la tradicional división tripartita de poderes, hecho que causa no pocos problemas cuando se trata, por ejemplo, de intentar ubicar dentro de cualquiera de ellos, a algunos actualmente llamados órganos "extrapoderes" tales como el Ministerio Público, la Contraloría General de la República o el Banco Central.

<sup>19</sup> Loewenstein, op.cit., p.62

<sup>20</sup> Idem p.61

<sup>21</sup> Evidenciando más, si cabe, la profunda transformación operada, baste con considerar la correlación de fuerzas evidenciada en el primer gobierno instaurado al amparo de la nueva constitución: el titular del Ejecutivo de un partido, en tanto que en el Congreso se daba mayoría opositora. Es este, también, un hecho inédito en la historia del Paraguay.

representa, al fin de cuentas, la expresión más ostensible del gran poder político de que se halla investido.

Solamente estas dos cuestiones hablan bien a las claras de las transformaciones producidas. Echando una mirada en perspectiva, nadie, sensatamente, podrá negar este cambio radical en la vida política nacional. Y, correlativamente, ha determinado dos consecuencias fácilmente advertibles en la vida política nacional:

a) Prácticamente, ninguna decisión importante del Gobierno, hoy día es adoptada sin mediar diálogo, negociación, compromiso, que son los instrumentos para una gestión pública esencialmente democrática. Repito, no todos aprecian ni valoran este cambio fundamental, y es lo que determina la otra consecuencia.

b) 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,<sup>22</sup> peticionando su reforma antes que insistir, honradamente, en su estricto cumplimiento.

Personalmente considero que la mayor parte de las críticas, aquellas que hacen relación a una supuesta "ingobernabilidad", en el fondo, realmente no son otra cosa que resabios de autoritarismo. Cuanto debe quedar bien en claro es que por obra de la Constitución, nadie actualmente puede exhibir ni ostentar la posibilidad de que por su sólo arbitrio pueda imponer decisiones a nadie. Los actos trascendentes de gobierno solamente pueden lograrse mediando un consenso nacional expresado en la coparticipación de las distintas fuerzas políticas en la toma de decisiones.

---

<sup>22</sup> En este sentido, una sabia disposición constitucional es la sentada en materia de enmienda y reforma de la misma. Los constituyentes fuimos conscientes de que nuestra obra podía adolecer de imperfecciones; de ahí el mecanismo de la "enmienda" posible a partir de los tres años de su vigencia. Pero también estábamos bien conscientes de que se experimentaría la reacción autoritaria. De ahí que fue establecido que una "reforma" de la Constitución recién podría darse a partir de los diez años (artículos 289 y 290). Honradamente me congratulo de la labor cumplida. Recién después de ese lapso, y acaso uno mayor, podría tenerse la evidencia del acierto o no de las previsiones constitucionales. Entretanto creo que los paraguayos podemos congratularnos de haber consagrado un sistema que cierra las puertas a la aventura.

En este sentido, la gobernabilidad o no del Estado, no puede ser producto de imposiciones, sino de la consciente y racional observancia de las reglas de la democracia y la vigencia irrestricta del Estado de Derecho.

Volviendo a la cuestión señalada del recíproco control de los poderes del Estado, tenemos que, adicionalmente, el Congreso cuenta con otros dos poderosos instrumentos para el eficiente ejercicio de sus funciones de contralor:

i) En primer término, la *interpelación* y la *censura* (artículos 193 y 194) por virtud de la primera puede llamar a los Ministros y altos funcionarios de la Administración Pública a brindar explicaciones. No tiene esta institución mayor consecuencia administrativa, pero sí política en la hipótesis de que las explicaciones no fueren las adecuadas. Por la segunda, y según fuere el resultado de la interpelación, el Congreso puede sancionar un voto de censura que, si bien no determina la remoción automática del afectado, tiene indudables efectos políticos.

En efecto, ¿que ocurriría si el Ejecutivo desoye la recomendación del Congreso? De hecho, políticamente, estaría preparando el camino para su juicio político, ya que la desatención de tal recomendación podría importar el mal desempeño de sus funciones que la Constitución establece como causal de juicio político.

Pero los constituyentes no hemos querido atribuir al voto de censura un efecto de remoción automática, puesto que si así fuere, de hecho el Congreso ganaría una preeminencia que, tampoco ha sido el criterio de los constituyentes, sino el del equilibrio. Un voto de censura puede obedecer a factores coyunturales, a apreciación errada de una circunstancia y no necesariamente a mala gestión administrativa o inconveniente ejecución de proyectos nacionales. Si el Ejecutivo mantiene a un funcionario censurado en la función que le asignara, se abre la posibilidad de que este enmiende su proceder errado o demuestre que se hallaba en lo cierto, sin necesidad de generar una crisis de gabinete.

Sin perjuicio de lo expresado, lo más razonable es suponer, y este ha sido el criterio constitucional, que el Ejecutivo ante las evidencias del caso y considerando por medio del diálogo las razones del Congreso, opte por el apartamiento en sus funciones del afectado, hecho que, por supuesto no implica ningún desdoro, y por el contrario

abre una ancha avenida para ese cogobierno que ha sido la finalidad que fluye de las disposiciones constitucionales.

ii) Dos específicas instituciones que fueron establecidas para coadyuvar en la labor de contralor del Congreso son la institución de un comisionado parlamentario, el *Defensor del Pueblo*, y la *Contraloría General de la República*.

Resulta sencillamente desolador el hecho de que hasta el presente el Congreso no cuente con la inestimable cooperación que habría significado la designación de un Defensor del Pueblo. De este hecho se derivan, a su vez, dos órdenes de consideraciones dignos de explicitarse:

ii,a) En verdad se puede apreciar que existe notorio desconocimiento en relación con esta institución. Merced a publicaciones de la prensa advertimos que existe notoria confusión sobre el perfil del que debe encontrarse revestida esta figura.

En efecto, algunos piensan que debe tratarse de una "figura política" que hará las veces de censor implacable, sobre todo, en materia de derechos humanos. No faltan quienes ven en su nominación como tal, el pedestal para iniciar una carrera política.

Cuanto fluye de la Constitución es bien distinto. El Defensor del Pueblo, para ser eficaz, debe ser una persona de indudable versación. Sería ideal que fuere un destacado cultor del Derecho Administrativo. En caso contrario no se advierte cómo podría cumplir eficientemente su cometido fundamental de informar coherentemente al Congreso de la marcha de la administración.<sup>23</sup>

ii,b) La segunda consecuencia del hecho apuntado, es que a falta del Defensor del Pueblo, el Congreso ha apelado al funcionamiento de algunas comisiones parlamentarias que han funcionado con singular notoriedad pública aunque en relación inversa a su eficacia.

---

<sup>23</sup> En verdad y a impulsos de ciertas corrientes en el seno de la constituyente, del texto constitucional, pareciera como si la labor del Defensor del Pueblo estuviere ligada exclusivamente a precautelar la vigencia de los derechos humanos. Técnicamente no es esta la función exclusiva del *ombudsman*, aún cuando bajo la rúbrica de "derechos humanos" se comprenden no solamente "derechos de libertad" sino numerosos otros.

Aparte de notorias desnaturalizaciones en el funcionamiento de algunas <sup>24</sup>, está el hecho de que muchas de las funciones que la Constitución asigna al Defensor del Pueblo actualmente son cumplidas por algunas comisiones que se apartan, tal vez inconscientemente, de su cometido primordial.

iii) En cuanto hace a la Contraloría General de la República, también es dable apreciar que constituye un inestimable instrumento de control del que, hasta el presente, poco provecho se aprecia, como no fueren las altisonancias que terminan en la prensa, siempre ávida de sensacionalismo.

No tengo conocimiento y acaso me halle equivocado. Pero lo cierto es que nunca pude tener en mis manos el Informe a que alude el artículo 282 de la Constitución sobre la liquidación de las cuentas públicas. Deseable sería, de acuerdo con los postulados de la democracia, las exigencias de transparencia en la función pública, que este Informe que debiera exhibir singular rigor y responsabilidad, fuera publicado y puesto a disposición no sólo del Congreso, como es obligado, sino de todos los demás poderes públicos y la ciudadanía en general.

### 3) El Poder Ejecutivo.

a) En cuanto hace a las relaciones con el Poder Legislativo, de acuerdo con nuestra Constitución, el Ejecutivo mantiene el poder de contralor, vía objeción, total o parcial, o como más vulgarmente se lo caracteriza, tiene el *poder de veto*.

Un segundo instrumento de singular importancia está representado por la *iniciativa parlamentaria*, que adquiere importancia particular en el caso de la iniciativa para la sanción de la Ley anual del Presupuesto.

---

<sup>24</sup> En una minoritaria decisión en mi condición de Ministro de Corte he sostenido que en su funcionamiento, normalmente se apartan del texto constitucional que manda que "Todas las comisiones se integrarán, en lo posible, proporcionalmente, de acuerdo con las bancadas representadas en las Cámaras", lo que significa que las decisiones de las mismas no pueden ser individuales sino colectivamente asumidas, con participación y representación de todos los sectores. El hecho de que una persona ostente la presidencia de ellas no implica otra cosa que la función de organizar el desarrollo de sus sesiones en las que las decisiones, forzosamente, deben ser colectivas.

b) Pero acaso más importante que cuanto dejamos consignado, es el cercenamiento de prerrogativas dictatoriales anteriormente atribuidas al Presidente de la República. Nos hacemos cargo de la necesidad de enunciarlas, ya que no siempre se repara en la magnitud de las transformaciones operadas.

i) Imposibilidad de decretar el Estado de Sitio.

La Constitución de 1870 autorizaba al Presidente de la República a dictar en determinadas circunstancias el "estado de sitio", pero cuidaba de aclarar, muy bien, que esta era una facultad propia y originaria del Congreso, de manera que regularmente esta disposición no debía generar mayores abusos.

Sin embargo, la Constitución totalitaria de 1940 atribuyó la potestad de sancionar el estado de sitio solamente al Presidente de la República que, solamente tenía obligación de "rendir cuenta al Congreso".<sup>25</sup>

Como dijimos, Stroessner se sirvió sin ningún rubor de esta institución y gobernó durante más de tres décadas bajo el régimen de estado de sitio. La Constitución de 1967 no realizó ninguna innovación sobre el particular, razón por la que la vigencia de los derechos humanos, de hecho quedó librada a la buena o mala voluntad del Presidente. Hasta se dio el caso, nefando, de que personas injustamente condenadas a prisión, habiendo cumplido la pena continuaron privadas de su libertad bajo el régimen del estado de sitio.<sup>26</sup>

Es probable que los representantes de las nuevas generaciones, por no tener vivencia de la gravedad del problema, no adviertan la transformación dramática y radical que esto significa en la vida nacional. Pero no se puede silenciar el hecho de que, bajo la vigencia de las Constituciones de 1940 y 1967, cualquier ciudadano, en cualquier momento, por cualquier inquina de algún mandón de turno, o por simple intriga, podía ir a dar con su humanidad en un calabozo.

---

<sup>25</sup> Gabriel Núñez Carvallo: *El Estado de Sitio y el Habeas Corpus*", Asunción, 1962.

<sup>26</sup> Es del caso recordar aquí, la actitud valiente del actual Presidente del Congreso y Ciudadano Convencional Dr. Miguel Abdón Saguier, quién por haber interpuesto Habeas Corpus en favor de Escolástico Ovando, que ya había cumplido su injusta condena, fue también arbitrariamente constituido en prisión, por obra de quienes detentaban las más altas funciones judiciales.

Esto ha desaparecido del horizonte del hombre paraguayo. Y ha desaparecido por obra de la legítima y libérrima Constitución de 1992.

ii) Imposibilidad de disolver el Congreso.

Por el artículo 53 de la Constitución de 1940 y 183 de la Constitución de 1967 el Poder Ejecutivo podía disolver el Congreso.

Hoy día, semejante potestad que subordinaba el Poder Legislativo al Ejecutivo, se encuentra absolutamente vedada, según ya lo hemos expresado anteriormente.

iii) Imposibilidad de dictar Decretos-Leyes.

Por las constituciones de 1940 y 1967 durante el receso del Poder Legislativo, el Presidente de la República podía sancionar Decretos-Leyes, bajo la única condición de someterlos a consideración parlamentaria al reiniciarse el período de sesiones. Demás estaría señalar que en un Congreso que en cualquier momento podía ser disuelto, nadie iría a objetar un Decreto-Ley emanado del Poder Ejecutivo, con lo que se llega a la conclusión, incuestionablemente negativa, de que el titular del Ejecutivo reunía en su persona todos los poderes del Estado, esto es, más que una dictadura<sup>27</sup>, una verdadera tiranía.

Este atentado a la vigencia de un auténtico Estado de Derecho, ha sido definitivamente reparado por la Constitución de 1992. La transformación, también aquí, es radical, pese a cuanto puedan expresar los nostálgicos del autoritarismo.

iiii) Imposibilidad de influir en el Poder Judicial

De acuerdo con las constituciones anteriores, el Presidente de la República, con acuerdo del Senado designaba a los miembros de la Corte Suprema de Justicia (ya se expresó la imposibilidad real de que el Congreso se apartara de los deseos del autócrata), y por sí mismo, aunque con acuerdo de la Corte por él designada, los demás integrantes de Tribunales y Juzgados.

---

<sup>27</sup> Generalmente nadie repara en el hecho de que la dictadura, como institución surgida en Roma, no autorizaba al dictador a sancionar ninguna ley, sino únicamente a aplicar las existentes. De ahí que la expresión correcta a situaciones de total subordinación al arbitrio de una persona, es su caracterización como tiranía.

Inútil sería señalar que se trataba de un "Poder" Judicial, totalmente subordinado al Ejecutivo.

Por tanto, es mérito legítimo de la Constitución de 1992 el haber cesado esta anomalía, implementando las bases para la institución de un Poder Judicial auténticamente independiente.

#### 4) El Poder Judicial<sup>28</sup>.

La Constitución de 1992, ha roto radicalmente con la subordinación del Poder Judicial a la voluntad del Ejecutivo.<sup>29</sup> A este fin fue creado un órgano de selección de candidatos: el Consejo de la Magistratura<sup>30</sup>, y de esa manera los Ministros de la Corte son nominados de ternas elevadas por el Consejo al Senado y éste, con acuerdo -nótese bien, acuerdo, pero no iniciativa ni indicación alguna- del Ejecutivo, procede a la designación. Todos los demás integrantes de tribunales y juzgados, son propuestos por el Consejo en ternas de las que la Corte Suprema de Justicia realiza el nombramiento.

Se advertirá de todo cuanto venimos expresando, que para la designación de los magistrados del Poder Judicial, nadie puede exhibir ni exigir ni imponer su propio y personal arbitrio. Se trata de un proceso con participación pluralista en el que radica, en nuestro concepto, la mayor garantía de imparcialidad y eficacia.

---

<sup>28</sup> Mayores detalles en mi trabajo *Panorama actual del Poder Judicial*, publicado en la Revista "La Ley" N° 1, 1997.

<sup>29</sup> Últimamente han arreciado críticas pretendiendo descalificar la constitución de la Corte Suprema de Justicia, con el cuento de que presuntamente en su composición más que nada intervienen factores políticos. Yo no me hago idea de una composición de diferente manera. Así ocurre en los Estados Unidos, en Alemania (artículos 94 y 95 Ley fundamental) en España (artículo 122). La única alternativa diferente sería la de hacer venir jueces del planeta Marte.

<sup>30</sup> También respecto de este órgano, la generalizada ignorancia sobre sus orígenes y la función que cumple irrita a mucha gente. En todo caso, y por lo que se refiere a nuestro país, constituye una auténtica garantía que progresivamente irá brindando los mejores frutos. Muchos critican la selección que realiza, pero es el caso de preguntarles, cuál es otro procedimiento mejor y de donde obtendríamos mejores jueces considerando que por obra de las tiranías que padecemos, nadie tenía mayor necesidad de afanarse en el dominio de la ciencia jurídica. Hay que comprender que muchas limitaciones hoy apreciadas, no son otra cosa que el fiel reflejo del nivel cultural de nuestra sociedad. Las instituciones no se juzgan por sus primeras experiencias, es preciso acordarles con rigor y honradez, algún tiempo para evaluar su rendimiento.

En la organización del Poder Judicial, la Constitución de 1992 ha cuidado muy bien de establecer algo que es consubstancial a la función jurisdiccional, su *independencia*.

La independencia del Poder Judicial se halla establecida y garantizada en función a los siguientes principios y disposiciones concretas:

a) *Autarquía presupuestaria*. Este es un logro real y efectivo, porque de nada valen cualesquiera otras previsiones, si es que los magistrados pueden ser sometidos por estrecheces económicas<sup>31</sup>.

La Constitución en su artículo 249 establece este gran principio, asignando al Poder Judicial el tres por ciento del presupuesto de la Administración Central.<sup>32</sup>

Solamente por comparación se puede ganar una cabal conciencia de lo afortunado de esta disposición constitucional. En efecto, en numerosos países la dotación presupuestaria del Poder Judicial se realiza vía Ministerio de Justicia. En otros se ocupa de estos menesteres el Consejo General del Poder Judicial, razón por la que se sustrae a la Corte Suprema de Justicia un elemento fundamental de independencia y autodeterminación.

Por la Constitución de 1992, al asignar una cantidad bien determinada de fondos al Poder Judicial, se resguarda su independencia, y en función a ello, puede demandársele la imprescindible imparcialidad para su desempeño. Connotados juristas

---

<sup>31</sup> No en balde, en el artículo 3° Sección Primera, la Constitución de los Estados Unidos establece que no se podrá disminuir el salario de los jueces mientras duren en sus cargos, que los mantendrán si observan buena conducta.

<sup>32</sup> Se debe hacer constar que la implementación práctica de este bello enunciado constitucional tropieza con no menudas dificultades. En primer término, nadie repara en el hecho de que por el artículo 247 de la Constitución, el Poder Judicial está compuesto solamente de la Corte, tribunales y juzgados. Es para el desempeño de estos órganos jurisdiccionales que la Constitución reserva el 3% del Presupuesto. Pero en la práctica se pretende incluir en su presupuesto al Ministerio Público - al que también la Constitución le asignó autarquía presupuestaria y no forma parte del mismo, puesto que representa a toda la sociedad- y lo que es más grave, a la Justicia Electoral, que constituye una costosísima organización ajena a la función jurisdiccional. Naturalmente, es de esperar que progresivamente se haga conciencia sobre este particular y se atribuya al Poder Judicial cuanto constitucionalmente está ordenado.

extranjeros han apreciado esto como uno de los mejores logros de la Constitución.

b) *Inamovilidad (artículo 252)*. A partir de la Constitución de 1992, el Magistrado no puede ser removido en su cargo, a la inversa de cuanto ocurría anteriormente que era designado por un período coincidente con el presidencial, de cinco años.

Es muy importante señalar que la inamovilidad es individual, es decir, los magistrados no tienen porqué cesar cuando el Congreso o el Presidente de la República cesan en sus cargos. En esta forma, los magistrados designados por un período individual de cinco años, en el que se realizará la primera evaluación de su desempeño, puede tener la seguridad de que habiendo observado buena conducta, laboriosidad e idoneidad, deberá ser automáticamente confirmado. Y esto es así porque el principio rector sustentado en la Constitución es el de la inamovilidad, y no como algunos erradamente suponen, que necesariamente cesan en sus funciones al completar los cinco años. Cuanto la Constitución ha establecido es que luego de cumplidas dos evaluaciones ya no habrá necesidad de realizar otra.

Desde luego para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, la inamovilidad es total. Solo cesan, como los demás magistrados, al cumplir setenta y cinco años de edad.

El criterio de establecer períodos individuales de cinco años, hace que la actividad jurisdiccional se realice de manera absolutamente independiente de los otros poderes del Estado. Si alguien, atribuyese la nominación de un magistrado a algún factor político, en la remota e improbable hipótesis de que así hubiere ocurrido, puede tener por seguro que ella desaparecerá con la renovación quinquenal que se opera en los otros poderes del Estado.

c) *Control de constitucionalidad*. La coronación del concepto de Estado de Derecho, halla en el control de constitucionalidad, asignado a la Corte Suprema de Justicia, su natural é innegable corolario lógico. Erigida ésta en guardián de constitucionalidad de todos los actos jurídicos cumplidos en los demás poderes del Estado, se halla investida de las potestades necesarias y suficientes para la vigencia de las instituciones creadas por la Constitución.

Existen serios reparos respecto de la forma en que la Constitución ha regulado el instituto de la acción de inconstitucionalidad, al limitarla al caso específico en que tal vicio se dio. Pero adviértase que se trata de una cuestión formal, lo relevante,

lo importante, es que existe un control específico de constitucionalidad asignado concretamente a una Sala de las tres en que se organiza el funcionamiento de la Corte.

Más que cualquier otra figura, ésta constituye una garantía de efectiva vigencia de los derechos humanos. Merced a la misma, muchísimas situaciones realmente lesivas han encontrado su justa reparación, y pese a no pocos abusos que con ella se realizan, hasta el presente estimo que cumple cabalmente con los fines que presidieron su sanción.

*d) El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.* Esta es una original institución establecida en la Constitución de 1992. La experiencia nos enseña que el órgano que designó a una persona para determinado cargo, difícilmente proceda a su remoción por gestión de terceros. Existe siempre la propensión a confiar en aquellas personas que están subordinadas al órgano que las designó.

Esta apreciación, derivada de la constatación de existir numerosas tramitaciones que no recibían la definición esperada, en los casos de denuncia a los Magistrados, nos persuadió de la conveniencia de implementar este órgano que, al fin de cuentas, representa una garantía tanto para los magistrados como para los justiciables.

La gestión del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, aún mediando, en determinadas circunstancias, disconformidades subjetivas, puede afirmarse que, en general, ha satisfecho los fines de su institución. Para fundar esta apreciación, baste con considerar cuanto ocurre, por ejemplo, en la Argentina, donde existe un enorme cúmulo de juicios políticos promovidos a magistrados que no se sustancian, para desesperación de los afectados.

Sinceramente cabe apreciar en esta innovación establecida en la Constitución de 1992, una efectiva garantía de imparcialidad de la justicia, en el camino, no siempre simple ni sencillo, de consagrar una administración realmente eficiente.

#### **IV. La Constitución económica.**

En la imposibilidad de extendernos en demasía; ya que los aspectos fundadores de las grandes transformaciones que

propugna la Constitución de 1992 ya han sido expuestos, aquí, por lo que hace a las relaciones económicas, apenas esbozaremos algunas cuestiones que, por supuesto, demandan desarrollos más amplios. En cualquiera de los casos las transformaciones establecidas en la Constitución, en el campo económico, aún cuando muchas están demandando su efectiva concreción, podríamos sintetizarlas en las siguientes cuestiones.

### 1) Libertad económica.

La Carta Política de 1940 establecía tajantemente: "El Estado regulará a vida económica nacional" (artículo 15). Definitivamente la constitución económica que emerge de la misma, no establece otra cosa que un estado intervencionista. Bajo esta fórmula se podía hasta llegar a un estado colectivista, ya que en su parte final este artículo expresaba: "El Estado podrá nacionalizar con indemnización, los servicios públicos, y *monopolizar la producción, circulación y venta* de artículos de primera necesidad".

La Constituyente de 1967 contó en su seno con no pocos representantes de la oposición política que, aunque minoritaria, impidió mantener aquellas fórmulas totalitarias como se exhibían en la Carta de 1940. De ahí que esta constitución, aún manteniendo un Estado intervencionista, abrió algunos resquicios para una mayor libertad económica.

Pero no debemos engañarnos, esta Constitución ubica al Estado como el principal responsable de la actividad económica: "El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles con el objeto de impulsar el crecimiento dinámico de la economía nacional.." (artículo 94) razón por la cual la libertad de los actores de la economía queda subordinada a sus determinaciones: "La iniciativa privada será estimulada *en función al artículo precedente...*" (artículo 95).

Al amparo de estas previsiones el Estado asumió la gestión de numerosas actividades económicas, y todas ellas bajo un *régimen monopolístico*. Por tal razón se frenó el desarrollo de las fuerzas productivas, se limitó severamente la libertad de los actores de la economía, y el país presenció el desarrollo de empresas públicas deficitarias que se transformaron en factores retardatarios del progreso económico, fuente de clientelismo político, de corrupción y despilfarro de los recursos del país.

Frente a todo esto, la Constitución de 1992 categóricamente establece: "Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de *igualdad de oportunidades*. Se garantiza la competencia en el mercado. *No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia...*" (artículo 107).

No se le asigna, en consecuencia, al Estado la responsabilidad de gestionar la economía, sino la dirección de la política económica del Estado adoptando las medidas jurídicas apropiadas para que las grandes decisiones en la materia se concreten democráticamente.

## **2) La planificación.**

La libertad económica constitucionalmente consagrada no implica, desde luego, la libertad de que los actores más poderosos acrecienten su poder a costa de mayorías cada vez más pauperizadas. El proceso económico debe obedecer a criterios de racionalidad, es decir, para ello debe mediar un concierto apropiado. Para la fijación de políticas y acciones apropiadas el proceso económico, hasta donde ello es posible, debe impulsarse por medio de planes y programas, no al estilo autocrático que predominaba anteriormente, en el que el gobierno establecía un "Plan de Desarrollo" que pretendidamente todos debían cumplir.

La Constitución de 1992 establece que "El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional" (artículo 176). ¿De donde surgirán estos programas globales? No, precisamente, de la cúspide del poder, sino de las bases: "El gobierno de cada departamento será ejercido por un gobernador y por una junta departamental.."(artículo 161).

Tanto el gobernador como la junta departamental son organismos de extracción popular, ya que son electos directamente por los ciudadanos del departamento, en aplicación del principio de la descentralización, al que ya nos hemos referido.

Pues bien "Es de competencia del gobierno departamental: ..2) preparar el plan de desarrollo departamental, que deberá coordinarse con el Plan Nacional de Desarrollo... 4) disponer la integración de los Consejos de Desarrollo Departamental.."

Estas disposiciones están indicando, claramente, que la población de cada departamento deberá determinar sus necesidades y programar las actividades tendientes a su superación. En suma, una planificación de abajo hacia arriba, esto es, esencialmente democrática, a fin de que el Estado pueda encarar rumbos concretos que de manera efectiva impulsen el desarrollo.<sup>33</sup>

### 3) Relaciones laborales.

Uno de los principios fundamentales de nuestra Constitución constituye la afirmación de que la calidad de vida será promovida por el Estado (artículo 6°) mediante el reconocimiento de factores condicionantes, tales como la extrema pobreza. Una de las formas de superar esos factores, se da mediante la implementación de políticas tendientes a generar el pleno empleo de la población (artículo 86), ya que resulta imperativo garantizar a todos los habitantes "la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura" (artículo 47).

En otras palabras la gran transformación operada con la Constitución de 1992, no radica en el mero reconocimiento de derechos especiales a los trabajadores, sino en la necesidad de que el Estado implemente políticas tendientes a corregir las naturales diferencias de fortuna que exhibe cualquier sociedad. En último análisis, toda la regulación en materia laboral, si la consideramos desde la perspectiva de los derechos privados, configura una verdadera discriminación en favor de los trabajadores, que no es tal, por supuesto, desde que "Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios" (artículo 46).

La Constitución, en otras palabras, cuanto innova en esta materia, es en la sustentación de las relaciones laborales sobre principios superiores de justicia. De ahí que cuanto se busque por medio de la regulación constitucional de los derechos laborales no es otra cosa que la búsqueda de la igualdad social mediante el establecimiento de igualdad de oportunidades establecida en políticas

---

<sup>33</sup> Este es el programa que plantea la Constitución. A cinco años de su sanción, resulta bastante ingrato comprobar que nada se ha avanzado sobre el particular. No se conoce de ningún apresto para la elaboración del Plan Nacional y las juntas departamentales poco o nada, que se sepa, han hecho sobre el particular al punto de que la prensa, justificadamente, reclama por el dispendio de recursos públicos que representan (Ver Diario "Última Hora" del 11 de Mayo 1997).

tendientes a superar desigualdades injustas, con la finalidad última de que cada ciudadano goce de una calidad de vida digna, acorde con su condición humana. Nada de esto, pues, está fundado en trasnochadas teorías de lucha de clases o conceptos similares, sino en la búsqueda consciente y racional de un orden social más justo, a cuyo fin desde luego que deben implementarse las políticas que, progresivamente, permitan el disfrute por todos los ciudadanos de los bienes de la naturaleza y la cultura.

#### **4) De la reforma agraria.**

Al igual que en otros órdenes de la realidad económica, y siendo que la tierra, hasta el presente, como factor productivo es de valor preponderante en una sociedad que hasta hace poco tiempo era predominantemente agraria, la Constitución ha mantenido y profundizado un capítulo que ya existía en la anterior constitución.

Es este, un tema que se presta a exaltaciones populistas. De ahí que, con mucha regularidad, asistimos al sobresalto de las expropiaciones, a las vías de hecho protagonizadas por organizaciones políticamente orientadas a este propósito, sobre todo y desde un punto de vista político, con miras a relativizar el derecho de propiedad que, como derecho humano debe ser objeto de apropiada protección, puesto que es la base del sistema de la libre iniciativa privada.

Aquí se mezclan, como lo venimos expresando, aspiraciones muy legítimas de muchas personas desposeídas, con no pocas incitaciones a las aludidas vías de hecho.

La Constitución luego de definir los objetivos para la concreción de la reforma agraria (artículo 114) también cuida de generar los medios a fin de que ella pueda concretarse de manera gradual (artículo 115 inc.1), es decir, la búsqueda sistemática de que por vía tributaria se liquiden los latifundios y se estimule el desarrollo de la pequeña y mediana propiedad rural.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Advierto que es éste uno de los aspectos menos atendidos luego de la vigencia de la Constitución. Aprecio, por ejemplo, una desnaturalización en el proceso de descentralización: cuanto se demanda del Estado es la derivación de recursos hacia las gobernaciones departamentales. Con semejante criterio a cuanto se llegará es a la fragmentación de la administración del Estado, ya que las gobernaciones, antes que aplicarse sistemáticamente a la coordinación de los servicios en las áreas de su

La Constitución pone en manos de los ciudadanos los medios y mecanismos para participar en el gobierno. No todo puede esperarse ni debe atribuirse al Estado; es preciso, también en este aspecto, que el concepto de *participación* en la conducción, y sobre todo en las *responsabilidades* de los negocios públicos, resulte asumida.

Todo esto implica un cambio, una transformación, que aún espera su concreción. Ella sobrevendrá, en la medida en que los grandes principios sentados en la Constitución, sean internalizados por los más ensanchados sectores de la ciudadanía y que, todos juntos, de manera racional, con rigor, con responsabilidad y con una clara definición de metas y objetivos nos apliquemos a su concreción.

## **V. La Constitución cultural.**

El desarrollo de este acápite exige, por sí mismo, un desarrollo similar en extensión a todo cuanto hemos venido desarrollando. Con el propósito de no extender en demasía este trabajo, aquí, simplemente, hacemos una breve enumeración, no taxativa por cierto, de las indudables transformaciones que plantea la Constitución de 1992. Así:

### **1) Derecho a la vida.**

En esta época signada por espectaculares logros científicos en biotecnología, bien está que el pórtico de la Constitución resulte la afirmación del derecho a la vida (artículo 4°). Y no una existencia cualquiera, sino aquella que dimana de la preservación de los elementos que permitan acceder a una calidad adecuada (artículo 6°) y en un ambiente saludable (artículos 6° y 7°). Estos nuevos elementos acogidos en la Constitución implican una auténtica

---

competencia, han creado no pocos organismos burocráticos que se aplican a cumplir las mismas funciones que la administración central.

Desde que fue sancionada la Constitución no he advertido, en ningún caso, que alguna gobernación o junta departamental haya propiciado alguna programación tendiente a operar la reforma agraria, y menos que se haya aplicado con rigor a la planificación del uso de los recursos departamentales. Muchísimo menos se les ha ocurrido gestionar como competencia propia de ellas, la fijación del valor de las tierras, a los efectos de poder inducir el proceso de reforma por la vía del impuesto. Estimo que ésta hubo de ser una de las reivindicaciones que con mayor énfasis debieron implementarse. Pero no es así. Es preciso, por tanto, reorientar el rumbo conforme a los cometidos fijados en la Constitución.

transformación en la estimativa de la ciudadanía en materias que hoy, en los umbrales del S.XXI se consideran fundamentales.

## 2) La educación.

Emergen de la definición del derecho a la educación regulado en el artículo 73 varias cuestiones, en las que no siempre se repara y que bueno resulta sean explicitadas con algún detenimiento. Así:

a) La educación no es limitada a establecer la enseñanza primaria obligatoria, sino que se la considera *un proceso permanente*. Es decir, establece el derecho de toda persona a disfrutar de una educación permanente. Si bien es cierto, esta definición que fuera largamente expuesta en foros de la más variada naturaleza, halla acogida cabal en el texto constitucional.

b) Exhibe finalidades bien explícitas que dignifican nuestra condición humana: "Sus fines son el desarrollo pleno de la personalidad humana y la promoción de la libertad y la paz, la justicia social, la solidaridad, la cooperación y la integración de los pueblos; el respeto a los derechos humanos y los principios democráticos".

c) Reafirma el compromiso con la Patria y el derecho a la identidad cultural, materias que exigen la más cuidadosa reflexión para no resultar pasto de la manipulación publicitaria de una sociedad consumista.

d) Insiste en la necesidad de la formación moral y cívica del ciudadano, aspectos que por el régimen anterior habían sido cuidadosamente excluidos de una consideración fundamental, como ahora lo exige la Constitución.

e) La erradicación del analfabetismo, posible con voluntad y seriedad, sigue convocando a la ciudadanía como una tarea de la más alta importancia.

Resulta igualmente fundamental, enfatizar que el derecho a la educación no es de responsabilidad exclusiva del Estado. Muy concretamente la Constitución pone esta responsabilidad a cargo de la familia, en primerísimo lugar; el Municipio en segundo lugar, y por último el Estado. Nunca podremos insistir suficientemente para resaltar estas responsabilidades; una sociedad maleada por el autoritarismo no puede pasar de la noche a la mañana a una

sociedad participativa y responsable. La Constitución establece el paradigma, cumple a la ciudadanía brindarle contenido.

### **3) Valorización y rescate del patrimonio cultural.**

Progresivamente se va abriendo conciencia respecto de la importancia trascendente de los bienes culturales, como elementos imprescindibles para fortalecer vínculos afectivos, de solidaridad y de identificación cultural.

Sin el disfrute y la valorización de los mismos, en esta era de globalización de la economía, de consumismo desenfrenado, de agresión cultural sistemática, el ciudadano común terminará por constituirse en un eslabón harto maleable en la cadena de dominación impuesta por condicionantes de diversa índole.

La Constitución de 1992, al resaltar ese respeto a la identidad cultural, al valorizar los bienes culturales, al insistir sobre la calidad de vida a que tiene derecho todo individuo, al acordar una acción popular para la defensa de estos intereses (artículos 38 y 134) sin que quepa la menor duda, ha brindado instrumentos adecuados a la promoción de la persona humana y, por sobre todo, a la participación responsable en el destino común.

### **4) Los pueblos indígenas.**

En ninguna otra constitución, he apreciado una regulación tan completa y apropiada, vinculada a los pueblos indígenas como en la Constitución de 1992.

Desde luego que en las constituciones anteriores nada se había previsto sobre el particular. Un acto de incuestionable justicia, pero que hace a la esencia de la constitución cultural del país, es el que ha impulsado a la regulación contenida en los artículos 62 a 67 de la Constitución de 1992, que a justo título, ha merecido un reconocimiento internacional que nos enorgullece.

### **5) El guaraní.**

La elevación del guaraní, a la condición de idioma oficial, configura también, y acaso de manera decisiva, un elemento espiritual de primerísima importancia en la conformación de las nuevas realidades que nos brinda la Constitución de 1992.

Naturalmente que un mayor desarrollo respecto de esta cuestión, nos alejaría en extremo de nuestros propósitos.

Entretanto, quede este aspecto final de nuestro trabajo, como el más fúlgido testimonio de que la Constitución de 1992, por sobre todas las cosas, ha traído los fundamentos del cambio tan anhelado por el pueblo paraguayo, ha forjado instituciones de incuestionable raigambre democrática, y ha forjado un Estado que como siempre lo hemos señalado, no debe propender a otra cosa que servir al hombre libre.

## DATOS DE LOS AUTORES

**Juan Manuel Benítez Florentín.** Nació en Asunción el 10 de enero de 1937. Se recibió de Bachiller en el Colegio Nacional de la Capital y de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Asunción. Tiene también estudios de Filosofía y Contabilidad. Fue Convencional Constituyente en 1.967, Diputado Nacional de 1989 al 1993, habiendo sido electo Vice-presidente de dicha Cámara en dos periodos. Fue nuevamente Constituyente en 1.992. Ejerció la Cátedra de Geopolítica, Derecho Constitucional y Derecho Civil en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Actualmente es encargado de la Cátedra de Derecho Político en la misma universidad.

**Jose María Cabral Alcaraz.** Abogado, profesor asistente de la Cátedra de Derecho Constitucional Nacional y Comparado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas U.C.A. Ex-miembro suplente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Investigador del CIDSEP y coautor de publicaciones auspiciadas por el CIDSEP. Miembro del Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas U.C.A. Asistente al Curso interdisciplinario en Derechos Humanos. San José. Costa Rica. Miembro Consultivo del Consejo de Redacción de la Revista Jurídica de Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas U.C.A. Autor y/o coautor de trabajos publicados en la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas U.C.A., en el Anuario de la Universidad Católica y publicaciones auspiciadas por la Corte Suprema de Justicia.

**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. Auxiliar de Cátedra en la cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho-filial Coronel Oviedo, U.N.A. Autor de "Constitución y Estado de Excepción" (1990) y "El Poder Ejecutivo en el Constitucionalismo Paraguayo", entre otros. Miembro de la Convención Nacional Constituyente de 1.992. Actualmente Sub-Contralor General de la República.

**Rodrigo Campos Cervera.** Egresado de la Facultad de Derecho de la U.N.A., en 1.954, con promedio sobrasaliente 4, 65. 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 1.983 hasta ahora en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la U.C.A.. En ambas facultades integró por varios períodos el Consejo Directivo de Facultad. Ex - Convencional Constituyente en 1.992. Fue corredactor de los anteproyectos de Constitución del PLRA. Senador de la Nación por dos períodos (1.989/93/98). Elegido Vice Presidente 1° del Senado, actualmente es presidente de dicha Cámara y del Congreso de la Nación. Presentó 28 Proyectos de ley, 17 de los cuales son Leyes de la Nación. Publicó en periódicos y revistas alrededor del 150 artículos sobre temas constitucionales y políticos.

**Luis Antonio Fretes Carreras.** Abogado y Magister en Ciencia Política por la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Profesor de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, y de Ciencias Humanas de la Universidad Católica. Asesor de Comisiones de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados.

**Carlos Alberto González.** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Senador de la Nación por el período 1993/8. Miembro titular del Consejo de la Magistratura en representación de la Cámara de Senadores. Miembro de la Convención Nacional Constituyente de 1967 y de 1992. Diputado Nacional por los períodos 1967-1972 y 1972-1977. Ex - Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. Ha publicado numerosos trabajos sobre temas jurídicos y políticos.

**José Ignacio González Macchi.** Abogado, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A.; Master en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad de Zulia - Venezuela; especializado en "Juicio Oral" en la "Western

School of Law" de San Diego - California; Ex-Consultor contratado por la Corte Suprema Justicia, del Ministerio Público y la U.S.A.I.D. para redactar el Anteproyecto de Código Procesal Penal para el Paraguay en el marco del Convenio sobre Reforma Judicial; Profesor Asistente en la Cátedra de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A.; Profesor Instructor de Área en la Cátedra de Derecho Penal II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la U.C.A.; Juez de Primera Instancia en lo Criminal de la Circunscripción Judicial de Asunción.

**Luis Lezcano Claude.** Nació en la Asunción, el 2 de enero de 1952. Actualmente es Ministro de la Corte Suprema de Justicia, integrante de la Sala Constitucional. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Especializado en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la U.N.A. Fue investigador de la Universidad Católica. Fue convencional constituyente en la Convención Nacional Constituyente de 1991/92. Ha publicado varios trabajos en el campo del Derecho Constitucional.

**Juan Carlos Mendonca 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.

**Óscar Paciello Candia.** Nació en Asunción, el 9 de diciembre de 1932. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Asunción. Ministro de la Corte Suprema de Justicia y ex - Presidente de la misma. Profesor de la U.N.A. Ex - miembro del Consejo Directivo de las Facultades de Filosofía y de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Fue convencional en la Convención Nacional Constituyente de 1991/92 y presidente de la Comisión Redactora de la misma.

Fue Ministro de Justicia y Trabajo y Asesor de la Presidencia de la República en el área social. Ex-Presidente del Colegio de Abogados del Paraguay. Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Ha publicado numerosos trabajos en el campo del Derecho y de la Historia.

**Alicia Beatriz Pucheta de Correa.** Abogada, T.M. distinguido (1974). Doctora en Ciencias Jurídicas, calificación distinguida (1990), por la U.N.A. Ingresó al Poder Judicial en el año 1971 (dactilógrafa), pasando por todos los escalafones como funcionaria judicial y magistrada. Actualmente es Miembro del Tribunal de Apelación de Menores. Docente en la Facultad de Derecho U.N.A. y en la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas U.C.A.. Asistió a seminarios nacionales e internacionales. Obras: Derecho del Menor Tomos I y II y monografías publicadas en la Revista La Ley y en la Revista Derecho de Familia del Uruguay.

**Marcos Riera Hunter.** Nació en Asunción el 17 de mayo de 1951. Doctor en Ciencias Jurídicas por la U.N.A., calificación "summa cum laude". Magistrado del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital. Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la U.C.A.. Profesor de Lógica Jurídica en la Facultad de Derecho de la U.N.A.. Director del Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas en la U.C.A. Autor del "Proyecto Constitucional para el Poder Judicial", remitido a la Convención Constituyente de 1992, y del "Proyecto de Ley sobre la Escuela Judicial Paraguaya", aprobado por la C.S.J. por resolución de 1.994. Público "La Independencia del Poder Judicial. Derecho Paraguayo Comparado", Asunción, 1991.

**Jorge Seall Sasiain.** Abogado, 77 (U.N.A); Sociólogo 79 (U.C.A); Master en Leyes LL.M 84 (Harvard); doctorado en Ciencias Jurídicas (abd/S.J.D. 87 (Harvard); Profesor Asistente y Encargado de cátedra de "Derecho Constitucional Nacional y Comparado" (FD y CS/U.N.A); Asesor Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Legislación (Cámara de Senadores, 1994-96); Asesor Facultativo en materia Jurídica (Cámara de Senadores); especialización en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

**Enrique Antonio Sosa Elizeche.** Nació en Asunción, el 1° de junio de 1937. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Asunción. Ministro de la Corte Suprema de Justicia y actual Presidente de la misma. Ex Vice presidente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Profesor de la U.N.A. y de la Universidad Católica. Ex-Vice presidente del Colegio de Abogados del Paraguay. Ex-Miembro Titular del Consejo Universitario de la Universidad Católica. Ex-Miembro Titular del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la U. C. Ha publicado numerosos trabajos sobre temas jurídicos.

**María Sol Zucolillo Garay de Vouga.** Nació en Asunción, el 8 de mayo de 1955. Cursó sus estudios primarios y secundarios en el Colegio Teresiano del cual egresó en 1973 con medalla de oro, como mejor bachiller. En 1979 culminó la carrera de Derecho (U.N.A.) con medalla de oro de mejor egresada. En 1992 obtuvo el Doctorado en Ciencias Jurídicas con calificación "Cum Lande". Ocupó cargos de dactilógrafa, Secretaria de Juzgado de 1ra. Instancia, Fiscal en lo Civil y Comercial, Jueza de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial, Miembro del Tribunal de Apelación del Trabajo, del Menor y, actualmente, se desempeña como Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 2ª Sala.

Impreso en el Dpto. de Servicios  
Gráficos del Poder Judicial  
Mayo de 1998