



COMENTARIO A LA CONSTITUCIÓN

TOMO III



Homenaje al Décimo Quinto Aniversario

División de Investigación, Legislación y Publicaciones
Centro Internacional de Estudios Judiciales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**COMENTARIO A LA
CONSTITUCIÓN**

TOMO III

Homenaje al Décimo Quinto Aniversario

**División de Investigación, Legislación y Publicaciones
Centro Internacional de Estudios Judiciales**

**Año 2007
Asunción – Paraguay**

© Corte Suprema de Justicia. “Comentario a la Constitución. Tomo III. Homenaje al Décimo Quinto Aniversario”. Asunción – Paraguay.

DERECHOS RESERVADOS

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

Primera Edición: 500 ejemplares.

D 342	COMENTARIO A LA CONSTITUCIÓN. TOMO III. HOMENAJE AL DÉCIMO QUINTO ANIVERSARIO
COR	Corte Suprema de Justicia Asunción – Paraguay Edición 2007. p. 712

COORDINACIÓN GENERAL

Luis Lezcano Claude

Víctor Núñez Rodríguez

Carmen Montaña Cibils, Coordinación

COMPAGINACIÓN

División de Investigación, Legislación y Publicaciones (CIEJ)

Víctor Núñez Rodríguez, Director

Rosa Elena Di Martino, Investigadora

Susana Gómez Fleitas, Investigadora

Sandra Friedmann, Investigadora

Carmen Montaña Cibils, Investigadora

Natalia Muñoz Carman, Investigadora

Emily Santander Donna, Investigadora

Mirian Santos, Investigadora

Félix Ramírez, Diseñador

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS
JUDICIALES (CIEJ)

Consejo de Dirección

ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA
(Presidenta de la Corte Suprema de Justicia)

ANTONIO FRETES
(Ministro Director de la División de Capacitación)

VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ
(Ministro Director de la División de Investigación, Legislación y
Publicaciones)

ÍNDICE GENERAL

Índice de abreviaturas.....	17
Presentación	19

PRIMERA PARTE. AUTORES NACIONALES

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992 Y SUS ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES. Carlos Alberto González Garabelli..	25
1. Introducción	27
2. La Constitución vigente de 1992.....	38
3. Análisis de la Constitución de 1992 vinculado con el constitucionalismo social	44
4. La participación del trabajador en los beneficios y en la administración de la empresa. Debate planteado en la Constitución en la Convención Nacional Constituyente.....	54
5. Otras normas laborales	56
6. La propiedad privada y la reforma agraria	58
7. La expropiación y la indemnización	62
8. La reforma agraria.....	66
9. Palabras finales.....	66
9.1. Las garantías consagradas	66
Bibliografía.....	70
1992-2007: QUINCE AÑOS DE ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO EN PARAGUAY. Jorge Silvero Salgueiro	71
1. Introducción	73
2. 1989-1991 El Estado democrático	76
3. 1992-1995 El Estado constitucional democrático.....	78
4. 1996-2000 El Estado en crisis.....	82
5. 2000-2007 El Estado inerte.....	87
6. ¿Hacia un Estado de derecho democrático?.....	88
Bibliografía.....	90

ENSAYO CRÍTICO DE POSIBLES ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES. Sindulfo Blanco	93
1. Ubicación Conceptual	95
2. Relación de Antinomias y Lagunas Constitucionales.....	97
2.1. Primer Caso	97
2.2. Segundo Caso.....	102
2.3. Tercer Caso	103
2.4. Cuarto Caso	104
2.5. Quinto Caso.....	106
2.6. Sexto Caso.....	106
2.7. Séptimo Caso.....	108
2.8. Octavo caso	109
2.9. Noveno Caso	109
3. Conclusión.....	111
Bibliografía.....	111

TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL-INTÉRPRETES NATURALES Y OCASIONALES DE LA CONSTITUCIÓN. Rodrigo Campos Cervera	113
1. Introducción	115
2. Interpretación constitucional	115
3. Teoría y práctica interpretativa de la Constitución paraguaya.....	117
4. La interpretación literal de la ley.....	118
5. Teorías de la interpretación.....	122
6. La teoría del uso alternativo del derecho en la interpretación constitucional	123
7. Interpretación constitucional en el marco de la doctrina del “uso alternativo del derecho”	124
8. Vacíos constitucionales, posiciones y controversias al respecto.....	127
9. Interpretación práctica de los jueces constitucionales.....	129
10. Adenda	130
11. Órganos: legislativo, ejecutivo y judicial y no poderes ...	130

12. Art. 37 vs. art. 129 – contradicción ideológica en dichos artículos de la Constitución paraguaya?.....	131
13. Controversias y posiciones antinómicas entre los artículos 252 y 261 de la Constitución paraguaya	132
14. Motivo de la incorrecta inclusión del art. 19 en el proyecto de ley	133
15. Rectificación del equívoco	133
16. Disposiciones de la Constitución paraguaya de 1967 que establecían la dependencia absoluta del poder judicial al poder ejecutivo	135
17. Inspiración ideal y fracaso fáctico de instituciones como el consejo de la magistratura	136
18. ¿Cuoteo político, decisión oportuna y realista?	136
19. Labor polémica interpretativa de la constitución	137
20. Reflexiones finales	138
21. Incorrecta interpretación de la denominación atribuida a la constitución paraguaya de 1991-1992.....	141
Bibliografía.....	144

CASOS NO JUSTICIABLES, DISCRECIONALIDAD Y ZONA DE RESERVA. Evelio Fernández Areválos.....	149
1. Casos no justiciables	151
2. Zona de reserva	161
3. Discrecionalidad.....	164
4. Cuestiones políticas.....	168
5. Relaciones entre no justiciabilidad, discrecionalidad y zona de reserva	170
Bibliografía.....	172

LA GOBERNABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992. Juan Carlos Mendonça Bonnet.....	173
1. Introducción	175
2. Precisiones preliminares.....	178
3. Características generales de nuestra Democracia.....	184
4. El marco institucional.....	188

4.1. Diversos aspectos del marco institucional	188
4.2. Los poderes constitucionales del Presidente de la República	190
4.3. La relación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo	194
4.4. El sistema de partidos.....	206
5. Conclusión.....	209
Bibliografía.....	211

LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACIONAMIENTO CON LA LEY EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN. Enrique A. Sosa Elizeche

1. El sistema constitucional.....	215
2. La delegación de poderes o facultades	217
2.1. Potestades jurisdiccionales, administrativas y legislativas	217
3. Reglamentos	225
3.1. Concepto.....	225
3.2. Generalidad decreciente de las normas	225
3.3. Formas de poder normativo de la administración	226
3.4. Clases de reglamentos	230
4. Límites de la potestad reglamentaria.....	236
5. Reserva de la ley	240
6. La regulación por ley en nuestra Constitución.....	243
7. Órganos con potestades para dictar reglamentos externos	246
Bibliografía.....	248

ARTÍCULO SÉPTIMO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL: DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE.

María Sol Zuccolillo Garay de Vouga	251
1. Introducción	253
2. Principales problemas que aquejan al medio ambiente.....	254
2. 1. Disminución de la capa de ozono.....	254
2.2. Calentamiento global de la tierra	257
2.4. Deforestación	259
2.5. Contaminación del agua	262
2.6. Lluvias ácidas.....	266
Bibliografía.....	273

CONSTITUCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA. José Ignacio González Macchi.....	275
1. La norma constitucional sobre la prisión preventiva	277
2. La calificación del hecho punible es una exigencia constitucional impuesta al juez competente.....	278
3. Los requisitos de la prisión preventiva y la calificación del hecho	281
4. La calificación del hecho y el requerimiento fiscal.....	284
5. La imputación fiscal no debe ser considerada como la calificación del hecho	287
6. Los presupuestos de las medidas cautelares.....	289
7. Los presupuestos doctrinarios originales	291
7.1. Fumus boni iuris.....	291
7.2. Periculum in mora	295
7.3. Peligro de fuga	297
7.4. Peligro de obstrucción.....	297
8. Conclusiones	297
8.1. La sospecha sustantiva de responsabilidad	298
8.2. El mérito procesal.....	300
Bibliografía.....	301

NOTAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992. Luis Lezcano Claude.....	303
1. Introducción	305
2. Antecedentes nacionales	308
3. La libertad de expresión y la de prensa.....	310
4. Censura previa.....	312
5. Limitaciones establecidas en la Constitución.....	313
6. Ley de prensa	314
7. Prácticas atentatorias contra la libertad de prensa.....	315
8. Delitos cometidos por medio de la prensa	317
9. Responsabilidad civil	323
10. Empleo de los medios masivos de comunicación social.....	324
11. Regulación de la publicidad	325

12. Derecho a informarse	328
13. Acceso a las fuentes públicas de información.....	330
14. Pluralismo informativo.....	332
15. Derecho de rectificación.....	335
16. Libertad de ejercicio del periodismo.....	337
17. Derechos de los periodistas	338
18. El espectro electromagnético	340
19. Medios masivos de comunicación social del Estado	342
20. Publicación sobre procesos	343
21. Prueba de la verdad o notoriedad en procesos sobre publicaciones.....	344
22. Intimidad, vida privada, dignidad, honor, reputación e imagen privada	348
23. Conclusiones	351
Bibliografía.....	353

EL DERECHO DE LOS HIJOS A TENER PADRES Y SER RECONOCIDOS POR ÉSTOS EN LA CONSTITUCIÓN.

Alicia Beatriz Pucheta de Correa	355
1. Introducción	357
2. Verdad biológica, derecho de identidad e investigación de la paternidad.....	358
3. Normas constitucionales, instrumentos internacionales y leyes internas	361
4. La presunción de paternidad en el matrimonio	364
5. Acciones de negación e impugnación de la paternidad matrimonial: requisitos.....	365
6. Excepciones.....	366
7. Transmisibilidad de la acción a los ascendientes del marido y a sus herederos presuntivos	368
8. Fallos del tribunal de apelación de la niñez y adolescencia	369
9. Prescripción.....	372
9.1. Excepción	372
10. Acción de impugnabilidad del reconocimiento: requisitos	374
11. Conclusiones	375

Bibliografía.....	377
LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL SISTEMA PENAL JUVENIL. Violeta González Valdez	379
1. Reseña histórica.....	381
2. Garantías constitucionales en el Sistema Penal Juvenil	385
2.1. Las facultades discrecionales para decidir la sanción penal juvenil en el marco del principio de legalidad	388
2.2. La prevención especial positiva como substancial finalidad de la sanción penal juvenil	391
2.3. El principio de reprochabilidad como fundamento y límite de la sanción penal juvenil	398
2.4. El principio de educación como justificación de la medida privativa de libertad: vestigio de un "embuste de etiquetas"	402
2.5. El principio de excepcionalidad de la prisión preventiva del adolescente	407
3. El derecho penal mínimo como nuevo paradigma de la Justicia Penal Juvenil	416
Bibliografía.....	419
OBLIGACIONES INTERNACIONALES ASUMIDAS POR EL ESTADO PARAGUAYO DESDE 1992, A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Elodia Almirón Prujel	421
1. Introducción	423
2. Ámbito nacional de aplicación.....	425
3. Obligaciones que surgen del Art. 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	432
4. Diversas obligaciones estatales	446
5. Obligaciones derivadas del Art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	455
6. Reflexiones finales	463
Bibliografía.....	465

LA SUPRANACIONALIDAD Y LA CONSTITUCIÓN DE 1992. José Antonio Moreno Ruffinelli.....	467
1. Introducción	469
2. ¿Qué es la supranacionalidad?	470
3. La supranacionalidad y los derechos fundamentales	476
4. La supranacionalidad en los procesos de integración	478
5. La supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR.....	481
6. La constitución paraguaya y la supranacionalidad.....	483
7. El constitucionalismo social y cultural.....	485
8. Reflexión semántica	487
9. Conclusión.....	488
Bibliografía.....	490
EL JUICIO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992. LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL DE LOS ALTOS CARGOS PÚBLICOS. Emilio Camacho	491
1. La importancia del tema	493
2. Antecedentes históricos.....	494
3. Su desarrollo en las Constituciones paraguayas.....	502
4. La Constitución de 1992	514
5. Concepto y naturaleza jurídica. La cuestión del debido proceso	518
5.1. Los reglamentos dictados por el congreso	523
Bibliografía.....	525
Anexos.....	527
LA PRAXIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PARAGUAY. José Raúl Torres Kirmser	535
1. Introducción	537
2. Órgano competente	537
3. Vías para promover la inconstitucionalidad.....	540
4. Trámite procesal.....	546
5. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.....	553
Bibliografía.....	557

SEGUNDA PARTE. AUTORES INTERNACIONALES

ESCRITOS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. José Luis Cea Egaña.....	561
I. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional	563
1. Ambiente institucional	563
2. Supuesto	564
3. Transformación de la democracia	565
4. Justicia constitucional	566
5. Una nota sobre modelos	568
6. Características	569
7. Nuevo constitucionalismo	571
8. Desafíos	572
II. Origen y desarrollo de la justicia constitucional en Chile	572
9. Contexto histórico comparado	573
10. Recepción en Chile.....	574
11. El cambio de 1980.....	575
12. Impulso de 2005	576
III. Perspectivas y desafíos. Un año después de la reforma	578
13. Incertidumbre y riesgos	578
14. Evaluación.....	580
15. Nuestra actitud.....	583
16. El futuro.....	584
17. Balance	586
Bibliografía.....	587

OS DESAFIOS E AS POSSIBILIDADES DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NOS CONTEXTOS SUPRANA-CIONAIS. Gilmar Mendes.....	591
1. Introdução.....	593
2. A incorporação dos tratados e convenções internacionais..	595
3. A incorporação dos tratados e convenções internacionais no âmbito do MERCOSUR.....	601
4. A incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos	609

5. Notas conclusivas.....	633
Bibliografía.....	638

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA Y DERECHOS HUMANOS. LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE. Luis Paulino Mora Mora.....

I. Introducción	643
1. El principio democrático como parámetro de interpretación constitucional	649
2. Condiciones carcelarias dignas	650
3. Definición de la naturaleza de la pena de prisión.....	657
4. Derechos derivados de la custodia	658
5. Cumplimiento del debido proceso legal.....	659
6. Obligación de separar a los internos por categoría	661
7. Constitucionalización de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos	661
8. Respeto a la salud e integridad física	662
9. Obligación de respetar el Derecho Internacional Humanitario Prohibición de utilizar gases vesicantes contra la población penal	667
10. Respuesta a gestiones en un plazo razonable	673
11. Otros derechos reconocidos	676
Bibliografía.....	681

PRODUCCIÓN DE PRUEBAS Y MEDIDAS PRECAUTORIAS DE OFICIO EN LA ACCIÓN DE AMPARO AMBIENTAL: ACTIVISMO VERSUS GARANTISMO.

Néstor Pedro Sagués.....	685
1. Introducción	687
2. La ideología en juego. El activo “juez hércules”	689
3. La contraposición ideológica: el galantismo	694
4. Evaluación.....	697
Bibliografía.....	701
Datos de los autores.....	703

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Ac. y S.	Acuerdo y Sentencia
AI	Auto Interlocutorio
ANR	Asociación Nacional Republicana
Art./art.	Artículo/Artículos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica
CC	Código Civil
CDH	Comité de Derechos Humanos
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CN/Cn	Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992
CNA	Código de la Niñez y la Adolescencia
CP	Código Penal
CPC	Código Procesal Civil
CPP	Código Procesal Penal
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJ	Corte Suprema de Justicia República del Paraguay
Ed./Edit.	Edición/Editora/Editorial
inc.	inciso/incisos
F1	"Fallos Institucionales", Tomo I publicado por la Corte Suprema de Justicia
F2	"Fallos Institucionales", Tomo II publicado por la Corte Suprema de Justicia
ob. cit./op.cit.	obra citada/opus citada
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
pár.	párrafo
p.	página
pp.	páginas

PDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PE	Poder Ejecutivo de la República del Paraguay
PEN	Partido Encuentro Nacional
PJ	Poder Judicial de la República del Paraguay
PL	Poder Legislativo de la República del Paraguay
PLRA	Partido Liberal Radical Auténtico
PNUD	Proyecto para Desarrollo de las Naciones Unidas
PPQ	Partido Patria Querida
PPS	Partido País Solidario
S/sgte.	siguiente
SD	Sentencia Definitiva
Ss	siguientes
T	Tomo
TApel Civ. y Com.	Tribunal de Apelación Civil y Comercial
UE	Unión Europea
UNA	Universidad Nacional de Asunción
UDH	Unidad de Derechos Humanos
UNACE	Unión Nacional de Colorados Éticos
V	Volumen
vb. gr.	verbi gracia

PRESENTACIÓN

En el presente año la Constitución ha cumplido quince años de vigencia. Con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia había auspiciado la publicación de trabajos similares a éste, para conmemorar el quinto y el décimo aniversarios de nuestra Ley Fundamental. La publicación da continuidad a esta sostenida postura de realzar el marco constitucional que nos rige mediante el estudio crítico del mismo.

En este volumen se incluyen, como en los precedentes, monografías de destacados juristas paraguayos sobre diversos temas de notable interés y actualidad. De este modo se incrementan los estudios constitucionales mediante valiosos aportes, algunos de ellos referidos a temas que hasta hoy no habían sido abordados con la debida profundidad. La novedad que incluye esta publicación, son las colaboraciones de renombrados juristas extranjeros.

Creemos que el carácter democrático de nuestra Ley Suprema es indudable, sin perjuicio de las observaciones que se puedan formular respecto de algunas de sus normas.

En su parte dogmática contiene un amplio, completo y actualizado catálogo de derechos y garantías que están en plena consonancia con las disposiciones de los diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además, en esta parte se delinea lo que se llama un “Estado social de derecho”.

En la parte orgánica están incluidos, además de los tradicionales órganos de gobierno, otros más novedosos, algunos de ellos incorporados al constitucionalismo paraguayo por primera vez. Se podrá disentir en cuanto a la conveniencia o no

de un órgano determinado, o en cuanto a la eficacia o utilidad del mismo, pero no podrá encontrarse ningún elemento que menoscabe el marco democrático delineado por la Constitución.

Ello no obsta a que existan algunos institutos y disposiciones que han sido traídos al debate como posibles temas de una futura reforma constitucional. Mencionamos algunos de ellos: la inclusión de los tribunales militares en la justicia ordinaria, como fuero militar; la supresión de la senaduría vitalicia, la reformulación de la figura del Vicepresidente de la República, la admisión de la reelección del Presidente de la República y de los gobernadores, la elección del Presidente de la República, no por simple mayoría, sino por mayoría absoluta, con posibilidad de balotaje; la reformulación del artículo 234, referente a la acefalía del Poder Ejecutivo; la eliminación de toda duda o ambigüedad en las normas que consagran la inamovilidad de los magistrados judiciales; el otorgamiento de efectos *erga omnes* a la declaración de inconstitucionalidad de actos normativos; la fusión del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en un solo órgano, con modificación de la integración de los mismos. También se tendrían que considerar temas como el Servicio Militar Obligatorio y las Fuerzas Armadas; así como el Estado de excepción, que aparece desde la perspectiva de un gobierno democrático como muy débil.

Se debe advertir, sin embargo, en cuanto a la malintencionada y falsa actitud de pretender atribuir todos los males actuales a supuestas deficiencias de la Constitución. En efecto, los graves problemas socioeconómicos vinculados con la existencia material de los habitantes de este país, que hacen a la democracia real, están -de lejos- mucho más vinculados a la ineptitud de gobernantes, a la corrupción pública y privada, y a

una injusta distribución de la riqueza, entre otras cosas, que a las normas que contiene la actual Ley Suprema.

Pero más grave aún resulta sostener -siguiendo un supuesto razonamiento lógico- que, como esta situación es causada por una constitución deficiente, la superación de la misma ha de venir por la vía de la reforma constitucional. Construir un espejismo como éste, resulta francamente inmoral.

Esto es particularmente importante señalar, a fin de no levantar falsas expectativas en cuanto a los resultados en una reforma constitucional. Si los graves problemas por los que atravesamos actualmente no son atribuibles a una mala Constitución, es lógico pensar que no encontrarán solución en una reforma constitucional.

Sin embargo, debemos decir que la actual Ley Fundamental presenta deficiencias de carácter técnico-formal e incluso algunas de fondo, que ameritan su modificación.

La obra está dirigida a profesionales del Derecho, a investigadores, a estudiantes y a toda persona que desee profundizar sus conocimientos acerca de la norma suprema que nos rige. En la medida en que este trabajo despierte el interés en conocer más la Constitución y contribuya a afirmar la convicción de la necesidad de su estricta observancia, estará cumplido el objetivo y podremos sentirnos plenamente satisfechos.

Finalmente debe señalarse que este trabajo no hubiera visto la luz pública sin el apoyo de la Corte Suprema de Justicia y su firme decisión de contribuir a que la supremacía de la Constitución sea real y efectiva.

En particular no podemos dejar de agradecer a las investigadoras de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ) de la Corte, cuyas integrantes prestaron una invaluable colaboración.

Los coordinadores

PRIMERA PARTE
AUTORES NACIONALES

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992 Y SUS ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Carlos Alberto González Garabelli

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONSTITUCIÓN VIGENTE DE 1992. 3. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992 VINCULADO CON EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. 4. LA PARTICIPACIÓN DEL TRABAJADOR EN LOS BENEFICIOS Y EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA. DEBATE PLANTEADO EN LA CONSTITUCIÓN EN LA CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE. 5. OTRAS NORMAS LABORALES. 6. LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA REFORMA AGRARIA. 7. LA EXPROPIACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN. 8. LA REFORMA AGRARIA. 9. PALABRAS FINALES. 9.1. LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS.

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992 Y SUS ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Carlos Alberto González Garabelli

1. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo social fue incorporado por primera vez en el Paraguay con la Constitución del año 1940. No obstante consideramos de interés hacer una breve reseña de las diferentes constituciones que han regido en nuestro país en virtud de que ello implica una orientación en torno a la evolución que ha tenido un sistema que hoy rige en gran parte de las Constituciones del mundo y especialmente en aquellos países cuyos sistemas socioeconómicos pueden constituir un ejemplo, como es el caso de Alemania.

Comenzaremos recordando que en el año 1811, el Paraguay declaró su independencia de España y que hasta el año 1844 no se tuvo una Constitución. Sin embargo en el año 1813 se dictó la normativa legal conocida con el nombre de *Reglamento de Gobierno de 1813*, que solo contenía diecisiete artículos y “*dejaba investido el gobierno de la Provincia en dos Cónsules, que se denominarán de la República del Paraguay*”. El Reglamento rigió hasta la instalación de la dictadura temporal, ejercida por el Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia, quien se convirtió posteriormente en dictador perpetuo y gobernó sin someterse a norma legal estricta alguna, no obstante lo cual continuaron vigentes la legislación española aplicable y las Leyes de Indias.

Durante el gobierno de Carlos Antonio López fue dictada la “*Ley que Establece la Administración Política del*

Paraguay”, conocida como *Constitución de 1844* y sancionada por un Congreso General, elegido entre los “*propietarios, de capacidad, honrados y de buenos sentimientos*”. Contiene 102 artículos divididos en 10 capítulos y dispone la división de los poderes del Estado.

La Constitución citada significó que el Paraguay avanzaba como Estado independiente y en tal sentido lograba establecer un régimen legal propio, que no había sido consagrado durante la dictadura del Dr. Francia, no obstante los incuestionables esfuerzos de éste y su rígida determinación para mantener la independencia del Paraguay.

La Constitución de 1844 contiene algunas disposiciones dignas de mención y en tal sentido debemos señalar que en el Título X encontramos normas de una significación especial para la época y para la situación que había vivido el Paraguay, en materia de derechos individuales. Es así como expresaba: “*Los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta, bien sea penal, preceptiva o tuitiva, debe ser una misma para todos, y favorecer igualmente al poderoso que al miserable. (Art. 2). Todos los habitantes de la República tienen derecho a ser oídos en sus quejas por el Superior Gobierno de la Nación. (Art. 3). Se permite libremente la salida del territorio de la República llevando en frutos el valor o precio de sus propiedades adquiridas, observando además las leyes policiales y salvo perjuicio de tercero. (Art. 4). Los habitantes de la República, sea cual fuese su oriundez, no reconocerán otros tribunales para todo género de causas, que los establecidos por nuestras leyes patrias; de consiguiente queda prohibido el establecimiento de tribunales extranjeros bajo cualquiera forma*”. (Art. 9).

Además prohibía el tráfico de esclavos o de negros, aun

con el título o pretexto de colonos, con lo cual consagraba un principio fundamental y se adelantaba a otros países de la región.

La *Constitución de 1870* fue dictada al término de la guerra de exterminio que tuvo el Paraguay contra Argentina, Brasil y Uruguay y en un momento en que las tropas enemigas aun ocupaban el territorio nacional.

Los antecedentes de esta Constitución los encontramos en la de los Estados Unidos y en la Constitución argentina de 1853. Su filosofía es de corte liberal y consagra un sistema democrático, con respeto y protección a los derechos individuales fundamentales y prevé la división de los poderes del Estado. Puede ser calificada como una Constitución verdaderamente democrática y de acuerdo con la época en que fue sancionada, por supuesto que los derechos sociales no se encuentran previstos.

Esta Constitución tuvo una vigencia de setenta años, durante los cuales se intentó, con altibajos, retrocesos, fracasos y algunos éxitos, instituir un régimen de tipo liberal. En ese lapso hubo autoritarismo y anarquía pero también y, especialmente en las décadas de los años veinte y de los años treinta y hasta 1936, un significativo avance del sistema democrático¹.

En 1932 y hasta 1935 el Paraguay soportó una nueva guerra internacional contra Bolivia y en 1936 un golpe militar, con un trasfondo de reivindicaciones sociales y de influencias totalitarias, derribó al gobierno civil democrático que había

¹ Carlos Alberto González, “El Trabajo y la Constitución”, Capítulo: El Constitucionalismo Social y el Derecho del Trabajo en las Constituciones del Paraguay, Edic. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones. p. 289, Madrid-España.

dirigido una guerra victoriosa y derogó virtualmente la Constitucional de 1870, con un Acta Constitucional y un Decreto en el que se sostuvo que “*el acta constitucional de institución del Primer Gobierno de la Revolución, se halla ya incorporada al Derecho Constitucional de la República con la trascendencia de una nueva Carta Magna*” y que “*el advenimiento de la Revolución Libertadora del Paraguay, reviste la misma índole de las transformaciones sociales totalitarias de la Europa contemporánea, en el sentido de que Revolución Libertadora y el Estado son ya una misma e idéntica cosa*”. Las ideologías del nazismo y del fascismo comenzaban a repercutir en países latinoamericanos y en el Paraguay tuvieron un brote que, si bien no llegó a desarrollarse plenamente, dejó raíces que ejercieron influencia en las décadas siguientes².

La Constitución de 1870 fue restablecida al año siguiente cuando un nuevo golpe militar derrocó al que ejercía el poder y estableció un gobierno civil, aun cuando con evidente influencia de las Fuerzas Armadas. Sin duda alguna el militarismo en una u otra forma constituiría un factor determinante en la política nacional hasta el año 1989, en que fue derrocado el dictador Stroessner.

Si hacemos una comparación entre la llamada Constitución de 1844 y la de 1870, podemos advertir que esta implicó la consagración de un sistema democrático, cuyo cumplimiento estuvo muy lejos de considerarse tan siquiera medianamente satisfactorio.

Por supuesto que la problemática social no fue abordada en ningún sentido por esta Constitución y el año en que ella fue sancionada lo explica acabadamente. Como veremos más adelante las ideas sociales, recogidas por el constitucionalismo aparecen casi setenta años después.

² Carlos Alberto González, ob. cit., p. 291.

La Constitución paraguaya posterior a la de 1870, fue la de 1940, a cuyas características especiales nos referiremos seguidamente.

La primera reflexión que nos merece esta Constitución, es la peculiar forma como fue sancionada. En lugar de seguir el procedimiento establecido por la Constitución de 1870 que disponía la convocatoria a una Convención Nacional Constituyente, fue instituida por un Decreto del Poder Ejecutivo y estando ya en vigencia, fue convocado un plebiscito para su ratificación popular.

La justificación establecida en el Decreto que sancionó esta Constitución, expresaba: *“esta carta ya no puede ser la de 1870, porque debe responder a nuevas necesidades, a nuevas doctrinas, a nuevos hechos y a una concepción más nueva del Estado”* y agregaba que es así mismo indispensable *“dotar al Estado de facultades que le habiliten más ampliamente a cumplir sus funciones de realizar el progreso y de intervenir para alcanzar una mayor justicia social, para orientar la economía, para racionalizar la producción y sistematizar coherentemente el trabajo nacional”*.

La *Constitución de 1940*, que fue caracterizada como una “Carta Política”, debe ser analizada en sus dos aspectos fundamentales: el referido a la normativa vinculada con el sistema político y los derechos individuales, y el vinculado con los derechos sociales y económicos.

En relación con el primer aspecto de su normativa, sin lugar a dudas constituyó un sensible retroceso en relación con la Constitución de 1870.

En primer lugar los derechos individuales fueron consagrados de tal suerte que permitían un menoscabo a través de distintas posibilidades. Por otra parte las atribuciones del Poder Ejecutivo fueron acrecentadas de tal manera que se rompió el equilibrio de los Poderes del Estado a favor de éste y se le otorgaron poderes tales como los de disolver el parlamento, constituido exclusivamente por una Cámara de Representantes, dentro de un régimen presidencialista. Además podía declarar en estado de sitio en una parte o todo el territorio de la República, con la única obligación de “*dar cuenta a la Cámara de Representantes*”. A ello debemos agregar que durante el receso parlamentario tenía la facultad de dictar decretos con fuerza de ley, con el parecer del Consejo de Estado y con la obligación de someterlos a la aprobación de la Cámara de Representantes en el siguiente periodo ordinario de sesiones, no estableciendo siquiera un plazo para tal sometimiento.

Desde otro punto de vista es evidente que se pretendió superar una Constitución de corte meramente político liberal y otorgar al Estado un rol protagónico en los aspectos sociales y económicos, siguiendo en ello las ideas del constitucionalismo social.

En relación con los derechos sociales y económicos la Constitución de 1940 significó un positivo avance y su normativa se suma al constitucionalismo social. En tal sentido debemos recordar que la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, fue la primera que incorporó a su texto una amplia normativa de carácter social y su influencia se fue extendiendo de a poco a los países americanos. Además debemos recordar la Constitución Alemana de Weimar de 1918 que también ejerció influencia en el constitucionalismo internacional, al consagrar un ideario liberal con puntos de vista que han sido consideradas reformistas y socialistas.

La Constitución de 1940 ya en sus Declaraciones Generales dicta una serie de normas que perfilan claramente su tendencia. Es así como en su Art. 13 consagra que en ningún caso los intereses privados primaran sobre el interés general, en el Art. 14 establece que queda proscripta la explotación del hombre por el hombre y se refiere a la necesidad de asegurar a todo trabajador un nivel de vida compatible con la dignidad humana y menciona además el régimen de los contratos laborales, de los seguros sociales y las condiciones de seguridad e higiene en los establecimientos de trabajo, que estarán bajo la vigilancia y fiscalización del Estado. Por otra parte dispone que el Estado regulará la vida económica nacional, que las libertades que esta Constitución garantiza son todas de carácter social.

Una norma que tiene especial significación y que aventaja a las que sobre el mismo tema prevén las Constituciones de 1967 y 1992, es la contenida en el Art. 21 en el cual se consagra *“La propiedad de toda clase de bienes podrá ser transformada jurídicamente mediante la expropiación por causa de utilidad social definida por la ley, la que determinará asimismo la forma de indemnización. La ley podrá fijar la extensión máxima de tierras de que puede ser dueño un solo individuo o sociedad legalmente constituida y el excedente deberá venderse en subasta pública o expropiarse por el Estado para su distribución”*. Sin lugar a dudas una aplicación prudente y correcta de la norma transcrita hubiera podido significar una base fundamental para llevar a cabo una reforma agraria. La Constitución de 1967 recogió parcialmente el último párrafo de la norma comentada y la de 1992 desafortunadamente consagró, en relación con la propiedad, una normativa mucho más conservadora que como lo estudiaremos más adelante, ha contribuido a generar problemas y litigios judiciales en los casos de expropiaciones de inmuebles rurales destinados a asentamientos campesinos.

En las disposiciones que acabamos de mencionar y en

otras, encontramos la intervención del Estado en la vida económica y social. Como lo hemos mencionado, la Constitución de 1940 ha significado la incorporación al constitucionalismo social y se ha apartado de las Constituciones de corte liberal inspiradas en la Constitución norteamericana y en el caso de la nuestra, de 1870 también en la Constitución argentina.

La *Constitución de 1967* dictada durante el gobierno de Alfredo Stroessner, fue sancionada mediante una Convención Nacional Constituyente, convocada con la promesa de que significaría el comienzo de un sistema diferente y un paso hacia la democracia. Tal promesa, que no fue cumplida, posibilitó que esta Convención tuviera un carácter pluralista y que en ella participaran los partidos políticos de oposición. Los resultados obtenidos en cuanto al texto constitucional no fueron nada satisfactorios en lo que hace a los derechos humanos, las garantías individuales, la división de los Poderes del Estado, muchas atribuciones inadmisibles del Presidente de la República y en tal sentido puede afirmarse que se mantuvieron todos los aspectos negativos de la Constitución de 1940.

Sin embargo en cuanto a los derechos sociales y económicos, se mantuvo la orientación de la Constitución de 1940 y se agregaron otras normas que acrecentaron la tendencia social iniciada por ésta, y probablemente con una mejor y mas extensa sistematización.

En el aspecto señalado, debemos recordar lo siguiente:

En el Capítulo de Derechos, Garantías y Obligaciones contiene, un título sobre Derechos Sociales, que abarca: a) Familia; b) Educación y Cultura; c) Salud. Otro título sobre Derechos de los Trabajadores. También un título sobre Obligaciones y además un Capítulo sobre la Reforma Agraria.

En cuanto a los Derechos Sociales y la referencia concreta a Familia esta Constitución dispone que el Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y promoverá el constante mejoramiento de su situación moral, económica y social. Se protegerá el matrimonio como institución básica de la familia (Art. 81).

Sobre Educación y Cultura preceptúa que todos los habitantes tienen derecho a la educación, que la enseñanza primaria es obligatoria, que el Estado sostendrá las escuelas públicas para asegurar a todos los habitantes en forma gratuita, la oportunidad de aprender, que sostendrá y fomentará con criterio de igualdad y libertad, la enseñanza media, vocacional, agropecuaria, industrial y profesional, y la superior universitaria, así como la investigación científica e ideológica (Art.89). También dispone que el Estado fomentará la cultura en todas sus manifestaciones (Art. 92).

En relación con la Salud dispone que todos los habitantes tienen derecho a la protección y promoción de su salud (Art. 93).

En el Título sobre Derechos Económicos consagra que 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, crear nuevas fuentes de trabajo y de riquezas y asegurar el bienestar general.

Dentro del mismo Título se dictan disposiciones sobre la propiedad privada *“cuyo contenido y límites serán fijados por la ley, atendiendo su función económica y social. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o*

de interés social definida en la ley que también garantizará la justa indemnización” (Art. 86).

La norma transcripta sigue la orientación de la Constitución de 1940, aun cuando limitándola, como podemos advertir si hacemos un estudio de los textos de una y otra Constitución acerca de este tema. En cuanto a la indemnización en caso de expropiación no se impone que ésta sea previa sino justa y en tal sentido es que consideramos, como lo analizaremos más adelante que la Constitución de 1992 establece un requisito que directamente en la practica no se cumple por existir una imposibilidad económica del Estado de abonar previamente el importe de la indemnización, ello fundamentalmente en el caso de expropiaciones para asentamientos campesinos.

La disposición que en ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general de la nación se encuentra contenida en esta Constitución, al igual que en las de 1940 y 1992.

Los derechos de los trabajadores también han sido incorporados al texto constitucional de 1967 que además dispone que el trabajo será objeto de protección especial y no estará sujeto a otras condiciones que las establecidas para mejorar la situación material, moral o intelectual del trabajador.

En materia de derecho colectivo del trabajo dispone entre otras cosas que “*Se garantiza la libre agremiación de los trabajadores manuales, intelectuales y profesionales...*”. También garantiza el derecho de huelga.

No obstante las disposiciones constitucionales sobre derecho colectivo del trabajo, al igual que muchos otros

derechos y garantías, a través de distintos subterfugios u olvidando directamente el texto constitucional o legal, tales derechos resultaron totalmente inexistentes.

El análisis de la normativa de la Constitución de 1967 en lo relativo a derechos sociales y económicos nos demuestra no solamente la adhesión al constitucionalismo social sino también un avance en esta materia en relación con la Constitución de 1940. Claro está que la normativa sobre el particular en gran medida, al igual que la de la Constitución de 1992 es meramente programática, situación ésta que la analizaremos en la oportunidad de comentar la Constitución vigente.

Al hacer el estudio de la Constitución de 1967, aun cuando este estudio se refiera a los aspectos sociales y económicos, no podemos dejar de mencionar otras cuestiones que resultan trascendentes para valorarla y que además tuvieron una importancia fundamental en la vida del país durante varias décadas y en la posibilidad de que sus normas fueran cumplidas.

En este sentido resulta indispensable señalar algunos aspectos vinculados con la normativa institucional, con las garantías ciudadanas y con los derechos humanos, como lo hicimos al analizar las demás constituciones.

Es así como merecen ser especialmente resaltadas la atribución del Presidente de la República de disolver el Congreso, la de poder dictar decretos con fuerza de ley “*durante su receso o hallándose éste por cualquier causa desintegrado*”. Ello permitió que el Presidente durante el receso parlamentario constitucionalmente previsto dictara toda la legislación cuya aprobación la deseaba con mayor rapidez, pues si bien debía someterla a la consideración de las Cámaras dentro de los primeros sesenta días del periodo ordinario de sesiones, la ley ya estaba en vigencia.

Otra atribución que fue ejercida de manera totalmente arbitraria fue la de decretar el estado de sitio “*debiendo expresar los motivos en que se funda, las garantías que se suspenden o se restringen y si rige para todo o parte del territorio nacional*”. El estado de sitio estuvo vigente durante los casi treinta y cinco años de dictadura con excepción de los días en que se realizaban elecciones, oportunidades en las cuales el estado de sitio era levantado por veinticuatro horas. Si bien el Ejecutivo debía dar cuenta al Legislativo del Decreto, la interpretación que se le daba a la expresión “*dar cuenta*”, era solo poner en conocimiento, sin posibilidad alguna de este Poder del Estado, de levantar la medida adoptada por el Poder Ejecutivo³.

2. LA CONSTITUCIÓN VIGENTE DE 1992

En el año 1989 fue derrocada la dictadura de Alfredo Strossner y entre los puntos fundamentales pretendidos por los partidos políticos, sectores sociales e intelectuales, universitarios y otros exponentes destacados de nuestro país, estaba la necesidad de contar con una nueva Constitución, que remplazara a la de 1967.

Hemos sostenido alguna vez⁴, que si realizamos un análisis de todos los instrumentos jurídicos que ha tenido el Paraguay que pudieran ser reconocidos como Constituciones, advertiremos que la de 1992, es la única que ha sido elaborada por representantes elegidos en un clima de libertad y en un ambiente en el cual era posible el dialogo, la discusión, el disenso y la critica. La única, además, que originó un amplio debate, en el que se hizo escuchar no solo la voz de los Constituyentes sino también de diferentes sectores de la

³ Carlos Alberto González, ob. cit., p. 291.

⁴ Carlos Alberto González, *El Estado en América Latina*, Konrad Adenauer. Stiftung, A. C. CIEDLA, Buenos Aires, 1996, p. 138.

sociedad, de organizaciones y personas tan diversas, como las iglesias, distintos colegios de graduados universitarios, instituciones universitarias y académicas, uniones de amas de casa, entidades defensoras de los derechos de la mujer, de los indígenas, de los discapacitados, juventudes políticas, organizaciones sindicales, personas privadas, entre otras, y por supuesto partidos políticos.

Esta participación y discusión sobre los diversos aspectos de la Constitución en estudio, tuvo el efecto positivo de poder ampliar muy grandemente el espectro de opiniones sobre el texto que debía aprobarse y originó amplios debates en la prensa⁵.

Esta situación originó sin embargo una fuerte presión que impidió en determinadas cuestiones, la reflexión necesaria para lograr la normativa que resultara más adecuada con la realidad de nuestro país y con sus futuras necesidades.

La discusión acerca de la propia filosofía que debía inspirar la nueva Constitución originó un debate en el cual por un lado, se encontraban quienes pretendían retornar a los principios constitucionales del siglo XIX y comienzos del siglo XX y elaborar un documento que se inspirara en la superada Constitución de 1870, excluyendo toda normativa de contenido social y la que posibilitara la intervención del Estado en materia económica. En realidad, los voceros de esta tendencia se expresaron fundamentalmente a través de ciertos medios de prensa, pues los partidos políticos y los constituyentes no tuvieron posiciones muy controvertidas en torno a la necesidad

⁵. Carlos Alberto González, *El Trabajo y la Constitución*, Capítulo: El Constitucionalismo Social y el Derecho del Trabajo en las Constituciones del Paraguay, Edic. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, p. 294, Madrid-España.

de la incorporación de los principios del constitucionalismo social que como ya lo hemos visto, habían sido adoptados en las Constituciones de 1940 y de 1967. Ello no quiere decir que en el análisis concreto de la normativa, no hayan existido puntos de vista encontrados, y muy especialmente, en lo relativo al derecho de propiedad y a determinadas cuestiones que se vinculan con la función social que ésta debe cumplir. Sobre estos temas, haremos algunas reflexiones más adelante.

La controversia tuvo también vinculación con la extensión que debía tener el texto constitucional en virtud de que la incorporación de la normativa de carácter social y económico, sin duda alguna, requería un mayor número de disposiciones.

Sobre el particular, debe señalarse una crítica que probablemente el transcurso del tiempo, por lo menos en alguna medida, le ha dado la razón, y es la existencia de artículos constitucionales de carácter meramente programático, cuyo cumplimiento efectivo se ha tornado imposible. Es este un tema que ha sido objeto de estudio en muchas Constituciones de América Latina en las cuales se ha introducido una larga normativa, que desde el punto de vista teórico resultaba impecable, pero cuya aplicación no era factible por la falta de recursos económicos de los Estados comprometidos. A ello debe agregarse por supuesto, la ausencia de interés de los gobiernos, incluyendo muy especialmente a los del Paraguay, para poner en vigencia obligaciones gubernativas que exigían voluntad política y recursos económicos, y en los casos en que se contara con éstos, eran y son desviados hacia otros destinos.

Una explicación de la larga normativa comentada se relaciona con las presiones ejercidas por distintos sectores interesados de nuestra sociedad, que en todos los casos fueron

escuchados e inclusive en muchos, ejercieron indudable influencia en su normativa. Además no debe olvidarse que se venía de una larga dictadura y que existía un fundado temor a que la legislación reglamentaria futura no recogiera los ideales de la Constituyente.

Por otra parte, debe ponerse de resalto que la Convención Constituyente tuvo un plazo improrrogable para producir el proyecto que fue sancionado, plazo que no pudo extenderse por razones políticas que con aparente fundamento exigían perentoriamente contar con la normativa de la nueva Constitución.

Pensamos que si el texto final hubiera sido objeto de una tranquila revisión, muchas normas hubieran sido perfeccionadas y determinados problemas que han creado y aún siguen creando tensiones políticas y controversias doctrinarias, hubieran sido clarificados con normas que no posibilitaran duda alguna.

El texto final de la Constitución contó con 291 artículos, además de otros 20 en las disposiciones finales y transitorias.

Consideramos indispensable comenzar con el análisis del Art. 1 que dispone que la República del Paraguay se constituye en *Estado Social de Derecho*. La expresión dio origen a un largo debate, ideológicamente vinculado con el que originó la extensión de la Constitución, del cual participaron muy especialmente medios de prensa y personas que opinaron sobre el particular. El texto propuesto fue objeto de severas críticas por parte de quienes afirmaban que la expresión carecía de sentido o que pretendía expresar que el Paraguay iba hacia un sistema socialista. Sin duda alguna los medios y personas que sostenían tal criterio demostraban a veces conocer muy poco de Derecho Constitucional y de los antecedentes que en el

constitucionalismo comparado podía encontrarse a tal disposición. Tal postura en definitiva, significaba la expresión de los sectores conservadores o ultra conservadores que se resistían a que la problemática social enarbolada por el constitucionalismo social fuera incorporada a la Constitución de 1992.

En torno al debate ideológico que pudo haber originado esta expresión o inclusive la que pudiera originar en el futuro, convendría recordar el siguiente pensamiento: “*Hay un mercado escepticismo por las ideologías radicales: cualquiera sea sus sesgo; en vez, va ganando en fuerza la convicción de que solo vale la pena luchar por lo posible y no por la utopía; las propuestas políticas practicas han sustituido a las ideologías absolutas*”⁶.

Un estudio de las Constituciones de varios países del mundo y en especial de América Latina nos permite afirmar que la expresión *Estado Social de Derecho* o una similar, han sido incorporadas a muchas de ellas desde el momento en que el constitucionalismo social tuvo vigencia y resultaba indispensable buscar la justicia social, atribuyendo al Estado un rol positivo ante los problemas económicos, sociales y culturales que afectan a la sociedad. Entre tales Constituciones podemos citar las de Colombia de 1991, la de Venezuela de 1999, la Española de 1978 y muy especialmente la Alemana de 1949, acerca de la cual debemos recordar, que sin lugar a dudas, ha sido en muchos aspectos fuente de inspiración de constituyentes paraguayos de 1992. En opinión de Hans Jürgen Rösner, catedrático de política social de la Universidad Alemana de Colonia y tratadista: “*La República Federal de Alemania pudo*

⁶ Humberto Quiroga Lavié, *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1987, p. 342.

*evolucionar hasta convertirse en un Estado social que para muchos países tiene un carácter de modelo...”*⁷.

Debemos admitir que el Estado Social de Derecho, como tema constitucional ha sido objeto, especialmente en los últimos años del siglo pasado y comienzos del actual de opiniones controvertidas, provenientes especialmente y como ya lo hemos afirmado, de la dificultad de dar cumplimiento a la normativa constitucional. Por otra parte las ideas del neoliberalismo impulsaron criterios muy contrarios a la posición de que el Estado debiera intervenir de manera firme en la solución de los problemas sociales. Es así como se ha sostenido que “*Ese Estado Social, por cierto, desde hace 20 o 30 años está en un proceso de observación y en plena transformación. Es decir, el Estado rico, todopoderoso, intervencionista, empresario, prestador de todos los servicios...simplemente terminó en el mundo contemporáneo y ya no podrá ser más lo que fue*”⁸. No obstante la autorizada opinión transcripta que pertenece al profesor Allan R. Brewer-Carías, la verdad es que debe hacerse una clara distinción entre las menciones exageradamente minuciosas de normas programáticas de derechos sociales y económicos, de difícil o imposible cumplimiento de aquellas otras que con decisión política pueden ser cabalmente cumplidas partiendo del significado de la expresión Estado Social de Derecho.

La Constitución alemana, en su texto y en su interpretación puede servir de ejemplo, de la forma como el

⁷ Autor citado “Característica de un Estado de Derecho Libre y Social, capítulo del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 1998, Konrad Adenauer-Stiftung- CIELDA, p. 19. Bs. As.

⁸ Allan R. Brewer-Carías, América Latina: "Retos para la Constitución del siglo XXI". Capítulo del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, Konrad Adenauer-Stiftung, CIELDA, Bs. As., p. 27.

Estado Social de Derecho debe ser constitucionalizado y aplicado. En este sentido creemos conveniente recordar que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha contribuido a clarificar muchos aspectos de la normativa de la Constitución de 1949 y establecer un justo equilibrio entre los derechos sociales y los derechos individuales. Además, y como lo han señalado muchos constitucionalistas, la economía alemana ha constituido siempre el incuestionable sostén para el cumplimiento del “estado de bienestar” que busca el constitucionalismo social.

Sin duda el Estado Social de Derecho, desde el punto de vista constitucional se vincula con la incorporación de normas de contenido social y económico a su texto, con la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de tales normas, con la adopción del principio de la solidaridad. Sin embargo la expresión tiene un significado que pareciera que no se ha tomado en cuenta en nuestro país y esta relacionado con la manera de resolver dudas en materia de interpretación de las normas constitucionales o jurídicas en general y en tal sentido siempre deben tomarse en cuenta los intereses de la comunidad y lograr un equilibrio entre el interés individual y el social, sin que en caso alguno aquél pueda sobreponerse a éste. Tal interpretación se encuentra además reforzada con la norma del Art. 128 de la Constitución que consagra que en ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general.

3. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992 VINCULADO CON EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Antes de referirnos a ciertos aspectos que consideramos fundamentales en la aplicación práctica del Estado Social de Derecho, debemos mencionar la normativa que incorpora la Constitución de 1992 al constitucionalismo social y que

significa un avance o por lo menos una ampliación de la contenida en las dos anteriores Constituciones.

Es así como la actual Constitución dedica cinco capítulos a derechos de carácter social. Ellos se refieren a los derechos de la Familia, a los derechos de los Pueblos Indígenas, a la Salud, a la Educación y Cultura y a los derechos Laborales. Además existe una Sección dedicada al Ambiente, de evidente contenido social y otra a la Reforma Agraria, cuya connotación de carácter social y económico resulta de singular trascendencia

En relación con la normativa constitucional sobre derechos sociales haremos un análisis, con el propósito de destacar algunas de las normas que por razones de hecho difícilmente superables, serían meramente programáticas y señalando la responsabilidad del Estado frente a ellas. En tal sentido debe ponerse de resalto que una apreciable cantidad de normas de carácter social son de posible cumplimiento y que sólo por falta de decisión política, por negligencia o por utilización indebida de fondos públicos en otros menesteres, no son observadas. No obstante, no podemos negar que la imposibilidad de cumplir muchas normas de carácter social, debe atribuirse a la situación económica del país, y a pesar de la buena predisposición que puedan tener los gobiernos. Por otra parte, haremos también una breve referencia a algunas disposiciones de mayor importancia, que pueden ser consideradas de posible cumplimiento directo.

En esta materia, no podemos dejar de referirnos a determinadas normas que en ciertos aspectos pueden ser consideradas meramente programáticas y en otros, de posible cumplimiento o aplicación directa.

Las menciones que hacemos, en las que recordamos las disposiciones que nos parecen de especial trascendencia, son a título de ejemplo y no pretenden constituir un estudio completo de la normativa en esta materia.

Comenzaremos mencionando el caso del Art. 7 que dispone que: "*toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado*". El problema surge con las garantías que puede tener la persona en cuanto a que su hábitat reúna tales condiciones. Dentro de nuestra realidad, en que un porcentaje importante del territorio se encuentra en malas condiciones ambientales, la observancia total de la norma constitucional es imposible. Lo que corresponde al Estado por lo tanto es adoptar todas las medidas conducentes a mejorar el medio ambiente teniendo como objetivo final el lograr, por lo menos dentro de lo posible, un entorno saludable y ecológicamente equilibrado a que toda persona tiene derecho desde el punto de vista constitucional. No obstante debemos distinguir aquellas situaciones en las cuales el deterioro y la contaminación del ambiente se originan en acciones directas o indirectas de personas físicas o jurídicas, incluyendo al propio Estado. En tales hipótesis es evidente que los afectados o cualquier miembro de la sociedad tienen una acción directa contra los responsables de éste deterioro, con el propósito de superarlo. En tal sentido debe recordarse que el medio ambiente cuenta con una extensa legislación protectora. El análisis de los casos precedentes nos demuestran que una norma, por una parte resulta meramente programática, pero por otra puede ser de cumplimiento directo, porque, como en el caso citado, los afectados pueden ejercer las acciones encaminadas a restablecer las disposiciones protectoras violentadas.

En relación con los Pueblos Indígenas, la normativa constitucional tiene una fundamental importancia, pues

constituye un capítulo de gran trascendencia en materia de constitucionalismo social. Por ello lo destacamos con mayor amplitud.

Debemos referirnos inicialmente a su identidad étnica y al derecho consuetudinario indígena. El Art. 63 de la Constitución consagra: “*Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente...sus normas consuetudinarias...En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena*”.

La norma transcrita merece el siguiente comentario: un problema fundamental antes de que rigiera la Constitución de 1992 pero estando en vigencia el Convenio 69 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ha sido el desconocimiento de los jueces de los principios y normas aplicables, en las oportunidades en que tuvieron que procesar a un indígena por la comisión de un hecho, que de acuerdo con la legislación nacional fuera delictivo y que sin embargo no lo era atendiendo el derecho consuetudinario de la comunidad a la cual pertenecía el procesado. Los casos que conocemos de aplicación del derecho consuetudinario, sólo podrían citarse como raras anécdotas.

La norma constitucional antes transcrita ha permitido que la legislación penal, admita la aplicación del derecho consuetudinario indígena. En tal sentido el Art. 435 del Código Procesal Penal establece entre otras disposiciones: “*...el tribunal podrá, por resolución fundada, realizar modificaciones al procedimiento, basadas en el respeto a las características culturales de la etnia del procesado...*”. La misma norma agrega

“la sentencia dejará expresa constancia del derecho consuetudinario aplicado o invocado en el procedimiento, tanto en lo concerniente a la solución del caso como a las modificaciones procesales, con un juicio valorativo sobre su sentido y alcance”. Como puede advertirse el Código Procesal Penal establece un procedimiento especial para los hechos punibles relacionados con los pueblos indígenas, tomando como fundamento el derecho consuetudinario indígena. Ello fue posible en razón de la comentada norma constitucional.

Otro aspecto que debemos resaltar por su profundo sentido social, se refiere a la propiedad comunitaria. La Constitución dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles e imprescriptibles. Asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

La consagración de la propiedad comunitaria en el texto constitucional ha sido un significativo avance para la defensa de las culturas de los pueblos indígenas pues tal forma de propiedad constituye la tradicional y única que permite sobrevivir a estas comunidades. Además el texto constitucional establece una prohibición que resulta esencial, pues la práctica ha demostrado que los traslados de sus lugares tradicionales de asentamiento, generalmente originan la dispersión de la comunidad afectada, como paso previo a su desaparición.

La normativa sobre la propiedad de los pueblos indígenas requiere un comentario acerca de si es una norma de posible cumplimiento directamente operativa o programática. En

tal sentido es evidente que el sistema de propiedad establecido y las limitaciones al derecho de propiedad son de cumplimiento directo y ello no ofrece dificultad alguna. En cambio en lo relativo a la obligación del Estado de proveer directamente estas tierras, de hecho la norma, en gran medida, se ha convertido casi en meramente programática. La inobservancia constitucional no es atribuible a una imposibilidad material insuperable, sino al olvido de los Poderes del Estado responsables de adoptar las medidas apropiadas, para el cumplimiento de esta disposición. En tal sentido resulta sorprendente la ausencia de planes que tengan la debida seriedad, encaminados, por un lado a preservar las tierras ancestralmente ocupadas por los pueblos indígenas, y por otro, la facilidad con que, a través de diferentes mecanismos se impide que a estos pueblos se le entreguen las tierras a que tienen derecho. Y ello, aun existiendo muchas veces los recursos económicos para el efecto.

La Constitución, por otro lado, garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, esta Constitución y las leyes nacionales.

En relación con otro problema social, una norma que puede considerarse de carácter programático es la que se refiere a la *protección al niño* y en tal sentido la Constitución dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizarle 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. Sobre el contenido de esa norma debemos señalar que la vida practica demuestra que la obligación del Estado de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el goce de otros derechos resulta una mera expresión de deseos y que no existen medios idóneos que posibiliten exigir

directamente al Estado el cumplimiento de esta disposición en un caso concreto. En este sentido debe ponerse de relieve además, que el Estado no dispone de los recursos para brindar la indicada protección o por lo menos ella no esta contemplada debidamente en el Presupuesto General de la Nación. Con estos antecedentes la norma se transforma en meramente programática.

Sobre la tercera edad la Constitución dispone que toda persona que se encuentre en ella 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 verdad es que los poderes públicos tampoco cumplen con esta obligación y por ello debe reiterarse que la ausencia de una legislación apropiada para el efecto y de los recursos económicos indispensables, tornan a la norma en meramente programática, existiendo hasta el momento poco interés del Estado en darle cumplimiento.

Los *derechos de las personas excepcionales* fueron objeto de interesantes análisis en el seno de la Constituyente y la Constitución expresa que 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. Agrega que el Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestarán el cuidado especializado que requieran. Las ideas consagradas tampoco son observadas en la práctica y la norma se convierte en programática.

Acerca de *la salud*, la Constitución contiene igualmente una disposición de profundo contenido social al expresar que el

Estado protegerá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad y que promoverá un sistema nacional de salud. El ideal contenido en esta norma resulta incuestionable pero su puesta en práctica adolece de situaciones tales que se llega a la conclusión de que la disposición constitucional es solamente programática, en virtud de que no existen medios que posibiliten a la totalidad de la población obtener la protección consagrada constitucionalmente.

En relación con *la educación* encontramos otra norma de texto inobjetable pero cuyo cumplimiento ha adolecido de los mismos problemas que venimos señalando en los análisis que hemos hecho anteriormente. Sobre el tema la Constitución dispone que a toda persona asiste el derecho a la educación integral y permanente y 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. Dispone también que la erradicación del analfabetismo y la capacitación para el trabajo son objetivos permanentes para el sistema educativo. La realidad del Paraguay, sin desconocer algunos esfuerzos que pudieran haberse llevado adelante, denota que el ideal constitucional no se cumple. En ello podemos encontrar variadas razones pero en definitiva la verdad es que hasta el momento se trata de una mera disposición programática.

Resulta conveniente, teniendo en cuenta el sentido de este trabajo, hacer una referencia a la disposición constitucional sobre el *patrimonio cultural*, acerca del cual dispone que se administrarán los medios necesarios para su conservación rescate y recuperación; a la promoción de los deportes y al reconocimiento del protagonismo de la Iglesia Católica en la formación histórica y cultural de la nación. Sobre este último punto, debemos recordar que la Constitución también dispone

que ninguna confesión tendrá carácter oficial y que las relaciones del Estado con la Iglesia Católica se basan en la independencia, cooperación y autonomía. Incluimos el tema relacionado con el patrimonio cultural en virtud de que le atribuimos un indudable contenido social, pues los valores culturales sin duda alguna constituyen un interés de toda la sociedad e inclusive en su preservación debe tenerse en cuenta el estado social de derecho del que habla el Art. 1° de la Constitución en estudio.

La Constitución consagra también los *derechos laborales*, como parte integrante de la problemática social que aborda con su tendencia hacia el constitucionalismo social. En tal sentido, no debemos olvidar que la Constitución mexicana de 1917, a la cual ya hicimos alguna referencia, fue pionera en esa materia y contiene una importante normativa vinculada con el derecho del trabajo. Esta ha servido de ejemplo no solo en materia de constitucionalismo social sino también en la incorporación concreta de normas laborales a los textos constitucionales.

Si bien es cierto que parte de la normativa laboral en nuestra Constitución tiene carácter programático, existen algunos artículos que son de aplicación directa.

Además, la mayoría de las normas que fueron incorporadas al texto constitucional se encontraba ya consagrada en el Código Laboral que entró en vigencia en el año 1962 y posteriormente fue sustituido por las leyes promulgadas el 30 de Octubre de 1993 y el 22 de Agosto de 1995, que recogen y reglamentan igualmente las disposiciones de la Constitución vigente relacionadas con el Derecho Laboral.

Sobre el derecho del trabajo citaremos los aspectos fundamentales que aborda la constitución y analizaremos

algunos de aquellos que tienen especial significación dentro del derecho social.

La Constitución dispone que todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y caracteriza las condiciones en que tal trabajo debe ser desarrollado.

También hace referencia al pleno empleo como objetivo fundamental del Estado y a la no discriminación, sosteniendo que no se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales y que el trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado.

El tema del pleno empleo y la no discriminación plantea un problema al sostener en el Art. 87 que se dará preferencia al trabajador nacional. Esta norma está en contradicción por un lado con las disposiciones sobre igualdad de las personas y las garantías de la igualdad consagradas en los Art. 46 y 47 de la Constitución y con normas de carácter internacional a las cuales se encuentra comprometido el Paraguay.

Acerca de la mujer y del trabajo de ella, en primer lugar es necesario mencionar que la situación de la mujer ha sido contemplada en varias normas insertas en diferentes capítulos de esta Constitución.

En cuanto a la normativa prevista en la Sección de los Derechos Laborales debemos mencionar la que indica que los trabajadores de uno u otro sexo tienen los mismos derechos y obligaciones laborales, pero la maternidad será objeto de especial protección, que comprenderá los servicios asistenciales

y los descansos correspondientes, los cuales no serán inferiores a doce semanas. La mujer no será despedida durante el embarazo, y tampoco mientras duren los descansos por maternidad. Agrega que la ley establecerá el régimen de licencias por paternidad.

En cuanto al *trabajo de los menores* dispone que se dará prioridad a los derechos del menor trabajador para garantizar su normal desarrollo físico, intelectual y moral.

El tema también está expuesto en el Código del Trabajo y en el Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley 1688/01 que regula también la situación de los menores y modifica algunos aspectos del Código Laboral vigente.

Las Jornadas de Trabajo y de Descanso también están contempladas por la Constitución que consagra expresamente la máxima jornada de trabajo admisible y se remite a la ley en cuanto a otros aspectos vinculados con el tema.

En cuanto a la retribución del trabajo establece que el trabajador tiene derecho a disfrutar de una remuneración que le asegure, a él y a su familia, una existencia libre y digna y establece otras disposiciones que regulan la remuneración que corresponde al trabajador.

4. LA PARTICIPACIÓN DEL TRABAJADOR EN LOS BENEFICIOS Y EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA. DEBATE PLANTEADO EN LA CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE

El tema citado ha sido uno de los que originó un largo debate y mayor polémica en la Convención Constituyente. Ello fue el resultado de la presión ejercida por determinados sectores

a los efectos de que no se incorporara una cláusula que dispusiera claramente la participación del trabajador en los beneficios y gestión de la empresa.

Durante el trámite de la Convención, la Subcomisión encargada de elaborar las disposiciones relativas a los derechos del trabajador presentó a la Comisión Redactora varios proyectos alternativos en los cuales se recogía la idea de la participación. En virtud de la gran publicidad que tenían las deliberaciones, el tema se tornó muy controvertido y ciertos sectores empresariales y parte de la prensa, arremetió contra la idea, afirmando que era producto de un “trasnochado socialismo”.

La verdad es que numerosas Constituciones de América Latina, comenzando por la mexicana, recogen la idea de la participación del trabajador en los beneficios de la empresa y algunas también en la gestión, expresada en una u otra forma y con diferentes alcances, aún cuando la aplicación práctica casi nunca se ha hecho efectiva, convirtiéndose por tanto en normas programáticas. Cabe recordar a la Constitución argentina (Art. 14 bis), a la brasileña (Art. 7 parágrafo XI), a la boliviana (Art. 157), a la ecuatoriana (Art. 31 inc. f), a la hondureña (Art. 136), a la nicaragüense (Art. 81), a la panameña (Art. 61), a la peruana (Art. 29), a la dominicana (Art. 11 inc. c), a la venezolana (Art. 91), a la colombiana (Art. 57), cuyo textos incorporan disposiciones semejantes a la tan controvertida en el caso paraguayo. La Constitución mexicana trae además en su texto la forma de aplicación de esta participación.

La Convención Constituyente al final aprobó una norma que a nuestro criterio resulta totalmente anodina y cuyo texto es el siguiente: “*El Estado establecerá un régimen de estímulo a las empresas que incentiven con beneficios adicionales a sus*

trabajadores. Tales emolumentos serán independientes de los respectivos salarios y de otros beneficios legales” (Art. 93).

5. OTRAS NORMAS LABORALES

La Constitución consagra el derecho a la estabilidad del trabajador y su derecho a la indemnización en caso de despido injustificado.

También consagra un sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia. Agrega que se promoverá su extensión a todos los sectores de la población.

Los trabajadores en relación de dependencia cuentan con este sistema, pero su extensión a todos los sectores de la población constituye hasta el momento una mera expresión de deseos y en los quince años de vigencia que tiene la actual Constitución no ha existido acción gubernativa alguna que intente convertir en realidad tan indispensable emprendimiento para el desarrollo social y económico de nuestra población. No podemos dejar de señalar las dificultades que significa en muy diversos aspectos y especialmente en el económico un sistema de seguridad social como el señalado.

La Constitución contiene además normas explícitas sobre el derecho colectivo del trabajo en sus distintos aspectos esenciales. En tal sentido dispone que todos los trabajadores públicos y privados tienen derecho a organizarse en sindicatos sin necesidad de autorización previa. Quedan exceptuados de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía.

En relación con la libertad sindical debe destacarse que la Constitución adopta el sistema de la libertad absoluta de pertenecer o no a un sindicato.

El texto constitucional sobre libertad sindical fue en su oportunidad objeto de un minucioso análisis pues durante la época de la dictadura, aun cuando la libertad sindical estaba consagrada tanto en la Constitución de 1967 cuanto en el Código Laboral de 1962, la verdad era que el trámite administrativo exigido para el reconocimiento de un sindicato se paralizaba por razones burocráticas y en definitiva, un alto porcentaje de éstos no podía funcionar legalmente y sus actos carecían de valor jurídico. Por ello se incorporó una disposición que preceptúa que *para el reconocimiento de un sindicato, bastará con la inscripción en el órgano administrativo competente.*

La sindicación de las Fuerzas Armadas y Policiales y su derecho de huelga, fue también objeto de largos debates en la Convención Constituyente. Si bien la cuestión puede ser discutible en la doctrina, la verdad es que los Constituyentes de 1992 entendieron que resultaba peligroso y hasta inadmisibles la consagración de estos derechos, muy especialmente recordando aspectos históricos de la realidad paraguaya. Se planteó la posibilidad de conceder el derecho de sindicación y no el de huelga, pero se llegó a la conclusión de que carecía de sentido separar ambos derechos, que por otro lado fueron consagrados expresamente, como ya se ha indicado, para las otras áreas del sector público.

La Constitución consagra igualmente el derecho de huelga y en tal sentido expresa que todos los trabajadores de los sectores públicos y privados tienen el derecho a recurrir a la huelga en caso de conflicto de intereses. Los empleadores gozan

del derecho de paro en las mismas condiciones.

El Código Laboral de 1962 consideraba ilícita la huelga que afectara servicios de carácter público. Además la normativa sobre la huelga tornaba en la práctica y aun legalmente imposible su realización.

En la Sección sobre la función pública, la Constitución incluye algunas normas que interesan especialmente a la problemática social y expresa que los funcionarios y empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la Sección de Derechos Laborales y que dentro del sistema nacional de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y de los empleados.

6. LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA REFORMA AGRARIA

Una cuestión de profundo contenido social se vincula con la regulación constitucional de la propiedad privada, que a su vez tiene en muchos aspectos estrecha relación con la reforma agraria, cuyo estudio resulta además indispensable en lo que hace a la problemática social y al estado social de derecho consagrado como un principio fundamental de la Constitución de 1992.

El Art. 109 garantiza la propiedad privada siguiendo la tendencia constitucional universal, cuyos antecedentes los encontramos en el Paraguay a partir de la Constitución de 1870.

Debemos destacar sin embargo que la garantía a la propiedad privada tiene el condicionamiento de que su contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, *a fin de hacerla accesible para todos.*

La disposición y limitación constitucionales obligan a precisar dos cuestiones fundamentales no siempre bien comprendidas y con frecuencia controvertidas.

La primera se refiere a la función social de la propiedad, expresión que durante el trámite constitucional originó cuestionamientos, no en el seno de la Constituyente sino fuera de ella, por parte de aquellos sectores, a los que ya nos hemos referido y para los cuales la palabra social parecía que debía ser borrada del diccionario de la lengua. Esta expresión nos obliga a recordar que las Constituciones de 1940 y de 1967, contenían disposiciones similares, aún cuando la de 1992 consignó el agregado: “*a fin de hacerla accesible para todos.*”

Estas palabras constituyen la segunda cuestión que debemos clarificar. Ellas fueron inspiradas en la Constitución italiana de 1947, cuyo Art. 42, en su parte pertinente dispone: “*La propiedad privada esta reconocida y garantizada por la ley, que determina los modos de adquisición, de goce, así como sus limitaciones, al objeto de asegurar su función social y de hacerla accesible para todos*”.

Además en la interpretación de esta disposición no puede olvidarse la norma y el principio fundamentales que el Paraguay es un Estado Social de Derecho. Esta disposición nos obliga a estudiar el sentido que tiene constitucionalmente la función social de la propiedad, pues la mayoría de las Constituciones no lo hace explícitamente. Sin embargo no podemos olvidar el objetivo que establece el texto constitucional paraguayo al disponer el requisito de “*hacerla accesible para todos*”.

En primer lugar debemos señalar que la función social es una característica que acompaña a un derecho y que origina determinadas obligaciones que debe cumplir su titular,

atendiendo al interés de la comunidad. Se trata de una situación en la que el interés individual cede ante el interés de la comunidad. Tomada la cuestión en relación con los derechos subjetivos, la función social constituye una carga que se le atribuye a determinados derechos, como el derecho de propiedad y el derecho de la herencia, con el propósito de resguardar intereses sociales y hacer compatibles los intereses individuales con los de la comunidad⁹.

Sobre el particular encontramos numerosas sentencias interpretativas del significado de la expresión función social en los fallos del mencionado Tribunal de Alemania el que al referirse al legislador, sostiene que debe tener en cuenta para la reglamentación del contenido de la propiedad el bienestar general y orientar los derechos y deberes de los propietarios en el principio del Estado Social. Esto se aplica ante todo a las disposiciones, que se relacionan con el suelo y la tierra.

En relación con el derecho a la herencia resulta interesante recordar lo dispuesto por la Constitución española de 1978, que dispone que reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia y agrega que “*la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*”. En el caso de esta Constitución debemos recordar que su Art. 1, a semejanza de la paraguaya, dispone que “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...*”.

En el caso de la propiedad inmobiliaria rural, que interesa especialmente al Paraguay, la función social se cumple desde un punto de vista, a través de las limitaciones al derecho

⁹ Carlos Alberto González y Ramiro Barboza, *Aspectos Sociales de la Reforma Constitucional*, CIDSEP, Derechos Humanos, Centro de Publicaciones U.C., Asunción, 1991, p. 37.

de propiedad, como en todos los derechos subjetivos, teniendo en cuenta las necesidades sociales. Desde otro punto de vista, en razón de la finalidad de la propiedad rural vinculada con la producción y la productividad.

En los estudios sobre la función social de la propiedad y la normativa constitucional al respecto, resulta necesario hacer una distinción entre los bienes de producción y los bienes de consumo, pues no es posible equiparar a unos con otros en lo que hace a la finalidad y aplicación de la función social de la propiedad.

La necesidad de brindar mayor claridad a la problemática de la función social de la propiedad, nos obliga a distinguir el punto de vista *subjetivo*, del punto de vista objetivo. En el primer caso, como ya lo hemos indicado, se trata de una limitación al titular del derecho, que deriva en una obligación de hacer, de no hacer o de permitir, situación ésta que fácilmente puede aplicarse a distintas eventualidades que se plantean al propietario de un inmueble rural. Desde el punto de vista *objetivo*, se vincula con su equitativa distribución. En tal sentido, la norma mencionada del Art. 109 de la Constitución, recoge expresamente este punto de vista al vincular la necesidad de que la propiedad sea *accesible para todos*, no solo por la función social, sino también por la atribución del legislador, al disponer además que el contenido y límites de la propiedad privada, serán establecidos por la ley. Pero la verdad es que hasta el momento la ley que recoja la norma constitucional no existe, en virtud de que el Estatuto Agrario vigente y sus leyes modificatorias, lejos están de dar cumplimiento a la Constitución.

No obstante debe sí ponerse de resalto que el Estatuto Agrario, contiene una serie de normas que clarifican los

requisitos que debe cumplir un inmueble a los efectos de que cumpla con la función social que la misma Ley se encarga de precisar.

7. LA EXPROPIACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN

La normativa constitucional admite la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, que será determinada en cada caso por la ley, que garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial. Es esta una cita parcial del artículo constitucional que analizamos y en tal sentido debemos reiterar que la expresión *previo pago*, que ni siquiera las Constituciones española y alemana la consignan, solo sirve para acarrear situaciones conflictivas e incumplimientos constantes por parte del Estado, en un país donde la mala distribución de la propiedad inmobiliaria es de extrema gravedad y requiere en consecuencia una racional política de expropiaciones de inmuebles rurales.

Otro problema que debe ser debidamente dilucidado se vincula con la “*justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial...*”. La cuestión es determinar qué se entiende por justa indemnización. En numerosos casos en los que el monto ha sido establecido judicialmente, pareciera que la expresión analizada significa el resarcimiento total al propietario afectado y que la expresión “justa” solo debe amparar a éste. Sin embargo, si recurrimos al derecho comparado y muy especialmente a la Constitución alemana, que como ya lo dijéramos anteriormente ha sido fuente de inspiración en esta materia para nuestros convencionales constituyentes, advertimos que el Art. 14 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dispone: “(1) *La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su*

naturaleza y sus límites serán determinados por las leyes. (2) La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general. (3) La expropiación solo es lícita por causa de interés general. Podrá ser efectuada únicamente por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y los de los afectados...”.

Sin lugar a dudas este monto en modo alguno puede tener por ejemplo como base el precio comercial del inmueble expropiado cuando la ley se haya dictado por razones de interés social y especialmente cuando el objetivo es destinarlo a un asentamiento campesino. Son dos los elementos de juicio que debiera tener el juez que dicte la sentencia judicial, el de la sociedad, que en este caso esta representada por el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra, INDERT, y el del afectado, y por supuesto debe contemplar las posibilidades económicas de quienes habrán de adquirir el inmueble, en su calidad de beneficiarios del Estatuto Agrario. En definitiva el interés privado y el interés social son los elementos de juicio que deben ser equitativamente evaluados a los efectos de establecer el monto de la indemnización en caso de expropiación.

El Estatuto Agrario clarifica la situación en el caso de expropiación de los latifundios improductivos al establecer que la indemnización se fijará en base al valor fiscal del inmueble, situación ésta que podría pensarse que contempla tanto el interés social cuanto el individual. En lo que se refiere a los inmuebles que no constituyen latifundios improductivos, establece que se pagará una justa indemnización según el Art. 109 de la Constitución, lo que origina la duda en cuanto a la forma en que debe evaluarse el monto de la indemnización.

Además, si recurrimos a un diccionario de ciencias

jurídicas como el de Manuel Ossorio, advertiremos que al hablar de justo precio sostiene que es una “*expresión por demás elástica*”. Ello quiere decir que el Estatuto Agrario, siguiendo las mejores fuentes del derecho constitucional comparado debiera haber determinado para el caso de los latifundios que no sean improductivos, el sentido de la expresión “*justa indemnización*”.

Otra situación que debe ser analizada y que está también relacionada con el Art. 109 de la Constitución y que ha dado origen a una cuestión controvertida entre el Poder Legislativo y la Corte Suprema de Justicia, se refiere a la última parte de la mencionada norma y su vinculación con el Art. 116 de la Constitución que hace mención a los latifundios improductivos.

En una publicitada controversia, conocida como “el caso Antebi” sobre la expropiación de un latifundio improductivo, la firma propietaria planteó la inconstitucionalidad de la ley alegando la ausencia de requisitos para que el inmueble sea calificado como tal y por otra parte la ausencia de atribuciones del Poder Legislativo para establecer el precio de la indemnización. La Corte Suprema no hizo lugar al primer argumento sosteniendo que correspondía al Poder Legislativo evaluar la calidad del inmueble con el carácter de improductivo. Acogió sin embargo lo relativo a la indemnización y sostuvo que conforme con el Art. 109 constitucional, debía establecerse convencionalmente o por sentencia judicial.

Desde nuestro punto de vista consideramos que el segundo criterio expuesto por la Corte no interpreta acertadamente las normas constitucionales y que el Congreso tiene atribuciones para establecer el monto de la indemnización. Ello sin entrar a juzgar el acierto que haya podido tener en este caso en cuanto al importe establecido.

Si analizamos el Art. 109 advertiremos que textualmente garantiza el previo pago de una justa indemnización establecida *convencionalmente o por sentencia judicial*. Sin embargo agrega: “*salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley.*” La palabra salvo de acuerdo con la acepción correspondiente prevista en el diccionarios de la lengua significa “*exceptuando, omitido*”, lo que quiere decir que a los latifundios improductivos no les son aplicables las exigencias de que la indemnización debe establecerse convencionalmente o por sentencia judicial.

Resulta en consecuencia que la única norma aplicable es la del Art. 116 de la Constitución que en la parte correspondiente establece: “*La expropiación de los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria serán establecidos en cada caso por ley, y se abonará en la forma y el plazo que la misma determine*”. Al excluir expresamente la propia Constitución de la normativa que dispone la justa indemnización establecida convencionalmente o por sentencia judicial, queda como única norma aplicable la citada del Art. 116 que atribuye a la ley la forma y plazo de determinar la indemnización. Debe tenerse presente que la palabra “*forma*”, tiene una gran cantidad de acepciones, algunas de las cuales resultan aplicables para sostener que al hablar de la forma que la ley determina, se esta refiriendo también al monto de la indemnización. Entre otras acepciones podemos citar la siguiente: “*modo de proceder en algo*”, lo que quiere decir el modo de proceder también en la determinación de la indemnización. Además, en caso de existir alguna duda toda la normativa constitucional que hemos analizado, vinculada con el Estado Social de Derecho y con la primacía del interés general sobre el interés de los particulares debe tomarse en cuenta en la interpretación de estas disposiciones constitucionales.

8. LA REFORMA AGRARIA

Creemos necesario hacer también una referencia a la Reforma Agraria en razón de que su incorporación a la normativa constitucional significa en América Latina una expresión del Constitucionalismo Social.

En el caso paraguayo ya la Constitución de 1967 contenía un Capítulo sobre la Reforma Agraria y la del 1992 dedica una Sección de tres largos artículos en los cuales se considera la Reforma Agraria como uno de los factores fundamentales para lograr el bienestar rural, se mencionan en dieciséis incisos las bases de la Reforma Agraria y el desarrollo rural y se regula la situación de los latifundios improductivos.

9. PALABRAS FINALES

Creemos indispensable antes de terminar este trabajo señalar que la Constitución de 1992 tuvo como uno de sus propósitos fundamentales y quizás el más importante, superar todas aquellas normas que en una u otra forma y aun con tergiversaciones, fueron utilizadas para lesionar las garantías individuales y los derechos humanos.

9.1. LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS

En primer lugar debemos decir que el Título II, Capítulo II de la Constitución de 1992, De la Libertad, tiene un contenido más extenso y más claro que su equivalente de la Constitución de 1967.

En cuanto a las garantías constitucionales, la Constitución de 1992 las consagra extensamente. Ellas abarcan:

La declaración de inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, como potestad de la Corte Suprema de Justicia.

El Hábeas Corpus, en sus versiones de *Preventivo*, en virtud del cual toda persona en trance inminente de ser ilegalmente privada de su libertad física, podrá recabar el examen de la legitimidad de las circunstancias que, a criterio del afectado amenacen su libertad, así como una orden de cesación de dichas restricciones; el *Reparador*, en virtud del cual toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad podrá recabar la rectificación de las circunstancias del caso y el *Genérico* en virtud del cual se podrá demandar rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en los casos anteriores, restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal.

El Amparo, según el cual toda persona que por un acto u omisión manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos y garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente.

El *hábeas data* por el cual toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre si misma o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter publico, así como conocer los usos que se haga de los mismos y su finalidad.

Con las garantías enunciadas, los Constituyentes tuvieron la intención de evitar numerosos abusos de distinta naturaleza cometidos durante la vigencia de las Constituciones de 1940 y

1992, y consagrar una Constitución que permitiera las reformas sociales indispensables y la instalación de un verdadero Estado social de derecho. La realidad no ha confirmado que las buenas intenciones se cumplieran en todos los aspectos esperados.

La experiencia obtenida, permite sin embargo superar en el futuro, por lo menos desde el punto de vista constitucional, los errores que pudieran haberse cometido.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA, Eusebio Ramón y otros, *Constitución y Cambio*, Tomo II, CIDSEP Centro de Publicaciones de la Universidad Católica, Asunción- Paraguay 1991.

CABALLERO AQUINO, Ricardo, *Autoritarismo, Democracia y Populismo en las Constituciones del Paraguay 1813-1967*, RP Ediciones, Paraguay. 1991.

GONZÁLEZ, Carlos Alberto y **BARBOZA**, Ramiro, *Aspectos Sociales de la Reforma Constitucional*, Centro de Publicaciones de la Universidad Católica, Asunción-Paraguay 1991.

GONZÁLEZ, Carlos Alberto, *El Trabajo y la Constitución*. Capítulo: El Constitucionalismo Social y el Derecho del Trabajo en las Constituciones del Paraguay. Edic. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones. p. 294, Madrid-España.

GONZÁLEZ, Carlos Alberto, *El Estado en América Latina*, Konrad Adenauer, Stiftung- CIEDLA, Buenos Aires, 1995.

GONZÁLEZ, Carlos Alberto, *We the People. Los Derechos Humanos en la Constitución Paraguay y en la Constitución Americana*, Centro Cultural Paraguayo americano. Ediciones y Arte SRL Asunción-Paraguay 1987.

GONZÁLEZ, Carlos Alberto, *El Proceso Legislativo paraguayo (desde la colonia hasta comienzos del siglo XX)* Index - Quaderni camerti di studi romanistici Iternational Survey of Roman Law. N°. 14 Jovene Editore Napoli 1986.

MENDONÇA, Juan Carlos, *Constituciones de la República del*

Paraguay, Centro de Publicaciones, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Asunción - Paraguay 1991.

TRUEBA URBINA, Alberto, *La Primera Constitución Político Social del Mundo*. Teoría y proyección. Editorial Porrúa S.A. México 1971.

VANOSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, Tomo I y II, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1975 y 1976.

Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente 1967. Publicación Oficial Convención Nacional Constituyente, Asunción Paraguay.

1992-2007: QUINCE AÑOS DE ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO EN PARAGUAY

Jorge Silvero Salgueiro

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. 1989-1991 EL ESTADO DEMOCRÁTICO. 3. 1992-1995 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO. 4. 1996-2000 EL ESTADO EN CRISIS. 5. 2000-2007 EL ESTADO INERTE. 6. ¿HACIA UN ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO?

1992-2007: QUINCE AÑOS DE ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO EN PARAGUAY

Jorge Silvero Salgueiro

1. INTRODUCCIÓN

¿Qué es el Estado? Aquello que perdura.

Mientras que los órdenes constitucionales se suceden¹, las constituciones se reemplazan unas por otras², las formas de gobierno se modifican³, los regímenes políticos cambian⁴, el Estado, en cambio, -a pesar de sus reformas- perdura como aquella “República una e indivisible”⁵.

¿Qué es el Estado? Es un ente funcional al poder.

Entre el ente y el poder existe una dependencia funcional. Lo uno es explicable con lo otro por medio de relaciones. Cuando la Provincia del Paraguay, directa e inmediata antecesora histórica del Estado paraguayo, experimentó el levantamiento en armas de mayo de 1811 se inició, a la vez, el proceso para que “*se establezca el régimen y forma de Gobierno que debe permanecer y observarse en lo sucesivo...*”⁶. Con esta finalidad,

¹ Lorenzo N. Livieres Banks identificó seis órdenes constitucionales hasta 1991, a saber: 1813, 1844, 1870, 1936, 1940 y 1967. Idem, Economía Social de Mercado y Democracia Política como Fundamentos de un Nuevo Orden Constitucional en el Paraguay, CEPPO, Asunción, 1991, p. 37ss.

² Constituciones de 1870, 1940, 1967, 1992.

³ De “democracia representativa” a “democracia representativa, participativa y pluralista” con la reforma constitucional de 1992.

⁴ En 1989 el régimen político cambió de autoritario a democrático.

⁵ Art. 1 de la Constitución de 1870.

⁶ Bando del 17 de mayo de 1811. Transcrito en: Julio César Chávez, La Revolución del 14 y 15 de Mayo, Buenos Aires, 1957, p. 69.

se convocó a un Congreso General que se celebró entre el 17 al 20 de junio de 1811. En dicha ocasión, se aprobó en su totalidad el voto de Mariano Antonio Molas referente a la conformación de una Junta Superior Gubernativa y a la suspensión de todo reconocimiento de las Cortes y del Consejo de Regencia. Además, se decidió excluir de los cargos políticos, civiles y militares a los europeos españoles y llenar los mismos, en adelante, con los naturales de la Provincia. Entonces, estas medidas, entre otras, “*constituyen el primer ordenamiento institucional del Paraguay independiente y señalan la aparición de hecho del Estado paraguayo*”⁷. Vale decir, organizado y acordado el poder emergía el nuevo Estado. La relación de dependencia entre ambos conceptos es históricamente demostrable.

La cuestión planteada al inicio de este trabajo de investigación puede recibir una infinidad de respuestas. En el primer caso, la respuesta es producto de la observación empírica. Se resalta un elemento esencial, lo perenne, lo cual en cierta forma constituiría un elemento sustancial en la idea de Estado y demostraría –solo y nada más que eso- su naturaleza viva. Entonces, el Estado es un ente vivo.

En el segundo caso, el tratamiento de la cuestión tiene un enfoque funcional que contribuye a entender al Estado como un ente dinámico y no meramente estático. La vida en el Estado no es sedentaria, sino conflictiva y compleja como la sociedad misma. Entonces, las relaciones con el proceso político y social determinan en gran medida la noción de Estado, en especial, el tipo de Estado. De ahí, que aquello que la Constitución en el

⁷ Rafael Eladio Velázquez, "Marco histórico de los sucesivos ordenamientos institucionales del Paraguay", *Anuario de la Academia Paraguaya de la Historia*, Vol. XXVIII, Asunción, 1991, p. 91.

Art. 1 dice que el Estado es, deba ser posteriormente validado relacionamente⁸.

En esta línea de pensamiento surge la cuestión acerca del Estado paraguayo en la actualidad y su propio proceso de constitución. ¿Qué es el Estado erigido por la Constitución de 1992? ¿Pura ficción normativa o, se encuentra alguna otra sustancia más allá de su cualidad de perenne? ¿Cuáles serían las relaciones fundamentales que contribuirían a entender mejor la dinámica estatal y su complejidad? ¿Cuál es el tipo de Estado que rige en el Paraguay?

Pero, emprender dicha tarea analítica no es sin embargo posible sin recurrir al Derecho. Por ello, es oportuna la visión del Estado como “*un conjunto unitario sistematizado de órganos estructurados para elaborar y aplicar el Derecho...*”⁹. Solo en el ámbito del Derecho es donde la idea de un orden estatal justo para una sociedad en conflicto puede realizarse. No es casual por ello, que la Constitución de 1992 constituyó a la República del Paraguay en Estado de Derecho, luego de décadas de conflictos de justicia irresueltos.

Tras quince años de vigencia de la Constitución de 1992, la pregunta de indagación gira entonces alrededor del deseo de conocer aquellas relaciones que dejarían en evidencia el tipo de Estado que se tiene. Dichas relaciones surgen del

⁸ Art. 1 Constitución de 1992: “*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.*

La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.”

⁹ Juan José Soler, *Introducción al Derecho Paraguayo*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954, p. 119.

propio proceso histórico pero no implican un pasado sin consecuencias. Al contrario, es un pasado cuyos efectos están vigentes hasta el presente e incluso siguen siendo motivo de conflictos perennes.

2. 1989-1991 EL ESTADO DEMOCRÁTICO

1989-1991 fue un periodo de tiempo singular para las relaciones Estado-constitución-sociedad. Pues, el Estado paraguayo se democratizó a pesar de la vigencia de la Constitución autoritaria de 1967. Fue fundamental para ello, el cariz democrático que asumió el poder gracias a la libre participación política de la ciudadanía¹⁰.

En dicho trienio, el proceso político se inició con un autoproclamado gobierno provisorio que llegó al poder por las armas y no estaba sometido al Derecho. El fundamento del poder era la voluntad de una persona. Así, lo entendían sus seguidores: *“Desde luego, ostensiblemente la proclama [del 3 de febrero de 1989] no contiene principio constitucional alguno, pero fue ella, y no en la Constitución, que se fundó el gobierno constitucional electo en mayo [de 1989] para iniciar el proceso de democratización...”*¹¹. De hecho, en términos estrictamente jurídicos la proclama citada no es más ni menos que la voluntad

¹⁰ Mayores detalles Jorge Silvero, "Capítulo Paraguay", Daniel Zovatto et al en *Reformas Políticas y Electorales en América Latina* IDEA-UNAM, México, de próxima aparición. Proyecto de investigación regional que analiza el ingreso de los países latinoamericanos a la Tercera Ola de Democratización.

¹¹ Conrado Pappalardo Zaldívar [Primer Secretario General de la Presidencia durante el nuevo Gobierno y último Secretario del Gobierno anterior], *Paraguay: Itinerario constitucional*, Asunción, 1997, p. 186.

del Gral. Andrés Rodríguez, puesta por escrito y manifestada públicamente por él mismo¹².

De ahí en adelante, es que se observa un proceso de constitucionalización del poder que alcanza su punto culminante en 1992 con la sanción de un nuevo orden constitucional. En efecto, la sociedad experimentó una amplia y profunda reforma electoral¹³ y, seguidamente, una recomposición democrática del sistema de representación política. Ello contribuyó a una pluralización del ejercicio del poder mediante la participación de diversos partidos políticos en la conformación del Parlamento nacional. Jurídicamente, fue fundamental en este proceso la derogación del derecho autoritario del antiguo régimen¹⁴, el no uso del derecho autoritario vigente que no podía ser derogado¹⁵ y la sanción de un nuevo derecho de justicia¹⁶.

¹² En términos de la *real politik* la relación entre el poder y el derecho puede ser descrita gráficamente en la siguiente anécdota premonitoria: “*El viernes 1º de diciembre [de 1989] el Subsecretario del Interior, Hugo Estigarribia, informaba a la conducción colorada que la jueza Alicia Pucheta de Correa había decidido la suspensión de la convención por una medida de amparo promovida por los ex – contestatarios. Argaña señalaba entonces que hay tres Poderes del Estado. Yo soy del Ejecutivo y tengo derecho a hacer lo que quiera. Vamos a cambiar los estatutos y la Junta. Y que se vayan a plaguear a sus abuelas*”. Extraído de Mauricio Schwartzman, “Las abuelas al poder”, Diario Hoy, 10 de diciembre de 1989, citado en: Víctor Jacinto Flecha / Carlos Martini, Historia de la Transición, Asunción, 1994, p.89.

¹³ El Código Electoral Ley N° 1/1990.

¹⁴ La Ley N° 9 del 4/09/1989 derogó la Ley N° 294 de "Defensa de la Democracia" del 17/10/1955 y la Ley N° 209 de "Defensa de la Paz Pública y Libertad de las Personas" del 18/09/1970. Ambas leyes eran instrumentos de persecución política y restricciones indebidas de derechos humanos.

¹⁵ El Estado de sitio, art. 79 Constitución de 1967.

¹⁶ La Ley N° 1 de 8/08/1989 ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y reconoció la jurisdicción internacional de la Corte Internacional de Derechos Humanos.

Al culminar el trienio, la mera voluntad del gobernante ya no contaba como fundamento del poder. El Estado paraguayo y su nuevo Gobierno estaban vinculados jurídicamente y su actuar limitado por las normas internacionales de derechos humanos¹⁷. De esta forma, la ciudadanía adquiría garantías jurídicas internacionales para su libre desenvolvimiento y para el respeto de sus derechos.

Ahora bien, pese a los avances democráticos, el Paraguay no se convirtió en un Estado de Derecho. Para ello, todavía tendría que esperar mejores condiciones y el desarrollo de una etapa previa: la constitucional democrática.

3. 1992-1995 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

En 1982, Juan Carlos Mendonça, en coincidencia con los 15 años de la Constitución de 1967, en la “Prolusión” de uno de sus trabajos más difundidos decía: *“Deseo señalar que al hacer el estudio de la masa de fallos dictados por la Corte, quedaron de manifiesto datos significativos. Por ejemplo, que en 15 años solamente 13 veces declaró la inconstitucionalidad; que no declaró la inconstitucionalidad de una sola ley, sino únicamente de resoluciones judiciales; que solamente en 4 casos hizo lugar a la excepción y en 9 hizo lugar a la acción; que de los 13 casos en que hizo lugar a la impugnación , solamente en 5 se dio el voto unánime de sus miembros –*

¹⁷ Art. 1 CADH. *Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...*”.

manifestándose con ello la falta de coincidencia en los criterios, respecto de la verdadera esencia y finalidad del instituto-”¹⁸.

Con la distancia que dan los 25 años que transcurrieron desde que se compilaron los datos citados sobre la jurisprudencia constitucional de aquél entonces y, con la intención de aprovechar la experiencia histórica para el análisis de procesos constitucionales recientes es que una lectura crítica de tal estado de cosas nos motivan a expresar cuanto sigue: El principio de supremacía constitucional consagrado en la Constitución de 1967 era meramente declarativo, sin ninguna eficacia. El control jurisdiccional de constitucionalidad era muy limitado, no se extendía a controlar los actos de los otros poderes sino que prácticamente operaba como un principio interno del Poder Judicial. La Corte Suprema de Justicia, de hecho, se limitaba únicamente a controlar a los tribunales y jueces inferiores. Las reglas del Estado de Derecho eran prácticamente desconocidas por el descontrol en que se encontraban los otros poderes sin sujeción constitucional. Pero, todo ello no es de extrañar, pues se carecía de lo básico, un régimen democrático, bajo el cual solamente se pueden erigir los conceptos de validez y eficacia constitucional, se entiende, de una constitución democrática, pues las autoritarias se imponen por la fuerza.

Entonces, partiendo de esta enseñanza histórica es que son de utilidad los conceptos de régimen político, constitución, Estado de Derecho y control de constitucionalidad a la hora de analizar la implementación de un nuevo orden constitucional

¹⁸ Juan Carlos Mendonça, *Inconstitucionalidad. Aspectos procesales*, Editorial El Foro, Asunción. La inconstitucionalidad estaba basada en el Art. 200 de la Constitución de 1967 que establecía: “*La Corte Suprema de Justicia tendrá la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución...*”.

como ocurrió en 1992. En ese sentido, es importante comprobar si el régimen democrático se afianzó, si la constitución emergió de un proceso participativo y legítimo, si se difundieron los postulados del Estado de Derecho y, si el control jurisdiccional de constitucionalidad se extendió decididamente a los otros dos poderes del Estado, de forma tal que la supremacía constitucional haya sido resguardada aún en esos momentos en que se resolvían los conflictos políticos. La idea es que en la evolución de los procesos constitucionales los problemas anteriores deben ser atendidos y, en la medida de lo posible resueltos satisfactoriamente.

Ahora bien, en esta segunda etapa de desarrollo del Estado paraguayo –luego del trienio 1989-1991- el punto de partida es la elaboración y promulgación de la Constitución de 1992.

Se trataba de organizar el Estado con criterios innovadores. Los modelos anteriores de 1967 y 1940 ya no eran políticamente correctos y el de 1870 era muy antiguo. Una de las ideas que entró a tallar fue la del Estado de Derecho. Oscar Pacciello proponía aunque con ciertos reparos lo siguiente en el camino a una asamblea constituyente: *“Contenido de algunas innovaciones: 1) Un nuevo tipo de Estado. Supremo ideal, que motorizó las energías de grandes luchadores por la libertad y la democracia fue la consagración del llamado Estado de Derecho. Es decir, la subordinación del Estado a sus propias leyes. Pero esta noción es ambigua e insuficiente. Ambigua porque con idéntica convicción las llamadas democracias socialistas decían vivir en un Estado de Derecho, puesto que sus organizaciones se ajustaban a la ley, pero una ley que pretería los derechos fundamentales de la persona humana. Y por otra parte, tal noción es insuficiente. Entre el individuo anónimo y el Estado está la sociedad, los grupos sociales, los intereses*

difusos que tienen también sus derechos y que, por lo mismo requieren de una definición más precisa en la Constitución. De ahí –proseguía el autor de la propuesta- que ya en la década del 20 un gran jurista, Herman Heller, a propósito de la Constitución de Weimar, haya lanzado el concepto de Estado social superando esa bipolaridad entre Estado Gendarme individualista por un lado y Estado Totalitario autoritario por otro”¹⁹.

Sin embargo, a pesar de las objeciones y a la pretensión de superar un concepto por otro, finalmente en el texto de la Constitución de 1992 se consagraron ambos principios en una sola fórmula: “*La República del Paraguay...se constituye en Estado social de derecho*”²⁰. Esta innovación constitucional representó un giro copernico en la estructura del Estado en Paraguay, pero para determinar sus alcances y efectos en la vida práctica habría que esperar todavía a una jurisprudencia constitucional sobre dicha materia, lo cual posteriormente acaeció como se verá más adelante.

Pero, detengámonos por el momento en el proceso de elaboración de la Constitución. Dada la pluralidad de partidos políticos y movimientos sociales que participaron en la Convención Nacional Constituyente y, las condiciones de libertad y discusión pública en las que transcurrieron las sesiones de la misma es que no se puede negar la legitimidad de origen de la Constitución de 1992²¹.

¹⁹ Oscar Paciello, “Ante la Constituyente”, presentación de la 1° Edición (1991) del libro de, Conrado Pappalardo Zaldívar, op. cit., nota 11, p. 195. Paciello fue Convencional en la Convención Nacional Constituyente y Primer Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

²⁰ Al respecto, véase: Daniel Mendonça, *Estado Social de Derecho. Análisis y desarrollo de una fórmula constitucional*, Asunción, 2000.

²¹ Al respecto véase: Víctor J. Flecha et al, *Autoritarismo, Transición y Constitución en el Paraguay*, BASE-ECTA, Asunción, 1993.

Una vez en vigencia, el acceso al poder del Estado quedó regulado por sus disposiciones. En 1993, se realizaron las elecciones presidenciales y legislativas y el resultado histórico fue que se afianzó el régimen democrático²². El fundamento del poder era la propia Constitución.

Pero, el sistema institucional no estaba completo. Se tardó casi dos años en integrar la Corte Suprema de Justicia, hasta abril de 1995, y los conflictos que se evidenciaron en ese proceso presagiaron, en cierta medida, los problemas institucionales futuros, a saber: los desacuerdos políticos mantenidos en el tiempo traban en demasía la evolución institucional.

Entonces, a mediados de 1995 el Estado paraguayo contaba con bases constitucionales y democráticas que tenían un potencial significativo restando en aquella época dos tareas de suma importancia por realizar: la consolidación del nuevo y frágil arquetipo y; la evolución hacia un Estado de Derecho. Pero, el sistema constitucional prontamente entró en crisis y la oportunidad histórica se perdió²³.

4. 1996-2000 EL ESTADO EN CRISIS

En un Estado de Derecho, las crisis de Estado no son meros conflictos de poder sino fundamentalmente son conflictos con la Constitución²⁴. Por ello, no es casual que la Corte

²² Al respecto véase: Víctor J. Flecha/Carlos Martini, Historia de la Transición, Asunción, 1994.

²³ Al respecto véase: Jorge Silvero Salgueiro, 1992-1997: Cinco años de Estado constitucional democrático en Paraguay, Diario Ultima Hora, Asunción, Correo Semanal 31/05/97, 07/06/97 y 14/06/97.

²⁴ Sobre la idea de cómo los poderes del Estado entran en conflicto con las normas constitucionales y a partir de ahí se generan conflictos con los otros poderes, véase: Jorge Silvero Salgueiro, Controles constitucionales sobre el

Suprema de Justicia desde su función de “custodio de la Constitución”²⁵ haya intervenido en las diversas crisis de Estado desatadas en este periodo²⁶.

Probablemente, el caso más significativo por estar involucrados los actos de los tres Poderes de Estado fue el Acuerdo y Sentencia N° 415 del 2/12/1998. El Congreso Nacional promovió acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 117 del 18/08/1998, por el cual el Poder Ejecutivo conmutó las penas impuestas a los Señores Lino Oviedo y José Bóveda y ordenó la libertad inmediata de los mismos. La Corte Suprema de Justicia resolvió hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad con el alcance previsto en los Art. 137 in fine (“carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”) y 248 segundo párrafo de la Constitución Nacional. Y, dispuso la ejecución del Acuerdo y Sentencia N° 84 del 17/04/1998, dictado por la Corte Suprema de Justicia que confirmó la Sentencia Definitiva N° 1 del 9/03/1998 del Tribunal Militar Extraordinario de las Fuerzas Armadas de la Nación que decidió condenar al Gral. Div. (SR) Lino Oviedo a sufrir la pena de diez años de prisión militar por la comisión de delitos contra el orden y seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación e

Poder Ejecutivo. Publicado en internet por la Universidad de Yale: <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/sela2006.htm>

La versión en español se encuentra en el portal de la Universidad de Palermo: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Jorge_Silvero.pdf

²⁵ Art. 247 de la Constitución de 1992. Al respecto, véase: Luis Lezcano Claude, *El Control de Constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley, Asunción, 2000.

²⁶ Véase, por ejemplo, los fallos sobre los casos: Ferrás; Oviedo; el Decreto N° 117 del 18/08/1998; el periodo presidencial de González Machi y; la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia Paredes, Irala Burgos y Sosa Elizeche publicados en: Corte Suprema de Justicia, Fallos Institucionales, Tomo I, DILP, Asunción, 2000.

insubordinación ocurrida en fecha 22 y 23 de abril de 1996 en distintas unidades militares de la República.

Para fundamentar el Acuerdo y Sentencia N° 415 la Corte Suprema de Justicia realizó una tarea de concreción del principio de Estado de Derecho y expresó: *“Las diferencias entre actos discrecionales y actos de gobierno no son frutos exclusivos de errores iniciales que fundamentaron el contencioso administrativo, sino también ideologías políticas que pretendían justificar actos sin el debido control jurisdiccional. Es cierto, que en principio, que los actos considerados injustificables fueron productos de algunas teorías estatales, pero la admisión y vigencia del Estado de Derecho supera esta crisis.”*

Ya en estas palabras se distinguía el cambio de rol de la Corte Suprema de Justicia en comparación con aquella que rigió durante la Constitución de 1967. Luego de la instauración del nuevo régimen político la Corte extendía su control de constitucionalidad a los actos de los otros poderes. Pero no de forma arbitraria, sino basada en el principio de Estado de Derecho consagrado positivamente en el texto de la nueva Constitución.

Seguidamente, la Corte aclaró aun más su tarea de control constitucional, la cual implicaba un deber de revisión: *“La administración pública no sería actividad jurídica estatal, si el llamado acto discrecional no conviviera en el seno del derecho, presupuesto de toda administración. El acto de gobierno es siempre acto estatal, por lo que deberá estar inmerso dentro del orden normativo del Estado. Tanto los actos de gobierno como los discrecionales se manifiestan dentro de un sistema jurídico. Acto jurídico del poder administrador es ejercicio de sus funciones de dirección y acto discrecional es*

acto jurídico del poder administrador en ejercicio de sus facultades autorizadas. Estos dos aspectos conviven y existen por derecho, y consecuentemente, deben ser revisados toda vez que se alejen de esa sustancia.”

Así, en época de crisis se generó una jurisprudencia favorable al Estado de Derecho. De a poco, el principio dejaba su escueta formulación innovadora del artículo 1 de la Constitución para rendir sus frutos a la hora de dar soluciones constitucionales a problemas políticos. Pero, los fundamentos citados tuvieron poca difusión en la comunidad política, en la sociedad civil y en nuestra propia cátedra universitaria. En parte, porque existía un sentimiento generalizado de incredulidad que la Corte por sí misma tomaría la última y definitiva decisión.

Pero más allá de cuestiones de percepción ciudadana el hecho es que dicho fallo e incluso los otros citados como los que afectaron a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia en el tema de la inamovilidad suscitaron la cuestión de quien ¿quién toma la última decisión?: la Corte Suprema de Justicia, el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. Es propio de un Estado de Derecho que aquellos conflictos que conllevan una violación constitucional y que son sometidos a la jurisdicción del máximo tribunal de justicia sean resueltos en última instancia y de forma definitiva por dicho organismo. Pero, dicho criterio a pesar de tener sustento constitucional en nuestro medio todavía no es aceptado por la totalidad de la comunidad política, que una y otra vez arremeten contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia y tratan de forzar nuevos pronunciamientos. De esta manera, las crisis permanecen y se vuelven perennes²⁷.

²⁷ En la actualidad se está tratando en Tribunales la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 415 en un proceso civil iniciado mediante una Acción Autónoma de Nulidad. Véase, Diario ABC Color, Sección Política, 30/04/2007.

En este sentido, ya el propio Acuerdo y Sentencia N° 415 es un ejemplo de que no se trata de un fallo originario sino derivado. La cuestión principal la Corte Suprema de Justicia la había resuelto en el Acuerdo y Sentencia N° 84 citado más arriba en abril de 1998. Pero el nuevo Poder Ejecutivo que asumió el poder en agosto de 1998 no aceptó el fallo y dictó el Decreto 117 y contra este Decreto el Congreso Nacional interpuso una acción de inconstitucionalidad que derivó nuevamente en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia con el Acuerdo y Sentencia N° 415. Además de ello, el caso fue nuevamente ventilado en instancias internacionales, pues el Señor Lino Oviedo denunció el Acuerdo y Sentencia N° 84 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por violación de las garantías judiciales entre otros motivos. La CIDH consideró que no hubo violación por parte del Estado paraguayo de derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por tanto, declaró inadmisibile la denuncia del Señor Lino Oviedo contra el Estado paraguayo²⁸.

En el mismo sentido, el caso de inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia no terminó con las sentencias respectivas, sino que continuó la discusión sobre el fondo de la cuestión cuando se iniciaron los juicios políticos a otros Ministros al asumir el nuevo Parlamento a finales de 2003. Todavía se está a la espera de algún pronunciamiento de la CIDH ante denuncias presentadas posteriormente por los afectados²⁹.

²⁸ La Resolución N° 88 de 27/09/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declara y fundamenta la in admisibilidad de la denuncia de Lino Oviedo en contra del Estado paraguayo esta transcrita en: Corte Suprema de Justicia, op. cit., nota 26, pp. 571-584.

²⁹ Al respecto, véase: Jorge Seall-Sasiain, "Cuestionable inamovilidad permanente de los ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura: crítica a los fallos N° 222 y N° 223 de 5/5/2000, y N° 1.033 de

En resumen, no se le ha reconocido a la Corte Suprema de Justicia la autoridad para decidir en última instancia y de una forma definitiva. De tal forma a dar por concluida la crisis más allá si se está de acuerdo o no con el sentido final del fallo en cuestión.

5. 2000-2007 EL ESTADO INERTE

En el periodo actual siguió la efervescencia política y la generación de nuevas crisis con vistas de perenne continuidad³⁰. Dicha situación no debe interpretarse como signos de vitalidad y dinamismo político. Al contrario, más bien de ese modo se contribuye a dejar inerte al Estado paraguayo en el estado actual de su evolución. Se está en un proceso circular y las crisis solo alimentan mas la fuerza para mantenerse dentro del círculo.

En términos de desarrollo del Estado constitucional y democrático no se evidencian nuevos y positivos signos. Vale decir, no se produjeron cambios significativos que pudieran cimentar en alguna forma los postulados del Estado de Derecho y así avanzar a una siguiente etapa. Según Milda Rivarola, "*la dinámica de cambios llegó a un techo*"³¹.

En tiempos así, no es casualidad que hayan surgido ideas de reformar la Constitución y de esa forma el Estado. Ya al cumplirse los diez años de vigencia de la Constitución de 1992 el debate académico se centraba en la pregunta ¿En qué

29/12/2001 de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2003, pp. 593-623.

³⁰ Por ejemplo, el caso de la presidencia de la ANR que involucró al Presidente de la República y, el caso Lugo que cuenta con una alta probabilidad de llegar a los estrados judiciales.

³¹ Milda Rivarola, Diario Ultima Hora, 02/02/2007.

medida la Constitución de 1992 es co-responsable de la crisis paraguaya y por tanto, si lo fuere, es que la solución a la crisis pasa por una reforma constitucional?³² Más allá de las respuestas en particular, es notorio que la perspectiva de vida del Estado pasa por atender los nexos entre el diseño constitucional y la gobernabilidad democrática³³.

6. ¿HACIA UN ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO?

Justo José Prieto oponía la República y los principios de él derivados a la Dictadura. El postulado de la *res pública* era la piedra angular en su doctrina liberal garante de la libertad e igualdad de las personas. Y ella, dio sus frutos para vencer a la tiranía.

En la actualidad, la Constitución de 1992 constituyó a la República en Estado de Derecho y con ello puso en perspectiva la evolución del Estado. Ya no hay tiranos ni dictadores que accedieron de facto al poder ni que se mantienen por la fuerza. Las vías de acceso al poder se constitucionalizaron y, la Constitución es fundamento del poder. La República, hoy en día, se enfrenta a problemas derivados del ejercicio del poder. Por ello, la atención debe centrarse en el Estado y las condiciones constitucionales para ejercer el poder del Estado.

³² Véase las actas publicadas del Panel “La Constitución de 1992: Diez años después”, Asunción, 2004. El panel fue organizado por nuestra cátedra de Derecho Constitucional conjuntamente con el Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional y la colaboración del CIDSEP. Tuvo lugar el 20 de junio de 2002 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica.

³³ Al respecto, véase: Daniel Mendonça/Marcello Lachi (Comp.), *Perspectivas constitucionales. Diseño constitucional y gobernabilidad democrática*, Colección Novapolis, Asunción, 2006.

El Estado es un ente dinámico y necesariamente sus problemas deben ser tratados en la fase de la evolución en la cual se encuentra, a fin de atenderlos adecuadamente. Si en la actualidad el Estado paraguayo está inerte y sumido en crisis que lo mantiene en fases embrionarias de su desarrollo es que se requiere de una profunda revitalización.

Para ello, la idea y concreción del Estado de Derecho es esencial. El Estado paraguayo, en su concepción como “ente funcional al poder” alcanzó la fase constitucional-democrática, ahora para consolidarse en esta etapa y avanzar a estadios superiores es que requiere ser constituido fundamentalmente como “un ente funcional al derecho”. Y, en esta tarea, la Corte Suprema de Justicia tiene que asumir un rol esencial.

BIBLIOGRAFÍA

“Bando del 17 de mayo de 1811”. Transcrito en: Julio César Chávez, *La Revolución del 14 y 15 de Mayo*, Buenos Aires, 1957.

Código Electoral Ley N° 1/1990.

Constituciones de los años 1870, 1940, 1967, 1992.

Corte Suprema de Justicia, *Fallos Institucionales*, Tomo I, DILP, Asunción, 2000.

Diario ABC Color, Sección Política, 30/04/2007.

FLECHA, Víctor J.; **MARTÍN**, Carlos; **SILVERO SALGUEIRO**, Jorge, *Autoritarismo, Transición y Constitución en el Paraguay*, BASE-ECTA, Asunción, 1993.

FLECHA, Víctor J.; **MARTÍN**, Carlos, *Historia de la Transición*, Asunción, 1994.

SEALL-SASIAIN, Jorge, "Cuestionable inamovilidad permanente de los ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura: crítica a los fallos N° 222 y N° 223 de 5/5/2000, y N° 1.033 de 29/12/2001 de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2003.

“*La Constitución de 1992: Diez años después*”, Asunción, 2004. Panel organizado por cátedra de Derecho Constitucional y el Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional y la colaboración del CIDSEP, 20 de junio de 2002, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica.

Ley N° 1 de 8/08/1989 “Que ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y reconoció la jurisdicción internacional de la Corte Internacional de Derechos Humanos”.

Ley N° 9 del 4/09/1989 derogó la Ley N° 294 de "Defensa de la Democracia" del 17/10/1955 y la Ley N° 209 de "Defensa de la Paz Pública y Libertad de las Personas" del 18/09/1970.

Resolución N° 88 de 27/09/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declara y fundamenta la in admisibilidad de la denuncia de Lino Oviedo en contra del Estado paraguayo esta transcrita en: Corte Suprema de Justicia, op. cit., nota 26, pp. 571-584.

LEZCANO CLAUDE, Luis, *El Control de Constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley, Asunción, 2000.

LIVIERES BANKS, Lorenzo N., *Economía Social de Mercado y Democracia Política como Fundamentos de un Nuevo Orden Constitucional en el Paraguay*, CEPPRO, Asunción, 1991.

MENDONÇA, Daniel; **LACHI**, Marcello (Comp.), *Perspectivas constitucionales. Diseño constitucional y gobernabilidad democrática*, Colección Novapolis, Asunción, 2006.

MENDONÇA, Daniel, *Estado Social de Derecho. Análisis y desarrollo de una fórmula constitucional*, Asunción, 2000.

MENDONÇA, Juan Carlos, *Inconstitucionalidad. Aspectos Procesales*, Editorial El Foro, Asunción, 2DA. Edic. 1983.

PAPPALARDO ZALDÍVAR, Conrado, "Paraguay: Itinerario constitucional", Asunción, 1997.

RIVAROLA, Milda, Diario Última Hora, 02/02/2007.

SCHWARTZMAN, Mauricio, "Las abuelas al poder", Diario Hoy, 10 de diciembre de 1989, citado en: Víctor Jacinto Flecha / Carlos Martini, *Historia de la Transición*, Asunción, 1994.

SILVERO SALGUEIRO, Jorge, 1992-1997: "Cinco años de Estado constitucional democrático en Paraguay", *Diario Última Hora*, Asunción, Correo Semanal 31/05/97, 07/06/97 y 14/06/97.

SILVERO SALGUEIRO, Jorge, *Controles constitucionales sobre el Poder Ejecutivo*, Universidad de Yale,
<http://www.law.yale.edu/intellecualife/sela2006.htm>

SILVERO SALGUEIRO, Jorge, "Capítulo Paraguay" obra colectiva dirigida por: Daniel Zovatto/José de Jesús Orozco Henríquez, *Reformas Políticas y Electorales en América Latina*, IDEA-UNAM, México, de próxima aparición.

SOLER, Juan José, *Introducción al Derecho Paraguayo*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954.

Universidad _____ de
Palermo:http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Jorge_Silvero.pdf

VELÁZQUEZ, Rafael Eladio, "Marco histórico de los sucesivos ordenamientos institucionales del Paraguay", *Anuario de la Academia Paraguaya de la Historia*, Vol. XXVIII, Asunción, 1991.

ENSAYO CRÍTICO DE POSIBLES ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES

Sindulfo Blanco

SUMARIO: 1. UBICACIÓN CONCEPTUAL. 2. RELACIÓN DE ANTINOMIAS Y LAGUNAS CONSTITUCIONALES. 2.1. PRIMER CASO. 2.2. SEGUNDO CASO. 2.3. TERCER CASO. 2.4. CUARTO CASO. 2.5. QUINTO CASO. 2.6. SEXTO CASO. 2.7. SÉPTIMO CASO. 2.8. OCTAVO CASO. 2.9. NOVENO CASO. 3. CONCLUSIÓN

ENSAYO CRÍTICO DE POSIBLES ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES

Sindulfo Blanco

1. UBICACIÓN CONCEPTUAL

La teoría alemana de las "antinomias constitucionales", considera la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales. Se funda básicamente en la jerarquía entre disposiciones constitucionales (v.g. supremacía de normas dogmáticas sobre normas orgánicas), y está destinada a aplicarse sólo en aquellos casos extremos en los que la contradicción normativa impide al intérprete aplicar el principio general de armonización.

Habermas¹ sostiene que un orden jurídico no sólo tiene que garantizar que cada persona sea reconocida en sus derechos por todas las demás personas; sino que el reconocimiento recíproco de los derechos de cada uno por todos los demás tiene que descansar en leyes que sean congruentes, legítimas en la medida en que garanticen iguales libertades a todos, no de manera contradictoria sino igualitaria.

El problema que se plantea, no se trata de lagunas específicas de una ley, de la tarea legislativa, sino de los vacíos, incoherencias, insuficiencias, lagunas científicas que se dan en la aplicación a casos concretos de la norma constitucional, que no pueden colmarse con la sencillez de los procedimientos que se aplican a las normas ordinarias.

¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 94.

Conforme al criterio de Falcón y Tella² se presentan antinomias y lagunas constitucionales:

1) Cuando hay dos normas que, sin preferencia alguna entre sí, se contradicen haciéndose recíprocamente ineficaces, creando como consecuencia de la colisión una laguna de orientación legal para un caso específico.

2) Cuando la norma sólo da al juez una orientación abstracta, general, señalando expresa o tácitamente, hechos, conceptos o criterios no determinados en la misma ley, por lo que el juez debe actuar en forma subjetiva, atendiendo a sus investigaciones y estimaciones personales para resolver el caso concreto.

3) Cuando no existe la norma aplicable porque la ley calla en absoluto, ya intencionalmente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse, por no suscitarse la cuestión hasta después de dictada la misma.

4) Cuando una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquellos o sospechado éstas.

5) Cuando se expresan en la ley principios generales de abstracción lata, de difícil ecuación a casos concretos.

Señalamos que el presente trabajo pretende ser un ensayo crítico del contenido y alcance de las disposiciones constitu-

² María José Falcon y Tella, *El argumento analógico en el derecho*, Madrid, Civitas, 1991, p. 73.

cionales en vigencia, que se ponen a consideración pública, desde luego sin el ánimo de agotarlo y, con la expresa aclaración de que la expresión “*Antinomias Constitucionales*”, no solo comprende situaciones de conflicto entre una y otra disposición sino incluso conceptos equívocos, oscuros, inapropiados desde el punto de vista técnico- jurídico y sin olvidar la impertinencia de legislar respecto de coyunturas casuales o de expresiones que no corresponden verter en un texto constitucional.

Bajo estos criterios expongo las situaciones más llamativas verificadas:

2. RELACIÓN DE ANTINOMIAS Y LAGUNAS CONSTITUCIONALES

2.1. PRIMER CASO

Exceso legislativo y normas que se contradicen entre sí

Art. 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 disposición implica que el Estado garantiza al ciudadano la justa reparación económica cuando sufre daños o perjuicios causados por el poder público. Constituye la consagración de la responsabilidad objetiva del órgano público, sin perjuicio, claro está, del derecho de repetir contra terceros personalmente responsables, especialmente por causa de los actos de sus factores, entre ellos los servidores públicos. Resulta de particular relevancia consignar que este criterio directriz también lo recoge el Código Civil y el Libro V de la Ley N° 125/92.

Por lo expresado precedentemente parece extraño, por incongruente, que la parte final de la norma que se examina supedite la operatividad de la misma a la condición de una ley que lo reglamente. Bastaría, entonces, que nunca el parlamento emita esa ley para constituir al Estado en un ente jurídico irresponsable.

De ahí que, si se afirma, que hay falta de seguridad jurídica en el Paraguay, es posible que sea verdad, especialmente si contrastamos el precepto transcrito con lo normado en la otra disposición que a continuación se transcribe.

Art. 106. *"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 a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto".*

El primero consagra la responsabilidad objetiva del Estado, como es regla constitucional en todos los países, y además, responde a la sana lógica y la buena doctrina y legislación (Art. 39).

Sin embargo, aparentemente tal regla no es así, si consideramos el Art. 106, que estatuye todo lo contrario, cuando se opta por la "responsabilidad subsidiaria del Estado" por "transgresiones, delitos o faltas" que cometiesen en el desempeño de sus funciones, solamente "los funcionarios o empleados públicos", con lo cual, también se incurre en grave omisión al no haberse incluido a otros servidores públicos como serían los contratados, las empresas privadas con funciones públicas delegadas, los reclutados.

Entonces, surge la siguiente interrogante, cuál de las dos formas de responsabilidad, finalmente quiso consagrar el ciudadano constituyente. Una interpretación razonable y prudente pudiera conducir a sostener que el Art. 39 primeramente citado, consagra la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado a consecuencia de todos sus actos, incluso aquéllos causados por sus servidores públicos, y en sentido contrario, si estos últimos cometieran delitos, faltas e infracciones serían personalmente responsables, y en defecto de ello, de modo subsidiario el órgano público del cual dependen.-

Desde la perspectiva penal el Art. 109 que nos ocupa está parcialmente correcto, desde que se sabe que las ilicitudes generan responsabilidad personalísima, pero a la luz del Derecho Civil y en lo que hace a la responsabilidad patrimonial resarcitoria siempre será imputable al órgano o persona jurídica, de modo que la mala redacción del Art. 109, al consagrar la responsabilidad subsidiaria del estado, conduce al caos jurídico, porque si el damnificado sólo reclama resarcimiento económico y para ello invoca el Art. 39 (por causa incluso de hechos ilícitos de los servidores públicos), la contraria alegará siempre la otra disposición, generándose interpretaciones encontradas incluso entre los propios juzgadores.

La responsabilidad resarcitoria del órgano siempre surge por causa de actos ilícitos, sea de orden civil o penal, por aquello de la imputación ya mencionada, de modo que carece de objeto distinguir entre actos administrativos regulares de aquellos que son irregulares. Si existe alguna diferencia es que estos últimos tienen persecución personal en el fuero penal.

En conclusión, lo dispuesto en el Art. 106 se constituye en claro ejemplo de exceso legislativo, con la consecuencia de

contradecir lo estatuido como principio general en el precitado en el Art. 39.

Por último, el Art. 39 también es aplicable para el caso de expropiaciones públicas, porque es la consagración expresa de que el Estado también es responsable por sus actos u omisiones. Y por ello sirve incluso para el supuesto de resarcimientos debidos por causa de expropiaciones públicas. Pero el ciudadano constituyente prefirió incurrir nuevamente en exceso legislativo, estableciendo lo obvio, según así tenemos en los Art. 109³ y 116⁴, tercer párrafo, regulando de modo separado lo relativo a expropiaciones por causa de utilidad pública o interés social de las expropiaciones referentes a latifundios improductivos, que se sustenta también en el concepto de responsabilidad estatal por sus actos u omisiones, para aclarar lo relativo al deber del pago de la previa indemnización. Este detalle podría haber sido incorporado directamente en el Art. 39

³ Se 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. La propiedad privada es inviolable. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley.

⁴ Con el objeto de eliminar progresivamente los latifundios improductivos, la ley atenderá a la aptitud natural de las tierras, a las necesidades del sector de la población vinculado con la agricultura y a las previsiones aconsejables para el desarrollo equilibrado de las actividades agrícolas, agropecuarias, forestales e industriales, así como el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y de la preservación del equilibrio ecológico. La expropiación de los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria será establecida en cada caso por la ley, y se abonará en la forma y plazo que la misma determine.

con lo cual resultaba innecesario volver a expedirse sobre el mismo tema en los restantes artículos citados.

Al incurrir nuevamente en el exceso legislativo apuntado se posibilitó incongruencias notables, como ser:

En el Art. 109 se colocó la carreta frente a los bueyes al abrirse una improbabilidad cierta y es la hipótesis de que el valor expropiatorio fuera fijado por “sentencia” o convencionalmente antes de que se emita la ley de desposesión del patrimonio privado. Si es así, ya no habría necesidad de expropiar, porque si las partes concuerdan con el precio, sencillamente la cuestión terminaría celebrando un contrato de compraventa. Lo natural es que el órgano público recurre a la ley cuando no existe avenimiento amistoso previo, que si la ley fija un valor no aceptado por el propietario, podrá generarse controversia judicial respectiva.

Además el último párrafo debió ser colocado en el contexto del Art. 116 porque promete una ley que regule el procedimiento expropiatorio de los latifundios improductivos, requisito éste extensible no sólo a aquellos sino para todo acto expropiatorio. Pero si se pretendió diferenciar “expropiación común” del que corresponde a los latifundios improductivos, se logró por el lado negativo, y desacertado desde luego. En efecto para el denominado “común” no se exige que la ley establezca expresamente plazo y forma de pago, beneficio que si está contemplado para el otro supuesto.

Esta errática forma de legislar contradice la ideología de la Carta Magna y es la eliminación gradual de los latifundios improductivos, lo que supone que alguna intención hubo de proteger con mayor amplitud a aquellas otras expropiaciones no referidas a propiedades de gran tamaño pero improductivas.

Tampoco existe norma que delimite el sentido y alcance de la expresión “latifundio”, porque sabiendo que gramaticalmente y políticamente tienen connotaciones diferentes.

Toda ley expropiatoria, cualquiera fuere su carácter, lo decimos con sentido reivindicatorio, debe contemplar como mínimo que garantice la seguridad jurídica: 1. Condiciones jurídicas de dominio del bien; 2. Individualización del propietario; 3. Valor del bien, forma y plazo de pago (esto es importante para posibilitar que el afectado sea pagado hasta el límite reconocido por la ley, y discutir judicialmente respecto de la diferencia litigiosa), y 4. Factibilidad económica y social del emprendimiento y afectación de recursos para financiar la adquisición compulsiva.

2.2. SEGUNDO CASO

Se confunde la especie con el género y calificaciones de diversos significados se utilizan como sinónimos o diferentes, sin sentido lógico alguno

Cualquiera fuere la naturaleza de la relación laboral del ciudadano con el Estado, tal relación genéricamente se engloba en el concepto de agente o servidor público, con sus especies: 1. Funcionario público electivo o no; 2. Contratado; 3. Reclutado; 4. Funcionario público de hecho; 5. Auxiliares bajo régimen del derecho laboral común; 6. Personal de confianza.

En la Carta Magna, se utilizó la expresión “funcionario o empleado publico” como equivalente a servidor público sin advertir que estos conceptos son especies dentro del género susodicho (ver Art. 101 al 104).

Además, las designaciones empleadas son erráticas al equiparar funcionario con empleado público (Art. 105 y 106): “funcionario o empleado público” (y otras veces son conceptos diferentes, al decir “funcionarios y empleados públicos”).

Tanta confusión conceptual produjo que en la Ley 1626/2000, el legislador ordinario optara por considerar, ambas categorías funcionales, considerándolas idénticas.

Lo expresado hasta aquí, aparenta ocurrencia de quien expone este trabajo, lo que no es cierto, si se considera que la confusión antedicha puede significar discriminaciones injustas en el trato a dispensar a uno cualquiera de las categorías funcionales respecto a los derechos y garantías, a dispensar, a los otros no citados expresamente o no englobados bajo el título genérico indicado precedentemente.

2.3. TERCER CASO

Se confunde cometido público con quienes deben dar cumplimiento a dicho objetivo

Lo relativo a los funcionarios y empleados públicos aludidos se encuentra en la Sección II del Capítulo VIII bajo el Título General “de la función pública”.

“La función pública” no puede confundirse con los servidores públicos, porque en aquél se delinear, a través de la ley – las funciones y atribuciones del órgano público creado- y éstos deben cumplir con las tareas u objetivos de la entidad a la que sirven, dentro de los límites legales previstos en la norma que rige la vida de la institución. Los servidores públicos son quienes dinamizan el aspecto estático de la función pública.

Entonces, resulta ocioso consignar que en el contexto de la precitada Sección II, del Capítulo VIII, nada se regula respecto del acápite, y sí se delinea el estatuto jurídico básico del agente público.

2.4. CUARTO CASO

Se confunde exoneración impositiva con inmunidad tributaria o fiscal

Cuando la propia Constitución Nacional reconoce que ciertos bienes no pueden ser gravados con impuestos, no se está consagrando exoneración tributaria, sino al contrario, implica que habiendo sido concedido dicho beneficio fiscal en el propio texto de la Carta Magna, el legislador ordinario (el parlamento) está jurídicamente impedido de legislar sobre la materia, porque el perdón proviene de una norma de superior jerarquía infraconstitucional.

En términos sencillos, implica que la Ley Fundamental de la República retiró toda competencia jurídica funcional al parlamento, quedando tales bienes o pertenencias “inmune” o prohibido, en forma absoluta respecto de la posibilidad de grabarlos mucho menos de exonerar su cobro. La solución tiene fuente directamente constitucional.

De modo que, si los Art. 64 y 67 de la Carta Magna consagraron la exención de tributos sobre la propiedad indígena o que los mismos presten servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley, con ello lo que hizo la Carta Magna fue decretar inmunidad absoluta a su respecto, quedando entonces vedado al Parlamento toda posibilidad de crear, modificar, suprimir, extender o restringir los términos del beneficio.

Por causa del desconocimiento de la diferencia conceptual de los términos “exoneración” vs. “inmunidad fiscal”, tenemos experiencias negativas en la labor parlamentaria, que de modo inadvertido legisló donde no debía, respecto de la situación fiscal de la propiedad indígena o de las cargas públicas exigibles a los mismos.

Donde con mayor vigor se patentiza la distinta función técnica y el órgano competente para concederlo, surge en lo dispuesto en el Art. 83 que habla “de la difusión cultural y de la *exoneración* de los impuestos”, cuando de modo enfático terminante y sin ningún género de duda se dispuso que “*no se gravarán* con impuestos fiscales y municipales a los objetos, las publicaciones y las actividades que posean valor significativo para la difusión cultural...” esto implica que el parlamento tiene impedimento legal en la materia, pese a lo cual, ha dictado cuatro leyes sucesivas, pretendiendo indebidamente arrogarse facultades que la propia Carta Magna le negó.

Pero a renglón seguido, ese mismo Art. 83, incurrió en grave incoherencia, porque se aseguró que no se gravaría con impuestos dichos medios de difusión cultural, pero a renglón seguido cayó en la incongruencia de negarlo todo, al disponer: “la ley reglamentará estas exoneraciones”. Al final, el intérprete quedará perplejo, atónito o indefenso porque si primero prohibió, prohibido debe estar, y en consecuencia, mal puede reglamentarse con el propósito delimitar lo que no es necesario.

Finalmente esta disposición utiliza conceptos indeterminados, como ser “los objetos”, “las actividades”, etc., cuyo sentido y alcance no ha sido precisado convenientemente.

2.5. QUINTO CASO

Empleo de frase oscura. La Carta Magna consagra como lenguas oficiales dos idiomas.

En virtud del Art. 77⁵ se establece que “en el caso de las minorías étnicas” “cuya lengua no sea el guaraní”, *la opción y no la obligación* de elegir unos de los dos idiomas oficiales.

Sin embargo, habiéndose consagrado la opción, se establece la obligación de la “enseñanza en los procesos del comienzo escolar en la lengua oficial materna del educando. Renglón seguido se obliga instruir en el conocimiento y en el empleo de *ambos* idiomas oficiales de la República.

Infiero entonces, que no tenemos dos lenguas oficiales, sino tres: el castellano, el guaraní, y la “lengua oficial materna”.

2.6. SEXTO CASO

De los electores

En el Art. 118, se reconoce que el sufragio es derecho, deber y función pública del elector y sin embargo, para el Art. 120⁶, no lo es para quienes por azar viajaron al exterior en goce

⁵ Art. 77 CN. *"De la enseñanza en lengua materna. La enseñanza en los comienzos del proceso escolar se realizará en la lengua oficial materna del educando. Se instruirá, asimismo, en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales de la República.*

En el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales".

⁶ Art. 120 CN: *"Son electores los ciudadanos paraguayos radicados en el territorio nacional, sin distinción, que hayan cumplido diez y ocho años. Los ciudadanos son electores y elegibles, sin más restricciones que las*

de vacaciones o en busca de trabajo temporal, aún reteniendo la condición de ciudadanos paraguayos, porque quienes no estuvieran radicados en la República, están imposibilitados de cumplir con el deber, derecho y función, pese a que se mantiene sobre ellos obligaciones tan graves como armarse en defensa de la patria, pagar los tributos incidentes sobre sus bienes y rentas situados en la República e incluso, sobre rentas obtenidas en el exterior, en las condiciones estipuladas actualmente en la Ley de Adecuación Fiscal, asistir económicamente a su familia y progenitores, en fin, toda la gama de interminables obras públicas que pesan sobre él.

En otras palabras el exiliado económico no ha renunciado a su nacionalidad, se mantiene sobre él, el deber de solidaridad social, pero se le despoja el sagrado derecho de elegir a las autoridades de su país en busca del anhelado desarrollo nacional que impida la emigración masiva de los compatriotas.

Esta norma constitucional, resulta paradójicamente inconstitucional por inhumano. El país se expone al enjuiciamiento internacional (ver competencia del Tribunal Internacional de la Haya y casos resueltos por la misma) por causa de egoísmos sectarios de carácter coyuntural y no estructural. Lo dicho, porque la disposición de referencia, fue debido al temor casual del regreso masivo de paraguayos para las elecciones del año 1992, época de la sanción de la Carta Magna.

establecidas en esta Constitución y en la ley. Los extranjeros con radicación definitiva tendrán los mismos derechos en las elecciones municipales".

2.7. SÉPTIMO CASO

Expresión con alcance jurídico indeterminado

La carta orgánica del Ministerio de Justicia y Trabajo, tiene telegráfica reacción: “Art. 1º créase el MJT” y por el artículo siguiente se ordena la publicación de estilo. Como se advierte esta disposición omitió –inexplicablemente- determinar con grave rigor, las funciones y atribuciones de tal suerte que permita mensurar con nitidez el ámbito de su competencia.

El precedente mal ejemplo, se repitió a nivel de Convención Nacional Constituyente, con el caso que afecta al Tribunal de Cuentas, declarando en el Art. 265: “Se establece el Tribunal de Cuentas”, dejando a cargo de la ley ordinaria establecer su composición y su competencia y, al emplear la expresión “determinará”, está indicando que una ley posterior a la CN 1992, y no las regulaciones anteriormente dictadas, será la que regirá en lo relativo a quienes serán sus agentes públicos (los magistrados designados con posterioridad a dicho año), así como las funciones y atribuciones legales.

La redacción no respetó siquiera las normas que rigen el procedimiento jurisdiccional en el ámbito de dicho tribunal especializado.

Por lo demás, debe consignarse que el citado Tribunal de Cuentas siempre ha tenido jerarquía constitucional, como una forma de preservar de los peligros que suponen las vicisitudes políticas, por la importante función jurisdiccional que le atribuyen leyes de la República y Constituciones Nacionales anteriores a la que se comenta y que es juzgar la regularidad legal de los actos de la administración pública.

2.8. OCTAVO CASO

Inducción a la discriminación

El uso abusivo o el empleo masivo de expresiones masculinas puede conducir a la discriminación de las personas del sexo débil como ejemplo tenemos “que son solamente los ciudadanos que son electores” (Art. 120), únicamente serían miembros del Consejo de la Magistratura, o Fiscal General del Estado, o Agente Fiscal, o Defensor del Pueblo, o Contralor, Gobernador, Intendente, Parlamentario, Presidente y Vicepresidente de la República, etc. No hubo el debido cuidado en el estilo de la redacción, de tal suerte que las afectadas tendrían razón para afirmar que el texto constitucional en vigencia resulta ser de tinte machista.

2.9. NOVENO CASO

Una categoría jurídica impensada y superposición de funciones

La estructura política y administrativa del país reconoce, según el texto constitucional, las sgtes. jerarquías descalonadas: 1º Poder central⁷; 2º Gobierno departamental; 3º Municipalidad; 4º Distritos.

Según el Art. 156 y 159, a los tres últimos citados se les reconoce que gozan “de autonomía política, administrativa y normativa para la gestión de sus intereses, y de autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos”.

⁷ 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.

De lo transcrito se infiere que, además del poder central, la municipalidad y los gobiernos departamentales y también los distritos serían personas jurídicas para dictar reglamentos, recaudar e invertir recursos públicos, lo que constituye una impropiedad jurídica manifiesta. En efecto, normalmente el distrito se confunde e identifica con el municipio que lo gobierna. Y en sentido restringido, la expresión “distrito” es utilizada en el ámbito municipal como aquel segmento de su territorio con pequeños núcleos poblacionales que se organizan al amparo de “comisiones vecinales”, reconocidas mediante resolución de la municipalidad a la que pertenece y que apenas constituyen el germen para la formación de otras municipalidades, una vez reunidos los requisitos de capacidad económica, densidad poblacional e infraestructura.

El Poder Central, ejerce competencia concéntrica, en razón de la estructura jurídica política unitaria del país, y debe ser cláusula implícita la potestad de intervenir a las entidades administrativas sometidas a su dirección, con excepción de aquellas entidades autónomas de nivel constitucional que tienen su propio régimen disciplinario.

En consecuencia, la regulación del sistema de transporte se encuentra dentro del ámbito de su competencia a través de los órganos públicos creados al efecto. Sin embargo, por normativa constitucional, también las gobernaciones y municipalidades tienen idéntico cometido en la materia.

Las superposiciones de funciones públicas apuntadas, han servido para generar multiplicidad de litigios en el ámbito judicial.

3. CONCLUSIÓN

La precedente descripción tiene por objeto exclusivo generar foros de discusión que confluyan, en lo posible en la necesidad de la urgente reforma constitucional, sin olvidar que si se llegara a la decisión pertinente también debieran examinarse el rol positivo o negativo de ciertos organismos públicos de jerarquía constitucional y las dificultades que surgen de la interpretación de cláusulas constitucionales relativas a la estabilidad del magistrado y ministros de la Corte Suprema de Justicia, etc. Igualmente, tanto la eventual enmienda o la reforma constitucional suponen siempre sacrificios económicos enormes al erario público y por ende, a la ciudadanía. Además, las críticas esbozadas no deben ser asumidas como verdad absoluta.

BIBLIOGRAFÍA

1. **HABERMAS**, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 94.
2. **FALCON Y TELLA**, María José, *El argumento analógico en el derecho*, Madrid, Civitas, 1991, p. 73.

TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL – INTÉRPRETES NATURALES Y OCASIONALES DE LA CONSTITUCIÓN

Rodrigo Campos Cervera

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. 3. TEORÍA Y PRÁCTICA INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA. 4. LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA LEY. 5. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN. 6. LA TEORÍA DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. 7. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DE LA DOCTRINA DEL “USO ALTERNATIVO DEL DERECHO”. 8. VACÍOS CONSTITUCIONALES, POSICIONES Y CONTROVERSIAS AL RESPECTO. 9. INTERPRETACIÓN PRÁCTICA DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES. 10. ADENDA. 11. ÓRGANOS: LEGISLATIVO, EJECUTIVO Y JUDICIAL Y NO PODERES. 12. ART. 37 vs. ART. 129 – CONTRADICCIÓN IDEOLÓGICA EN DICHS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA? 13. CONTROVERSIAS Y POSICIONES ANTINÓMICAS ENTRE LOS ARTÍCULOS 252 Y 261 DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA 14. MOTIVO DE LA INCORRECTA INCLUSIÓN DEL ART. 19 EN EL PROYECTO DE LEY. 15. RECTIFICACIÓN DEL EQUÍVOCO. 16. DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA DE 1967 QUE ESTABLECÍAN LA DEPENDENCIA ABSOLUTA DEL PODER JUDICIAL AL PODER EJECUTIVO. 17. INSPIRACIÓN IDEAL Y FRACASO FÁCTICO DE INSTITUCIONES COMO EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. 18. CUOTEO POLÍTICO, DECISIÓN OPORTUNA Y REALISTA? 19. LABOR POLÉMICA INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN. 20. REFLEXIONES FINALES. 21. INCORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA DENOMINACIÓN ATRIBUIDA A LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA DE 1991-1992.

TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL – INTÉRPRETES NATURALES Y OCASIONALES DE LA CONSTITUCIÓN

Rodrigo Campos Cervera

1. INTRODUCCIÓN

El tema elegido para la monografía a publicarse en conmemoración del XV Aniversario de la Constitución Paraguaya de 1992, accediendo a la gentil invitación recibida, se ha basado, entre otros, en el interés por establecer el manejo que hacemos los intérpretes ocasionales y los naturales o jueces de la Constitución y sus consecuencias, tanto en el ámbito propio de lo jurídico constitucional, como de lo político.

Hecha la aclaración precedente, nos avocaremos, con especial pedido de indulgencia, a los lectores en general y a los especialistas en particular, por arrimar opiniones y conceptos propios y prestados sobre una cuestión que suscita controversias entre académicos de la ciencia interpretativa o hermenéutica.

En la Adenda, nos permitiremos manifestar las opiniones divergentes de cómo se interpretó e interpretamos preceptos de la constitución paraguaya vigente, de viva actualidad por el sesgo polémico, de ribete político partidista que se le dio en varios casos, con primacía sobre el análisis estrictamente jurídico Constitucional. Además, de otras cuestiones atinentes, indirectamente, al tema central que nos ocupa, algunas de las cuales podrían calificarse como digresiones.

2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Existe un criterio unívoco acerca del objeto de la interpretación jurídico constitucional, en el sentido de que la misma tiende a descubrir el carácter y alcance verdadero del

precepto considerado¹. Otro autor, Vigo señala que “el objeto de la interpretación jurídica es determinar racionalmente la conducta jurídica prohibida, obligatoria o permitida”, en los propios términos del autor citado: “se trata de definir y justificar el carácter deóntico de las conductas, todo lo cual se instala en el ámbito de la razón práctica”².

Para determinar lo que acertadamente nos instruye Vigo, se debe actuar con deliberación y juicio de elección, que supone estudiar, profundizar la cuestión a interpretarse, con sensatez y prudencia para ulteriormente determinar la elección que corresponda.

Si bien es menester reconocer el carácter político de la interpretación Constitucional a cargo de sus intérpretes naturales, los jueces, en grado difuso o concentrado, quienes poseen poder político al expresar sus criterios en las sentencias que emiten. Sin embargo, es conveniente denotar que los intérpretes ocasionales: abogados, juristas o docentes interpretan la Constitución sin que la misma conlleve carácter vinculante alguno, sino opiniones que pueden ser controvertidas, incluso con fuerza apasionada, pero respetuosa.

Cuando las pasiones políticas partidísticas se sobreponen a la deliberación y al juicio de elección – exigencias fundamentales para la interpretación constitucional – el resultado es intrascendente y no sirve para contrarrestar los argumentos contrarios que fuesen expresados con objetividad y

¹ Arturo Orgaz, *Introducción Enciclopédica al Derecho y a las Ciencias Sociales*, Córdoba, Editora Assandri, 1959, p. 101.

² Rodolfo Luís Vigo, *Interpretación Constitucional*, Bs. As., Editora Abeledo Perrot, 1993, p.15.

subjetividad, según lo apreciamos, de acuerdo con el criterio de A. Ross, citado por Daniel Mendonça³.

3. TEORÍA Y PRÁCTICA INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA

La teoría de la interpretación constitucional exige, como ya adelantamos, reflexionar con hondura, meditar a los efectos de su posterior aplicación que resulte valiosa y consecuente con los principios que requiere la teoría interpretativa.

También dijimos que el enfoque en el campo de la teoría de la interpretación varía de acuerdo con la opinión de los especialistas o de los estudiosos del tema. En efecto, algunos autores sostienen que sólo sería propio interpretar el texto que resulte confuso o cuya redacción permita interpretaciones duales o anfibológicas, generalmente contradictorias. Sin embargo, también pueden interpretarse estrictamente las disposiciones ceñidas a su texto o restrictivamente reduciendo el alcance del precepto o ampliándolo extensivamente.

No pocas veces los errores en los que se incurre, aplicando desacertadamente principios de la teoría interpretativa de la Constitución, conducen a perturbar el funcionamiento de las instituciones, creando divergencias entre

los órganos del Estado e incluso perturbación para la marcha del país afectado.

Con la irreverencia propia del diletante que carece de base lógica y filosófica, presupuestos ineludibles para opinar y

³ Daniel Mendonça, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Almería, Editora Universidad de Almería, 1997, p. 24-25.

reflexionar con seguridad o certeza sobre el tema elegido, nos atrevemos a proseguir, incluso sin la metodología apropiada, para alcanzar los objetivos deseados.

4. LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA LEY

Es necesario establecer la compatibilidad entre la norma cuya interpretación se desea alcanzar y el enunciado normativo que resulta del proceso interpretativo.

No es fácil mantener separados los justificativos subjetivos del intérprete al realizar una determinada interpretación, donde concurre la retórica axiológica a más de las hipótesis semánticas, las cuales pueden contrariar una interpretación básicamente racional que distorsiona o puede distorsionar el sentido objetivo de la norma analizada.

En efecto, si se atiende al enunciado normativo, desde el punto de vista estrictamente lingüístico, puede inferirse que las interpretaciones pueden ser múltiples e incluso equívocas, dado que una norma no solo manda o autoriza, sino que también informa, define, motiva. Conforme la opinión de Vernengo. “Los enunciados normativos son fichas en variados juegos lingüísticos, sin que podamos postular de antemano ningún parentesco esencial entre las diversas jugadas admisibles”⁴.

En ese mismo nivel de consideración, la interpretación semántica de una norma es diferente cuando la misma desempeña una función *informativa* como se expresa en el Art. 6 de la CP “*la calidad de vida que será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores*

⁴ Roberto J. Vernengo, *La Interpretación Literal de la Ley*, Bs. As., Editora Abeledo Perrot, 1994, p. 13-14.

condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad"; o si la interpretación del enunciado normativo es en función *prescriptiva* tal como se ordena en el Art. 257 de la CP, sobre la obligación de colaborar con la justicia: *"Los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley, y las personas que ejercen funciones al servicio del mismo están obligadas a prestar a la administración de justicia toda la cooperación que ella requiera para el cumplimiento de sus mandatos"*.

En consecuencia, la interpretación literal de la ley tiene dificultades más de las que se supone, en el sentido de entender que la misma se podría alcanzar con el buen conocimiento del lenguaje en el que se redactó y la consulta de un buen diccionario; lo cual no excluye el hecho de que la interpretación de la norma deba comenzar con la interpretación literal de la misma.

Pero, tampoco se puede pretender que la interpretación literal agote la cuestión e incluso ni siquiera aclare la interpretación correcta, teniendo en cuenta las variadas imperfecciones en la redacción de las normas por parte de los autores, quienes usan ambigüedades, equivocidad de los términos relacionantes, denotación vaga o textura abierta, etc. sin excluir la decodificación de la proposición por el receptor o intérprete⁵. Todo ello conduce a interpretaciones equívocas si solamente se recurre a la interpretación literal de la ley y se desatienden las otras vertientes interpretativas que contribuyen a una verdadera y valiosa hermenéutica la cual adquiere un carácter de presupuesto en la interpretación de las normas constitucionales.

⁵ Daniel Mendonça, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Almería, Editora Universidad de Almería, 1997, p. 28.

No obstante en la interpretación constitucional no podría aplicarse plenamente lo que se establece en la generalidad de los códigos y también en nuestro Código Civil, que en su Art. 6, dispone para resolver o interpretar la ley ordinaria lo siguiente: “Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, 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 materiales análogas y, en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho”.

Pero antes de referirnos más concretamente a la interpretación constitucional, haremos alguna reflexión sobre cuestionamientos que se hacen a la propia interpretación de la ley ordinaria en cuanto a la prelación y significativa preponderancia que se atribuye a la solución interpretativa de la norma por “las palabras de la ley”⁶.

Es propio presuponer que la interpretación lingüística o gramatical de un texto se dilucida atendiendo al significado de los elementos que lo componen: las palabras. Pero dichos

elementos no son fácilmente discernibles, dado que los términos considerados simples han sido muchas veces formulados gracias a la acumulación de otros elementos que hacen a la morfología gramatical. También se puede destacar que en una unidad conceptual mínima, una raíz por ejemplo, no tiene forma superficial admitida como pasa en los lenguajes unidos o aglutinantes.

⁶ Roberto J. Vernengo, *La Interpretación Literal de la Ley*, Bs. As., Editora Abeledo Perrot, 1994, p.19.

Estas consideraciones, en cuanto a la interpretación literal en el lenguaje normativo no definen los procedimientos que muestren claramente su alcance o interpretación, para lo que los estudiosos proponen como “definición ostensiva”⁷. Así por ejemplo cuando el Art. 46 de la Constitución paraguaya dispone en su párrafo primero: “*Todos los habitantes de la república son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien*”.

El término *habitante*, para tomar solamente una de las palabras centrales de esta disposición, muestra la imprecisión de su alcance. Puede que el texto de alguna ley reglamentaria sea suficiente para poner en claro el sentido y alcance del vocablo, para quien o quienes no tengan idea de su real significado, expresado en la disposición normativa de status constitucional.

En ese orden de cosas, puede entenderse por *habitante*: a) los ciudadanos y domiciliados, b) los ciudadanos transeúntes, c) los extranjeros domiciliados y d) los extranjeros transeúntes. La clase de los *habitantes* a quienes protegen la igualdad del Art. 46 de la Constitución paraguaya está constituida por el producto resultante de la intersección de las cuatro clases mencionadas o solamente se refiere a una o algunas de ellas?

Lo expuesto, es apenas una muestra de cuánto puede llamar a confusión o variada interpretación la apreciación estrictamente gramatical de un texto normativo; en otros términos, el ámbito de validez de la norma que analizamos, porque es obvio que la intención de los constituyentes de haber analizado el alcance del precepto citado, no pudo, sin embargo,

⁷ Roberto J. Vernengo, *La Interpretación Literal de la Ley*, Bs. As., Editora Abeledo Perrot, 1994, p. 23/25

haber sido integralmente el que se manifiesta en el tenor actual del artículo. Por ello, es necesario dar un paso más todavía, en la interpretación literal del enunciado que nos ocupa, lo que exige, además de la investigación sistemática, la previa interpretación, sensata, cabal, juiciosa, atinada, mesurada, de su morfología gramatical. Similares reflexiones pueden hacerse con respecto al alcance y ámbito de validez de los términos de la igualdad *en dignidad y derecho* que se aseguran a los habitantes. Mucho podría comentarse acerca de ambos términos, los cuales pueden dar lugar también a interpretaciones antinómicas o variadas respecto de su verdadero alcance, según sean las circunstancias que exijan, tanto su conceptualización, como su espacio de protección.

5. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN

En la teoría de la interpretación cabe aclarar que la interpretación operativa, denominada así a los actos de interpretación ejercidos por los jueces constitucionales que tienen la competencia para establecer una decisión legal vinculante, limitada a los litis consortes, de acuerdo con lo establecido, con buen criterio, en nuestra Constitución, al limitar sólo sus efectos con alcance “inter partes”, tanto en las acciones orientadas a determinar el significado o alcance de la norma de un modo preciso como para decidir la cuestión y “proveer una justificación para la decisión adoptada, sobre la base de una interpretación del significado de la norma aplicada”⁸.

Muchos autores sostienen que la teoría de la interpretación marcha con retraso evidente en relación con la evolución o revolución de los procesos actuales de cambio jurídico. En ese sentido, numerosas cuestiones no resueltas en el

⁸ Enrique Zuleta Puceiro, *Interpretación de la Ley Casos y Materiales para su estudio*, Bs. As., Editora La Ley, 2003, p. XI.

debate entre posiciones opuestas, subyacen en las presuposiciones y descripciones de lo jurídico, rebasadas por la realidad de lo que el derecho es en la sociedad actual.

Las nuevas tendencias tratan sobre todo discusiones de política judicial, legislativa y polémicas, etc., que ocupan un lugar importante en el interés de la opinión pública, la cual se manifiesta, no pocas veces, sin base académica ni fundamentos jurídicos suficientes o válidos⁹.

La declinación del derecho escrito mediante la primacía del derecho judicial y sus consecuencias vinculantes pone a los órganos jurisdiccionales y al proceso del mismo en el epicentro del debate público.

6. LA TEORÍA DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La teoría del uso alternativo del derecho se presenta con características propias en el tema de la interpretación constitucional. Es menester señalar el alcance conceptual del “uso alternativo del derecho” sobre el cual aún cuando existen apreciaciones diferentes o disímiles, sin embargo se coincide en el sentido de atribuir a una norma determinada, o en el caso específico de la interpretación, connotaciones encontradas o dispares, de acuerdo con intereses ideológicos, políticos y/o políticos partidarios.

También es menester diferenciar lo que los autores, y en especial Sagüés, distinguen entre “aéreas seguras y aéreas conflictivas en materia de interpretación constitucional”. La

⁹ Enrique Zuleta Puceiro, *Interpretación de la Ley Casos y Materiales para su estudio*, Bs. As., Editora La Ley, 2003, pp. XIII y 3.

primera, según el autor citado, es la que corresponde a la interpretación sistemática, dado que la Ley Suprema debe ser interpretada como un todo orgánico que exige la interpretación de cada artículo en coordinación y concordancia con todos los demás, que guardan relación con el artículo que es objeto de estudio. El mismo autor destaca otra regla importante referida a la interpretación equilibrada de la Constitución, destacando “que no debe reducirse ni magnificarse la entidad de ningún artículo frente a los otros”; siempre orientada para obtener un resultado válido y útil de la Ley Suprema¹⁰.

Contrariamente a esta zona segura de interpretación se encuentran la literal y la histórica que se orientan a la lectura “gramatical de la Constitución y de la intención del constituyente”, respectivamente.

7. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DE LA DOCTRINA DEL “USO ALTERNATIVO DEL DERECHO”

Esta doctrina ofrece, como ya lo expresamos, sesgo o raigambre ideológica y política en su vertiente material estricta como apunta acertadamente Mario Justo López, o también político partidista¹¹. En el sentido ideológico se aprecia la aplicación de la doctrina que examinamos en acontecimientos históricos constitucionales importantes y cimeros, tales como la manipulación del nazismo con la Constitución de Weimar o con el Estatuto Albertino por Mussolini. En ambos casos se interpretaron las constituciones mencionadas en favor de la

¹⁰ Néstor Pedro Sagüés, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, Bs. As., Editora Depalma, 1998, p. 83.

¹¹ Mario Justo López, *Introducción a los Estudios Políticos, Vol. 1 Teoría Política*, Bs. As., Editora Depalma, 1983, p. 32.

orientación nazista, dentro de un proceso de mutación constitucional perversa o desconstitucionalización.

Sagüés sostiene que el Juez constitucional debe hacer primar los principios y valores de lo ideológico en su sentido más valioso al punto de considerar que: “la custodia de la supremacía ideológica de la Constitución es tal vez más trascendente que la defensa de su supremacía normativa, ya que cada cláusula o precepto de la Constitución puede ser entendida de modo diferente, según la clave ideológica con que se maneje”¹². Supremacía ideológica con la que se enfrenta el Juez constitucional al tener que resolver de modo definitivo conflictos entre los valores y los derechos constitucionales en pugna, por ejemplo: entre “la libertad y el poder” o entre diferentes derechos como, por ejemplo, el “derecho de la intimidad” vs. la “libertad de expresión”.

En cuanto a la interpretación política, el Juez constitucional cuya sentencia interpretativa firme tiene alcance vinculatorio y connotación de poder político, pero no debe confundirse como interpretación de carácter político partidista. En efecto, la interpretación en el ámbito del poder político debe hacerse únicamente en su sentido material, en razón de su especial contenido, que procede de la faz arquitectónica o de ejercicio del poder de la política dinámica. La otra interpretación, la política partidista soterra los principios ideológicos válidos y los sustituye por una interpretación interesada, desprovista de los valores y principios que exige toda interpretación independiente operativa, ajena de intereses o presiones partidistas.

¹² Néstor Pedro Sagüés, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, Bs. As., Editora Depalma, 1998, p. 89.

Sagüés trae varios modelos conceptuales de constitución que los enunciamos brevemente.

Distingue la doctrina u orientación interpretativa de la: a) “Constitución Estatua”, que establece las ideas del constituyente histórico de modo que se cumpla exactamente con las intenciones del mismo o sea, la sujeción a los deseos del constituyente; siempre que éste no proceda de intereses políticos partidistas que soslayan o subvierten su verdadero y real alcance.

La interpretación de la: b) “Constitución Testamento” asegura que el sentido o interpretación de la misma no cambia nunca, aun cuando ella responda a épocas y criterios muy pretéritos. Esta “Constitución Testamento” está íntimamente ligada al concepto de interpretación de la “Constitución Estatua”.

Por último, la doctrina de la: c) “Constitución Viviente”. Desde esta óptica la interpretación de la Constitución es “lo que el gobierno y el pueblo reconocen y respetan como tal; lo que piensan que es; más aún, no es lo que ha sido, ni lo que es hoy; siempre se está convirtiendo en algo diferente, y tanto las críticas adversas, así como aquellas que la elogian, al igual que los actos realizados bajo su imperio, ayudan a convertirla en lo que será mañana”¹³.

De aceptarse esta tesis, se debe admitir la recreación constante de la Constitución a través de conductas y apreciación de valores e ideologías que transforman continuamente su contenido. Es conveniente acotar que ello no significa un cambio diario o permanente de la Constitución, pero si admitir

¹³ Néstor Pedro Sagüés, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, Bs. As., Editora Depalma, 1998, p. 31.

que la obra del constituyente histórico se recrea a través de los intérpretes constitucionales naturales, aclarando las contradicciones de la Ley Suprema o llenando los vacíos de la misma.

8. VACÍOS CONSTITUCIONALES, POSICIONES Y CONTROVERSIAS AL RESPECTO

Un caso que podría considerarse como un vacío de la Constitución vigente, que ya empieza a discutirse, es lo relativo al contenido y alcance del Art. 229 que en la parte pertinente dice: *“El Vicepresidente sólo podrá ser electo Presidente para el período posterior, si hubiese cesado en su cargo seis meses antes de los comicios generales”*. La controversia plantea si lo establecido en el Art. 229 de la CP debe aplicarse también al Presidente en ejercicio, en la hipótesis que estuviera habilitado constitucionalmente para candidatarse, por uno u otro de los procedimientos establecidos en los Art. 289 y 290 de la Ley Suprema.

Pueden ofrecerse argumentos en favor de una u otra hipótesis interpretativa, los cuales podrían expresarse brevemente en los siguientes términos: a) la disposición sólo se refiere al Vicepresidente y no podría extenderse su aplicación sino al caso previsto expresamente al respecto en el Art. 229 de la CP y b) que implícita o extensivamente alcanza también al Presidente de la República, porque sino se crearía una lesión al principio de la igualdad, etc.

Otra cuestión que podría también considerarse como un vacío constitucional, que ya crea posiciones antinómicas, es la que suscita la posibilidad de que el Presidente en ejercicio se postule como Senador de la Nación. Sobre el punto hay quienes sostienen que el Presidente “no puede candidatarse para ningún

cargo”, otros menos severos, dicen “si puede hacerlo previa renuncia al Ejecutivo 90 días antes de los comicios generales” y otros que, “indefectiblemente, tiene que acceder al cargo de Senador Vitalicio”, lo que impide postularse como candidato a Senador. Los que asumen una posición distinta sobre este último cuestionamiento, sostienen que no existe en la Constitución paraguaya disposición alguna que inhabilite al Presidente en ejercicio candidatarse como Senador de la Nación; que el cargo de Senador Vitalicio es honorífico y optativo, dado que el Art. 189 de la CP no dispone imperativamente la aceptación de esa distinción; que el Senador vitalicio no forma parte de la composición de 45 miembros de los Senadores titulares que establece el Art. 223 de la CP, ni integra el quórum, ni tiene voto (Art. 189 de la CP) En resumen, no participa del funcionamiento ni de la voluntad de la Cámara de Senadores, lo que ratifica la mera condición honorífica del cargo, que se asemeja más al de consejero “Ad hoc”.

Aclaremos que de momento no hemos estudiado ni parado mientes en éstas controversias, no porque se hubiera perdido interés en hacerlo, sino para evitar que voces mal intencionadas pretendan de nuevo criticar falazmente las opiniones emitidas, exentas de cualquier otro interés que no sea el de exponer lo que se considera al interpretar la Constitución, sin fanatismos ni prejuicios políticos partidistas. Lejos de cualquier propósito o interés personal o de favorecer o perjudicar a los protagonistas en disputa, sino analizar asépticamente lo que se interpreta dispone la Ley Suprema. La solución de cualquiera de estas controversias que puedan llegar a promoverse, en sede de la Justicia Electoral o Jurisdiccional, será la Corte Suprema de Justicia la que decidirá sobre la interpretación que habrá aplicarse respecto de las controversias que se susciten al respecto.

No obstante, no se debiera estimar que todas las interpretaciones provenientes del ámbito jurisdiccional puedan considerarse estrictamente válidas, para determinar incluso una modificación del precepto constitucional establecido, dado que dicha interpretación puede ser espuria o verdadera, según responda o no a los criterios más rigurosos de la lógica jurídica y de las reglas de interpretación correspondientes. Para realizar su tarea significativa los intérpretes naturales deben recurrir a un decidido activismo, que logre el producto interpretativo, reuniendo, armonizando o balanceando los valores en juego en el tema sometido a su decisión.

9. INTERPRETACIÓN PRÁCTICA DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Es dable también señalar que la interpretación del juez constitucional conlleva un sentido de interpretación práctica, diferente de la investigación o exégesis propia de los ocasionales: académicos, estudiosos o profesores que investigan el derecho constitucional a través de una óptica diferente, que responde básicamente a su opinión comprometida con su leal saber y entender. En tanto que los jueces constitucionales tienen como objetivo fundamental la solución del problema que tratan, bajo el supuesto del conocimiento, independencia y cultura necesarios para desempeñar el rol que les corresponda en el ámbito de su especialidad.

En resumen, la interpretación práctica supone que la misma resulte útil para dar soluciones prudentes, sensatas y provechosas para la sociedad y el sistema político correspondiente. En este aspecto, también señalan los estudiosos que los jueces constitucionales deben tratar de resolver adecuadamente los problemas y no agudizarlos o dejarlos incon-

clusos. En síntesis deben armonizar y no contraponer a los órganos del Estado.

10. ADENDA

11. ÓRGANOS: LEGISLATIVO, EJECUTIVO Y JUDICIAL Y NO PODERES

Aclaremos que, como ocurren con muchos conceptos en el estricto ámbito del derecho político y constitucional, la connotación equivocada que usualmente se emplea, como el caso a comentar, que califica como **Poderes** al Legislativo, Ejecutivo y Judicial, siendo como son, **Órganos** a los cuales el Estado, que tiene el monopolio exclusivo del poder político y es “el titular abstracto del poder de dominación suprema” que comprende, tanto el poder constituyente originario como los derivados¹⁴.

A cada uno de estos órganos que componen el Gobierno, lo acertado es que el Estado transfiere la cuota de poder político para que las autoridades correspondientes a cada uno de ellos, puedan realizar sus funciones propias de crear, aplicar e interpretar la ley. No resistimos el deseo de transcribir la reflexión de Riera Hunter, otro de los pocos iusfilosofos de nuestro país, quien expresa lo siguiente: “...no existe una división real de Poderes puesto que el Poder del Estado es uno; lo que existe es una división, separación o reparto de funciones que son ejercidas por órganos diferenciados (Legislativo, Ejecutivo, Judicial)”¹⁵. Quizá en alguna oportunidad se cambie por la conceptualización precisa reconocida doctrinariamente, pero

¹⁴ Carlos S. Fayt, *Derecho Político Tomo I*, Bs. As., Editora Gherzi, 1982, p. 238.

¹⁵ Marcos Riera Hunter, *La Independencia del Poder Judicial, Derecho Paraguayo y Comparado*, Asunción, Editora La Ley Paraguay S.A., 1991, p. 18.

contrariamente mantenida en la práctica y uso constitucional y se exprese el verdadero concepto y alcance que corresponde a la cuestión mencionada. Pedimos disculpas por esta digresión.

12. ART. 37 VS. ART. 129 – ¿CONTRADICCIÓN IDEOLÓGICA EN DICHS ARTÍCULOS DE LA CP?

Retomando el tema monográfico, los jueces constitucionales enfrentan problemas concretos cuando en la propia Constitución existen contradicciones normativas o ideológicas que deben tratar de compatibilizarlas y armonizarlas. Tomamos por ejemplo algunas normas constitucionales que podrían aparecer como contradictorias ideológicamente, nos referimos concretamente a una de ellas; el Art. 37 de la Constitución paraguaya que reconoce la objeción de conciencia y dispone textualmente: *“Se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas, para los casos en que esta Constitución o la ley la admitan”*. Este precepto podría oponerse al Art. 129 de la CP, que establece el servicio militar obligatorio y en la parte pertinente, donde podría surgir la contradicción, expresa textualmente: *“Todo paraguayo tiene la obligación de prepararse y de prestar su concurso para la defensa armada de la Patria”*.

Considerando, sólo para la reflexión, el caso hipotético que ocurra un conflicto armado internacional y no exista una ley que limite o establezca exigencias muy severas para habilitar la objeción de conciencia a los interesados en la hipótesis considerada, cuál sería la solución si se desatara ese conflicto y una buena parte de los ciudadanos invocaran la objeción de conciencia para no alistarse en el ejército? En este caso, los jueces constitucionales tendrán que resolver, atendiendo a valores y principios establecidos, también con carácter ideológico, en distintos preceptos de la Constitución y recrear la

disposición compatible con los valores máximos que se quisieran preservar.

13. CONTROVERSIAS Y POSICIONES ANTINÓMICAS ENTRE LOS ARTÍCULOS 252 Y 261 DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA

Otra situación que suscitó y suscita una contradicción interpretativa, en distintos ámbitos en los que se aventó el tema – tales como: la Corte Suprema; Poder Ejecutivo; la Asociación de Magistrados; los miembros de la Cámara de Senadores; etc. y en diversas opiniones de importantes exponentes del Consejo de la Magistratura y del Congreso – es la atinente a los Art. 252 y 261 de la Constitución paraguaya.

Demás está señalar que sería larguísimo realizar siquiera una sucinta reseña de todas estas manifestaciones, extremadamente contradictorias acerca de la interpretación y alcance de los Art. 252 y 261 de la Constitución paraguaya. Se hace innecesario comentar sus contenidos por la divulgación, el conocimiento y alcance atribuidos por cada uno de los protagonistas de los distintos ámbitos mencionados y profusamente difundidos en los medios de comunicación social.

Antes de intentar un escueto resumen sobre esta cuestión tan fundamental, debemos aclarar el comportamiento personal del autor de esta monografía, que siempre admitió sus equivocaciones – producto del discurrir posterior – en el mismo nivel donde se produjeron o en un ámbito de divulgación todavía más importante de donde se originó el equívoco personal incurrido.

14. MOTIVO DE LA INCORRECTA INCLUSIÓN DEL ART. 19 EN EL PROYECTO DE LEY DE: “LA ORGANIZACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”

Cuando ejercimos el cargo de Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Senadores y asumimos la redacción del proyecto de ley, sobre “La Organización de la Corte Suprema de Justicia” que se sancionó y promulgó bajo la ley N° 609/95. En esa oportunidad estimamos, equivocadamente, que los Ministros de la Corte Suprema estaban sujetos a lo establecido en el Art. 252 de la Constitución paraguaya e incluimos, expresamente, el Art. 19 en el proyecto de ley para que no ofreciera dudas la primacía del 252 sobre 261 de la Constitución paraguaya.

15. RECTIFICACIÓN DEL EQUÍVOCO

Posteriormente, gracias a un ulterior análisis juicioso y sensato de los artículos citados, en aparente contradicción, cambiamos de opinión ayudados por las valiosas reflexiones de eminentes constitucionalistas, tales como: el Prof. y ex Senador argentino Jorge Reinaldo A. Vanossis; Dr¹⁶ Jerónimo Irala Burgos, esclarecido Prof. de acrisolada ética y ex Miembro de la Corte Suprema; el iusfilosofo y constitucionalista Prof. Dr. Juan Carlos Mendonça¹⁷. Además de otras personas, tales como el ex convencional y entonces Presidente del Consejo de la Magistratura Dr. Federico Callizo Nicora¹⁸ el analista Prof.

¹⁶ Nota de junio de 1998.

¹⁷ Juan Carlos Mendonça, manifestó que fallo de la Corte se ajusta a derecho, La Nación, Mayo, 8, 2006 p. 5.

¹⁸ Federico Callizo Nicora, *Según Callizo, deben ser inamovibles*, La Nación, Mayo, 2000, p. 6.

Carlos Martini¹⁹ incluso las expresiones durante la homilía del 7 de mayo de 2000, del esclarecido prelado Mons. Claudio Giménez²⁰ quien también se manifestó en favor de la aplicación del Art. 261, que asegura la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema, agregando textualmente: “eso nos demuestra que poco a poco los ciudadanos estamos aprendiendo a manejarnos dentro de la Constitución”.

Creemos importante señalar que el cambio de opinión que asumimos – después de una mejor y más atinada reflexión acerca de ambos artículos de la Constitución, a través de la interpretación sistemática de la misma – fue manifestada públicamente en artículos periodísticos; en el ámbito del Senado y en la conferencia pronunciada sobre la “Independencia del Poder Judicial: Aspectos constitucionales”, a pedido de la Asociación de Magistrados Judiciales, llevado a cabo en el Salón Auditorio del Palacio de Justicia. Es también necesario expresar que algunas manifestaciones públicas personales sobre el punto, fueron anteriores a las dichas por los caracterizados constitucionalistas y otros, quienes reforzaron la emitida por un modesto, pero entusiasta lector y docente que fue de la Cátedra de Derecho Constitucional en las Facultades de la UNA y la UCA y de Derecho Político en la última por concurso desde 1983 hasta ahora.

En resumen, la opinión emitida por cada uno de los citados, por sus conocimientos o posición relevante, concordaron en establecer que la aplicación del Art. 261 de la Constitución constituye el principio fundamental que garantiza la independencia del Poder Judicial, mediante la inamovilidad

¹⁹ Carlos Martini, Termina nuevo intento de subordinación de la justicia, ABC Color, Mayo, 7, 2000, p. 3.

²⁰ Mons. Claudio Giménez, *Celebran salida de crisis de la Corte*, Última Hora, Mayo, 8, 2000, p. 3.

de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Los Ministros que resolvieron a favor de la interpretación correcta del Art. 261 de la Constitución paraguaya, fueron sometidos a Juicio Político, entre otros, por “mal desempeño de sus funciones”. Lo que a nuestro criterio fue causal desacertada e improcedente.

Esta personal aclaración no excluye cualquier otro motivo que pudiera ser fundamento válido del Juicio político incoado, sobre el cual no hicimos análisis alguno que nos permitiera expresar una opinión concreta sobre el particular.

Tampoco disculpa la ingenuidad de muchos de los convencionales de 1991-1992 quienes creímos, que a través de la nueva metodología para la designación de los Ministros de la Corte se eliminaría el engañoso y negativo sistema establecido en la Constitución paraguaya de 1967 en la que, mediante disposiciones contenidas en su parte orgánica, se eliminaba la independencia del Poder Judicial y se establecía el sometimiento “Constitucional” al Poder Ejecutivo.

16. DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA DE 1967 QUE ESTABLECÍAN LA DEPENDENCIA ABSOLUTA DEL PODER JUDICIAL AL PODER EJECUTIVO

La Constitución de 1967, establecía en el Art. 196 que la duración del mandato de todos los miembros de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales, Jueces y demás Magistrados, fuese por un periodo de cinco años, *coincidentes con el Presidencial*. Su concordante, el Art. 180 inc. 8, fijaba las atribuciones del Presidente de la República, para nombrar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia con dictamen del órgano corporativo, entonces vigente, el Consejo de Estado – constituido la mayor parte de sus miembros por los Ministros

del Poder Ejecutivo y la mayoría de los demás designados por el mismo Poder – y con acuerdo del Senado. Para deshacer el perverso sistema existente se creó como panacea, entre otras medidas, el Consejo de la Magistratura.

17. INSPIRACIÓN IDEAL Y FRACASO FÁCTICO DE INSTITUCIONES COMO EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La idealista intención de los convencionales de 1991/92 de establecer un sistema de triple participación que permitiese, no sólo garantizar la independencia del Poder Judicial, sino también la inamovilidad de los Magistrados, como presupuesto de la independencia institucional objetiva y especialmente la funcional subjetiva de aquel Poder, se vio frustrada por prácticas contrarias a los ideales que inspiraron la creación del Consejo de la Magistratura. Sin que ello excluya la responsabilidad de las actitudes asumidas por otros protagonistas, en el quehacer propio de la designación de los Ministros de la Corte; v.g. Partidos Políticos, Poder Ejecutivo, Cámara de Senadores, que nos confabulamos y se confabularon, cada uno en su momento y a su turno, para elegir por cuoteos políticos a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

18. ¿CUOTEOS POLÍTICOS, DECISIÓN OPORTUNA Y REALISTA?

Este comportamiento que no sería del todo reprochable o injustificado, sino quizá realista, y hasta conveniente al inicio del proceso de transición hacia la democracia, por la necesidad del cambio de la composición de tres Ministros, y aplicación del nuevo sistema de designación con nueve miembros. Así se hizo en la primera instalación de los primeros nueve Ministros de la Corte Suprema de Justicia, integrados con Magistrados de alta

calidad profesional y ética cuyos nombres no hesito en mencionarlos, tal los casos de los doctores profesores Jerónimo Irala Burgos; Oscar Paciello; Enrique Sosa Elizeche; Raúl Sapena Brugada; Elixeno Ayala; e incluso los otros también aceptables por merecimientos particulares.

La remoción de varios Ministros por el procedimiento del Juicio Político – excluyendo a los que por decoro personal renunciaron para no ser sometidos a una sentencia injusta anticipada – no fue la fundamentación del proceso por esta causal específica, reiteramos, ni procedente ni valida, sino fruto de un acuerdo político entre el Poder Ejecutivo, Partidos políticos y Senado (oficialistas y opositores). Los reemplazantes, también por cuoteo político, algunos de ellos se vieron compelidos, para acceder al cargo, manifestar en Comisiones su adhesión al Art. 252 de la CP, y no aplicación del Art. 261, alterando así radicalmente la independencia del Poder Judicial, por lo menos en teoría, respecto de los Miembros de la Corte Suprema de Justicia.

19. LABOR POLÉMICA INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

La interpretación de cualquier Constitución es de suyo tarea difícil, conflictiva, polémica que requiere conocimientos de juristas especializados en lógica jurídica y filosofía del derecho, los cuales se muestran en general con poca generosidad.

En cuanto a nuestro país, además del inconveniente apuntado, donde todavía se observa menos generosidad, concurren, para hacer más difícil, conflictiva y polémica la labor interpretativa, tanto por los intérpretes naturales, como por los ocasionales y, más todavía cuando dentro de éste último nivel en

la tarea interpretativa opinan periodistas y abogados diletantes, como quien se ocupa de esta monografía, sin la especialización exigente requerida.

La interpretación se hace aún más polémica si agregamos que muchos de sus intérpretes, de la categoría que fuesen, excluyen las consideraciones doctrinarias de una u otra posición y solamente surten sus afirmaciones, en fuentes extrañas a las técnicas interpretativas, ora traspasadas aquellas de fanatismos, ora de intereses político – partidarios.

20. REFLEXIONES FINALES

Con el propósito de hacer una limitada y atrevida reflexión sobre los conflictos que en general implica la interpretación del derecho y, en especial, de la Constitución, entresacamos algunas de las reflexiones contenidas en la obra “La interpretación en la era del neoconstitucionalismo”, que contiene estudios realizados por destacados especialistas, juristas extranjeros, en el tema, bajo la coordinación de Juan Cianciardo²¹.

Uno de los colaboradores de la mencionada obra, Fernando M. Toller formula una serie de reflexiones que expresamos con nuestras propias palabras, compendiadas, quizá groseramente, sin el rigor metodológico y conocimiento del autor mencionado de la manera siguiente. La interpretación constitucional y el control de constitucionalidad es el epicentro de los desafíos del derecho constitucional y la decisión sobre el contenido de los derechos que corresponda se sitúen en “la cúspide de los problemas de esta dinámica aérea del Derecho”, por ello asigna al órgano superior encargado de la interpretación

²¹ Juan Cianciardo, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Bs. As., Editora Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

última, “definir el contenido e interrelación de los derechos fundamentales y libertades públicas”, la mayor relevancia que pueda pedirse en el ámbito interpretativo.

Siguiendo la reflexión del autor citado, reproducimos textualmente lo siguiente: “Así las cosas, puede decirse que la interpretación constitucional y el control de razonabilidad, en especial sobre los derechos y libertades, son en buena medida *el drama y la gloria del derecho constitucional*. El drama, porque la tarea es compleja y ciclópea, y se corren serios riesgos de activismo judicial a ultranza, de sustituir las exigencias constitucionales y del bien común por el personal criterio del decisor.” Para destacar la “*gloria del derecho constitucional*” recoge la definición del Juez Marshall, quien señaló según la referencia de Toller: “es esencial a una Constitución el ser superior a las leyes, y esta interpretación y control constitucionales garantizan su supremacía”.

En cuanto a los conflictos entre “derechos constitucionales”, menciona los dos métodos empleados: el primero, que establece una jerarquía entre los mismos, y el segundo, que decide mediante el “balanceo” o ponderación de uno de ellos sobre el otro. Cualesquiera de esos métodos exige, en el litigio que se suscite, el sacrificio de uno de ellos.

Con relación a lo que Toller denomina “la lógica del sacrificio” a través de cualesquiera de los dos métodos mencionados (jerarquización o balanceo) cita una afirmación del Tribunal Constitucional de España: “Cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, se impone revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por los órganos judiciales para averiguar si sus

resoluciones *sacrifican debida o indebidamente uno de ellos en aras del otro*, a la luz exclusiva de la Constitución”²².

Antes de finalizar esta monografía recurrimos a la reflexión de eminentes juristas, entre los que se destaca la del personal amigo Juan Carlos Mendonça, uno de los iusfilosofos más lúcidos e ilustrados de nuestro país, quien en una de sus obras: *Crítica al Nacimiento de una Constitución*, destaca las controversias interpretativas que se darían en la Constitución actual.

Sus reflexiones premonitorias, contenidas en su referido libro, editado hace siete años, muestra de nuevo la hondura y proyección de su juicio crítico, al adelantar los motivos que determinarían – como los hechos ulteriores lo demuestran – “las interpretaciones de dudosa solvencia científica y de dudosa honestidad intelectual”, de la Constitución vigente. El mismo autor destaca que nuestra Constitución “facilita la controversia interpretativa, por ser lingüísticamente deficiente, por estar afectada de graves deficiencias de técnica legislativa y por causa de la improvisación de sus actores al tratar instituciones extremadamente delicadas”.

Exalta la inspiración democrática de la Constitución vigente y excusa parte de sus falencias en diversos hechos, tales como: “por la prisa en su elaboración y la falta de antecedentes idóneos sobre las discusiones que se llevaron a cabo alrededor de sus normas”²³. De nuestra parte decimos como agregado a

²²Juan Cianciardo et al, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Bs. As., Editora Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006 ps. 37 y 140.

²³ Juan Carlos Mendonça, *Crítica al Nacimiento de una Constitución*, Asunción, Editora Litocolor S.R.L., 2000, p.138.

las disculpas de las falencias de la Constitución vigente, el extraordinario número de convencionales constituyentes, la mayoría de los cuales con méritos exclusivamente políticos, e intervenciones, muchas veces largas e inoportunas, las cuales soslayaban y malversaban la consideración y profundización de temas de real importancia.

21. INCORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA DENOMINACIÓN ATRIBUIDA A LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA DE 1991-1992

Podemos coronar comentando la improvisación de muchos preceptos y conceptos contenidos de la Constitución, que ha sido y será campo fértil para las interpretaciones polémicas de la Ley Suprema, el propio título con que se la rotuló: Constitución “*Nacional*”, denominación absolutamente incorrecta, cuya paternidad no sabemos a ciencia cierta a quién le corresponde; salvo excusar a quienes para nada tuvimos intervención en ese garrafal error, que no fue considerado en la Comisión Redactora ni en el Plenario, obviamente, por cuanto que no podía corresponder otra denominación que la de *Constitución de la República del Paraguay* o más escuetamente, Constitución paraguaya, tal como se la denominó en todos los precedentes históricos: Constitución de 1870; Constitución del 40, (mejor calificación: “Carta Política del 40”) y la Constitución de 1967.

Al respecto, es importante acotar que un extranjero y distinguido legislador amigo, en una reunión del Parlamento Latinoamericano, manifestó que desconocía que el Paraguay tuviera una forma de estado federal y le contestamos que no, que por el contrario, era unitaria. Al advertir su extrañeza le interrogamos si ella obedecía el título de Constitución “Nacional”, lo que cualquier conocedor de principios básicos del

Derecho Político sabe que esa denominación responde a los países que tienen una forma de estado federal, con lo que se posibilita distinguir las Constituciones Estaduales, Departamentales o Provinciales, de la Nacional que tiene supremacía sobre las otras.

Quizá algún otro curioso, conocedor de nuestra organización de Estado unitario y del impropio título de Constitución “Nacional” no haga comentario alguno, sino se reserve su opinión sobre la poca versación y conocimiento de ideas básicas del Derecho Político, disciplina que se considera, en muchos aspectos, fuente doctrinaria y substantiva del Derecho Constitucional.

Deseamos concluir reiterando las excusas iniciales por incursionar en un tema que exige una formación importante en lógica jurídica y filosofía del derecho, de la que carecemos. Sin embargo, no fue impedimento para nuestra imprudente decisión de abordar el tema, que es producto de nuestra exclusiva responsabilidad y reflexión, sin comprometer el consejo ni auxilio de grandes amigos de incuestionables conocimientos y lucidez como los Mendonça y Mendonça Bonnet.

A propósito, uno de ellos, Daniel Mendonça modesto como todos los grandes, profesor de lógica jurídica y filosofía del derecho en el Paraguay y Europa y autor lúcido de más de una decena de libros de importancia nacional e internacional dice en su obra ya mencionada acerca del “objetivismo y subjetivismo”, que encarnan dos interpretaciones diferentes respecto de cualquier proposición, aún con mayor relieve, suponemos, si la misma tiene carácter constitucional.

Mendonça ejemplifica así su reflexión: “Virgilio oyó cantar a Carreras mal” así “el enunciado admite dos interpretaciones bien distintas”

- 1) Virgilio oyó mal cantar a Carreras
- 2) Virgilio oyó cantar mal a Carreras

La decodificación de las proposiciones lleva a la interpretación distinta de conocer el alcance de la cuestión si es “*que dijo el hablante*” tendencia objetiva que encierra dos cosas diferentes o “*que pretendió decir el hablante*” tendencia subjetiva que puede apreciar una u otra, pero no las dos²⁴.

Al terminar, reiteramos otro motivo de disculpas porque no hemos podido – por impedimento del tiempo limite – establecer las conclusiones propias de esta monografía, lo que quizá contribuya a moderar las críticas de estudiosos conocedores del tema, incluso diletantes, con mejores títulos que el autor de la monografía y de las conclusiones omitidas.

²⁴ Daniel Mendonça, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Almería, Editora Universidad de Almería, 1997, p. 34.

BIBLIOGRAFÍA

CALLIZO NICORA, Federico, *Según Callizo, deben ser inamovibles*, La Nación, Mayo, 2000, p. 6.

CIANCIARDO, Juan et al, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Bs. As., Editora Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, ps. 37 y 140.

CIANCIARDO, Juan, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Bs. As., Editora Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

FAYT, Carlos S., *Derecho Político Tomo I*, Bs. As., Editora Ghersi, 1982, p. 238.

GIMÉNEZ, CLAUDIO (Mons), *Celebran salida de crisis de la Corte*, Última Hora, Mayo, 8, 2000, p. 3.

La Nación, Mayo, 8, Mendonça, Juan Carlos 2006, p. 5.

LÓPEZ, Mario Justo, *Introducción a los Estudios Políticos, Vol. 1 Teoría Política*, Bs. As., Editora Depalma, 1983, p. 32.

MARTINI, Carlos, *Termina nuevo intento de subordinación de la justicia*, ABC Color, Mayo, 7, 2000 p. 3.

MENDONÇA, Daniel, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Almería, Editora Universidad de Almería, 1997, pp. 24, 25, 28, 34.

MENDONÇA, Juan Carlos, *Critica al Nacimiento de una Constitución*, Asunción, Editora Litocolor S.R.L., 2000 p.138 Nota de junio de 1998.

ORGAZ, Arturo, *Introducción Enciclopédica al Derecho y a las Ciencias Sociales*, Córdoba, Editora Assandri, 1959, p. 101.

RIERA HUNTER, Marcos, *La Independencia del Poder Judicial, Derecho Paraguayo y Comparado*, Asunción, Editora La Ley Paraguay S.A., 1991, p. 18.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, Bs. As., Editora Depalma, 1998, p. 31, 83, 89.

VERNENGO, Roberto J., *La Interpretación Literal de la Ley*, Bs. As., Editora Abeledo Perrot, 1994, pp.13, 14, 19, 23-25.

VIGO, Rodolfo Luís, *Interpretación Constitucional*, Bs. As., Editora Abeledo Perrot, 1993, p.15.

ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Interpretación de la Ley Casos y Materiales para su estudio*, Bs. As., Editora La Ley, 2003, p. XI, XIII y 3.

OTRAS OBRAS CONSULTADAS

BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional del Poder*, Tomo I y II, Bs. As., Editorial Ediar, 1967.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Político*, Madrid – Bs. As. – México, Editorial Aguilar, 1969.

BISCARETTI, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1965.

CARTER, Lief H., *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Bs. As., Editorial Abeledo–Perrot, 1992.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1984.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., Editorial Depalma, 1993.

HERRERA, Enrique, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Bs. As., Editorial Astrea, 2006.

LEAL, Antonio, *El Crepúsculo de la política*, Santiago, Editorial LOM Ediciones, 1996.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Tomo I, II y III, Bs. As., Editorial Abeledo-Perrot, 1970.

LOEWENSTEIN, Kart, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1986.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *Principios de Ciencia Política*, Tomo I, II y III, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1971.

MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000.

MENDONÇA, Daniel, *Cómo hacer cosas con la Constitución*, Asunción, Editorial Litocolor SRL, 1999.

MENDONÇA, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa SA, 2000.

MENDONÇA, Daniel y **GUIBOURG**, Ricardo, *La odisea constitucional*, Madrid – Barcelona, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA, 2004.

MENDONÇA, Daniel y **SAPENA**, Josefina, *Sentencia Arbitraria*, Asunción, Editorial Intercontinental, 2006.

MENDONÇA, Juan Carlos, *Constitución de la República del Paraguay y sus Antecedentes*, Asunción, Editorial EMASA, 1967.

MENDONÇA, Juan Carlos, *La Garantía de Inconstitucionalidad*, Asunción, Editorial Litocolor SRL, 2000.

MENDONÇA, Juan Carlos, *Conocimiento, Validez y Derogación de Normas Jurídicas*, Asunción, Editorial Litocolor SRL, 2000.

MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Instituciones de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Editorial Beramar, 1994.

ODDONE, Rafael, *Esquema del Constitucionalismo paraguayo*, Asunción, Editorial Estudio Gráfico Gelly, 1991.

PANGRAZIO CIANCIO, Miguel Ángel, *Cien Máximas Jurídicas*, Asunción, Editora Intercontinental, 2004.

PRIETO, Justo José, *Constitución y Régimen Político en el Paraguay*, Asunción, Editorial El Lector, 1987.

RUBIO CARRACEDO, José, *Paradigmas de la Política*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1990.

SÁNCHEZ AGESTA, Luís, *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Sexta Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991.

**CASOS NO JUSTICIABLES,
DISCRECIONALIDAD
Y ZONA DE RESERVA**

Evelio Fernández Arévalos

SUMARIO: 1. CASOS NO JUSTICIABLES. 2. ZONA DE RESERVA.
3. DISCRECIONALIDAD. 4. CUESTIONES POLÍTICAS.
5. RELACIONES ENTRE NO JUSTICIABILIDAD,
DISCRECIONALIDAD Y ZONA DE RESERVA.

CASOS NO JUSTICIABLES, DISCRECIONALIDAD Y ZONA DE RESERVA

Evelio Fernández Arévalos

Este trabajo está limitado en cuanto a su extensión, motivo por el cual nos vemos constreñidos a cierta concisión y a evitar importantes consideraciones adicionales, muchas de ellas estrechamente vinculadas a la teoría general del derecho.

1. CASOS NO JUSTICIABLES

¿Existen áreas de la actividad humana o de sus instituciones que estén exentas de decisiones de fondo de la actividad jurisdiccional contenciosa?

La respuesta depende de lo que se entienda por “actividad jurisdiccional contenciosa”. Si se entiende por este sintagma la simple actividad de los órganos jurisdiccionales, nada ni nadie está exento de su accionar, porque el derecho a la acción hace que las personas o entidades estén habilitadas para demandar y excitar la actividad jurisdiccional, con independencia de que la demanda y lo que en ella se reclama se ajusten o no a derecho y con independencia de que el órgano jurisdiccional esté o no habilitado para entender y decidir sobre esos reclamos.

El problema que planteo es más específico y puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿existen áreas de la actividad humana o de sus instituciones que escapen al control judicial, esto es, que no puedan ser objeto de sentencias definitivas en casos contenciosos que condenen, ordenen o prohíban ciertos actos, conductas, normaciones, o actividades?

La respuesta a esta segunda pregunta depende substancialmente de las normas del derecho positivo vigente en un lugar y tiempo determinados, ya que es obvio que no solamente existieron y existen diversos y variadísimos sistemas y ordenamientos normativos sino también que cada uno de esos sistemas y ordenamientos normativos son cambiantes y dinámicos.

De esta manera la primera tarea es repasar los ordenamientos jurídicos positivos vigentes o históricos, y comprobar si existen o no esas áreas que escapan a la decisión de los jueces, en el sentido antes indicado.

Pues bien, los resultados de ese recorrido conceptual son extremadamente variados y en muchos casos, aún dentro de un ordenamiento jurídico concreto y determinado, no nos permiten forjar un sistema, es decir, elaborar un conjunto de reglas o principios coherentemente entrelazados entre si de manera tal que conformen un todo unitario y sistemático.

Esa variedad y variación determina la imposibilidad “soluciones” universales, precisamente porque el universo de la incursión de los jueces en ciertas áreas depende en gran medida de lo que las leyes –en sentido amplio- establecen, y las leyes varían tanto de una latitud a otra como de un tiempo a otro.

Adelanto una importante aclaración que pretende eliminar un error muy común: lo expresado en el párrafo precedente no importa afirmar que hay áreas que no estén regidas por el derecho o que existan “islas” que escapan al imperio universal de las normas jurídicas, ya que es una característica definitoria del estado de derecho que todos (hombres, acciones, instituciones) estén sometidos a sus dicta-

dos. Con ello afirmamos que el estado, como cualquier otra persona o institución, debe obrar conforme a derecho y si se aparta de él, es justiciable como lo son las demás instituciones y personas.

Lo que queremos señalar es que existen ordenamientos jurídicos que establecen que ciertas áreas del quehacer humano o de sus instituciones escapen a constricciones derivadas de la actividad jurisdiccional: no es que esas áreas no estén regidas por el derecho sino que es el mismo derecho el que, por razones diversas, las excluye de las decisiones de los magistrados judiciales o, a veces, de la intervención de todas las autoridades, judiciales o no. Como veremos, a veces esa exclusión es total, otras parcial y otras de modo condicionado..

Tomemos por caso el Art. 33 CN, el cual establece la siguiente norma: “La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, estará exenta de la autoridad pública. Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas”.

Esa norma constitucional excluye de la autoridad pública, todas las conductas de las personas si es que ellas no afectan el orden público o a los derechos de terceros. Para evitar la intrusión de cualquier arbitrariedad que la ambigüedad de la expresión “orden público” pudiera provocar, el precepto que estudiamos lo restringe al ámbito preciso e intersubjetivamente verificable de “orden público *establecido en la ley*”, de modo tal que aunque según la valoración subjetiva de un operador de cualquiera de los poderes del estado que estime que una conducta determinada afectaría el orden público, esa valoración subjetiva no autorizará su intervención como autoridad si es que

esa conducta no violenta lo que la ley y solamente la ley califica como orden público, por encima de la valoración subjetiva del operador estatal.

El Art. 33 CN consagra el derecho a la privacidad, el cual excluye la intervención estatal en sentido amplio, en todas las acciones voluntarias de los seres humanos que no afecten o dañen a terceros o violen el orden público legalmente definido. Es una de las variadas formas en que la CN consagra el principio de la autonomía de la persona, principio en virtud del cual los seres humanos pueden elegir a voluntad planes de vida, modos de convivencia o ideales de excelencia humana y tienen la potestad y la libertad de llevar a cabo cualquier acción en el amplísimo campo del quehacer humano, con dos únicas excepciones: lo que dañe a terceros y lo que viole el orden público legal. No importa que esas conductas puedan ser consideradas ajenas a los patrones morales imperantes o puedan causar daño al propio agente: solamente se requiere que no afecten (negativamente) a derechos de terceros o al orden público establecido en la ley. El derecho a la privacidad está protegido por otros preceptos constitucionales (CN 9, 24 y 25) y legales (Arts. 233, 234 del Código Penal).

El Art. 33 de la CN consagra también el derecho a la intimidad – que no debe ser confundido con el derecho a la privacidad. El derecho a la intimidad preserva la actividad íntima y familiar del conocimiento de los demás. Es el derecho a no ser observado en la vida íntima o familiar, a que se respete la soledad, a no ser sometido a la murmuración, la burla o la ridiculización, a excluir del conocimiento de los demás las conversaciones, la correspondencia, los hábitos y preferencias sexuales, los rasgos del cuerpo, la imagen, el estado de la salud, etc. El derecho a la intimidad también está protegido por las normas consagradas en los Artículos CN 33, 34, 36 y 23 y por

diversos preceptos infraconstitucionales (Arts. 141, 143, 144, 145, 146 y 153 del Código Penal; Arts. 187, 191, 193/196, 200, 201 del CPP, etc.).

De modo que estamos frente a la evidencia de que la propia CN establece una amplia esfera del quehacer humano que no puede ser invadido por la actividad jurisdiccional: son casos no justiciables.

¿Qué pasaría si alguien promueve una acción judicial tendiente a prohibir, declarar ilegal o alterar una conducta protegida por el derecho a la privacidad o a la intimidad, o a reclamar resarcimiento por su ejercicio? Si bien el derecho subjetivo a la acción de un demandante provocaría la necesaria excitación para impulsar la actividad del órgano jurisdiccional, éste se vería constreñido al rechazo de la demanda por tratarse, precisamente, de un caso no justiciable. Así pues, caso no justiciable no es sinónimo de caso que impide un juicio, sino más bien caso que impide que el órgano jurisdiccional sentencie acogiendo la demanda y de esa manera limite o constriña el amplio espectro de actividades amparado por el derecho a la intimidad y a la privacidad.

Muchas veces la no justiciabilidad de un caso deriva, no solamente de una o más normas constitucionales específicas, sino también del sistema integral consagrado por la CN. En el Paraguay hay reglas que se derivan de su carácter republicano, de su estado de derecho, de su condición unitaria, de la división y equilibrio de sus poderes, del carácter democrático de gobierno, etc.

Así, es sabido que en los estados unitarios se requiere en mayor grado preservar la división y equilibrio de los poderes del estado, porque el cumplimiento de sus fines y su adecuado

funcionamiento sólo son posibles cuando la delimitación de la competencia y esfera lícita de acción de cada uno de ellos está claramente perfilada.

De este modo, la tendencia dominante en las democracias que rigen en estados unitarios, es reconocer amplias facultades a cada órgano constitucional del estado para el cumplimiento de sus funciones específicas, y restringir al mínimo la intervención de cualquiera de ellos para cuestionar, inmiscuirse o corregir los actos y decisiones de otro órgano del estado, de modo tal a evitar que algunos de esos órganos rompan el equilibrio de los poderes y se constituyan en superpoderes.

Una forma de acumular indebidamente facultades que no corresponden es pre-tender un control concentrado de la constitucionalidad de las normas jurídicas, de los actos de gobierno y de las decisiones judiciales. En ese camino, es fácil que un órgano constitucional, sea supremo – PE, PL o PJ – o no – Contraloría General de la República, Ministerio Público, Banca Central, etc. – invada la esfera de competencias de otros órganos constitucionales y trabe su accionar.

Soslayando ese problema, en nuestro régimen constitucional no existe un control concentrado de constitucionalidad, sino de inconstitucionalidad. Pareciera a primera vista que se trata de un juego de palabras, pero no es así.

La constitución es un conjunto orgánico de normas jurídicas válidas de vigencia suprema, a las que han de adecuarse las demás normas jurídicas y la actuación de todos los agentes que operan en su ámbito geográfico de aplicación; por lo cual la primera y principal norma que todos han de interpretar y aplicar es la constitución. En ese sentido, aplican en todo momento normas constitucionales y muchas veces las

interpretan, entidades públicas y privadas, ciudadanos, habitantes y hasta transeúntes. Y esa múltiple aplicación de la constitución es posible e inevitable porque sus preceptos son generales y se proyectan a todas las instituciones y actividades, y también porque admiten diferentes aplicaciones y decisiones, todas ellas lícitas: con sus preceptos se pueden sancionar lícitamente los más diversos códigos penales, códigos civiles, leyes electorales, leyes de matrimonio, leyes registrales; elaborar variopintos contratos, estatutos, negocios jurídicos, y realizar los más variados actos, diligencias, conductas, planes de vida, etc. etc.

De modo que, de una u otra forma, todos interpretamos y “vivimos.” cotidianamente los mandamientos de la CN, la cual, por la amplitud de sus preceptos admite más de una interpretación y de un curso de acción válidos y lícitos.

Que todos aplicamos la CN –y para aplicarla muchas veces la interpretamos si el ingreso lingüístico no es suficiente– se deriva de su supremacía (CN 137), de la obligación general de cumplir con los mandatos de la ley (CN 127) y de múltiples disposiciones constitucionales (PL, CN 202, incs. 1) y 2); 219, inc. 1); PE, CN 238, ap. 2); PJ, CN 247; sentencias judiciales, CN 256; Ministerio Público, CN 268 1), etc. En algunos casos la CN faculta expresamente a interpretar la constitucionalidad de sus propias disposiciones , PJ, CN 247; PL, CN 202, inc. 2).

Hemos leído algunos fallos en que se sostiene que no existen cuestiones no justiciables porque siempre está habilitado su control de inconstitucionalidad. Así, el ministro Lezcano Claude, luego de afirmar que no existe un criterio único sobre cuestiones no justiciables y de reconocer que su admisión como tal dependerá exclusiva-mente del criterio jurisprudencial fijado por la CSJ (Acuerdo y Sentencia N° 154, 31-07-1995, publicado

en FI2, p. 16), acto seguido sostiene la opinión de que no pueden existir cuestiones no justiciables porque ningún acto puede escapar a la posibilidad de ser sometido al control de constitucionalidad por parte del órgano respectivo (FI2, p. 17). Ya hemos visto que, efectivamente, es así: todos aplicamos la constitución y, para ello, si el inicial ingreso lingüístico no es suficiente, la interpretamos; pero todo ello nada tiene que ver con la existencia o inexistencia de cuestiones no justiciables. Ahora bien, si el autor que comentamos quiso referirse al control de inconstitucionalidad, cabe la siguiente aclaración ya formulada más arriba: es la propia constitución la que dirime la cuestión al establecer directa o indirectamente que ciertas conductas, actos o normas, cuando reúnen determinadas características, están exentos de la autoridad de los magistrados. Sería autocontradictorio e inadmisibles que el control de inconstitucionalidad pudiera alzarse en contra lo que establecen preceptos constitucionales o que se derivan del ordenamiento constitucional como un todo.

Intentemos un breve ‘Gedankeexperiment’. Imaginemos las siguientes situaciones:

El Presidente de la República:

- 1) designa ministro del PE a Incitato, su caballo preferido;
- 2) designa ministro del PE a un niño de dos años de edad;
- 3) designa ministro del PE a un ciudadano checo;
- 4) designa ministro del PE a una persona fallecida;
- 5) designa ministro del PE a un declarado ausente con presunción de fallecimiento
- 6) designa ministro del PE a un demente declarado tal por la justicia;
- 7) designa ministro del PE a un ciudadano paraguayo hábil para el cargo, pero en el decreto respectivo le prohíbe prestar juramento o promesa.

8) designa ministro del PE a un ciudadano paraguayo hábil para el cargo, pero que según general convicción, carece de capacidad para desempeñar esa magistratura.

En los siete primeros supuestos imaginarios el control de inconstitucionalidad haría que esas designaciones no surtieran efecto. Pero si se cumplieran los estándares constitucionales, la designación de ministro del Poder Ejecutivo no sería revisable por acto jurisdiccional alguno, porque, además de ser una facultad discrecional del Presidente de la República, constituye parte de la zona de reserva del PE y, especialmente, porque la CN no establece ningún otro recaudo que el Presidente de la República deba cumplir y que pueda sobreponerse a su arbitrio. Por eso en el octavo supuesto no cabría una declaración de inconstitucionalidad porque cualquiera fuera la convicción general sobre la idoneidad de la persona, la potestad presidencial permanecería incólume.

Insistimos en que lo que hay que tener claro es que la no justiciabilidad existe por aplicación de disposiciones de la CN: es la obediencia a nuestra norma fundamental la que impone que ciertos actos, acciones y decisiones, ya sea de entes estatales, de sus operadores, de entes privados o de seres de carne y hueso, no estén sujetos a revisión judicial. Volvamos al ejemplo anterior, y remitámonos a una sola norma constitucional para fundar la no justiciabilidad de la designación o remoción de un ministro por el Presidente de la República, siempre que se cumplan ciertos recaudos constitucionales (nacionalidad, edad, etc., CN 241). Es evidente que ningún otro órgano o funcionario estatal es competente para designar y remover a los ministros del PE. Pero supongamos que un juez sentencie ordenando al PE que no designe ministro a una persona determinada, o a una clase de personas (los de un partido político, los de una raza, los de una religión, etc.). En ese caso,

entre otras disposiciones de nuestra CN, se violaría el Art. 3 CN porque la injerencia del juez en esa área rompería el equilibrio de los poderes supremos del estado, invadiendo un campo de decisión discrecional del PE (CN 238, 6). Igual criterio se aplicaría si el PE pretendiera anular fallos judiciales por considerarlos inconstitucionales o injustos; o que el PL descalificara el veto del PE a un proyecto de ley, aunque el veto tuvo lugar en tiempo y forma legal.

En el citado libro y fallo de la CSJ, el ministro Sapena Brugada ubica el tema de la justiciabilidad y no justiciabilidad en un plano teórico que considero adecuado. Comienza señalando que la vigencia irrestricta de las normas constitucionales alcanza a todos los poderes del estado y, por ende al propio Poder Judicial; con palabras de Fayt y Belluscio afirma que la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes. Sostiene que ningún artículo de la CN puede ser interpretado como estableciendo una pauta clara y definitiva sobre los asuntos no justiciables y, sobre todo, que establezca que no existan asuntos no justiciables, y luego de afirmar con Guastavino que la no justiciabilidad es una autolimitación que se impone el Poder Judicial, concluye que el poder de control de la CSJ “se detiene y no se realiza en cuestiones no justiciables” (Acuerdo y Sentencia N° 84, 31-07-1995, F12, pp. 23-26). Agrego a estos asertos del ministro Sapena Brugada, que esa autolimitación no es una decisión libre, sino que está impuesta por la propia CN. (Entre otros, CN 3 y 137).

Por otra parte, ese fue y sigue siendo el sano criterio de la CSJ en diversos fallos sobre casos de expropiación de inmuebles, en todos los cuales destacó la competencia

excluyente del Congreso, y que no es dable cuestionar judicialmente las razones o el acierto de su determinación.

2. ZONA DE RESERVA

Es frecuente que se asimile la no justiciabilidad con la zona de reserva, ya sea para negar la existencia de una o de ambas categorías ya para justificar la una con la otra, lo cual nos obliga a caracterizar las zona de reserva y luego a demostrar que existen zonas de reserva en dispositivos de la CN.

¿Qué es una zona de reserva? Se considera zona de reserva de una institución o de un operador estatal, aquélla que es de su exclusiva y excluyente competencia, es decir, el conjunto de atribuciones que pueden y/o deben ser ejercidas exclusivamente por un órgano estatal determinado o por un operador estatal y que, por ello, no admite que sean ejercidas por otros órganos estatales. Insisto: se trata de atribuciones y competencias que la CN atribuye a un órgano-institución o a un órgano-persona del estado, en forma exclusiva y excluyente y que no puede ser ejercidas por otros órganos, poderes o agentes del estado; de modo tal que si una atribución o competencia es compartida por más de un órgano-institución o un órgano persona, no constituye una zona de reserva.

¿Existen zonas de reserva en nuestro régimen constitucional? Existen en todos los órganos constitucionales del estado, y son, además, abundantes. Valgan los siguientes ejemplos:

PODER LEGISLATIVO. En el ámbito del Poder Legislativo (PL) algunas zonas de reserva son las siguientes:

- La etapa constitutiva o de sanción del proceso de formación de las leyes, CN 202, incisos 2, 3, 4, 6, 7, 12,13, y 21. Es decir que solamente el Congreso, en forma exclusiva, puede sancionar leyes. (Fernández Arévalos, 2003, págs. 63/64, 160, 240/242))

- El juicio político, CN 225;

- La función reglamentaria, CN 185, 190 y 202, inc. 8);

- la designación de sus autoridades y empleados, CN 200;

- la citación e interpelación CN 193;

- el desafuero y el poder disciplinario sobre legisladores, Art. 190;

- la creación, eliminación e integración de comisiones parlamentarias permanentes o transitorias, unicamerales o bicamerales, CN 186 y 196;

- el otorgamiento de acuerdos, CN 202, inc. 17 y Art. 238, inc. 9.

PODER EJECUTIVO. En el ámbito del Poder Ejecutivo (PE) algunas de sus zonas de reserva son las siguientes:

- dirigir la administración general del país, CN 238, 1);

- reglamentar las leyes mediante decreto, CN 238, 3) y 5)

- vetar total o parcialmente las leyes, CN 238, 4);

- dirigir el manejo de las relaciones exteriores de la República, CN 238, 7);

- ser comandante de las Fuerzas Armadas de la Nación, CN 238, 9);

- nombrar y remover a los ministros del Poder Ejecutivo, CN, 238, 6)

- nombrar y remover al Procurador General de la República, CN 245;

PODER JUDICIAL. En el ámbito del Poder Judicial (PJ) algunas de sus zonas de reserva son las siguientes:

- Ejercer la función jurisdiccional judicial contenciosa, CN 248. Es un cuasi monopolio jurisdiccional judicial contencioso (Fernández Arévalos, 2001, p. 74, y Fernández Arévalos, 2003, p. 344/345), con dos excepciones; la justicia militar, CN 174, y las decisiones arbitrales, CN 248; aunque en ambos casos hay recurribilidad amplia o restringida ante órganos del PJ, CN 174, 137 y 248.

Constituyen algunas zonas de reserva de la Corte Suprema de Justicia:

- ejercer la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial, CN 259, 1);

- dictar su propio reglamento interno, CN 259, 2);

- supervisar los institutos de detención y reclusión, CN 259, 8);

- designar a los jueces de los tribunales y juzgados de toda la República, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura CN 251, con excepción de los propios ministros de la CSJ y de los integrantes del Superior Tribunal de Justicia Electoral;

- designar a los agentes fiscales, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura, CN 264, 2);

Es zona de reserva de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

- ejercer el control de inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos y de las sentencias definitivas e interlocutorias (CN 260) (Ver Fernández Arévalos, 2003, págs. 405/409).

Después de este esquemático recorrido, creo que no cabe duda de que existen un cúmulo de atribuciones y competencias que sólo pueden ser ejercidas en forma exclusiva y excluyente por determinados órganos del estado, de cuyo ejercicio están excluidos los demás, área que constituye precisamente lo que se denomina zona de reserva. Es, en efecto, inadmisibles, que la designación y remoción de ministros del PE la pueda efectuar otro órgano que el PE, o que la inconstitucionalidad de un instrumento normativo la declare otra entidad que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ya se integre con sus miembros o con todos los ministros, etc.

3. DISCRECIONALIDAD

Comencemos por señalar los casos en los cuales no cabe la discrecionalidad. No es admisible la discrecionalidad cuando las facultades, atribuciones y deberes de un órgano u operador estatal se hallan preestablecidos en la CN o en las leyes, de modo tal que su accionar está reglado por normas jurídicas, sin que éstas dejen margen para que se opte entre obrar o no obrar, obrar cuando o donde se crea oportuno, obrar de maneras diferentes o establecer la forma de obrar.

Por el contrario, la discrecionalidad existe cuando el órgano u operador estatal está investido de facultades, atribuciones y deberes preestablecidos en la CN o en las leyes, pero la misma CN o las leyes les confieren una o más de las siguientes potestades opcionales:

- de obrar o no obrar (el PE puede vetar o no vetar una ley sancionada por el Congreso)

- de elegir el momento de obrar (una ley puede facultar al PE a que determine el momento en que comenzará la ejecución de una campaña sanitaria contra el dengue);

- de obrar o no obrar, pero en el caso de que se opte por obrar, la norma establece su contenido y límites;

- establecido por la norma el deber de obrar con un fin determinado, dejar librado al órgano el contenido específico o las modalidades de ese obrar;

- de determinar la amplitud del ámbito de vigencia temporal o geográfica de una norma infralegal (una ley que obligue al PE a realizar acciones tendientes a mejorar la infraestructura física de centros de enseñanza, pero que le autorice a determinar el momento y duración de esas acciones o los lugares en que se realizarán);

- la potestad de que el órgano reglamente su propia actividad o la de otros órganos u operadores estatales, si es que la ley no estableciera puntualmente las pautas a las que debería ceñirse esa reglamentación;

- la potestad de designar a voluntad a determinados operadores estatales entre varios posibles (el Presidente de la República designa a los ministros del PE);

- la potestad de cesar en sus funciones a determinados operadores estatales (el Presidente de la República está facultado para remover a los ministros del PE);

- la potestad de optar entre varias soluciones legales, dejando a cargo del órgano optar por la que considere más oportuna, conveniente y adecuada a las circunstancias del caso y a la satisfacción del interés público a su cuidado (cuando una norma jurídica prescribe que un órgano u operador estatal oriente su actividad al logro de ciertas metas sin indicar las medidas puntuales que ha de adoptar y el ordenamiento jurídico vigente ofrezca varios modos de hacerlo);

También existe cierto grado de discrecionalidad de hecho cuando no exista una norma jurídica específica que contemple la situación o problema que se plantee y que el órgano u operador estatal esté en el deber de solucionar (por ejemplo, la situación prevista en el párrafo segundo del Art. 9 del Código de Organización Judicial, Ley N° 879/ 1981). Soslayo el tema de las lagunas del derecho por no ser el objeto de este trabajo.

Las potestades discrecionales no son totalmente libérrimas porque generalmente sufren restricciones y están de en mayor o menor grado condicionadas:

- en primer lugar, porque, salvo el caso de inexistencia de norma jurídica específica, en todos los demás casos es menester que la propia CN u otras normas infraconstitucionales habiliten, ya sea directa o indirectamente, el ejercicio de poderes discrecionales;

- en segundo lugar, porque generalmente enmarcan el ejercicio de la potestad discrecional un conjunto de normas jurídicas de cumplimiento ineludible (el órgano u operador estatal ha de ser competente; los órganos-personas han de estar en ejercicio de sus funciones; los funcionarios a designarse deben ser seres humanos y reunir determinados requisitos en cuanto a la edad, la nacionalidad, la idoneidad, etc.); aunque, satisfechos estos requerimientos, quede siempre un amplio margen para la discrecionalidad;

- en tercer lugar, porque en la generalidad de los casos los fines públicos y las necesidades colectivas que han de satisfacer el órgano o el operador, ya condicionan por sí mismos en alguna medida el rango de variabilidad de la decisión discrecional;

- en cuarto lugar, porque siempre que no haya institutos o normas que directa o indirectamente lo impidan, en principio el contralor jurisdiccional solo puede ejercer-se respecto de los condicionamientos que enmarcan el amplio núcleo discrecional propiamente dicho (control sobre la competencia del órgano, sobre edad, la nacionalidad, etc. de los funcionarios a designarse, etc.), pero no sobre la conveniencia o inconveniencia, la oportunidad o inoportunidad, la eficacia o ineficacia, el acierto o el des-acierto, etc., de las decisiones de los órganos u operadores estatales que ostentan esas competencias. Es más, la doctrina y jurisprudencia consolidan la actuación discrecional con el agregado de la presunción de legitimidad de los actos de la autoridad estatal.

Lo dicho da la pauta de que cabe hablar de distintos grados de discrecionalidad, y que esa gradación está determinada por lo general de una de dos maneras o de ambas: 1) la misma norma jurídica establece ese grado de

discrecionalidad de modo expreso o implícito, o 2) la rodea de límites positivos o negativos.

Pero, pese a esos condicionamientos, en todos los casos hay un amplio núcleo dentro el cual se despliega sin ataduras la potestad y el arbitrio discrecional.

No hay que confundir la discrecionalidad con el poder de policía (*police power*), en virtud del cual algunos órganos del estado pueden reglamentar los derechos individuales dentro de márgenes razonables. Los márgenes razonables varían:

- según el criterio dominante en los Estados Unidos ese margen es muy amplio ya que justifica las medidas estatales con tal que estén orientadas a promover el bienestar general (*broad and plenary police power*);

- el criterio de los estados europeos – modelo que sigue nuestra CN- es restringido ya que sólo justifica medidas orientadas a preservar la seguridad, la salubridad, la higiene pública y la moralidad.

De cualquier manera el poder de policía no permite la actuación discrecional de los órganos estatales o de sus agentes, y, por otra parte, no limita ni restringe derechos constitucionales sino aplica de modo armónico uno o más preceptos constitucionales, con miras a satisfacer necesidades y requerimiento sociales que redunden en el bienestar general. Un principio orientador en esta materia es lo que dispone la norma expresada en CN Art. 128.

4. CUESTIONES POLÍTICAS

No creo que quepa lugar para una categoría jurídica autónoma calificable como “cuestiones políticas”. No es que

neguemos la existencia de “cuestiones políticas”, sino que estimamos que éstas se subsumen en las categorías de cuestiones no justiciables, zona de reserva y discrecionalidad. Dicho de otro modo, las cuestiones políticas o bien constituyen zona de reserva de un órgano del estado, o bien son manejables por él de modo discrecional, o bien son cuestiones no justiciables, o bien comparten dos o todas las características indicadas..

Además el mismo sintagma cuestión política es ambiguo y vago. Ambiguo porque sirve para designar un conjunto heterogéneo de acciones y decisiones de los poderes supremos del estado y de órganos constitucionales extrapoderes, y vago porque un mismo proceso puede en su evolución tener fases que no admitan su calificación como cuestión política y etapas que sí admitan esa calificación, ya sea totalmente o en alguno de sus aspectos. Tal vez por ello algunos loables intentos de sistematizarla no judicialidad de las cuestiones políticas, resultan, a mi juicio, insatisfactorias (Tagle Achaval, Carlos, 1972).

En rigor de verdad, toda actividad social de hombres e instituciones siempre tiene algún componente político ya sea porque influyen en la convivencia de un núcleo comunitario, ya porque revierte en beneficio o perjuicio de otros seres humanos o instituciones, ya sea porque signifique el ejercicio del poder de unos sobre otros.

En el caso del Paraguay los tres poderes supremos del estado están involucrados en cuestiones políticas, ya que conjuntamente conforman el gobierno de la República del Paraguay (CN 3), y precisamente porque constituyen el gobierno, la mayor parte de sus actos son inevitablemente políticos.

Lo dicho no debe llevar al error de confundir “cuestiones políticas” con “cuestiones políticas partidarias”. Una de las más altas y obles funciones políticas del PJ es la de administrar justicia, pero con total independencia de los partidos políticos.

5. RELACIONES ENTRE NO JUSTICIABILIDAD, DISCRECIONALIDAD Y ZONA DE RESERVA

Esas tres características no se dan necesariamente en forma conjunta y de modo indisoluble.

- Un caso no justiciable – como el derecho consagrado en CN 33 – es discrecional pero no integra la zona de reserva de ningún ente u operador estatal; aunque, claro está hay también casos no justiciables que integran esa zona de reserva.

- Hay atribuciones que integran la zona de reserva de poderes supremos del estado o de órganos extrapoderes, pero que no son discrecionales (PE, CN 238, 1) y 9; PL CN 202, 5), 6), 9), 14); PJ CN 248; CSJ CN 259, 1) y 8): Sala Constitucional CN 260, etc.); aunque, claro está hay otras atribuciones que integran esa zona de reserva y son discrecionales.

- Hay algunos pocos casos de facultades discrecionales que no integran la zona de reserva de un poder supremo del estado o de un órgano extrapoderes, porque son atribuciones no exclusivas sino compartidas (PL CN . 183, 3) y Cámara de Senadores CN 224, 5); PE, PL, CSJ CN 203), aunque en la abrumadora mayoría de los casos las facultades discrecionales integran una zona de reserva.

- Finalmente hay casos en que se dan conjuntamente las tres características (PL CN 202, 9), 10), 16), 18); PE CN 238,

4), 6), 10); CSJ CN 259, 7); 264, 2) y 270, para designar jueces y agentes fiscales dentro de la terna).

- Finalmente hay casos en que se dan conjuntamente las tres características (PL CN 202, 9), 10), 16), 18); PE CN 238, 4), 6), 10); CSJ CN 259, 7); 264, 2) y 270, para designar jueces y agentes fiscales dentro de la terna).

BIBLIOGRAFÍA

Corte Suprema de Justicia, *Fallos Institucionales*, Tomo I, Asunción, 2000.

Corte Suprema de Justicia, *Fallos Institucionales*, Tomo II, Asunción 2000.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Manual de la Constitución Argentina*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

FERNÁNDEZ ARÉVALOS, Evelio, *Hábeas corpus, régimen constitucional y legal en el Paraguay*", Intercontinental Editora, Asunción, 2000.

FERNÁNDEZ ARÉVALOS, Evelio, "Órganos Constitucionales del Estado", Intercontinental Editora, Asunción, 2003.

LEZCANO CLAUDE, Luís, *El Control de Constitucionalidad en el Paraguay*, Editorial La Ley Paraguaya, Asunción.

MENDONÇA, Juan Carlos, *La Garantía de Inconstitucionalidad*, Edición del autor, Asunción.

MENDONÇA, Daniel y **GUIBOURG**, Ricardo A., *La Odisea Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. , Madrid, 2004.

MENDONÇA BONNET, Juan Carlos, "El Equilibrio de Poder en la Constitución de 1992", publicado en *Comentario a la Constitución*, Tomo II, p. 27, Edición Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002.

RIERA HUNTER, Marcos, *La Independencia del Poder Judicial*, editorial La Ley Paraguaya, Asunción.

TAGLE ACHÁVALE, Carlos, "Función Política y Función Judicial. La no judicialidad de las cuestiones políticas", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Tomo 148, p. 1323, Buenos Aires, 1972.

LA GOBERNABILIDAD EN LA CONSTITUCION DE 1992

Juan Carlos Mendonça Bonnet

SUMARIO:1. INTRODUCCIÓN. 2. PRECISIONES PRELIMINARES. 3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE NUESTRA DEMOCRACIA. 4. EL MARCO INSTITUCIONAL. 4.1. DIVERSOS ASPECTOS DEL MARCO INSTITUCIONAL. 4.2. LOS PODERES CONSTITUCIONALES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. 4.3. LA RELACIÓN ENTRE EL CONGRESO Y EL PODER EJECUTIVO. 4.4. EL SISTEMA DE PARTIDOS. 5. CONCLUSIÓN

LA GOBERNABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992

Juan Carlos Mendonça Bonnet

Es claro que instituciones y constituciones no pueden hacer milagros. Pero difícil será que tengamos buenos gobiernos sin buenos instrumentos de gobierno. Entonces, ¿por qué hemos de prestar tan poca atención a la forma en que funcionan o no funcionan las estructuras políticas, y si se las puede mejorar?

Giovanni Sartori

1. INTRODUCCIÓN

En 1997, en el primer volumen de esta misma obra colectiva¹, estudiaba el equilibrio de poder en la Constitución, enunciado en su artículo 3º. Han pasado diez años desde entonces y me propongo seguir con el tema, sólo que ahora analizando el modo en que interactúan la gobernabilidad y el “equilibrio” diseñado por la Constitución. Sin duda equilibrio y gobernabilidad están íntimamente relacionados, pero no hay entre ellos una relación causal de tipo lineal, en el sentido de que uno sea necesariamente efecto del otro, sino que la relación es de recíproca influencia. Así, el equilibrio incidirá en la gobernabilidad, pero a su vez, la gobernabilidad contribuirá o no al equilibrio.

¹ Juan Carlos Mendonça Bonnet, “El Equilibrio de poder en la Constitución de 1992”, en Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude (org.), *Comentario a la Constitución de 1992 – Homenaje al Quinto Aniversario*, Asunción, Edición de la Corte Suprema de Justicia, 1997.

Es muy importante dejar en claro que la gobernabilidad, obviamente, no depende sólo del plan elaborado en la Constitución; la gobernabilidad es una cuestión harto compleja que responde a numerosos factores. Afirma Manuel Alcántara que las crisis de gobernabilidad, tan extendidas en las democracias del “Tercer Mundo”, obedecen a: 1) la calidad del liderazgo y de las preferencias de éste; 2) la ideología prevaleciente; 3) el grado de armonía existente entre las elites; 4) el diseño de las instituciones políticas, como el sistema de partidos y las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, y; 5) el papel del Estado como responsable principal del desarrollo socioeconómico². El objeto de nuestro estudio se limitará al numeral 4; esto es, nos interesa el “diseño institucional”, advirtiendo que no es el único elemento determinante de la gobernabilidad de un país. Lo que ya no se discute es que ese diseño institucional no puede pasarse por alto y que los demás elementos deben ser analizados a la luz de otras disciplinas.

Dicen Xavier Arbós y Salvador Giner que: “*Se empieza a hablar de ‘gobernabilidad’ cuando aparecen situaciones en las que las instituciones que ostentan el poder legítimo en una colectividad no son capaces de cumplir con la misión que parecen tener encomendada. En otras palabras, la gobernabilidad, la capacidad de gobernar, se convierte en objeto de reflexión en el momento en que se manifiestan los límites de una acción de gobierno*”³. Una conclusión que podemos sacar del párrafo transcrito es que el primer síntoma de problemas de gobernabilidad se advierte cuando quienes ostentan el poder *legítimo* no son capaces de cumplir con la

² Manuel Alcántara, *Gobernabilidad, Crisis y Cambio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 39.

³ Xavier Arbós y Salvador Giner, *La Gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, S.A., 2002, p. 6.

misión que tienen encomendada, en otras palabras, hablamos de *eficacia* en la labor gubernativa. Otra conclusión es que la gobernabilidad está en relación con la *capacidad* para gobernar. La última conclusión se refiere a que la ingobernabilidad está relacionada con las *limitaciones* en la acción de gobierno y este es el aspecto que guarda relación con el equilibrio. Detengámonos por un momento en este punto. Ha de entenderse que hablamos de acciones de gobierno, entendidas como actos del poder administrador, o sea, del Poder Ejecutivo. Al respecto dicen Arbós y Giner: “*La cualidad de `gobernable` se refiere a la dimensión política de un orden social. Presupone que el poder político es capaz de ejercer la acción de gobierno sobre los ciudadanos; es decir, que orientando su conducta con mandatos y prohibiciones, fundamentados en el consentimiento y en la represión, consigue sus objetivos. En las sociedades occidentales, la acción de gobierno es esencialmente la responsabilidad de lo que se conoce como ‘poder ejecutivo’, y que en Europa continental es habitualmente sinónimo de gobierno*”⁴. Es importante hacer hincapié en esto, ya que posteriormente veremos cómo en ocasiones se pretende que la acción de gobierno pueda ser atribución de otros órganos que no sean el Ejecutivo. Por otro lado, quede claro que los constreñimientos impuestos a las acciones de gobierno no siempre resulta en una situación de ingobernabilidad, ya que esas restricciones muchas veces son inexcusables para mantener el equilibrio y el sistema democrático; la ingobernabilidad de la que hablamos se refiere, pues, a impedir la realización de actos que no atentan contra los principios de la democracia liberal, pero son impedimentos que, no obstante, conspiran contra la *eficacia* de la acción de gobierno. De aquí surgen algunas cuestiones que deben ser precisadas de manera preliminar, a saber: debemos definir el concepto de “gobernabilidad”; hablamos de *gobernabilidad democrática* y no de cualquier

⁴ *Ibíd*em, p. 14.

governabilidad; la gobernabilidad a la que nos referimos guarda estrecha relación con la *eficacia* en la labor de gobierno; como ya establecimos, la acción de “governar” es, en rigor, propia del Poder Ejecutivo.

2. PRECISIONES PRELIMINARES

Comencemos por el concepto de “governabilidad”. Aclaremos que los estudios sobre gobernabilidad son relativamente nuevos, ya que comienzan en la segunda mitad del siglo pasado. A partir de allí, se ha vuelto una cuestión que gana cada vez mayor relevancia y, a esta altura, existe una enorme cantidad de material escrito. Sin temor podemos afirmar que es un tema de tratamiento inexcusable en las ciencias políticas y en el derecho constitucional y político. Qué ha de entenderse por “governabilidad” es un primer obstáculo importante que resolver, ya que cada autor formula su propia acepción. Algunos proponen un concepto muy amplio, según el cual la gobernabilidad es un atributo de las mismas sociedades; esta es la posición adoptada por Joan Prats i Catalá cuando afirma que: *“La gobernabilidad es una cualidad que proponemos se postule de las sociedades o sistemas sociales no de sus gobiernos. Hablamos de la gobernabilidad de un país o de una ciudad no de sus gobiernos, aunque obviamente las cualidades y calidades de éstos son un factor importantísimo de la gobernabilidad”*⁵. Otros se limitan a la *governabilidad ejecutiva*, así, Coppedge dice que hay gobernabilidad cuando un gobierno es capaz de adoptar medidas oportunas y coherentes, cuando ellas se aplican con eficiencias y consistencia sin ser abandonadas intempestivamente y, finalmente, producen los resultados

⁵ Joan Prats i Catalá, “Governabilidad Democrática para el Desarrollo Humano: Marco Conceptual y Analítico”, en Joan Prats i Catalá et al, *Diagnóstico Institucional de la República del Paraguay*, Asunción, PNUD, 2002, p. 310.

esperados⁶. También se ha dicho que “*el concepto de gobernabilidad democrática abarca la capacidad de tomar y llevar a la práctica decisiones que respondan de manera adecuada a los problemas económicos y sociales que aquejan a un país. Sin embargo, la definición también involucra la toma de decisiones mediante procesos legítimos, democráticos y sostenibles, es decir, que se adopten en un proceso participativo abierto. Además, el gobierno debe ser capaz de desempeñar sus funciones de manera eficiente y en defensa de los intereses públicos*”⁷. Según Alvarez se entiende por gobernabilidad el “*ejercicio eficaz y sostenido de la función gubernamental*”⁸. Parece claro que los elementos comunes guardan relación con la posibilidad de tomar decisiones y adoptar medidas eficaces, esto es, que produzcan resultados y no sean abandonadas de manera intempestiva. El sistema se caracterizará por su ingobernabilidad cuando el gobierno -entendido como el Poder Ejecutivo- no sea capaz de implementar las medidas necesarias para concretar su plan de gobierno o, bien, no sea capaz de sostener esas medidas. En la *eficacia* de las medidas adoptadas parece estar el secreto de la gobernabilidad.

Creo conveniente, a esta altura, establecer una clara distinción conceptual entre “ingobernabilidad” e “inestabilidad”. La inestabilidad se relaciona con la posibilidad de la ruptura del sistema democrático o, al menos, con la pérdida de poder por parte de las autoridades legítimamente constituidas. Así entendido, las amenazas de un golpe de estado o de un juicio

⁶ Michael Coppedge, “El Concepto de gobernabilidad. Modelos positivos y negativos, en PNUD-CORDES (compiladores), *Ecuador: Un problema de Gobernabilidad*, Quito, CORDES-PNUD, 1996.

⁷ J. Mark Payne et al, *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Internacional par la Democracia y la Asistencia Electoral, 2003.

⁸ Juan José Alvarez, *Crisis de Gobernabilidad y Control en la Argentina*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2007, p. 13.

político provocan la inestabilidad del sistema. Dice Daniel Mendonça que: “... *un país tiene estabilidad política cuando es capaz de procesar los cambios de sus gobernantes con base en, y dentro de, las reglas de juego establecidas en la Constitución y las leyes, y no al margen o a costa de ellas*”⁹. La estabilidad está relacionada, pues, con la permanencia en el poder de las autoridades del Estado, y no con la posibilidad de adoptar medidas eficaces; en este sentido, la inestabilidad es un estado de cosas posiblemente más grave que el de la ingobernabilidad. Hay que admitir, sin embargo, que entre una y otra existe una estrecha relación. En efecto, no cabe duda de que una situación de ingobernabilidad tarde o temprano desembocará en la inestabilidad del sistema, aunque, asimismo, un sistema inestable no puede sino padecer de un alto grado de ingobernabilidad. Al respecto dicen Arbós y Giner: “*Este proceso, sin embargo, se ve abocado a ciertos problemas básicos que si no son resueltos llevan al fenómeno del desgobierno y, más concretamente, al de la ingobernabilidad de una sociedad. Este es un fenómeno distinto al del enfrentamiento o rebelión de una parte de la sociedad contra el gobierno. Hay que distinguir, pues, la disensión civil –que en casos extremos se torna guerra civil, revuelta o revolución– de los fenómenos estrictos de falta de gobernabilidad, a pesar de que probablemente exista un continuum que lleva de unos a otros*”¹⁰.

La inestabilidad de un sistema, sin embargo, no siempre desemboca en la pérdida del poder por parte de sus autoridades, produciéndose, entonces una situación de

⁹ Daniel Mendonça, “Ingeniería constitucional y gobernabilidad democrática”, en Daniel Mendonça y Marcello Lachi (ed.), *Perspectivas constitucionales. Diseño constitucional y gobernabilidad democrática*, Asunción, Arandurá Editorial, 2006, p. 50.

¹⁰ Xavier Arbós y Salvador Giner, op. cit., p. 13-14.

incertidumbre indefinida. Conviene distinguir, también, entre la inestabilidad y la permanencia en el cargo ya que se puede permanecer en el cargo a pesar de la inestabilidad del sistema. Para una mejor ilustración veamos los siguientes ejemplos. Durante el gobierno del Presidente Wasmosy (1993-1998) se produjo una situación de clara inestabilidad ante la amenazante actitud de una parte del ejército liderada por el General Lino César Oviedo. Esa situación de grave inestabilidad fue superada merced al apoyo que el Presidente recibió de la comunidad internacional, de una parte de las fuerzas armadas y, en especial, de los partidos de la oposición –fundamentalmente del Partido Liberal Radical Auténtico (PLRA)- merced a lo que se dio en llamar el “pacto de gobernabilidad”. Bien entendido, sin embargo, el pacto no fue de “gobernabilidad”, sino de “estabilidad”. En efecto, lo que el pacto logró fue darle al gobierno cierta estabilidad un tanto precaria, pero nunca le dio gobernabilidad. Así, el Presidente Wasmosy consiguió concluir con el período, pero sin poder adoptar medidas importantes de gobierno. Puede decirse, pues, que tuvimos un gobierno inestable y con escasa gobernabilidad, pero que permaneció hasta el fin del mandato. En cuanto al Presidente Cubas, no se necesita mucho análisis para entender que es un claro ejemplo de inestabilidad en su máxima expresión, con pérdida de la permanencia en el cargo. Apenas transcurrido poco tiempo de asumido el poder en el mes de agosto de 1998, se cernió sobre él la amenaza del juicio político, que se concretó en marzo de 1999 con la acusación hecha por la Cámara de Diputados y la posterior renuncia del Presidente. El gobierno sólo duró siete meses. Durante ese período el Presidente no pudo adoptar o sostener medidas importantes, por lo que ha de convenirse que se caracterizó por un alto grado de ingobernabilidad que finalmente concluyó con su caída. Fue un gobierno inestable, sin gobernabilidad y con pérdida de la permanencia en el cargo. En cuanto al Presidente González Macchi, fue objeto de numerosos

pedidos de juicio político por parte de la oposición, que aunque no prosperaron, distrajeron gran parte del período presidencial con la constante amenaza de destitución del Presidente. El lapso también se caracterizó por su muy escasa gobernabilidad, ya que no se adoptó medida importante de gobierno, salvo una que nunca se concretó, a saber: la privatización de las empresas públicas; con lo cual quedó patentizado que el gobierno no tenía la capacidad de sostener de manera eficaz las decisiones adoptadas. Recordemos que en ese caso el Congreso dictó una peculiar ley que dejó en suspenso hasta hoy la Ley 1615 (de privatizaciones), sin derogarla. Conviene señalar que la presidencia de González Macchi tuvo su origen en una concertación entre todos los partidos representados en el Congreso, por lo que era de suponer que tendría un gobierno con gran estabilidad y alta gobernabilidad. La expectativa se diluyó al poco tiempo, resultando ser, a la postre, un palmario ejemplo de alta inestabilidad e ingobernabilidad. Recordemos que durante ese período era hartamente frecuente que el Presidente adoptara alguna medida que a los pocos días se revocaba por un Decreto contrario al anterior; síntoma evidente de la ingobernabilidad reinante en aquella época. Finalmente, llegamos a la presidencia de Duarte Frutos, que se caracteriza por un período inicial de cierta inestabilidad provocado por la destitución de varios ministros de la Corte Suprema de Justicia por la vía del juicio político. A pesar de la dudosa legitimidad de ese juicio político, por su excesiva connotación política (valga la paradoja), la situación no llegó a ser grave desde el punto de vista político, en razón del acuerdo previo entre los partidos para provocar dicha destitución y recomponer la integración de la Corte Suprema. A partir de allí el gobierno de Duarte Frutos no sufrió mayores sobresaltos de estabilidad, salvo alguna que otra amenaza de juicio político -que nunca se tomó con seriedad- por haber asumido la presidencia de la Junta de Gobierno de la Asociación Nacional Republicana (ANR/Partido Colorado) o

por plantear la posibilidad de una enmienda constitucional para permitir la reelección. En suma, faltando poco más de un año para la conclusión del mandato, puede afirmarse que las crisis de estabilidad que pasó este gobierno no se comparan con las de los anteriores. Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de adoptar y sostener medidas eficaces, hay que decir que éste no ha sido mucho mejor que los otros. En otras palabras, no se ha visto clara mejoría en materia de gobernabilidad. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo ha tenido grandes dificultades para llenar cargos vacantes que requieren del acuerdo del Senado, quedando el Banco Central virtualmente acéfalo por un período considerable; tampoco ha podido designar director de la Entidad Binacional Yacyretá; además, ha enfrentado obstáculos insalvables para obtener la aprobación de créditos que permitirían reactivar la economía¹¹. Recuérdese que la reforma fiscal que el gobierno logró aprobar con el apoyo del Partido Patria Querida (PPQ), luego quedó frustrada en gran medida por la suspensión de la entrada en vigencia del Impuesto a la Renta Personal. Lo cual muestra la debilidad para sostener decisiones importantes dentro del plan de gobierno. Vale reiterar que las debilidades pueden deberse a factores personales, como se da en los casos de un Presidente de la República timorato, indeciso, corrupto o carente de capacidad y experiencia política. Pero pueden obedecer, asimismo, a condiciones económicas, sociales o políticas desventajosas, como ocurre en los casos de gran desempleo, de reclamos graves y reiterados por parte de los grupos menos favorecidos, o a la influencia de grupos de poder de facto, como el ejército, organizaciones guerrilleras o mafiosas. Pero la debilidad, en ocasiones también se origina en factores institucionales -o estos al menos pueden tener una gran incidencia-, convirtiéndose, así, en causa importante de ingobernabilidad. En este trabajo vamos a sostener que esos

¹¹ Diario “Ultima Hora”, *Falta de aprobación de proyectos tranca creación de 20 mil puestos*, abril 29 de 2007, País, p. 20.

factores institucionales crean un contexto de ingobernabilidad del cual será muy difícil escapar sin cambios estructurales importantes.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE NUESTRA DEMOCRACIA

Una democracia de alta calidad es capaz de compatibilizar las funciones esenciales del estado democrático, entre las que se destacan, de manera muy especial, la gobernabilidad y el control; de tal modo que el ejercicio del poder sea eficaz, pero, con límites reales y razonables. Estas dos funciones deben ejecutarse de manera complementaria y no contradictoria, consolidando el equilibrio del sistema. Por otro lado, una democracia de baja calidad es la que entorpece el equilibrio o la gobernabilidad, al ejercerse una de las dos funciones en detrimento de la otra. Dice Alvarez que: *“Cuando la gobernabilidad del sistema se alcanza a expensas del control o cuando la función de control se ejerce de modo tal que obstaculiza la gobernabilidad, entonces se produce el bloqueo y la crisis del sistema”*¹². Un sistema bajo bloqueo entra en un estado de crisis crónica, con un gobierno forzado a, exclusivamente, administrar la crisis con el fin de evitar su desestabilización y consecuente pérdida del poder. Una situación así, obviamente, no puede sino conducir al deterioro progresivo del sistema, el cual, al no poder satisfacer las demandas más elementales de la población concluirá, inexcusablemente, en el caos social o en la adopción por parte del gobierno –o de otros actores- de medidas de “excepción” que traten de compensar un amenazante vacío de poder. Dado este estado de cosas, y ante el riesgo de la existencia misma del Estado, el desenlace no puede ser otro que la quiebra del sistema democrático. Si la gobernabilidad no se sostiene

¹² Juan José Álvarez, op. cit., p. 13.

convenientemente a través de un régimen institucional adecuado, ella dependerá, de modo inevitable, del talante de los actores políticos. De allí la importancia suprema de tener una oposición madura y leal, que busque primero el bien común, sin tratar de sacar provecho de los problemas nacionales que el gobierno no puede resolver sin su colaboración. Una oposición oportunista, por el contrario, dejará que el gobierno se hunda en su ineficiencia con el objetivo de desplazar del poder a quien lo ostenta en un momento determinado, pero al costo de que toda la población pague el precio por la disputa del poder. Como se ve, el comportamiento de la oposición es la clave de la gobernabilidad cuando el marco institucional no es capaz de garantizarla. En el caso del Paraguay, como veremos enseguida, no hay un marco institucional adecuado para sustentar la gobernabilidad del sistema, por lo que ella depende de manera decisiva de la actitud de la oposición en el Congreso y de los partidos políticos.

En una entrevista publicada por el diario ABC Color¹³, decía Joan Prats i Catalá: *“Paraguay es especial. Es el país de América Latina donde la autocracia y el autoritarismo tienen más partidarios y la democracia menos partidarios. Los informes sobre las dificultades que tienen para imponerse los derechos civiles y políticos, el deterioro de los indicadores socioeconómicos y las dificultades que tiene el país para generar gobiernos estables o coaliciones productoras de reformas, eso nos determinó a trabajar sobre el país. ... La democracia ha ido a baldazos. Siempre aparece amenazada, pero al mismo tiempo la gobernabilidad es falente. Hay reformas básicas que deben emprenderse y que los gobernantes no se deciden o no se animan a hacerlo”*. El diagnóstico puede resumirse, pues, de la siguiente manera: se trata de un país con

¹³ Hugo Ruiz Olazar, *Paraguay es el país donde la autocracia tiene más partidarios*, ABC, Septiembre 23, 2001, Política, p. 8.

indicadores socioeconómicos y políticos deteriorados; con medidas urgentes que no se adoptan; con una gobernabilidad deficiente; con una democracia amenazada, y -lo peor- una población que simpatiza más con un régimen autoritario que con uno democrático.

Tal escenario, lamentablemente, se parece demasiado al descrito por Linz cuando profetiza el fin de algunas democracias. En efecto, dice el autor: *“Problemas insolubles, una oposición desleal dispuesta a explotarlos, para desafiar al régimen, el deterioro de autenticidad democrática entre los partidos que apoyan al régimen y la pérdida de eficacia, efectividad (especialmente frente a la violencia) y, por último, de legitimidad, llevan a una atmósfera generalizada de tensión, una sensación de que hay que hacer algo que se refleja en un aumento de politización. Esta fase se caracteriza por la circulación de rumores, el aumento de movilización en las calles, violencia anómica, y organizada, tolerancia o justificación de algunos de estos actos por algunos de los sectores de la sociedad y, sobre todo, un aumento de presión por parte de la oposición desleal. La predisposición a creer en conspiraciones y la rápida difusión de rumores, algunas veces fomentados por los límites impuestos a los medios de comunicación al tratar de controlar la situación, contribuyen a una incertidumbre y una posibilidad de hacer previsiones que pueden llevar a un comportamiento de crisis económica. En este clima los personajes principales pueden decidir no hacer frente a los problemas básicos del gobierno sino intentar superar la crisis política. Es típico que se haga un esfuerzo para fortalecer el poder ejecutivo, algunas veces proponiendo enmiendas constitucionales, concediendo el estado de excepción, suspendiendo o interfiriendo en los gobiernos regionales o locales, o reorganizando el nivel más alto del mando militar. Quizá podría llegarse a un proceso de reequilibramiento si*

estas medidas se combinaran con una cohesión creciente de los partidos que apoyan al régimen, con una actitud clara de los líderes más destacados de asumir responsabilidades con una capacidad y deseo de mantener el orden sin ningún sesgo a favor de los que están más cerca de los partidos en el poder, rechazando toda colaboración con una oposición desleal. Una segunda alternativa sería intentar extender la base del régimen incorporando por lo menos parte de la oposición desleal o cooptando su liderazgo para formar una nueva coalición. ... esto conduce en el mejor de los casos a una transformación del régimen, y más frecuentemente a una transferencia de poder, un Machtübergabe que la oposición desleal puede transformar rápidamente en una toma de poder, un Machtübernahme. Una tercera alternativa sería permitir que continuara el proceso de polarización e ignorar las amenazas de la oposición desleal y de los elementos semileales en una situación de preguerra civil hasta que una de las fuerzas desleales intentara llegar al poder. Los líderes democráticos sólo tienen entonces dos opciones: retirarse, entregando el poder a las fuerzas armadas ...; o hacer un llamamiento a la nación y movilizar fuerzas organizadas (como los sindicatos), incluyendo a las consideradas desleales o semileales, haciendo un esfuerzo para ampliar su base de autoridad”¹⁴. Como puede verse, la mejor salida radica en que los líderes políticos asuman sus responsabilidades, dejando de lado actitudes oportunistas y formando coaliciones que le otorguen al país la gobernabilidad necesaria. De lo contrario, el panorama se presenta poco favorable a la continuidad de un régimen democrático; al menos, definitivamente, contrario a una democracia de alta calidad. Si no se dan cambios importantes, la calidad de nuestra democracia seguirá empeorando, con riesgo de una ruptura del proceso.

¹⁴ Juan J. Linz, *La quiebra de las democracias*, Madrid, Alianza Universidad, 1996, p. 132/133.

4. EL MARCO INSTITUCIONAL

4.1. DIVERSOS ASPECTOS DEL MARCO INSTITUCIONAL

En cuanto al marco institucional a ser analizado, vamos a referirnos a: 1) los poderes constitucionales del Presidente de la República; 2) la relación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, y; 3) el sistema de partidos.

Como síntoma de la concepción subyacente en la Constitución de 1992 podemos comenzar por el Art. 3º que dice: *“Artículo 3º. 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.”*

Nótese que según la norma el *gobierno* es ejercido por los tres poderes del Estado. La declaración es francamente inusual, puesto que la función de gobernar corresponde, por su naturaleza misma, al Poder Ejecutivo; de ahí que, como ya hemos visto, generalmente se llama “gobierno” a este poder del Estado. La intención del constituyente ha sido, claramente, provocar la fragmentación del poder, desmonopolizando la acción de gobernar. Es obvio, sin embargo, que el Congreso nunca fue concebido para gobernar, sino para controlar la gestión de gobierno; y ni hablar del Poder Judicial. El sistema que abra las puertas a un gobierno del Poder Legislativo necesariamente habrá de tener problemas de gobernabilidad, ya que tal función no puede quedar a cargo de un órgano que es eminentemente deliberante, lento en la toma de decisiones,

altamente fragmentado en el poder, y procesador de conflictos por naturaleza. Un país gobernado por el Poder Legislativo no puede sino reflejar su propia disputa interna y conducir a un inexorable fracaso, es por esto que hasta en los sistemas parlamentarios el gobierno le es encargado a un Primer Ministro. No vamos a sostener la tesis de que en el Paraguay gobierna el Poder Legislativo, pero resulta muy ilustrativo ver que no estaba del todo fuera de la intención de los constituyentes otorgarle a este poder del Estado una participación más activa en los asuntos de gobierno, en obvio detrimento del Poder Ejecutivo.

La tendencia, tal vez, no sea exclusiva del Paraguay, ya que en los Estados Unidos se ha estudiado últimamente el fenómeno de “las legislaturas activistas”; así, al referirse al Congreso Norteamericano, dice Mezey: *“El Congreso manifiesta una inquietante tendencia –no siempre, pero bastante a menudo- hacia la ignorancia, la demora, la incoherencia, la ineficacia y la irresponsabilidad cuando afronta los desafíos de las políticas públicas. Estas fallas pueden adjudicarse en buena medida a las características legislativas genéricas del Congreso: su representatividad, su colegialidad, su apertura y la naturaleza no especializada de sus integrantes. La viabilidad del modelo activista al cual se ajusta notoriamente el Congreso resulta por tanto cuestionada”*¹⁵. La conclusión evidente es que el Congreso, incluso en los Estado Unidos, no ha sido diseñado para gobernar. Y como dice Sartori: *“... dos poderes gobernantes son una receta segura para el mal gobierno”*¹⁶.

¹⁵ Michael L. Mezey, “La legislatura, el Poder Ejecutivo y políticas públicas” en James A. Thurber (org.), *La democracia dividida. Cooperación y conflicto entre el Presidente y el Congreso*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1995, p. 135.

¹⁶ Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 187.

4.2. LOS PODERES CONSTITUCIONALES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

De lo antedicho ya se infiere que las atribuciones del Poder Ejecutivo serán bastante limitadas para lograr la gobernabilidad del sistema. A los efectos de calificar la aptitud para gobernar analizaremos algunos parámetros universalmente aceptados para tal efecto. En primer lugar, veremos con qué poderes proactivos y reactivos cuenta el Presidente. Se llaman poderes proactivos aquellos que permiten provocar cambios en el sistema, alterando el *statu quo*; mientras que poderes reactivos son aquellos que permiten mantener el sistema en su estado actual, evitando alteraciones en el *statu quo*.

Entre los primeros se cuentan: 1) la posibilidad de legislar por decreto; 2) la definición del presupuesto; 3) la convocatoria a referéndum y plebiscito, y: 4) el control de la agenda legislativa.

En nuestro caso, el Presidente no tiene posibilidad de dictar decretos leyes, decretos de necesidad y urgencia o recibir delegación legislativa para regular materias privativas del Congreso. Como se advierte, existe una variedad de opciones merced a las cuales el Poder Ejecutivo puede, en ocasiones, ejercer funciones legislativas, y en el estudio comparado de las constituciones de Latinoamérica surgen ejemplos de cualquiera de estos tres casos. En nuestro país, durante la vigencia de la Constitución de 1967 el Poder Ejecutivo podía dictar decretos leyes, mientras el Congreso estuviese en receso; actualmente esa facultad ha desaparecido y recordemos que el mismo Art. 3° prohíbe expresamente la delegación de atribuciones entre poderes del Estado, por lo que queda excluida cualquier posibilidad al respecto.

En cuanto a la definición del presupuesto¹⁷, quien tenga el control del mismo tendrá un gran poder político ya que de éste depende la posibilidad de adoptar medidas y de llevar o no adelante el programa de gobierno. La iniciativa casi siempre es atribución del Poder Ejecutivo, pero esa facultad resulta vacua si el Congreso puede modificar el presupuesto a su antojo; es por eso que en muchos países el Poder Legislativo tiene importantes limitaciones a los cambios que puede introducir. En algunos casos no puede aumentar lo montos asignados a los rubros o no puede elevar el monto total de los gastos; en otros puede hacerlo pero sólo si contempla nuevas fuentes de ingresos para cubrirlos; en ocasiones las modificaciones al presupuesto requieren mayorías especiales; finalmente, en otros casos si el tratamiento del presupuesto no se hace en tiempo, rige el presentado por el Poder Ejecutivo. El caso del Paraguay se inscribe entre aquellos donde las facultades de modificación por parte del Legislativo son irrestrictas, con el agravante de que, de hecho, el Presidente de la República ha perdido la facultad de vetarlo por hacerse imposible el cumplimiento de los plazos para el tratamiento del veto¹⁸. La conclusión a la que se arriba es que: *“El Presidente se encuentra más debilitado en lo que respecta a la elaboración del presupuesto cuando el Congreso puede modificarlo sin ningún tipo de restricción, como sucede en Argentina, Bolivia, Guatemala, Honduras, Paraguay y México, aunque en este último el Congreso no puede crear gastos nuevos una vez promulgada la ley del presupuesto”*¹⁹.

En cuanto a la convocatoria a referéndum y plebiscito, su función primordial radica en que con estos instrumentos el Presidente de la República puede, si su proyecto de gobierno se

¹⁷ Algunos autores incluyen esta circunstancia entre los poderes reactivos y no entre los proactivos.

¹⁸ Juan Carlos Mendonça Bonnet, op. cit., p. 45 y sigtes.

¹⁹ J. Mark Payne et al, op. cit., p. 209.

viere obstaculizado por el Congreso, implementarlo con el apoyo popular, gracias a alguno de estos mecanismos de democracia semidirecta. Cuando ellos están a disposición del Poder Ejecutivo de manera amplia se considera que son un eficaz elemento de presión sobre los legisladores para obtener la aprobación de sus propuestas, así como para lograr la reafirmación de su legitimidad popular. El poder del Presidente es débil si no puede convocarlos por sí mismo, o si no son vinculantes. En cuanto a lo que sucede en nuestro país, señalemos en primer lugar, que la Constitución sólo contempla la posibilidad del referéndum en su Art. 121, por otra parte, dicho referéndum se decide por ley y puede o no ser vinculante, según lo disponga el Congreso. Consecuentemente, en el sistema paraguayo la convocatoria a referéndum no es poder que entre dentro del ámbito de las atribuciones del Presidente de la República, no cuenta, pues, como poder proactivo.

En relación al control de la agenda legislativa, en el caso paraguayo, la única incidencia que el Presidente puede tener es la declaración de urgencia de un proyecto que ha tenido su iniciativa en él (Art. 210); facultad que en nuestro caso apenas si ha sido utilizada, debiendo señalarse que el pedido de urgencia se halla limitado a tres proyectos por período legislativo.

Pasemos ahora a los poderes reactivos, entre los que generalmente se cuentan: 1) el veto, y; 2) la iniciativa exclusiva.

En cuanto al poder de veto, el sistema paraguayo se halla entre los más débiles del continente ²⁰. En efecto, la fuerza y eficacia del veto depende de la mayoría que se exige al Congreso para rechazar el veto planteado por el Poder Ejecutivo, cuanto mayor sea esa mayoría exigida, el veto tendrá mayor fortaleza, ya que el Legislativo tendrá mayores

²⁰ Juan Carlos Mendonça Bonnet, op. cit., p. 49.

dificultades para sobreponerse al veto. Dichas mayorías varían entre dos tercios de los miembros del congreso (veto con mayor fuerza), dos tercios de los presentes, tres quintas partes de los presentes y mayoría absoluta. El Paraguay se encuentra entre estos últimos, donde el rechazo del veto no presenta grandes dificultades para el Poder Legislativo. Señalemos que en algunos países como Ecuador el poder de veto es tan fuerte que no permite el tratamiento del proyecto vetado durante el mismo período legislativo²¹.

El Presidente de la República tampoco goza de iniciativa exclusiva más que en el caso del presupuesto, lo cual, desde luego, es común a todas las constituciones. Por consiguiente, se puede afirmar que tampoco goza de una relevante facultad a este respecto.

Sobre estos poderes reactivos, concluida la comparación entre los diversos países de Latinoamérica, dice Payne: “*Por último, los poderes reactivos son más débiles en Venezuela, Honduras, Nicaragua y Paraguay*”²².

Así, pues, terminado el análisis de los poderes proactivos y reactivos del Presidente de la República, la conclusión es que carece de todos ellos, salvo el pedido de urgencia de tratamiento de proyectos de ley, que, por otro lado, resulta el menos valioso de todos, al punto que ha tenido escasísima utilidad. Así, el nivel de poderes proactivos y reactivos es de lo más bajo que se pueda concebir. En el análisis de Payne, donde cada poder tiene una calificación, en la suma total el Paraguay obtiene un puntaje de apenas 3, cuando el promedio es de 7,6. A modo de ejemplos, señalemos que el Brasil tiene un puntaje de 11, Chile 12, Argentina 7, Uruguay 7; correspondiéndole el puntaje más alto a

²¹ J. Mark Payne et al, op. cit., p. 204.

²² *Ibíd.*, p. 217.

Ecuador con 14,5 puntos²³. Como corolario se concluye, sin temor a equívocos, que el Presidente de la República del Paraguay se encuentra entre los más débiles del continente desde el punto de vista de las atribuciones constitucionales que le permitirían gozar de un razonable margen de gobernabilidad.

4.3. LA RELACIÓN ENTRE EL CONGRESO Y EL PODER EJECUTIVO

A nadie escapa que un punto crucial de la gobernabilidad en los sistemas presidenciales depende del modo en que se resuelven las tensiones inherentes a la relación entre el Congreso y el Presidente de la República. Según explicábamos en un trabajo anterior²⁴, esa relación de tensión surge primordialmente por los siguientes motivos: 1) ambos tienen la misma legitimidad de origen; 2) el Presidente le debe su cargo al electorado y no al Congreso (como sí sucede en el sistema parlamentario); 3) El Presidente tiene un “reaseguro de permanencia” que hace que sólo pueda ser destituido por el Congreso previo juicio político, lo cual implica un procedimiento difícil con mayorías muy calificadas; 4) El Poder Ejecutivo no se comparte con el Congreso (régimen de “ganador único”), a diferencia del sistema parlamentario donde esto sí sucede al producirse la conformación del gabinete.

Así, resulta extremadamente frecuente en todos los sistemas presidenciales que las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo no sea de coordinación y cooperación, sino de

²³ *Ibíd.*, p. 216.

²⁴ Juan Carlos Mendonça Bonnet, “Del sistema presidencial al sistema parlamentario”, en Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude (org.), *Comentario a la Constitución de 1992. T. II – Homenaje al Décimo Aniversario*, Asunción, Edición de la Corte Suprema de Justicia, 2002.

enfrentamiento -al que algunos llaman “congénito”, porque surge en su propio origen-; en el mejor de los casos la relación será al menos de “competencia” entre los dos poderes. Esta situación conduce casi siempre al estancamiento de las relaciones, con lo cual, en aquellos regímenes en los que el Ejecutivo es muy dependiente del Legislativo, éste bloqueará toda iniciativa de aquél, provocando, de esta manera, un claro estado de ingobernabilidad ante la incapacidad de adoptarse medidas eficaces por parte del gobierno. El fenómeno es universal y no se trata de una característica propia de las democracias Latinoamericanas. En efecto, incluso los Estados Unidos no han escapado al problema, al punto que se han propuesto soluciones radicales, como la que cita Lijphart: *“Para salir de un impasse, ´en una sola ocasión por cada mandato, el Presidente podrá disolver el Congreso y convocar nuevamente elecciones al mismo para terminar la legislatura. Si así fuera, el Congreso, con el voto mayoritario de ambas Cámaras emitido dentro de los 30 días siguientes a la decisión del jefe del Estado podría convocar otras elecciones a Presidente y vicepresidente durante el resto de la legislatura que tendrían lugar al mismo tiempo”*²⁵. Como puede advertirse, la situación de estancamiento es tan frecuente en todos los sistemas presidenciales que se sugieren correcciones que terminan por alejarlos del sistema presidencial, para acercarlos notablemente a uno parlamentario.

Al analizar la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo, Nohlen y Fernández llegan a la conclusión de que: *“Más que un sistema de ´contrapesos´ la relación entre el PE y el PL se convirtió en una relación de ´mutuo bloqueo”*²⁶.

²⁵ Arend Lijphart, *Las democracias contemporáneas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1999, p. 90.

²⁶ Dieter Nohlen y Mario Fernández, “El presidencialismo latinoamericano: evolución y perspectivas”, en Dieter Nohlen y Mario Fernández (ed.) *El*

En realidad es por todos conocido el hecho de que el principal problema de gobernabilidad de los sistemas presidenciales radica en la relación entre estos dos poderes; y que la situación se agrava hasta adquirir ribetes catastróficos en ciertas ocasiones, provocando estados de crisis tan graves que terminan con la caída del Presidente o con el atropello inexorable del Congreso, tal como ha ocurrido recientemente en Bolivia, Venezuela y Ecuador, por poner sólo los casos más dramáticos. La situación es realmente grave cuando el Presidente se ve obligado a gobernar con un Congreso en el cual no tiene mayoría, sino que, por el contrario, la oposición hace mayoría ya sea en una o en ambas cámaras. Esto es lo que se ha dado en llamar la “democracia dividida”.

Un presidente con mayoría contraria en el Congreso, según Pasquino, se enfrenta a cinco posibles inconvenientes: “1. *pausa en la toma de decisiones; ni el Presidente ni el Congreso consiguen producir políticas públicas que desean y bloquean recíprocamente las respectivas iniciativas; 2. un alto nivel de conflicto político; 3. una legislación inadecuada, fruto de contratos y compromisos; 4. una legislación excesivamente costosa, porque los contratos y los compromisos deben satisfacer a una multiplicidad de actores dotados de poder de veto; 5. intentos de violación de esquemas que, para el Presidente, pueden desembocar en apelaciones retóricas, mediáticas, populistas y, para el Congreso, llegar a bloquear también las nóminas presidenciales, que no tienen nada que ver con la legislación, y la amenaza del impeachment, ...*”²⁷

presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, 1998, p. 119.

²⁷ Gianfranco Pasquino, *Sistemas políticos comparados*, Buenos Aires, Bononiae Libris, 2004, p. 129/130

En el período democrático nuestro Presidente ha tenido siempre un Congreso opositor, aunque más no sea porque alguna facción del partido Colorado ha votado sistemáticamente con la oposición. Algunos opinan que una situación así resulta ser mejor para el sistema democrático, ya que evita la concentración de poder y el Poder Ejecutivo debe obrar bajo un más eficiente sistema de control, al tener la oposición una rama del poder. Esto puede ser cierto en teoría, pero la práctica –y sobre todo la de Latinoamérica- ha demostrado que provoca enfrentamientos que siempre terminan en el inmovilismo, o sea con gobiernos ineficientes, incapaces de adoptar medidas o de sostenerlas, lo que equivale a la ingobernabilidad. Como ejemplo corriente vemos en los diarios que alguna de las Cámaras del Congreso no ha podido sesionar o no ha tratado algún tema por falta de quórum, lo cual es, obviamente, una estrategia ordinaria de bloqueo.

En todas partes es frecuente que la oposición provoque intencionalmente ese inmovilismo, con el objetivo de desprestigiar al Presidente en ejercicio y lograr, así, la pérdida de votos para el partido que lo sostuvo, estimulando de este modo la alternancia en el poder. En nuestro país es notorio que este es un recurso corrientemente utilizado, atendiendo a que no ha habido alternancia por más de sesenta años y, por consiguiente, la oposición se siente con el derecho de apelar a todo tipo de estrategia para inducir la caída de la ANR (partido Colorado). En otras palabras, creo que la actitud de bloqueo se explica por la frustración y la ansiedad de alternancia. El fenómeno no es una perversión exclusiva de las democracias débiles, o si no, véase lo que ocurre en los Estados Unidos, donde se afirma que: *“Cuanto más tiempo controle cada partido ya sea el Congreso o la Casa Blanca sin muchas perspectivas de*

tomar el control de la otra institución, mayor será la intensidad de la confrontación entre ambos poderes”²⁸.

En el Paraguay el bloqueo se ha extendido hasta otros órganos constitucionales. Por ejemplo, la mayor parte de los miembros del Consejo de la Magistratura han fenecido en su mandato hace más de un mes, y estando designados sus sucesores, éstos no han podido asumir el cargo porque el Senado (mayoritariamente opositor) se niega a recibirles el juramento ante la presunción de que el Ejecutivo tendría demasiada influencia sobre los nuevos integrantes del Consejo. Con tal motivo el Consejo de la Magistratura sesiona actualmente de manera ilegal, con personas que ya no pertenecen al mismo. Esto, obviamente, rebasa la función de control para ser lisa y llanamente de bloqueo. Como ya hemos dicho, el bloqueo es un mal pernicioso muy extendido, al punto que en Estado Unidos se ha dicho: *“Como quiera que uno considere el gobierno dividido, a muchos les parece evidente que la disposición ‘bipartita’ contribuyó a un incremento del partidismo en la década de 1980. ‘No quiero volver a ver gobierno dividido en lo que me queda de vida’, declaró el senador Robert C. Byrd, Democ-Virginia Occidental, cuando era jefe de la bancada mayoritaria en el 100º Congreso. Su opinión refleja el enfrentamiento partidario y el conflicto legislativo-ejecutivo que caracterizaron gran parte de la formulación de políticas en el curso de la década”²⁹.*

Es importante señalar que si bien el gobierno dividido y sus corolarios, el bloqueo y la ingobernabilidad, son

²⁸ Walter J. Oleszek, “El contexto de la formulación de políticas en el Congreso”, en James A. Thurber (org.), *La democracia dividida. Cooperación y conflicto entre el Presidente y el Congreso*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1995, p. 115/116.

²⁹ *Ibíd.*, p. 113.

frecuentes en todos los sistemas presidenciales, no es menos cierto que en algunos casos representan un problema más grave que en otros. En primer lugar, si la forma de estado es federal, el bloqueo tiene menos relevancia que en un estado unitario, ya que en el primero muchos problemas se resuelven en la instancia inferior, por lo que no se extienden al ámbito nacional. En los estados unitarios toda cuestión debe resolverse en el máximo nivel y, consecuentemente, siempre termina afectando a la nación entera; el conflicto, por tanto, se magnifica. En segundo lugar, en países con alto grado de institucionalización y con pocos problemas socioeconómicos, el bloqueo puede no ser más que parte del juego político por el poder, con poca incidencia en el bienestar de la población; pero en países como el nuestro, el bloqueo puede llevar al estancamiento, a la recesión económica, a altos índices de desempleo en una sociedad sin asistencia social eficiente, con muy graves consecuencias para las clases más necesitadas y, a la larga, a desembocar en conflictos extremadamente graves.

En suma, el gobierno dividido con un Presidente de un color y un Congreso de otro color, llevan frecuentemente al bloqueo de las iniciativas del Poder Ejecutivo, lo cual provoca la ingobernabilidad del sistema. Así lo afirma claramente Alvarez: *“El presidencialismo genera tendencias al inmovilismo o bloqueo del sistema político: sucede que el presidencialismo tiene elección independiente de los integrantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. De esta forma, se presenta la posibilidad de la existencia de gobiernos divididos o de minoría; esto es, gobiernos en los que el titular del Poder Ejecutivo no cuenta con una mayoría parlamentaria que acompañe su programa de gobierno. Dado que la gobernabilidad requiere las voluntades del Ejecutivo y de la mayoría parlamentaria, el ejercicio de la función gubernamental se bloquea, sin poder resolverse hasta la*

finalización de los mandatos de los legisladores o del Presidente. Esto lleva al ejercicio de facultades legislativas por parte del Presidente como forma para-constitucional de desbloquear el sistema”³⁰.

Los políticos deben comprender que la ingobernabilidad inducida por la mera ambición de poder finalmente no resulta en beneficio de nadie y que lo único que hace es poner en riesgo a todo el sistema democrático. Por el bien de todos, pues, es fundamental resolver el problema del conflicto entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Las recetas dentro del marco de un régimen presidencial no son secretas ni numerosas. La primera es fortalecer al Poder Ejecutivo de tal manera que cuente con los mecanismos necesarios para superar el bloqueo. Esos mecanismos pueden ser la facultad de dictar Decretos Leyes, la atribución de convocar a plebiscito o referéndum vinculantes, un mayor control del presupuesto, y en general aquellos poderes proactivos y reactivos a los que nos referíamos en el numeral 4.1 de este trabajo. Han optado por esta salida, la Argentina, el Brasil, Chile (con la Constitución heredada de Pinochet), Venezuela; probablemente también lo hagan Bolivia y Ecuador³¹ que tienen en proyecto nuevas constituciones. El problema que presenta esta solución es que propende a lo que los argentinos han llamado el “hiperpresidencialismo”, esto es, una peligrosa concentración de poder en el Presidente de la República, que puede derivar en la tentación de caer en un régimen autoritario. La otra complicación que acarrea es que el aumento de poder de parte del Ejecutivo fatalmente agudiza todavía más el conflicto con el Legislativo, si el gobierno tiene minoría en el Congreso; así, con las facultades de desbloqueo el Ejecutivo podrá superar situaciones concretas, pero el conflicto

³⁰ Juan José Álvarez, op. cit., p. 36.

³¹ De hecho, la actual Constitución de Ecuador ya cuenta con la mayoría de los mecanismos referidos.

entre ambos poderes seguirá instalado y, eventualmente agravado.

El otro camino para evitar la ingobernabilidad es concertar alianzas internas en el Congreso. Si bien esta parece ser la mejor vía, hay que señalar que también tiene inconvenientes. En primer lugar, las estadísticas no favorecen, ya que son infrecuentes los casos en que las alianzas hayan resultado sólidas y duraderas en un sistema presidencial³². Las buenas alianzas son propias de los sistemas parlamentarios y esto responde a cuestiones estructurales insuperables. En efecto, el Presidente de la República no depende de la indisolubilidad de la alianza para su permanencia en el cargo, a diferencia de lo que ocurre con un Primer Ministro para quien la extinción de la alianza significa su destitución. De allí que las alianzas en los sistemas presidenciales tengan un carácter eminentemente electoral, con pocas probabilidades de mantenerse luego de elegido el Presidente. Sin embargo, las alianzas deben ser mantenidas a toda costa en los sistemas parlamentarios porque su desintegración acarrea la caída del gobierno y, casi con toda certeza, la disolución del Parlamento; consecuencias que nadie que esté en el poder quiere enfrentar. Un Presidente de la República, con o sin alianza, seguirá en el cargo, lo cual relativiza la importancia de la concertación. En el caso del Paraguay, desde el advenimiento de la democracia se han dado alianzas que no han tenido un resultado positivo. La primera se concretó entre el Presidente Wasmosy y el Dr. Domingo Laíno (líder principal, en aquella época, del PLRA), que se denominó “pacto de gobernabilidad”. Como ya hemos dicho antes, muy

³² Estudios recientes indican un cierto crecimiento del sistema de alianzas en Latinoamérica, no obstante, se halla lejos de tener la solidez de las concertaciones de los regímenes parlamentarios; salvo el caso de Chile, donde sí funcionan eficazmente, pero, hay que decirlo, por las peculiaridades históricas y políticas de ese país.

poco efecto surtió para mejorar la gobernabilidad y, en realidad, lo que hizo fue permitirle al Presidente concluir con su mandato frente a los desafíos de una parte del ejército, a cambio de una cuota de poder en la Corte Suprema de Justicia y en el Poder Judicial. Posteriormente surgió la alianza que provocó la caída del Presidente Cubas y la asunción a la presidencia de Luís Angel González Macchi. De dicha alianza se apartó enseguida el PLRA (Partido Liberal Radical Auténtico) pero continuó en ella el PEN (Partido Encuentro Nacional), al que la permanencia en dicha alianza le costó un precio tan alto que hoy se ve amenazado con la extinción. Para situaciones coyunturales la ANR (Asociación Nacional Republicana) ha logrado alianzas con el PPQ (Partido Patria Querida) -para la aprobación de la reforma fiscal-, con el PPS (Partido País Solidario) y con facciones del PLRA -para elección de autoridades en el Congreso y otros órganos-. En todos los casos el costo de la alianza ha sido muy alto para la oposición. El PPS, por ejemplo, a partir de entonces ha padecido una crisis difícil de superar que ha derivado en sucesivas deserciones de sus cuadros directivos más importantes. El PPQ recibió críticas tan severas que nunca más realizó alianza alguna con la ANR. Los miembros del PLRA que concertaron alianza fueron sancionados por su partido y, es posible que no vuelvan a ocupar bancas en el próximo Congreso. En suma, ningún partido ha sacado provecho de sus alianzas con la ANR, sino todo lo contrario, por lo que no parece probable que nuevas alianzas vuelvan a concertarse con él³³. Salvo que se den cambios muy radicales en la idiosincrasia de la clase política y también del electorado, las alianzas con el actual partido de gobierno (ANR), serán muy mal consideradas. Si los partidos que hoy se hallan en la oposición formasen una

³³ Para ser justos tenemos que decir que la única alianza que funcionó fue la concertada a principios del presente período, para destituir a los ministros de la Corte Suprema de Justicia; pero fue muy puntual y con una cuota de ventaja preestablecida para todos sus partícipes.

coalición en las próximas elecciones es predecible que funcione como una mera alianza electoral, y que no se mantenga unida luego en el Congreso para otorgarle al Presidente la gobernabilidad requerida. Es de presumir que la concertación funcione como en la mayoría de los sistemas presidenciales, esto es, servirá para ganar una elección y se desarticulará al poco tiempo por desavenencias en la distribución de las cuotas de poder que cada uno pretenda o, incluso, por problemas de fondo, ya que en esta ocasión la alianza debería congregarse a actores políticos ideológicamente incompatibles. Si este panorama se hiciese realidad, los problemas de gobernabilidad serán todavía más graves que los actuales.

La tercera solución al enfrentamiento entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo pasa por modificar el sistema de elección de los miembros de aquél. En efecto, el sistema de representación proporcional fomenta el fraccionamiento y favorece, por consecuencia, al gobierno dividido. La cuestión relacionada a los sistemas electorales es extremadamente compleja y delicada, por lo que escapa a las posibilidades de este trabajo, de manera que nos limitaremos a apuntar a continuación algún tema de reflexión. Acerca de lo sensible que puede resultar la cuestión de decidir entre un sistema de mayorías al estilo inglés y uno proporcional al estilo francés, basta con recordar lo que dice Sartori: *“La alternativa puede enunciarse como sigue: Los sistemas representativos siguen dos patrones principales [...] el tipo inglés sacrifica la representatividad del Parlamento a la necesidad de un gobierno eficiente, mientras que el tipo francés sacrifica el gobierno eficiente a la representatividad del Parlamento [...] [y] no es posible construir un sistema representativo que a la vez cumpla completamente la función de funcionar y la función de*

representar”³⁴. La disyuntiva que nos propone Sartori es, como puede verse, de muy difícil decisión³⁵.

Está generalmente admitido que de entre los sistemas proporcionales, el D’Hont es de los que menos favorece a los partidos chicos, sin embargo, es todavía de los que fomenta el pluripartidismo. Una opción sería, pues, utilizar un sistema de mayoría o algún otro sistema de representación proporcional que beneficie un régimen bipartidista, ya que en estos casos, si bien no existe garantía de un gobierno con mayoría en el Congreso, al menos facilita su obtención. Los sistemas de mayoría no tienen por finalidad lograr un Congreso que refleje la distribución de los votos, sino que buscan un vencedor indiscutible, con un gobierno fuerte; cuyo modelo paradigmático es el inglés. Se trata generalmente de distritos de un solo representante, con sistema de doble ronda electoral; en algunos casos con voto alternativo, lo cual significa que el elector enumera a los candidatos en el orden de su preferencia. Este voto alternativo, de acuerdo con Sartori, es un sistema de mayoría que propicia el voto por diferentes partidos³⁶. Dentro del sistema de mayorías también existe la modalidad del “premio” o bonificación, según el cual al partido que tenga mayor cantidad de votos le corresponderá un porcentaje especial de escaños, como por ejemplo, las dos terceras partes, mientras que el tercio restante se le adjudica al partido que hubiese obtenido el segundo lugar. Este mecanismo conduce inexorablemente a un formato bipartidista. La bonificación puede variar, provocando sólo una pequeña mayoría para el

³⁴ Giovanni Sartori, op. cit., p. 66.

³⁵ Para un análisis exhaustivo de las ventajas y desventajas de los sistemas de mayoría y de representación proporcional, ver Sartori, op. cit., p. 66-76. Asimismo, ver C. R. Aguilera de Prat y Rafael Martínez, *Sistemas de gobierno, partidos y territorio*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 53 y sigtes.

³⁶ Giovanni Sartori, op. cit. p. 18.

vencedor, como sería, por ejemplo, si el premio permite al vencedor alcanzar el 55% de los escaños. Este mecanismo tiene la ventaja de que no sólo asegura una mayoría, sino que también alienta los procesos de coalición. En efecto, la bonificación estimula fuertemente las alianzas electorales ya que sólo el vencedor se hace acreedor del premio. Como consecuencia, “... *los partidos que participan aliados en una elección difícilmente se ven como adversarios, y porque se supone que la alianza electoral se transforma en una alianza gubernamental, dando lugar a gobiernos de coalición. Lo conveniente de esta presión unificadora es que –a diferencia de la presión unificadora del sistema plural- está basada en el interés y la conveniencia*”³⁷.

Otro mecanismo para evitar la fragmentación consiste en el sistema de “umbral”, esto es, en requerir un porcentaje mínimo para ser admitido en la contienda. Nuestra Ley 834/96 establece una suerte de “umbral” en su Art. 78.c), pero por ser el mismo extremadamente bajo, no puede decirse que tenga verdadera incidencia en el sistema electoral.

Digamos, finalmente, que la gobernabilidad se podría ver favorecida con la eliminación de una de las cámaras del Poder Legislativo, ya que cuando hay dos cámaras el Ejecutivo tiene que duplicar la labor de coordinación a fin de obtener el acuerdo para la implementación de sus políticas; con un Congreso bicameral también se duplica el riesgo de tener un gobierno dividido. En general, a los efectos del bloqueo, la oposición sólo necesita de una de las cámaras. En nuestro caso el bicameralismo que tenemos puede considerarse como “endebles”³⁸, por las siguientes razones: 1) tenemos un estado unitario y no federal, que por consiguiente no requiere representación de Estados o Provincias; 2) la población es

³⁷ Ibídem, p. 20.

³⁸ Arend Liphart, op. cit., p. 113.

pequeña; 3) no hay división de funciones entre las dos cámaras y apenas si existen cuestiones privativas de una u otra cámara. Según la terminología de Sartori podría, pues, calificarse como un bicameralismo “irrelevante”.

4.4. EL SISTEMA DE PARTIDOS

Según tenemos dicho, el otro condicionante de la gobernabilidad es el sistema de partidos. Empecemos por caracterizar lo que se entiende por tal. Según Nohlen el “sistema de partidos” es la composición estructural de los partidos políticos de un Estado, y los elementos tratados comúnmente por los investigadores son los siguientes: “a) el número de partidos; b) su tamaño, c) la distancia ideológica entre ellos; d) sus patrones de interacción; e) su relación con la sociedad o con grupos sociales; f) su actitud frente al sistema político”³⁹.

En nuestro país los partidos con representación en el Congreso son seis, por lo que se considera un pluripartidismo moderado. Su tamaño varía considerablemente entre la ANR que ha conseguido en ocasiones obtener más de la mitad del electorado y el PEN que a esta altura apenas representa una fuerza electoral. Atendiendo a la tipología de Sartori podríamos decir que sólo cuatro son partidos “relevantes”, a saber: ANR, PLRA, PPQ y UNACE, ya que únicamente estos poseen potencial para gobernar, ya sea juntos o coaligados. Todos ellos son, por otro lado, potencialmente “compatibles” desde una perspectiva ideológica para formar coaliciones; en efecto, la distancia ideológica entre los partidos del Paraguay es mínima, dado que todos pueden calificarse como partidos de centro - algunos un poco más a la derecha y otros a la izquierda, pero ninguno en los extremos-; tampoco se declaran partidos de clase y ninguno representa claramente los intereses de grupos, salvo,

³⁹ Dieter Nohlen y Mario Fernández, op. cit., p. 184.

en alguna medida, el PPQ que tiene cierta vinculación con la Iglesia Católica y con grupos empresarios. De hecho, difícilmente puedan ser considerados “partidos ideológicos”, son más bien “pragmáticos”, y la ANR es un caso claro de “partido de masas”. El grado de polarización es, pues, casi inexistente y la dinámica es centrífuga ya que todos tienden hacia el centro del espectro.

Sus patrones de interacción son frecuentemente de conflicto y de poca colaboración o de alianzas perdurables; incluso entre los mismo partidos de oposición se advierten rivalidades que no pocas veces provocan pugnas. Lo llamativo es que los antagonismos internos de los partidos algunas veces ocasionan divisiones difíciles de superar; el caso extremo está dado por la escisión del movimiento UNACE, que luego de una violenta lucha interna terminó por separarse de la ANR para constituirse en partido político.

La relación de los partidos políticos con la sociedad ha sido habitualmente distante, ya que no cumplen función cívica alguna y solo apelan a sus afiliados en tiempos electorales, para abandonarlos posteriormente; tienen sí un importante sistema prebendario del que disfrutan sólo aquellos que son considerados como operadores políticos de cierta importancia. Su actitud frente al sistema político es, en general, la de la búsqueda implacable del poder⁴⁰, por lo que se hallan dispuestos a echar mano de cualquier astucia con tal de mantenerse en él o de alcanzarlo cuando no lo tienen; esto frecuentemente ha llevado a implementar la estrategia de la conspiración como

⁴⁰ Esteban Caballero los califica como Estado-céntricos, en razón de que “la lógica del poder se basa casi única y exclusivamente en la toma del aparato del Estado”. Ver Esteban Caballero “Partidos políticos y sistema electoral, en Alejandro Vial (ed.), *Cultura política, sociedad civil y participación ciudadana. El caso paraguayo*, Asunción, CIRD, 2003, p. 264.

método de acceso al poder. Todos consideran que el botín más preciado es la presidencia de la República, sin advertir que, tal como está diseñado el sistema, el premio resulta no valer el empeño; salvo, claro está, que el objetivo sea obtener ventajas ilegítimas de la detentación del poder.

Ya hemos dicho que la ciencia política ha venido sosteniendo sistemáticamente que los regímenes presidenciales funcionan mejor con un sistema bipartidista, por lo que en nuestro caso sería conveniente que los partidos concertaran alianzas sólidas y duraderas en base a programas e idearios comunes, para caminar hacia absorciones o fusiones que conduzcan a la existencia de sólo dos partidos fuertes. Esto va a permitir una mejor gobernabilidad para el partido que acceda al gobierno, así como un mejor ejercicio del poder de control para aquel que quede en la oposición; la alternancia, además, se verá favorecida, ya que es de suponer que con sólo dos partidos políticos grandes las fuerzas se dividirán de manera pareja, con lo que el acceso o la pérdida del poder dependerá de la gestión cumplida. Esta división pareja de fuerzas se presume en base a los antecedentes electorales de los últimos tiempos, ya que la ANR –antes de la secesión de UNACE- representaba poco más o menos que el 50% del electorado⁴¹; la oposición unida representa pues, de manera aproximada, la otra mitad.

Otra característica resaltante de nuestros partidos políticos es que tienen un alto grado de indisciplina, favorecido incluso por la cláusula constitucional que prohíbe el “mandato imperativo” (Art. 201); indisciplina que claramente conspira contra la gobernabilidad del sistema. Esta indisciplina partidaria

⁴¹ Para la elección de convencionales constituyentes la ANR obtuvo un poco más del 50% de los votos. En las elecciones del año 1998 llegó al 53%. Y en las elecciones de Vicepresidente de la República, la oposición unida gana por cerca del 1%. Todo lo cual indica que las fuerzas se hallan muy emparejadas.

llega al extremo de que ciertos miembros del congreso se pasan de un partido a otro durante el mismo período legislativo o crean bancadas independientes.

Los estudios especializados señalan que los partidos fijamente enraizados en la comunidad son los que tienden a mantenerse estables y que cuanto menos arraigados están, mayor es su volatilidad. El fenómeno ha podido observarse en relación al PLRA, en el sentido de que el largo período de dictadura no logró hacerlo desaparecer, a pesar de su proscripción y persecución. Por el contrario, el PEN se ha desintegrado rápidamente luego de dos derrotas electorales. Lo llamativo del PLRA es que, a pesar de su crecimiento luego de la apertura democrática, no ha sido capaz de concitar el atractivo de todo el electorado opositor, dando así lugar a la constante aparición de otros partidos que no representan una alternativa ideológica necesaria.

Como se puede ver, el sistema de partidos tampoco favorece a la gobernabilidad, sino todo lo contrario. Sin embargo, no existen razones estructurales insuperables para que esto continúe siendo así, ya que, fundamentalmente, no hay un número exagerado de partidos y sus diferencias ideológicas son tan tenues que no puede hablarse de una polarización dura. Hay sí razones socioculturales que pueden significar un obstáculo más difícil de superar para lograr una transformación positiva del sistema de partidos.

5. CONCLUSIÓN

El diseño institucional que tenemos en nada favorece a la gobernabilidad del país, puesto que todos los factores importantes conducen, más bien, a la ingobernabilidad. En efecto, estamos en presencia de un sistema presidencial con un

Presidente extremadamente débil desde el punto de vista de sus atribuciones constitucionales, sin poderes proactivos ni reactivos. Tenemos un Congreso con mayoría opositora y con atribuciones suficientes para bloquear cualquier iniciativa del Poder Ejecutivo, provocando así el inmovilismo e impidiendo la toma de decisiones o la implementación de programas, sin que el sistema contemple remedios para esta situación. El sistema de partidos, finalmente, tampoco es el más compatible con un sistema presidencial y, además, las características peculiares de los partidos, los políticos y la forma de hacer política, tampoco favorecen, en modo alguno, a la gobernabilidad. En consecuencia, si no se adoptan medidas eficaces para corregir el estado de cosas descrito, es de suponer que la ingobernabilidad podrá empeorar con el correr del tiempo, poniendo incluso en peligro la estabilidad del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA DE PRAT, C. R. y MARTÍNEZ, Rafael. *Sistemas de gobierno, partidos y territorio*, Madrid, Tecnos, 2000.

ALCÁNTARA, Manuel *Gobernabilidad, Crisis y Cambio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ALCÁNTARA, Manuel *Sistemas políticos de América Latina*, Madrid, Tecnos, 2003.

ALVAREZ, Juan José *Crisis de Gobernabilidad y Control en la Argentina*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2007

ARBÓS, Xavier y GINER, Salvador. *La Gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Madrid, Siglo XXI de España Editores S.A., 2002.

BOBBIO, Norberto *Liberalismo y Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

CAMACHO, Emilio y LEZCANO CLAUDE, Luis (ed.), *Comentario a la Constitución de 1992 – Homenaje al Quinto Aniversario*, Asunción, Edición de la Corte Suprema de Justicia, 1997.

CAMACHO, Emilio y LEZCANO CLAUDE, Luis (ed.), *Comentario a la Constitución de 1992. T. II – Homenaje al Décimo Aniversario*, Asunción, Edición de la Corte Suprema de Justicia, 2002.

COLAZO, Carmen *Los partidos políticos en el Paraguay. Estructura interna*, Asunción, CIDSEP, (sin fecha de publicación).

GINER, Salvador y SARASA, Sebastián (ed.), *Buen gobierno y política social*, Barcelona, Ariel, 1997.

LIJPHART, Arend. *Las democracias contemporáneas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1999.

LINZ, Juan J. *La quiebra de las democracias*, Madrid, Alianza Universidad, 1996.

LINZ, Juan J. y **VALENZUELA**, Arturo (ed.), *Las crisis del presidencialismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

MENDONÇA, Daniel y **LACHI**, Marcello. (ed.), *Perspectivas constitucionales. Diseño constitucional y gobernabilidad democrática*, Asunción, Arandurá Editorial, 2006.

NOHLEN, Dieter y **FERNÁNDEZ B**, Mario (ed.), *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, 1998.

PASQUINO, Gianfranco. *Sistemas políticos comparados*, Buenos Aires, Bononiae Libris, 2004.

PAYNE, J. Mark. et al, *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2003.

PRATS I CATALÁ, Joan. et al, *Diagnóstico Institucional de la República del Paraguay*, Asunción, PNUD, 2002.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005

THURBER, James. A. *La democracia dividida. Cooperación y conflicto entre el Presidente y el Congreso*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1995

VIAL, Alejandro (ed.), *Cultura política, sociedad civil y participación ciudadana. El caso paraguayo*, Asunción, CIRD, 2003

LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACIONAMIENTO CON LA LEY EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN

Enrique A. Sosa Elizeche

SUMARIO: 1. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL. 2. LA DELEGACIÓN DE PODERES O FACULTADES. POTESTADES JURISDICCIONALES, ADMINISTRATIVAS Y LEGISLATIVAS. 3. REGLAMENTOS. 3.1. CONCEPTO. 3.2. GENERALIDAD DECRECIENTE DE LAS NORMAS. 3.3. FORMAS DE PODER NORMATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN. 3.4. CLASES DE REGLAMENTOS. 4. LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. 5. RESERVA DE LA LEY. 6. LA REGULACIÓN POR LEY EN NUESTRA CONSTITUCIÓN. 7. ÓRGANOS CON POTESTADES PARA DICTAR REGLAMENTOS EXTERNOS.

LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACIONAMIENTO CON LA LEY EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN

Enrique A. Sosa Elizeche

1. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

En nuestro sistema constitucional de carácter rígido y de tinte presidencialista se da una marcada diferencia en las funciones de los poderes del Estado: El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. El Art. 3° de la Constitución consagra esa división del “gobierno” en forma tripartita, en un “sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control”. La expresión “gobierno” está tomada en su sentido lato y no en el uso restringido que se da al término como equivalente a la actividad administrativa, propia del Poder Ejecutivo, en toda su extensión, desde los llamados “actos de gobierno” o “políticos”, de gran trascendencia, a los actos de más simples consecuencias.

Así, de acuerdo a la Constitución, al Poder Ejecutivo le corresponde fundamentalmente la administración general del país (Art. 238 inc. 1), al Poder Judicial le compete decidir en los actos de carácter contencioso (Art. 248) y al Poder Legislativo le corresponde, principalmente, realizar la tarea legislativa, vale decir la creación de normas de carácter general, obligatorias para todos los habitantes, las leyes (Art. 202 inc. 2). Esa tarea la realiza el órgano legislativo con una gran dosis de autonomía y discrecionalidad, sólo limitada por las superiores normas establecidas en la Constitución, tanto en su letra como en su espíritu. La actividad legislativa o legisferante se halla rodeada de un procedimiento establecido en la propia Constitución que comienza con la iniciativa y, luego de un proceso de formación

y revisión en el que intervienen ambas cámaras legislativas, culmina con la sanción y la posterior promulgación de la ley (Título II, Capítulo I, Sección 2 (Art. 203 y siguientes).

Debe recordarse que así como la actividad legislativa se halla condicionada sólo por las normas constitucionales, tanto la actividad administrativa como la jurisdiccional, además de someterse a la Constitución, están sometidas a la ley.

La división de funciones, sin embargo, no es absoluta. El Poder Judicial realiza también una tarea administrativa, si bien en su régimen interno, así como puede participar en la formación de la ley mediante la iniciativa que le corresponde en virtud del Art. 203 de la Constitución. También el Poder Ejecutivo participa en la formación de la ley a través de la iniciativa, que en algún caso le corresponde con exclusividad (Art. 216). Debe advertirse que para parte de la doctrina, tanto la iniciativa como la promulgación, no son propiamente actos legislativos (sin embargo tampoco son actos administrativos y mucho menos jurisdiccionales). En tanto que el Poder Legislativo también realiza tareas administrativas en cuanto a su régimen interno y le corresponde asimismo una importante actividad jurisdiccional en lo referente al juicio político que, conforme al Art. 225 de la Constitución, se desarrolla en el ámbito de dicho Poder.

Por esa razón, cuando se quiere identificar la naturaleza de un acto estatal, debe atenderse, no al órgano del cual emana sino al contenido del acto. Si éste es legislativo, tendrá ese carácter aún cuando emane de un “poder” distinto del legislativo, toda vez que la norma superior permita ese desplazamiento. Lo mismo cabe decir de los actos jurisdiccionales y de los administrativos. Debe atenderse a la sustancia de los mismos más que al órgano que los dicta.

Insistimos por tanto en que, si bien existe una división de poderes, a ello no acompaña precisamente una estricta división de funciones, existiendo sólo un predominio de determinadas funciones en cada uno de los poderes del Estado. La separación de poderes no es absoluta. Las funciones que encomienda la Constitución a cada órgano no son, en su totalidad exclusivas ni excluyentes¹. Por eso se ha hablado de colaboración o armonía entre los poderes, sin desmedro de la independencia de cada uno de ellos. Cuando nos referimos a “poderes” estamos refiriéndonos a los *órganos* establecidos en la Constitución con esa denominación: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, porque, como se ha señalado, “el poder del estado es uno solo y lo que se divide no es el poder sino las funciones del poder”².

2. LA DELEGACIÓN DE PODERES O FACULTADES

2.1. POTESTADES JURISDICCIONALES, ADMINISTRATIVAS Y LEGISLATIVAS

Cabe preguntarse si, aún cuando la Constitución en nuestro sistema tiene un carácter rígido, no flexible, el sistema como tal, al no consagrar en forma absoluta funciones no exclusivas ni excluyentes, permitiría la delegación de los poderes otorgados por la Constitución o por las leyes. Ello conduciría a un desplazamiento de competencias o facultades de un Poder a otro o de un órgano a otro, dentro del mismo Poder.

¹ Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, T.VIII, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1963, p. 7.

² Bidart Campos, German S., *Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1969, p. 699.

En la actividad jurisdiccional dicha delegación no es posible ya que la potestad de conocer y decidir en actos de carácter contencioso le corresponde con exclusividad al Poder Judicial, salvo en el caso previsto en la propia Constitución que es el del juicio político. Esa exclusividad está consagrada en el Art. 248 de la Constitución cuando dispone, al referirse al Poder Judicial, que “sólo este puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso”.

En cuanto a la delegación de funciones en la *actividad administrativa*, esta es una cuestión que ha sido objeto de opiniones dispares en la doctrina del Derecho Administrativo, ya que estamos hablando de la delegación administrativa y no de la delegación de orden político o de facultades constitucionales.

En realidad nos encontramos ante una confusión de carácter semántico, sobre el significado mismo de la expresión delegación que, si bien es una figura común en el derecho privado, no lo es tanto en el derecho público.

Así, en ese orden de ideas, algunos autores exigen la autorización expresa para delegar³ en tanto que otros admiten la delegación, salvo norma legal o reglamentaria en contrario⁴.

Por su parte Marienhoff, al referirse a la delegación, señala “Es un instituto excepcional dentro del orden jurídico: no constituye un instituto general dentro del derecho público siendo por ello que para su procedencia se requiere una norma que la autorice expresamente, no procediendo en el supuesto de silencio de la norma. Pero tal exigencia es para el caso de una

³ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Editora Martín Bianchi Altuna, p. 192.

⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, p. 212, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

efectiva “delegación” de competencia, no para la descentralización ni para la simple imputación de funciones”⁵.

“No obstante hay conformidad en doctrina acerca de que la 'delegación' procede, aun sin norma que la autorice, cuando se trate de una mera prórroga de competencia de carácter preparatorio, que no excluya el examen ulterior del asunto por el órgano superior. Pero, como bien se ha dicho, en estos casos no puede hablarse de una verdadera y propia delegación, sino más bien de la delegación de algunas funciones particulares que no alcanza a derogar la competencia del superior, ya que, en último análisis, el negocio o asunto vuelve a su sede u órgano natural, que es quien resolverá en definitiva. Este supuesto de delegación no requiere fórmulas solemnes, ni ser realizada en forma expresa. Puede resultar implícita o virtual a raíz de que el órgano superior consienta dicha intervención o actuación del órgano inferior”⁶.

Otros autores distinguen entre delegación de competencia y delegación de firma⁷. Según esos autores la llamada delegación de firma tendería solamente a descargar al delegante de una parte de su tarea material permitiéndole designar una especie de apoderado o mandatario. Esta figura no sería una verdadera delegación en sentido jurídico y por ello el acto se entendería emanado del delegante.

⁵ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo –Perrot, Segunda Edición actualizada, 1990, p. 579.

⁶ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Editora Abeledo-Perrot, Segunda Edición, 1990, p. 580.

⁷ André de Laubadère y otros, *Traité de Droit Administratif*, Tomo I, París, Editorial L.G.D.J., 14^a. Edition, p. 667; Manuel María Diez, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, p. 133; Parada, Ramón; *Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, Quinta edición, p. 38.

En el mismo sentido, otro autor español distingue la delegación de la encomienda o encargo jurídico- público que se trataría de una “encomienda de gestión” en la cual el sujeto encomendado o delegado no ejerce ninguna competencia propia sino la competencia de otro sujeto; en consecuencia esa figura no supone ningún cambio en el orden objetivo de competencias, ya que estas siguen atribuidas al órgano u organización delegante. Se trata de una “delegación para el ejercicio de determinadas competencias”. En la legislación española para esta encomienda de gestión basta con un decreto⁸.

En *la actividad legislativa*, cuya función consiste en la creación de normas de carácter general, ella está encomendada por la Constitución al Poder Legislativo en el Art. 202. A partir de ella, ¿puede esa actividad legislativa ser delegada por el legislador a otro poder del estado?

Se ha señalado que la delegación de poderes en las constituciones rígidas, como la nuestra, no puede ser admitida porque significaría modificar la distribución de competencias que la propia ley fundamental ha establecido; dicha delegación no sería válida, salvo que la propia Constitución la autorizara. Para Bidart Campos, la delegación o el traslado de facultades entre órganos de un mismo “poder” es válida, salvo que se trate de facultades privativas, pero cuando se trata de la delegación de un “poder” a otro “poder”, como ser la delegación legislativa del Poder Legislativo al Ejecutivo, ésta no es válida⁹. Admite sin embargo la participación, a modo de “colaboración”, del ejecutivo con el legislativo en el proceso legiferante y afirma que, “el congreso puede ensanchar el ámbito de participación

⁸ Alfredo Gallego Anabitarte, *Lecciones de Derecho Administrativo I, Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Editorial Marcial Pons, p. 108.

⁹ Germán S. Bidart Campos, ob. cit., p. 760.

del poder ejecutivo, amplificando el margen de arbitrio que constitucionalmente le corresponde al segundo en la reglamentación de la ley, como ocurre en los casos en que la legislación solo suministra las pautas más generales, que han de recibir contenido concreto a través del poder ejecutivo”¹⁰. Pero advierte que el órgano delegante debe fijar los criterios generales, mantener el contralor y establecer el término de duración de la delegación, con lo que se trataría, no de una delegación propiamente dicha sino de un “ensanchamiento o ampliación de las facultades de un órgano”.

Debemos acotar que, desde luego, el contralor debe ser mantenido por el Poder Legislativo como una facultad privativa implícita de dicho órgano y que el término de duración puede no establecerse ya que, de todos modos el Poder Legislativo, órgano delegante en este caso, conserva la facultad de derogar la ley que contiene la delegación o autorización en el momento que crea conveniente.

Lo que sí es importante y hasta fundamental, es cuanto menos la fijación de pautas y “standards” generales en la ley habilitatoria, la determinación de los rasgos generales, los principios directivos para que el órgano administrativo o en función administrativa, órgano delegado, de acuerdo a ellos, regule la ley, la complemente administrativamente en forma pormenorizada, en mayor detalle o desarrollo. Se requiere que tales pautas tengan cierto grado de precisión, evitándose las vaguedades excesivas ya que, en general, si bien pueden utilizarse conceptos jurídicos indeterminados, es preciso que éstos sean razonablemente determinables. Ello a fin de evitar que la facultad reglamentaria tenga un carácter excesivamente discrecional, igual al grado de discrecionalidad de que goza el órgano legislativo para dictar la ley. No debe olvidarse que el

¹⁰ Germán S. Bidart Campos, ob. cit., p. 761.

reglamento debe dictarse *secundum legem* ya que el concepto de desarrollo de la ley debe tenerse permanentemente presente.

Si bien el principio de la indelegabilidad de las facultades legislativas por el Poder Legislativo no está expresada en ningún texto de la Constitución, sin embargo, rige el aforismo *delegata potestas non potest delegari*, es decir, los poderes que han sido delegados por el pueblo en la Constitución deben ser ejercidos por el órgano a quien se le otorgó esa atribución y no por otro al cual se le delegue la misma.

Reiteramos que nuestra Constitución, de carácter rígido, no puede ser modificada por leyes ordinarias sino solamente a través del procedimiento constitucional, por lo que el otorgamiento de competencias solamente puede ser alterado por la modificación constitucional.

A juicio de Jiménez de Arréchaga esa imposibilidad de delegar competencias legislativas a favor del ejecutivo se funda en la referida inderogabilidad de la Constitución por leyes ordinarias, en que la voluntad del órgano que se imputa al Estado sólo puede expresarse por el órgano al cual la Constitución atribuye el poder de hacerlo, que ningún poder del Estado tiene la disponibilidad de su competencia ya que esta no se ejerce por derecho propio sino solamente por delegación constitucional y que la distribución de competencias entre los órganos del Estado no se hace sólo en función de la naturaleza jurídica de los actos sino también en función de consideraciones de tipo político¹¹.

En el derecho comparado ha sido muy utilizado el otorgamiento de facultades para dictar normas subordinadas a la ley, ya que se ha sostenido que es impracticable que el Congreso

¹¹ Citado por Segundo V. Linares Quintana, *ob. cit.*, p. 145.

podiera dictara leyes que regularan diversos y variable detalles de administración, lo que haría incurrir a la ley en el vicio de “reglamentarismo”.

La aplicación de esta doctrina ha dado lugar a pronunciamientos de la propia Corte Suprema de los Estados Unidos en la que ella establece limitaciones a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo¹².

Según Dromi, los reglamentos autorizados o de integración son los que emite el órgano administrativo por una habilitación expresa de la ley. Amplía las facultades reglamentarias mediante la autorización del Poder Legislativo.¹³ Para dicho autor, esto no significa *delegación* de la función legislativa sino que se trata de una *autorización* para completar e integrar la ley. La doctrina no cuestiona la constitucionalidad de esa habilitación toda vez que la política legislativa haya sido trazada con claridad, que sea mesurada y que se tenga presente de que se trata de un instituto de excepción¹⁴.

Es evidente que, cuando se trata de situaciones cambiantes, variables, cuyas particularidades la ley no puede prever, es válido que ella habilite expresamente a la Administración para la regulación en una materia determinada y con pautas o principios generales bien trazados en la ley.

Con relación a los reglamentos internos, que algunos autores denominan de servicio, de organización o autónomos, sostienen que ellos devienen del poder jerárquico de la autoridad administrativa y de la potestad de emitir órdenes generales. En

¹² Segundo V Linares Quintana, ob. cit., p. 153.

¹³ José Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 302.

¹⁴ José Roberto Dromi, ob. cit., p. 305.

nuestra opinión, la facultad para dictarlos proviene directamente de la ley que rige la función pública, la cual establece la obligación del subordinado de acatar las órdenes del superior que no fueren manifiestamente ilegales o ilegítimas. Va de suyo que esas órdenes pueden ser dirigidas tanto a un funcionario en particular, referida a una conducta específica, como a la generalidad o a un número indeterminado de subordinados estableciendo órdenes también de carácter general. Pero en la hipótesis de que no existiera tal ley, la autorización provendría en forma implícita del orden jerárquico, de la organización misma del Estado estructurada en la Constitución y en las leyes.

La labor del legislador consiste en el establecimiento de reglas generales, pero esas reglas no pueden contener una fijación de las circunstancias de la ejecución de la ley que pueden ser cambiantes. De ahí que sea necesario otorgar al órgano encargado de administrar la facultad de complementar la ley mediante los reglamentos, facultad en la cual entraría a jugar la discrecionalidad del órgano administrativo, discrecionalidad necesaria para la correcta aplicación de la ley.

Sin duda, como hemos dicho, debe respetarse la zona de reserva de la legislación, de manera tal que la delegación legislativa no puede versar sobre materias que sólo pueden ser reguladas por ley. Asimismo se requiere la observancia, tanto en la ley que delega como en el reglamento que se dicta, de los principios constitucionales o de disposiciones legales o los principios generales del derecho.

Hay coincidencia en que la delegación legislativa es admisible con las limitaciones mencionadas.

3. REGLAMENTOS

3.1. CONCEPTO

El reglamento es el instrumento normativo dictado por la Administración que contiene normas jurídicas generales de carácter obligatorio. La denominación utilizada en nuestro derecho positivo es más variada. Además de la denominación precisa de “reglamento”, puede llevar los nombres de “ordenanza”, “edicto”, “decreto”, “resolución”, etc.

3.2. GENERALIDAD DECRECIENTE DE LAS NORMAS

La generalidad es una característica que va decreciendo en las normas a medida que éstas van teniendo menor importancia formal y material.

En nuestro sistema, en el que la actividad legislativa consiste en la creación de normas generales, debe advertirse que la Constitución contiene normas de carácter muy general sobre todo en lo referente a las declaraciones fundamentales, a los derechos, deberes y garantías. Son un poco más concretas, pero siempre muy generales, en lo referente al ordenamiento político de la república (Parte II), teniendo mayor concreción cuando trata de la estructura y de la organización del Estado (Título 2).

La ley tiene una gran dosis de generalidad, pero sus disposiciones son más concretas que las de la Constitución, en tanto que el reglamento regula con mayor detalle las disposiciones legales, pero siempre dentro de un marco de generalidad.

El proceso culmina con la aplicación de la norma general (Constitución, ley o reglamento) a un caso concreto, en el que la generalidad se extingue.

3.3. FORMAS DE PODER NORMATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN

Se conocen dos formas de poder normativo de la Administración: a) los reglamentos sometidos a la ley en cuanto a su contenido; b) los que tienen el mismo valor de las leyes. No nos referiremos al segundo caso, que implica la delegación legislativa que va a facultar a un órgano de la administración a dictar normas generales *con fuerza de ley*. Tal sería el caso de los decretos-leyes que no están previstos en nuestra Constitución vigente y que dentro de nuestro ordenamiento jurídico no sería posible ese tipo de delegación legislativa. Tampoco nos referimos a la polémica establecida en la doctrina sobre la conveniencia o inconveniencia de ese tipo de delegación. Consideramos que la facultad de dictar leyes no puede ser delegada.

Pero no ocurre lo mismo con la potestad otorgada al órgano administrativo para emitir reglamentos que, aunque son inferiores a la ley y están sometidas a ella (este no es el caso del decreto-ley que tiene el mismo valor de la ley), contienen normas generales de carácter obligatorio.

Se ha sostenido en la doctrina, aunque no unánimemente, que desde el punto de vista material el reglamento es un acto legislativo, un acto-regla, aunque no es una ley desde el punto de vista formal. Pero también se ha advertido que no existe igualdad entre la norma legal y la reglamentaria, ya que tienen diferente eficacia normativa.¹⁵

¹⁵ Enrique Sayagués Laso, *ob.cit.*, p. 121.

Algunos autores afirman que la potestad reglamentaria deviene de la discrecionalidad de los órganos de la administración en el ejercicio de sus facultades, sosteniendo que si los órganos administrativos tienen competencia para decidir los casos concretos según su apreciación, también pueden preestablecer normas generales para resolver el caso particular. Otros afirman que esa potestad radica en la naturaleza misma de la función administrativa, en tanto que una tercera posición señala que ella surge de la atribución expresa de competencia en los textos constitucionales.

Con respecto a la discrecionalidad como fundamento de la facultad reglamentaria, debe observarse que los órganos administrativos no solamente gozan de facultades discrecionales, sino también existen facultades regladas en las cuales la conducta de la administración está prevista detalladamente en el texto legal. Por otra parte uno de los elementos fundamentales para la validez de cualquier acto administrativo es precisamente el de la autorización legal. Sobre el punto señala Sayagués Laso que algunos autores admiten que la atribución de competencia reglamentaria no tiene por qué ser expresa pudiendo estar implícita¹⁶. Opinamos que si se trata de dictar reglamentos externos, la atribución debe ser expresa¹⁷.

Sin duda, la transferencia de la potestad legislativa hecha por el órgano al cual la Constitución le ha concedido dichas atribuciones afectaría al principio de división de los poderes ya que la actividad legislativa es una función inherente al Poder Legislativo.

¹⁶ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., p. 135.

¹⁷ Salvador Villagra Maffiodo, *Principios de Derecho Administrativo*, Asunción, Editorial El Foro, 1981, p. 65.

Nos hemos referido a la existencia de dos aspectos dentro de la potestad de dictar normas generales por parte de la administración. Uno de ellos es la de dictar reglamentos que contienen normas generales de carácter obligatorio pero que están subordinados a la ley ya que constituyen sólo un desarrollo de la misma. El otro aspecto está vinculado a la facultad de dictar normas jurídicas, no subordinadas a la ley sino con el mismo valor de ésta, vale decir, con la misma eficacia normativa de una ley dictada por el Poder Legislativo. En el primer caso existe coincidencia en la doctrina en la posibilidad y en la necesidad de esas facultades. En el segundo, se ha generado una discusión en la doctrina por considerarse por gran parte de ella que viola el principio de división de los poderes. Debe recordarse que en nuestro país tanto la Constitución de 1940 como la de 1967 admitieron la facultad del Poder Ejecutivo de dictar decretos-leyes, vale decir decretos con el mismo valor que la ley, aunque con la posibilidad de ser revisados por el Poder Legislativo. La Constitución vigente de 1992 no contiene ninguna disposición similar, por lo que desde el punto de vista constitucional no existe otorgada dicha facultad al Poder Ejecutivo. Resta determinar si esa facultad, ante el silencio de la ley fundamental, puede ser otorgada por la ley mediante una delegación legislativa. Adelantamos nuestra opinión en el sentido negativo; en nuestro sistema constitucional el Poder Legislativo no puede delegar la potestad de dictar leyes, es decir, la de dictar normas jurídicas con el mismo valor que la ley. Sí puede habilitar o autorizar a la Administración para dictar reglamentos obligatorios subordinados a la ley.

Reiteramos que cuando hablamos de la delegación legislativa no nos referimos a aquella en la cual la ley otorga facultades al órgano administrativo para dictar en determinadas materias regulaciones *con el mismo valor que la propia ley*, como por ejemplo los decretos-leyes. Esta figura no está

admitida en la Constitución vigente por lo que descartamos esa posibilidad.

A lo que nos estamos refiriendo es a otra especie de delegación legislativa para regular detalles de una ley o bien para normar sobre materias que la ley indica, en cuyo caso nos encontraríamos ante la facultad, ya sea de dictar reglamentos de ejecución, en un caso, o bien reglamentos externos, en el otro. Ya hemos dicho que la facultad para dictar reglamentos de ejecución está establecida en la propia Constitución a favor del Presidente de la República por lo que, aún en caso de silencio de la ley, la administración puede regular los detalles para su cumplimiento.

La ley que disponga la delegación del poder de legislar al ejecutivo, en el sentido de dictar normas no subordinadas a la ley sino de un valor igual a éste, será inconstitucional por significar la delegación de poder no autorizada por la Constitución y al mismo tiempo el otorgamiento de poderes extraordinarios, no admitido por el Art. 3° de la Constitución. Como consecuencia de la inconstitucionalidad de la ley delegatoria será también inconstitucional el reglamento que se dicte en base a ella. Se analiza así la forma de delegación para determinar su adecuación a la Constitución, siendo indiferente el contenido del reglamento.

En cambio el reglamento que se dicte en base a una “habilitación” legislativa, para dictar normas *secundum legem*, en cuestiones de detalle para mejor aplicación de la ley, o en cuestiones generales dentro de una materia determinada y con una “política”, adecuadamente descripta, no será inconstitucional. Salvo que el reglamento sobrepasase los límites fijados por la ley habilitante constituyéndose así en una norma directamente ilegal, y como consecuencia inconstitucio-

nal al violar el orden de prelación de las normas establecido en el Art. 173 de la Constitución.

3.4. CLASES DE REGLAMENTOS

A los efectos de determinar las posibilidades o las necesidades de delegación, autorización o habilitación legislativa, es menester individualizar y distinguir diversas clases de reglamentos. Existen múltiples clasificaciones que parten de diferentes criterios, pero nos detendremos en algunas clasificaciones que se relacionan directamente con los vínculos entre el reglamento y la ley. Así, se distinguen los reglamentos subordinados, los autónomos y los delegados. Los primeros, también llamados de ejecución, desarrollan los detalles de una ley específica y se hallan por ende estrechamente vinculados a dicha ley. Los reglamentos autónomos son aquellos que, para algunos autores, puede dictar la Administración en virtud de competencias que directamente le otorga la constitución, independientemente de que exista o no ley. En cuanto a los reglamentos delegados su potestad proviene de la delegación que realiza el Poder Legislativo a favor de la Administración para dictar los reglamentos¹⁸. Para Sayagués Laso, los poderes atribuidos al Poder Legislativo no pueden delegarse, pero admite la hipótesis de la extensión o ampliación por la ley de la competencia reglamentaria de la administración¹⁹.

Villagra Maffiodo clasifica los reglamentos en: a) reglamentos internos, b) reglamentos externos y c) reglamentos de ejecución. Los primeros contienen normas de conducta para los agentes de la Administración, se dirigen a los mismos y son obligatorias para ellos. Los reglamentos externos, por el contrario, se dirigen a la generalidad de los habitantes y les

¹⁸ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., Tomo I, p. 128.

¹⁹ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., Tomo I, p. 128.

imponen mandatos, obligaciones y prohibiciones que deben ser acatados; pueden llevar los nombres de reglamentos, ordenanzas, edictos, decretos o resoluciones; pero, enseña el referido jurista que a lo que hay que atenerse es al contenido y no a la denominación. Si el acto contiene mandatos dirigidos a la generalidad de los habitantes, ya sea de todo el país o de una determinada circunscripción territorial o para materias determinadas, ello constituye un reglamento externo. En lo que respecta al reglamento de ejecución es aquél que detalla y explica el texto legal y establece los medios para su cumplimiento. Como bien señala Villagra Maffiodo, todos los reglamentos ejecutan la ley, pero el de ejecución lo hace en forma más notoria y estricta y agrega que el reglamento de ejecución no puede crear obligaciones o prohibiciones nuevas o extender o agravar las establecidas en la ley²⁰. Debe señalarse que para esta clase de reglamentos, los de ejecución, la Constitución autoriza al Presidente de la República de conformidad al Art. 238, inc. 3) que dispone entre los deberes y atribuciones de quien ejerce la presidencia de la República “participar en la formación de la leyes de conformidad con esta Constitución, promulgarlas y hacerlas publicar, *reglamentarlas* y controlar su cumplimiento”.

Evidentemente, para dictar reglamentos, como para cualquier acto administrativo, se requiere la autorización legal correspondiente, vale decir que esa potestad esté establecida en la Constitución o en las leyes.

Para algunos autores la potestad de dictar reglamentos internos surge de la naturaleza misma del poder de administrar que tiene el Presidente de la República o los órganos que se encuentran en función administrativa, vale decir que provendría del mismo orden jerárquico que se establece en la

²⁰ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., Tomo I, p. 26.

administración. De todas maneras la Ley 1626/00 consagra el deber de obediencia por parte del funcionario público y en ese deber estaría comprendido todo tipo de órdenes, que no fueren manifiestamente ilegítimos, tanto las órdenes individuales dictadas mediante actos administrativos individuales como las órdenes de carácter general dictadas a través de actos administrativos generales, los reglamentos internos.

El problema surge cuando analizamos los reglamentos externos, ya que el carácter obligatorio de sus disposiciones tiene que fundarse en una norma superior, sea la ley o la propia Constitución. Esta última nada expresa al respecto, por lo que sería necesario que la ley autorizara a dictar el reglamento externo. Tiene que existir una autorización legislativa, lo cual consistiría precisamente en una delegación de potestad.

De ahí surge la cuestión referente a la posibilidad de esa delegación de poder en el ámbito de nuestro ordenamiento constitucional. Sobre el punto señala Villagra Maffiodo: “Aplicando rigurosamente el principio según el cual las funciones públicas son indelegables salvo expresa autorización de la norma superior, serían nulos y de ningún valor no solamente los edictos que dictan los órganos de policía de seguridad sino también las resoluciones del Banco Central que reglamentan el régimen monetario, crediticio y bancario, las del Ministerio de Industria y Comercio fijando precios, cupos, etcétera y en general los reglamentos dictados por delegación legislativa sin expresa autorización constitucional”.

“Ante la eventualidad de tamaño desmoronamiento jurídico, la solución que se requiere del jurista no puede ser la rigurosamente formalista sino otra que concilie los principios constitucionales con las exigencias del bien común y la razón suprema de la permanencia y seguridad del ordenamiento

jurídico. En este afán puede recurrirse a la prescripción del Art. 40 CN que prohíbe a todo poder estatal otorgar a otro poder las llamadas *facultades extraordinarias* por las cuales “la vida, la libertad, el honor y la propiedad de las personas queden a su arbitrio”. A *contrario sensu*, estaría permitida la delegación legislativa al P. Ejecutivo o a sus órganos, dentro de *materias definidas y limitadas*. Podría argüirse que no basta que la delegación de una función pública no está prohibida sino que debe estar expresamente autorizada (si no, cualquier órgano estatal podría delegar sus funciones so pretexto de que no le está prohibido hacerlo). Sin negar la fuerza de este argumento, hay que confesar que no hay otro argumento que el expuesto para apoyar la constitucionalidad de los reglamentos delegados en nuestro Derecho público vigente.” El referido jurista admite así la posibilidad, utilizando el argumento *a contrario sensu*, de que esté permitida la delegación legislativa dentro de *materias definidas y limitadas*²¹.

Hay que advertir que si bien para gran parte de la doctrina, el acto reglamentario, creador del reglamento, constituye un acto cuasi legislativo porque en su sentido material contiene normas generales de carácter obligatorio, sin embargo en el orden de prelación de leyes consagrados en el Art. 137 de la Constitución tiene una jerarquía inferior a la ley y por lo tanto se halla sometida a la misma y difiere así de la ley por su valor normativo.

Se ha señalado que la atribución reglamentaria a la administración es de suma importancia dada su extensión misma, al punto que, en lo referente a la regulación normativa de la actividad social, la actividad reglamentaria es cuantitativamente mucho más extendida que la actividad legislativa propiamente dicha. Señalan García de Enterría y

²¹ Sayagués Laso, Enrique, *ob. cit.*, p. 66.

Tomás – Ramón Fernández que no hay “posibilidad alguna de gobernar una sociedad como la actual, cuyas interrelaciones son cada vez mas complejas y sutiles, sin una Administración que asegure el mantenimiento de su supuestos básicos comunes y que disponga para ello de una extensa gama de poderes, uno de los cuales ha de ser, sin duda, según la experiencia universal, tan lejos ya de las razones circunstanciales del “principio monárquico” en que comenzó justificándose, la potestad reglamentaria”²².

Respecto del fundamento de la potestad reglamentaria, los autores citados no la reconocen como un poder propio e inherente de la Administración, sino sostienen que esa potestad o poder reglamentario se sustenta en los poderes otorgados por la Constitución y que si la ley fundamental no precisare nada al respecto, “habría que explicar la titularidad del poder reglamentario en el Ejecutivo en la existencia de una costumbre constitucional inequívoca”²³.

Parte de la doctrina afirma que la facultad reglamentaria corresponde a la administración como consecuencia de facultades inherentes a la misma (principio monárquico). Otra opinión señala sobre la complejidad del proceso de formación de la ley, la cual sumada a la imposibilidad de prever todas las contingencias en la norma legislativa torna práctico otorgar esa regulación de detalle a la administración, con mayor idoneidad técnica para regular esos detalles²⁴.

²² Eduardo García de Enterría, y otro, *Curso de Derecho Administrativo I, Conceptos y Principios fundamentales del Derecho de Organización*, Madrid- Barcelona, Editorial Marcial Pons, Octava Edición, 1997, p. 171.

²³ Eduardo García de Enterría, y otro, ob.cit., p. 172.

²⁴ Manuel María Díez, , ob. cit., p. 109.

Se sostiene en la doctrina la existencia de una categoría de reglamentos como los llamados autónomos, independientes o constitucionales los cuales no requerirían delegación legislativa alguna porque emanarían de facultades establecidas en la Constitución. Se trataría de reglamentos dictados en lo que podría denominarse “zona de reserva de la administración”²⁵.

Algunos autores señalan que la actividad legislativa consiste en la creación de normas “nuevas”, normas innovadoras, novedosas, es decir “derechos o deberes que hasta entonces no estaban contenidos en el orden jurídico vigente”. Expresan que no habría así actividad legislativa cuando se reglamenta una norma o se dictan disposiciones nuevas de acuerdo con otras preexistentes que han surgido de la legislación²⁶.

Refiriéndose a la denominación utilizadas en la doctrina de “legislación en sentido formal”, cuando se dicta una ley, y “legislación en sentido material”, cuando se dictan normas generales y obligatorias, sin forma de ley, (ordenanzas, reglamentos, etc.), señala Bidart Campos, “¿Cómo conciliar entonces, la tesis divisoria cuando se asigna al órgano ejecutivo –en estados donde la constitución le veda asumir funciones legislativas- la facultad de dictar reglamentos generales o decretos reglamentarios, que para la teoría criticada revisten índole substancial de ley? En cambio, si ceñimos la función legislativa a la que produce normas con categoría de derecho nuevo, toda reglamentación que se limita a ejecutar una ley o a producir normas no originales ni creadoras de situaciones nuevas, carece de contenido material legislativo, aunque tenga carácter general y obligatorio, con lo que el órgano ejecutivo se emplaza en un plano mediato de producción jurídica. Salvada

²⁵ Miguel S. Marienhoff, ob. cit. , Tomo I, p. 241.

²⁶ German S. Bidart Campos, ob. cit., Tomo I, p. 706.

así la naturaleza no legislativa de tales actos, el principio divisorio se mantiene incólume, al no asignar a la competencia del poder ejecutivo la emisión de normas con carácter material de ley. Y vice versa, los denominados decretos reglamentarios, ordenanzas administrativas, etc., votados algunas veces por cuerpos legislativos, tampoco tienen calidad de leyes, porque no crean situaciones nuevas”²⁷.

Para el citado autor, los reglamentos que dicta el poder ejecutivo para ejecutar las leyes del Congreso, lo que nosotros denominamos reglamentos de ejecución, constituyen el ejercicio de una actividad subordinada a la legislativa que impide equiparar el decreto reglamentario a la ley, no implican actividad legislativa en sentido substancial porque no crean “derecho nuevo”, solo ejecutan la ley. De ahí que el decreto reglamentario no puede originar situaciones no previstas en la ley, no puede ir más allá de la ley ni restringirla²⁸. Señala que esos reglamentos son actos administrativos, siguiendo la opinión de Bielsa, pero advierte que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de su país, el decreto reglamentario dictado por la autoridad competente y en uso de facultades constitucionales, forma parte de la ley misma²⁹. El sentido de esta expresión se presta a confusión puesto que el reglamento de ejecución no es una extensión de la ley sino un instrumento normativo diferente que contiene un desarrollo de la ley y por lo tanto está subordinado a la misma.

4. LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La competencia. Ya nos hemos referido a las distintas clases de reglamentos y en particular al reglamento de ejecución

²⁷ German S. Bidart Campos, ob. cit., Tomo I, p. 707.

²⁸ German S. Bidart Campos, ob. cit., Tomo I, p. 751.

²⁹ German S. Bidart Campos, ob. cit., Tomo I, p. 752.

cuya facultad para dictarlo, por disposición constitucional, le corresponde al Presidente de la República. En lo que hace al reglamento interno, también hemos señalado que le compete dictar a la autoridad administrativa que tenga subordinados a su cargo. En cuanto al reglamento externo, que contiene disposiciones obligatorias para los particulares, la competencia para dictarlo debe provenir de una norma superior, la Constitución o la ley a las cuales se subordina. En esta clase de reglamentos la potestad para dictarlos no es independiente de la ley. Tampoco es independiente de la ley el reglamento interno ni el de ejecución, pero la facultad para dictarlos se halla en la propia Constitución, para el último, o se halla implícita en la misma estructura jerárquica de la organización administrativa creada por una norma superior.

Debe recordarse e insistirse que se trata de una regulación secundaria y que por ello no tiene el mismo rango que la ley sino que está subordinada a ella. Señalan García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández, quienes denominan “remisión normativa” a este tipo de delegación, que “la remisión debe contener una expresión de contenido delimitado y, cuando suponga entregar a la decisión reglamentaria regulaciones de fondo, la enunciación de los criterios y principios con los cuales puede llegarse a ella; no sería válido, pues, una simple entrega formal, que sería mas bien una simple deslegalización que una remisión,...”³⁰.

Esta remisión o delegación, sí es necesaria cuando se trata de reglamentos externos los cuales van a ser obligatorios para los particulares. Dicha obligatoriedad, de acuerdo con el precepto constitucional en virtud del cual “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe” (Art. 9) surge solamente de la ley o en su defecto del

³⁰ German S. Bidart Campos, ob. cit., p. 264.

reglamento dictado por la autoridad administrativa a la cual la ley le ha otorgado esa facultad de dictar normas obligatorias. En esos casos, como hemos dicho, la ley tiene que establecer principios de regulación o eventualmente otorgar facultad para regular reglamentariamente determinados puntos de la materia que ya está regulada legalmente, aunque en forma más general.

En cuanto al *contenido*, los reglamentos de ejecución o los reglamentos internos tienen una mayor vinculación a la ley ya que la autoridad administrativa debe limitarse al desarrollo de la ley que va a ejecutar, sin modificarla ni alterar su letra ni su espíritu.

Los reglamentos externos también se encuentran sometidos a la ley, pero ésta le otorga a la autoridad administrativa mayor amplitud y discrecionalidad para regularla, siempre dentro de un marco que la ley le fija y en la materia que la ley le señala, por lo que el vacío legislativo en una determinada materia no autoriza a la Administración a colmarlo por vía reglamentaria. Debe advertirse que todos los tipos de reglamentos, en mayor o menor medida, están vinculados a la ley.

Se ha señalado que, aparte de los límites establecidos en la ley que el reglamento no puede sobrepasar, se encuentran el respeto a *los principios generales del Derecho y la interdicción de la arbitrariedad*. (García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, p. 186). Esta es una cuestión vinculada a toda la actividad normativa del Estado, tanto en lo que respecta a las leyes como a los reglamentos. La Constitución consagra la obligación de los órganos del Estado de someterse a la ley; en su Artículo 257 dispone: “Los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley.....” El término “ley” está tomado en su sentido lato, comprensivo de la norma jerárquicamente superior,

la Constitución, a la cual se someten las todas las normas secundarias que se “sancionan en su consecuencia” conforme lo dispone el Artículo 137, que consagra el principio de la supremacía de la Constitución. Ésta a su vez contiene en su Parte I la consagración de principios fundamentales, derechos, deberes y garantías que no pueden ser desconocidos por la norma secundaria.

En cuanto a la *materia reglamentaria*, debe recordarse que la habilitación o delegación legislativa que otorgue al órgano de la administración la potestad de dictar reglamentos debe ceñirse a las actividades en que normalmente interviene la Administración; está excluida la reglamentación de materias ajenas a ella como ser las relativas al derecho privado³¹.

Se requiere que estos límites estén fijados en la ley que autoriza y por lo menos debe fijarse una política o un standard inteligible, pero en todos los casos se ha convenido en que se trata de regulaciones subordinadas a la ley y dentro de límites más o menos estrechos que la propia ley fija.

Corresponde advertir que, en cualquiera de los casos, tanto en el de reglamento de de ejecución como en el de reglamento externo, se trata de un desarrollo de la ley que, como bien se ha señalado, constituye un concepto jurídico indeterminado. Pero lo que ocurre es que el desarrollo de la ley es una cuestión de grados porque una cosa es regular la ley a los efectos de la ejecución detallada de la misma que constituiría en materia del reglamento de ejecución para el cual no se requeriría delegación legislativa ya que la facultad está dada por la propia Constitución. Pero otra cosa distinta sería la remisión por la ley para la regulación por la administración en determinadas

³¹ Conf. Eduardo García de Enterría y otro; ob. cit., p. 191; Dromi, José Roberto, ob. cit , p. 293.

materias. Reitero, que este sería un problema de interpretación y de grados del desarrollo de la ley que, si bien es un concepto jurídico indeterminado, es determinable en el caso concreto³².

Nos hemos referido anteriormente a las limitaciones de la delegación de la potestad legislativa, entre ellas la necesidad de establecer un ámbito determinado y la necesidad de que la ley que delega establezca los principios básicos sobre los cuales se va a regular a través del reglamento, como así también el deber de respetar la zona de reserva de la ley.

No debe olvidarse que el sistema constitucional paraguayo instituye un régimen presidencialista y no parlamentarista, así mismo que es muy distinta la delegación del poder para hacer la ley, de la autorización al Poder Ejecutivo para regular pormenores y detalles para el mejor cumplimiento de aquella.

La posibilidad de la delegación legislativa, en esos términos, ha sido admitida en el derecho comparado³³.

5. LA RESERVA DE LA LEY

Afirma Dromi que el Congreso puede dictar leyes sobre cualquier función de la Administración. La función pública, la organización y el funcionamiento administrativo interno, etc. Expresa el citado autor que "la regulación legislativa de la actividad administrativa comprende muchos aspectos de la organización y funcionamiento administrativos, v. gr., leyes de ministerios, contabilidad, obras públicas, procedimiento administrativo, estatuto del personal civil, demandas contra la

³² García de Enterría, ob.cit., p. 267.

³³ Miguel S. Marienhoff, ob.cit., Tomo I, p.247.

Nación, procedimiento impositivo, etc"³⁴. Este autor sostiene que no existe zona de reserva administrativa que no pueda ser regulada por la ley³⁵.

Fuera de la zona de reserva de la ley, muchas materias pueden ser reguladas por el reglamento toda vez que exista la habilitación constitucional o legislativa. Si la Constitución autoriza al Presidente de la República a reglamentar las leyes, aquel puede hacerlo aunque la ley a ser reglamentada no disponga nada al respecto. Este es el caso de los reglamentos de ejecución.

Hay autores que cuestionan el principio según el cual existe una gran discrecionalidad y autonomía en el órgano legislativo para legislar, el cual podría regular por ley sobre cualquier materia. Estos autores señalan que existen zonas en las cuales no es posible establecer una regulación por medio de la ley; así como hay zonas de reserva de la ley y zonas de reserva de la jurisdicción, existen zonas de reserva de la administración.

Debe advertirse que la Constitución atribuye al Congreso potestades de carácter muy amplio, incluso la de “dictar leyes para la organización de la administración de la República, para la creación de entes descentralizados y para el ordenamiento del crédito público” (Artículo 202, inc. 12). Esta disposición amplía considerablemente el ámbito de la legislación y reduce el de la administración ya que la ley, como establece el citado artículo, puede legislar en materia de organización de la administración a pesar de que la propia Constitución atribuye al Presidente de la República la potestad de dirigir la administración general del país (Artículo 238, inc. 1). Evidentemente la posibilidad de dictar reglamentos autónomos, en materia de administración,

³⁴ José Roberto Dromi, *ob. cit.*, Tomo I, p. 98.

³⁵ José Roberto Dromi, *ob. cit.*, Tomo I, p. 97.

fundada en la posible facultad implícita acordada por la Constitución es de difícil aplicación en nuestro derecho. Reiteramos que la facultad concedida expresamente por la Constitución al Presidente de la República se limita, en el caso que nos ocupa, al reglamento de ejecución. También por las razones que hemos expuesto anteriormente la administración tiene la facultad para dictar reglamentos internos, pero cuando se trata de otro tipo de reglamento, como el reglamento externo que va a contener mandatos y prohibiciones de carácter administrativo para la generalidad de los habitantes se va a requerir autorización legislativa. Así lo enseña el distinguido jurista nacional Salvador Villagra Maffiodo, quien expresa: “Consecuencia necesaria del principio consagrado en la Constitución es que el Poder Ejecutivo y sus órganos no pueden crear obligaciones y prohibiciones sino por expresa autorización legislativa. Hay en ello una verdadera delegación de poder y es por ende también apropiado el nombre de reglamentos delegados, que suele darse a los que de este modo se dictan”³⁶.

Coincidimos en que la actividad legislativa tiene límites y que no puede hablarse de omnipotencia legislativa ni puede dicha actividad violar las zonas de reserva que corresponden a las demás funciones del Estado, pero consideramos que las normas obligatorias sólo pueden emanar de los poderes de la ley o de su delegación.

En el derecho norteamericano se ha señalado que “la línea de demarcación entre las funciones esencialmente legislativas que, de acuerdo con la Constitución, deben ser ejercidas por el Congreso y aquellas que pueden ser delegadas a la rama administrativa del gobierno, es muy vaga, fluctuante y difícil de discernir”³⁷.

³⁶ Salvador Villagra Maffiodo, ob. cit., p. 65.

³⁷ Segundo V. Linares Quintana, ob. cit., p. 171.

6. LA REGULACIÓN POR LEY EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Nuestra Constitución contiene muchas disposiciones en las cuales remite a la ley la reglamentación de derechos o la regulación de organismos del Estado, lo cual forma parte de la “reserva de la ley”.

En primer lugar, el Artículo 3° de la Constitución consagra el principio de la prohibición del otorgamiento de facultades extraordinarias a otro poder ni a persona alguna individual o colectiva. Este es el principio general que restringe entre otras, la actividad legislativa.

Existen varias materias en la Parte I, Título II en que se remite a la ley su reglamentación. Así, el Artículo 4 que regula el derecho a la vida dispone que “la ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo sólo para fines científicos o médicos”; el Artículo 8 dispone la regulación por ley en lo referente a la protección ambiental y los delitos ecológicos; el Artículo 10 reserva a la ley la posibilidad de establecer cargas sociales en favor del Estado; el Artículo 11 sobre la privación de la libertad física; el Artículo 17, incisos 3 y 4 sobre derechos procesales; el Artículo 24 sobre libertad religiosa e ideológica; el Artículo 28 sobre la regulación del derecho a la información; el Artículo 30 sobre el acceso al espectro electromagnético; el Artículo 31 sobre la regulación de los medios de comunicación del Estado; el Artículo 32 sobre la libertad de reunión y manifestación; el Artículo 36 sobre la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada; el Artículo 39 sobre la reglamentación por ley del derecho a la indemnización justa y adecuada; el Artículo 41 sobre el derecho al tránsito y a la residencia y la reglamentación por ley de las migraciones; el Artículo 42 sobre la colegiación

profesional; el Artículo 44 sobre la creación de tributos; el Artículo 51 sobre el régimen del matrimonio y de las uniones de hecho; el Artículo 53 sobre la ayuda familiar; el Artículo 59 sobre el régimen del bien de familia; el Artículo 70 sobre programas de bienestar social; el Artículo 71 sobre la reglamentación de la producción y el uso medicinal de las sustancias estupefacientes y demás drogas peligrosas; el Artículo 79 sobre la creación de universidades públicas o privadas y la determinación de profesiones que requieren títulos universitarios; el Artículo 80 sobre la constitución de fondos para becas; el Artículo 83 sobre las exoneraciones y estímulos para objetos y actividades referentes a la difusión cultural y la educación; el Artículo 86 sobre la protección del trabajo; el Artículo 91 sobre descansos y vacaciones así como tareas insalubres; el Artículo 92 sobre la retribución del trabajo; el Artículo 95 sobre la seguridad social; el Artículo 98 sobre el ejercicio del derecho de huelga; el Artículo 101 sobre las carreras de los funcionarios públicos; el Artículo 102 sobre los derechos laborales de los funcionarios públicos; el Artículo 103 sobre el régimen de jubilaciones en el funcionario público; el Artículo 109 sobre la expropiación; el Artículo 110 sobre derechos de autor y de propiedad intelectual; el Artículo 111 sobre regulación del derecho de opción preferencial en ventas de empresas públicas; el Artículo 112 sobre regulación del régimen económico de los hidrocarburos y otros minerales del dominio del Estado, el Artículo 116 sobre expropiación de latifundios improductivos; el Artículo 121 sobre la reglamentación del referéndum legislativo; el Artículo 123 sobre la iniciativa popular, el Artículo 125 sobre la reglamentación de la Constitución y el reglamento de los partidos y movimientos políticos, el Artículo 129 sobre el servicio militar obligatorio; el Artículo 131, 132, 133, 134 sobre las garantías constitucionales (Inconstitucionalidad, Hábeas Corpus, Amparo).

En la Parte II, Título I, la Constitución exige la participación legislativa en diversas materias. Así el Artículo 148 inciso 4, en la definición de la buena conducta para la obtención de la nacionalidad paraguaya por naturalización; el Artículo 134, sobre las normas sobre adquisición, readquisición, opción de la nacionalidad y suspensión de la ciudadanía; el Artículo 155, sobre adquisición de inmuebles para sedes diplomáticas de Estados extranjeros; el Artículo 157, sobre la fijación de los límites de la capital de la República; el Artículo 158 sobre la creación de servicios nacionales en los departamentos y municipios, el Artículo 159, sobre la creación de departamentos y municipios; el Artículo 160 sobre constitución y funcionamiento de regiones; el Artículo 161, sobre la composición y funciones de las juntas departamentales; el Artículo 164, sobre los recursos y rentas de la administración departamental; el Artículo 168, sobre atribuciones de las Municipalidades; el Artículo 161, sobre las categorías y regímenes de las municipalidades; el Artículo 163, sobre organización de las Fuerzas Armadas; el Artículo 174, sobre la calificación de delitos y faltas de carácter militar; el Artículo 175, sobre la organización de la policía nacional y de otros cuerpos de policía; el Artículo 179, sobre la creación de tributos.

El Título II de la Parte II, que se refiere a la estructura y organización del Estado contiene también varias disposiciones en las cuales se encomienda a la actividad legislativa la regulación de determinadas materias. El Artículo 193, sobre la participación de la mayoría y minoría en las interpelaciones; el Artículo 195, sobre las sanciones por el incumplimiento de la obligación de comparecer ante las comisiones conjuntas de investigación de las Cámaras de Congreso; el Artículo 202, referentes a los deberes y atribuciones del Congreso; el Artículo 203, sobre la iniciativa popular y la iniciativa de la Corte Suprema de Justicia; el Artículo 221, sobre el aumento de la

cantidad de diputados; el Artículo 240, sobre el número y funciones de los Ministros de Poder Ejecutivo; los Artículos 244, 245 y 246, sobre la Procuraduría General de la República; el Artículo 253, sobre el funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados; el Artículo 256, sobre la forma de los juicios; el Artículo 259, sobre los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia; el Artículo 263, sobre incompatibilidades del Consejo de la Magistratura; el Artículo 264, sobre los deberes y atribuciones del Consejo de la Magistratura; el Artículo 265, sobre el Tribunal de Cuentas y sobre la Escuela Judicial; el Artículo 266 y 268, sobre el Ministerio Público, el Artículo 272, sobre la creación de la Policía Judicial, los Artículos 274 y 275, sobre la Justicia Electoral; los Artículos 279, y 280, sobre el Defensor del Pueblo, el Artículo 283, sobre los deberes y atribuciones del Contralor General de la República y el Artículo 287, sobre la regulación de la organización y funcionamiento de la Banca Central del Estado.

7. ÓRGANOS CON POTESTADES PARA DICTAR REGLAMENTOS EXTERNOS

Entre los órganos con potestades para dictar reglamentos externos en nuestro derecho podemos citar a las Municipalidades, a las cuales el Artículo 168 de la Constitución les faculta para dictar ordenanzas, reglamentos y resoluciones con arreglo a la ley. En tal sentido, la Ley N° 1294/87, Ley Orgánica Municipal, regula esa facultad estableciendo principios concretos en el artículo 48 así como en los artículos 18, 39 y siguientes.

Por su parte la Ley N° 222/93, Ley Orgánica Policial faculta a la Policía Nacional a dictar reglamentos y edictos para el cumplimiento de sus fines (Art. 6. inc. 18). El Ministerio de

Industria y Comercio en virtud del artículo 2 inc. c) e i) de la Ley N° 904/63 modificado por Ley N° 2961/06 tiene también facultades para dictar reglamentos externos.

Lo mismo puede decirse de la Ley N° 2426/04 que atribuye a SENACSA (Servicio Nacional de Calidad y Salud Animal) a dictar reglamentaciones sobre la materia de su competencia (Art. 2 y Art. 8 inc c). Igualmente el SENAVER (Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas) tiene similares facultades en el Art. 9 inc c) de la Ley N° 2459/04. Así también CONATEL (Comisión Nacional de Telecomunicaciones) puede dictar regulaciones sobre la materia de su competencia en virtud del artículo 16 inc a) de la Ley N° 642/95.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán S., “Derecho Constitucional”, Buenos Aires, 1969, Ed. Ediar.

BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ed. J. Lajouane y Cia., 1939, Tercera edición.

BIELSA, Rafael, “Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Ed. Desalma, 1959.

DIEZ, Manuel María, “Manual de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1996.

DROMI, José Roberto, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992.

DROMI, José Roberto, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Lecciones de Derecho Administrativo 1, Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización”, Madrid- Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Fernández, Tomás- Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, Ed. Civitas S.A., Octava edición, 1997.

LAUBADÈRE, André de, Venezia, Jean-Claude, Gaudemet, Yves, “Traité de Droit Administratif”, París, Ed. L.G.D.J., 1996, 14^e édition.

LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, Buenos Aires, Ed. Alfa, 1963.

MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1990, Segunda edición actualizada.

PARADA, Ramón, “Derecho Administrativo”, Madrid- Barcelona, Ed. Marcial Pons, Quinta Edición, 1991.

SAYAGUÉS Laso, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, Montevideo, Ed. Martín Bianchi Altuna, 1959.

VILLAGRA MAFFIODO, Salvador, “Principios de Derecho Administrativo”, Asunción, Ed. El Foro, 1981.

**EL ARTÍCULO 7º
DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL:
DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE**

María Sol Zuccolillo Garay de Vouga

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2.1. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE AQUEJAN AL MEDIO AMBIENTE. 2.2. DISMINUCIÓN DE LA CAPA DE OZONO. 2.3. CALENTAMIENTO GLOBAL DE LA TIERRA. 2.4. DEFORESTACIÓN. 2.5. CONTAMINACIÓN DEL AGUA. 2.6. LLUVIAS ÁCIDAS.

EL ARTÍCULO 7º DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL: DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE

María Sol Zuccolillo Garay de Vouga

1. INTRODUCCIÓN

“La tierra no la heredamos de nuestros padres; la tomamos prestada de nuestros hijos”.

El desarrollo humano significa mejora de la calidad de vida, pero esta mejora debe llevarse a cabo sin sobrepasar la capacidad de los ecosistemas naturales para absorber los productos de desecho que generan los seres humanos.

Es necesario que cada individuo advierta que todo lo que daña a la naturaleza daña a las personas y que con nuestra actitud estamos perjudicándonos.

El exagerado crecimiento demográfico está agotando aceleradamente los recursos naturales del planeta y generando mayor contaminación en la medida que el hombre mantiene el crecimiento industrial para satisfacer sus necesidades. Pero resulta que este crecimiento industrial trae consigo: desechos tóxicos de uso doméstico, el efecto invernadero, lluvias ácidas, contaminación de suelos y aguas, debilitamiento de la capa de ozono, etc.

En 1992 se realizó en Río de Janeiro la Cumbre de la Tierra, bajo los auspicios de las Naciones Unidas que puede considerarse como un hito que marcó el despertar de la conciencia ambientalista. Por primera vez, mandatarios de 162

países debatieron sobre los problemas ambientales. Se firmaron varios acuerdos que lastimosamente no fueron cumplidos en su totalidad, algunos por falta de recursos y otros con la excusa de que supondrían un freno al crecimiento económico. De lo mucho que se trató en esta cumbre, dos aspectos llamaron la atención: la aprobación de la Agenda 21 que delinea las acciones a llevar a cabo para garantizar el desarrollo del planeta en términos de sustentabilidad, y el Forum Global que consistió en la reunión paralela de representantes de 11.000 organizaciones no gubernamentales que constituyó un llamado de esperanza y demostró la vitalidad de la iniciativa ciudadana y su compromiso con el futuro del planeta.

2. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE AQUEJAN AL MEDIO AMBIENTE

2.1. DISMINUCIÓN DE LA CAPA DE OZONO

Hasta hace poco no se conocía a ciencia cierta sobre la gravedad que hoy reviste la destrucción de la capa de ozono cuyo agujero ha alcanzado una extensión mucho mayor que el doble de la extensión territorial de los Estados Unidos.

El ozono es un elemento químico compuesto de 3 moléculas de oxígeno y se representa con el símbolo O₃. Puede parecer muy similar al oxígeno que respiramos, pero la verdad es que son muy distintos. Para empezar el O₂, es decir el oxígeno que respiramos, no tiene olor ni color. El O₃ u ozono en cambio tiene color azul y olor intenso.

La capa de ozono que rodea a la Tierra es un gas que absorbe los rayos ultravioletas impidiendo que éstos lleguen a la Tierra con su efecto nocivo.

Esta capa se ubica en la atmósfera entre 19 a 48 km. encima de la superficie de la Tierra y se origina por la acción de la luz solar sobre el oxígeno.

El ozono se encuentra muy desigualmente repartido en las capas de la atmósfera.

La paradoja de la cuestión es que el ozono en la superficie de la Tierra es nocivo para la vida, es venenoso y contaminante y uno de los elementos que produce el “smog”, pero en la estratosfera, el lugar que naturalmente le corresponde, es decir entre 19 y 48 km. de la superficie de la Tierra, forma un verdadero escudo que resguarda nuestras vidas de los rayos ultravioletas provenientes del sol, porque actúa como una pantalla que filtra esos rayos dejando pasar sin embargo la luz visible necesaria para hacer posible la vida en el planeta.

Según investigaciones científicas la capa de ozono se está reduciendo entre un 2% a 3% cada año.

La causa: los rayos ultravioletas que emanan del sol al entrar en contacto con ciertos productos químicos llamados CLOROFLUOROCARBONOS o CFC usados largo tiempo en las industrias de aerosol, de la refrigeración, espuma plástica, solvente y propulsores, originan una reacción química que libera el cloro y bromo que contienen estos productos y se produce la destrucción del ozono.

El CFC actúa permitiendo la entrada pero no la salida de la radiación solar, es decir, como un efecto invernadero que aumenta la temperatura de la Tierra.

Las predicciones científicas apuntan que para fines del próximo siglo, la destrucción del ozono estará en el orden del 3% a 10%.

Para contrarrestar el problema se han tomado medidas prácticamente a nivel mundial, limitando sistemáticamente la producción de gases CFC y creando conciencia en la población sobre el uso de ciertos productos como los aerosoles.

En 1987 varias naciones firmaron en Canadá el Protocolo de Montreal, identificando las sustancias que ocasionan el debilitamiento de la capa de ozono y fijando un calendario para la eliminación gradual de las mismas.

En 1995 las Naciones Unidas han decretado el 16 de setiembre como el día de la preservación de la capa de ozono.

Creen los científicos que de eliminarse por completo la producción de sustancias que destruyen la capa de ozono, el hueco detectado en la Antártica conocido como “hueco del ozono” podría existir hasta el año 2100.

Podemos ver entonces la ironía de la crisis relacionada con el ozono. Allá arriba en la estratosfera, donde lo necesitamos, lo estamos destruyendo, y acá abajo en la troposfera donde es venenoso, lo estamos fabricando.

En algunos países ya se están produciendo cambios climáticos bien perceptibles y que se relacionan directamente con la cuestión de la capa de ozono, como las sequías y epidemias. En Australia, el país que presenta los índices más elevados de cáncer de piel, ha habido un aumento en el número de casos, aunque oficialmente nadie se aventura a sugerir que el

agujero de la capa de ozono sea el responsable directo de esta circunstancia.

El adelgazamiento de la capa de ozono expone a la vida terrestre a un exceso de radiación ultravioleta que puede ocasionar cáncer de piel, cataratas, problemas en el sistema inmunitario, interferir en el proceso de fotosíntesis de las plantas y contaminar el aire.

2.2. CALENTAMIENTO GLOBAL DE LA TIERRA

Debido a la contaminación de la atmósfera por los incendios forestales, la desaparición de vastas extensiones de bosques, la quema de combustibles en las industrias, entre otras causas, nuestro planeta absorbe cada vez más radiación solar y se está calentando en forma alarmante. Sucede que algunos gases, como el bióxido de carbono y el metano, impiden que se disipe el calor que la Tierra recibe del sol, como sucede en un invernadero al quedar atrapado el aire caliente.

Este calentamiento global conlleva un cambio climático al que se han atribuido algunas catástrofes que han venido ocurriendo en varios países como tormentas, ciclones, huracanes, que traen consigo inundaciones, daños a la agricultura y la ganadería.

Por otro lado, en otras regiones, se han acentuado las sequías y temperaturas extremas produciendo la falta de producción en el campo, la muerte del ganado, enfermedades, desnutrición.

Los investigadores han concluido que de no frenarse el problema del calentamiento de la Tierra este fenómeno podría provocar un aumento de la temperatura mundial suficiente como

para ocasionar el deshielo de los polos y, como consecuencia, el aumento del nivel de los océanos afectando las costas de bajo nivel lo que pondría en peligro a millones de seres humanos no solo de ciudades pequeñas, sino también aquellos que habitan grandes urbes, como el caso de Nueva York y Tokio.

Parece ser que la temperatura de la atmósfera ha subido casi 2 grados en los últimos 100 años. Los científicos calculan que de seguir así, en el próximo siglo el aumento puede ser de 5 grados.

Lo que normalmente sucede es que la radiación del sol traspasa la atmósfera, calienta la superficie de la Tierra y luego se refleja y sale al espacio exterior. Sin embargo, la acumulación de gases provoca que las radiaciones solares queden atrapadas en la atmósfera y vuelvan a rebotar hacia la superficie terrestre. El exceso de radiación ocasiona entonces el calentamiento de la Tierra.

Si esto continua creciendo al ritmo actual, la intensidad y frecuencia de los fenómenos meteorológicos serán cada vez mayor.

A las inundaciones del Danubio y el Elba que asolaron a Europa Central durante el verano de 2002, le siguió la ola de calor que dejó en Francia más de 100 muertos en el 2003. En Suiza, el mes de junio del 2004 ha sido el más caluroso en 250 años. El fuego en Portugal ha arrasado el país quemando más de 50.000 hectáreas de bosques.

La ola de calor que sacude a la Tierra era algo que se había previsto ante el calentamiento progresivo del globo, pero los investigadores confiaban que no ocurriera hasta dentro de 20 o 30 años.

Sucede que los países industrializados siguen sin vigilar las emisiones de gases de efecto invernadero provocadas por la quema de residuos como el petróleo, el carbón y el gas.

Si no se frena el cambio climático las altas temperaturas llevarán la escasez de agua a cerca de 3.000 millones de personas en todo el mundo. Crecerán las plantaciones de cereales en detrimento de otros cultivos. Desaparecerá la fauna y flora de muchos ecosistemas y se propagarán las enfermedades tropicales como la malaria.

El Protocolo de Kyoto aprobado en 1997 obliga a 38 países industrializados a reducir para el 2001 sus emisiones de gases invernadero en un 5%. Hasta ahora la reducción ha sido del 3%, incluso en los países que ratificaron el protocolo.

2.3. DEFORESTACIÓN

Habíamos señalado que la deforestación es uno de los factores que desencadenan los cambios climáticos.

Existen aproximadamente 3.500 millones de hectáreas de bosques tropicales en el mundo, que representan un valioso recurso para la humanidad.

En la actualidad entre 14 y 16 millones de hectáreas están siendo convertidas a otros usos, principalmente la agricultura. Entre los principales agentes de este problema, o sea la tala de árboles, se incluyen los agricultores que practican la roza y la quema, los agricultores comerciales, ganaderos, madereros, recolectores de leña y los planificadores de infraestructura.

Entre las condiciones que favorecen la deforestación se cuentan la pobreza, la codicia, la búsqueda de poder, el crecimiento demográfico y el analfabetismo como causas directas. Pero también existen causas indirectas que incluyen políticas gubernamentales inadecuadas, el ansia de tierra, presión del mercado nacional e internacional, instituciones gubernamentales débiles y factores sociales. En el Paraguay a estas causas debemos agregar el aumento de los aserraderos y el contrabando de rollos.

Las consecuencias económicas y ambientales de la deforestación son serias y por ello el fenómeno constituye uno de los problemas más críticos que debe enfrentar la sociedad mundial.

Si bien es imposible detener la deforestación en un futuro previsible, se la puede controlar y minimizar su impacto negativo adoptando medidas tales como la protección y manejo de los bosques restantes, el desarrollo socioeconómico de las áreas rurales y las reformas políticas e institucionales.

De la superficie total de bosques que habíamos señalado en 3.500 millones de hectáreas, 2.000 millones se encuentran en los países en vía de desarrollo y la mayor parte de la pérdida de la superficie forestal es consecuencia directa de la intervención humana en el siglo veinte.

La deforestación es la pérdida permanente de cobertura forestal a otros usos de la tierra como agricultura, pastizales, nuevos asentamientos humanos, infraestructura y embalses. La deforestación tropical se reconoce en la actualidad como uno de los problemas ambientales más importantes que enfrenta el mundo hoy día. Esta deforestación que, en gran parte, fue

ignorada por los países en desarrollo hasta los años 1980, ha recibido más atención en los últimos años.

El problema se agudiza en los países en desarrollo a raíz del círculo vicioso que se crea por el crecimiento poblacional y la pobreza persistente. La mayoría de estos países enfrentan graves problemas en el medio urbano: superpoblación, desempleo, aumento de la delincuencia, escasez de agua potable, contaminación atmosférica y un sistema inadecuado de eliminación de desechos tóxicos.

El impacto catastrófico de la deforestación puede observarse en la acelerada erosión del suelo que conlleva la pérdida de la productividad agrícola, la desertificación acompañada de sequía y hambre, decadencia de la pesca, uso inadecuado de productos agroquímicos y destrucción de humedales.

Para comprender la gravedad del problema hay que entender la importancia que tienen los bosques tropicales. Ellos cumplen un papel fundamental en la conservación de la diversidad biológica puesto que albergan el 70% de las especies de animales y plantas del mundo.

Solo en lo que respecta a especies de árboles, los bosques tropicales son muy diversos y contienen a menudo más de 200 especies por hectárea. Los bosques boreales, en cambio, son mucho más simples desde el punto de vista biológico, pudiendo tener tan solo una especie por hectárea como los pinos en América del Norte.

Los árboles tienen una función vital en la regulación de la atmósfera, ecosistemas y sistemas climáticos. Reciclan el anhídrido carbónico, que ha aumentado en la atmósfera en los

últimos años y se cree que contribuye al calentamiento del globo terrestre. La humedad de los árboles que se escapa al aire contribuye a las lluvias y a moderar el clima. Sus raíces atrapan sustancias nutritivas, mejoran la fertilidad del suelo y también atrapan sustancias contaminantes evitando que entren a los cursos de agua. Fomentan las culturas tradicionales dándoles refugio, madera, alimentos y productos medicinales. Todos estos beneficios se pierden a medida que los árboles desaparecen.

Las raíces de la vegetación ayudan a retener el agua en el suelo, contienen las partículas del suelo y le proporcionan aireación para evitar que se compacte.

La deforestación conduce a otros desastres. Los suelos inestables son más propensos al deslizamiento de tierra. La pérdida de humedad contribuye a la sequía, que a su vez, provoca hambrunas por la disminución en la producción de alimentos. La erosión combinada con la pérdida de la vegetación resulta en la desertización de la tierra. La sequedad favorece la propagación de incendios.

2.4. CONTAMINACIÓN DEL AGUA

El agua es fundamental para todas las formas de vida lo que la convierte en uno de los recursos esenciales de la naturaleza.

Todos los seres vivos pierden agua permanentemente como consecuencia de la respiración y la eliminación de desechos, en el caso de los animales, o de la evaporación, en el de las plantas. Esta agua perdida debe ser renovada con agua limpia y pura del exterior, produciéndose así un continuo intercambio.

La población mundial se ha cuadruplicado en el siglo XX lo que implica mayor consumo doméstico e industrial. Si en el futuro no se racionaliza su uso, la biosfera será incapaz de abastecer de agua potable a todos los seres vivos.

El volumen de agua en el mundo se calcula en 1.360 millones de km.³, es decir, 1.360 trillones de litros. Si dividimos esta cifra por cada ser humano, le correspondería a cada uno 250.000 millones de litros que equivaldría a 400.000 piletas de natación. Con estas cifras el agua aparece como un recurso prácticamente ilimitado. Sin embargo, de esa enorme masa líquida, solo el 3% es dulce y la mitad potable.

Y cuando hablamos de agua potable nos referimos a aquella que es apta para beber y para uso doméstico, límpida e inodora, con algunos gases como aire y sales disueltas en pequeñas cantidades, sin materias orgánicas, gérmenes ni sustancias químicas.

Son muy pocas las poblaciones que disponen de este elemento en cantidad suficiente, ya que su distribución en el mundo es despareja.

Las aguas pluviales no se reparten equitativamente sino que se concentran en zonas templadas y en los trópicos húmedos.

Mientras existen regiones donde se precipitan hasta 5 metros de agua anuales, otras reciben 1.100 veces menos. En consecuencia, alrededor de 2.000 millones de personas viven con escasez de agua y están constantemente al borde de la sequía.

Dijimos que de toda el agua que hay en la Tierra solo el 3% es dulce, y de ésta, solo la mitad es potable.

Además, gran parte de las aguas dulces están bajo forma de hielo o son subterráneas y de difícil acceso. Solo el 0,008% se hallan en lagos y ríos de fácil acceso.

La contaminación del agua es conocida desde la antigüedad. En Roma eran frecuentes los envenenamientos provocados por el plomo de las tuberías que transportaban agua. En las ciudades medievales eran habitualmente sucias y pestilentes y provocaban serios problemas de salud.

Los problemas de agua se centran tanto en la calidad como en la cantidad.

Los primeros en contaminar las aguas son los pesticidas llevados hasta los ríos por la lluvia, y la erosión del suelo, cuyo polvo vuela hacia los ríos o el mar y los contamina.

A la basura producida por el hombre y los escapes de contaminantes industriales, hay que añadir los desechos fabriles echados a los ríos y la polución de las alcantarillas.

Si bien las naciones industrializadas han tenido bastante éxito en el control de la contaminación proveniente de las industrias, siguen teniendo problemas con el agua que viene de los centros urbanos cargadas de todo tipo de elementos.

La situación es muy distinta en los países en desarrollo, donde es deficiente el sistema cloacal y el control de los residuos industriales.

En el continente africano alrededor de 10 países experimentan una severa escasez de agua.

En Méjico se extrae 40% más de agua de cuanto se reemplaza, lo que hace que la tierra se hunda y se maneja la posibilidad de importar agua dulce.

En la ex Unión Soviética el agotamiento de agua de río para la irrigación y para otras necesidades ya ha hecho que el Mar de Aral descienda 2/3 desde 1960.

Los países occidentales industriales han hecho algún progreso al establecer controles sobre la contaminación industrial en particular.

El río Rhin drena una de las regiones más industrializadas del mundo y ha sido foco de importantes esfuerzos por mejorar el tratamiento de desechos industriales. Han vuelto los peces a algunas partes del río de las que estuvieron ausentes por décadas.

Las industrias pueden producir el ingreso de las aguas de sustancias altamente tóxicas: cobre, zinc, plomo, mercurio y otras. Estos metales suelen ser acumulativos, la ingesta repetida de pequeñas cantidades determina al cabo del tiempo altas concentraciones de metales en los tejidos de los organismos.

Estas aguas contaminadas suelen terminar en el mar y gran cantidad de peces de consumo humano se convierten a su vez en agentes tóxicos.

En nuestro país la contaminación de las aguas tiene su origen en la acción del hombre casi en su totalidad. Las

principales zonas de contaminación constituyen las cuencas de los ríos Paraguay y Paraná.

El río Paraguay recibe la descarga de los desagües cloacales y pluviales, desechos industriales de mataderos, curtiembres, aceiteras, hospitales, fábricas de pesticidas y fertilizantes, entre otros.

El río Paraná recibe grandes cantidades de pesticidas, descarga de mataderos, curtiembres, imprentas, olerías, molinos de arroz, etc.

El problema de contaminación de las aguas subterráneas adquiere especial gravedad en el Paraguay donde solamente un 40% de la población cuenta con agua proveída por ESSAP o SENASA y el 60% se provee de pozos y aljibes.

2.5. LLUVIAS ÁCIDAS

Los habitantes de casi todos los países estamos expuestos a unas 500.000 sustancias extrañas al medio ambiente natural, muchas de las cuales invaden el aire que respiramos y son nocivas para la salud.

Estas sustancias se mantienen normalmente en rangos de concentración estrechos gracias a ciertos mecanismos de reciclaje que realiza la propia naturaleza. Sin embargo, la actividad industrial origina tanta cantidad de sustancias extrañas que superan la capacidad del ecosistema para deshacerse de ellos.

La mayor fuente de contaminación atmosférica es el uso de combustibles fósiles como energéticos: petróleo, gas y carbón. Los desechos de su combustión se arrojan a la atmósfera

en forma de polvo, humo y gases. Los dos primeros pueden verse y, en teoría, pueden evitarse. Pero los gases, que son los más peligrosos, no pueden verse y son inevitables.

Los agentes causantes de la acidificación son el dióxido de azufre (SO₂), los óxidos de nitrógeno (Nox) y el amoníaco, provenientes de las emisiones de las grandes centrales térmicas que queman combustibles fósiles, los motores de los coches, las calefacciones, las plantas industriales y el amoníaco aportado en grandes cantidades en el estiércol en zonas con elevado número de explotaciones ganaderas.

Dichas sustancias pueden reaccionar con el oxígeno atmosférico y disolverse en el agua de lluvia, produciendo al caer la llamada “lluvia ácida”.

Una disolución o sustancia se puede clasificar de la siguiente manera:

Ácida pH por debajo de 7

Neutra pH igual a 7 (agua pura)

Alcalina pH por encima de 7

La lluvia normalmente tiene un pH ligeramente ácido, aproximadamente 5.6. Cuando tiene valores de pH menores a 5.6 se le llama lluvia ácida.

En zonas con escasez de precipitaciones se produce la llamada “sedimentación seca”, que consiste en la deposición directa sobre las hojas de los árboles o en el suelo.

También puede suceder que las sustancias contaminantes se mezclan con la niebla produciéndose la “sedimentación oculta”, cuya acidez puede llegar a ser 10 veces superior a la de la lluvia.

El proceso de acidificación se ve influido por un gran número de factores que hacen que los efectos sean variables de unas zonas a otras; entre ellos cabe destacar la sensibilidad de los suelos y de las aguas a la acidez, así como la concentración de las partículas contaminantes.

Donde el nivel de deposición de los contaminantes excede la capacidad tampón del medio, los problemas de acidificación surgen tarde o temprano, irremediablemente. Así surge el concepto de “carga crítica”.

Además, hay que tener en cuenta que dichas partículas contaminantes pueden ser transportadas a largas distancias, lo que supone que el problema de la acidificación no reconoce frontera alguna.

Cuando es el suelo el afectado se reduce la fertilidad de la tierra y se liberan metales que pueden dañar a los microorganismos del suelo encargados de la descomposición, así como a los pájaros y mamíferos superiores, incluyendo al hombre.

En realidad la sensibilidad de cada especie a los contaminantes es variable, pero los grupos más sensibles son los peces, musgos, líquenes y ciertos hongos, algunos de ellos esenciales para la vida de los árboles.

Los elementos contaminantes se introducen en el vegetal y alteran su metabolismo, siendo la fotosíntesis y la respiración los procesos afectados. Como resultado se produce un debilitamiento de la planta que cada vez se hace más sensible a las plagas y enfermedades.

Nosotros mismos nos vemos afectados por los contaminantes, ya sea directamente por el aire que respiramos, como indirectamente, debido a la acidificación del suelo que hace que los tóxicos se introduzcan en la cadena alimentaria.

Otra consecuencia a raíz de este fenómeno es la corrosión y destrucción de la herencia cultural. Las edificaciones y monumentos históricos de varios países europeos están experimentando una acelerada corrosión, como el caso del Museo del Prado en España o el Partenón en Atenas, que ha sufrido en los últimos 30 años más efecto de la corrosión que durante los 2.400 años anteriores.

Todo ello se debe a las emisiones de dióxido de azufre y óxidos de nitrógeno que se convierten en ácidos fuertes que atacan tanto a edificios nuevos como antiguos, siendo los más afectados los que tienen estructura fácilmente degradable, como la caliza o la piedra arenisca.

La lluvia ácida huele, se ve y se siente igual que la lluvia normal, y se podría decir que podemos bañarnos con ella sin sentir un efecto inmediato especial. El daño que produce a las personas no es directo, es más inmediato el efecto de los contaminantes que produce esta lluvia y que llegan al organismo cuando respiramos.

Los efectos de la lluvia ácida en medios acuáticos son más evidentes por cuanto los organismos que en ellos habitan son más vulnerables a las variaciones del pH.

Los organismos adultos pueden ser más resistentes a la acidez pero también se debilitan cuando su alimento es atacado por la acidez y puede mermar la población e incluso desaparecer

¿Cuál es la percepción que tienen los paraguayos de los problemas ambientales?

En una encuesta realizada por la Fundación Moisés Bertoni en 1995, en su mayoría los pobladores del país consideran que existen problemas ambientales. Sin embargo es considerable el número que piensan que no hay o que desconoce su existencia: el 25%. El resultado de la encuesta arrojó el siguiente resultado:

SI 75 % NO 7% NO SABE 18%

En general la población paraguaya percibe que los más importantes son los cuatro siguientes:

- 1) Deforestación
- 2) Contaminación de las aguas
- 3) Basura
- 4) Contaminación del aire

La contaminación del aire y la basura fueron citados por los pobladores de Asunción y zonas urbanas del interior y la contaminación de las aguas y deforestación por los pobladores de áreas rurales.

Preguntados si quién debe solucionar los problemas ambientales, los encuestados opinaron que el principal responsable es el Gobierno Nacional y en segundo lugar las gobernaciones y municipalidades. Un menor porcentaje señaló que la responsabilidad de solucionar los problemas ambientales es de todos.

Ante otra pregunta: ¿existen leyes ambientales? La respuesta fue:

SI 32,9% NO 19,1% NO SABE 48%

Y de las personas que respondieron que las leyes ambientales existen el 82% cree que las mismas no se cumplen.

En general se puede decir que la población paraguaya, en mayor o menor medida, está conciente de la existencia de problemas ambientales y de su relación con otros aspectos como la salud de las personas.

Sin embargo muy poca gente cree que la solución de los problemas debe ser obra de todos, esto es, una responsabilidad más compartida con los sectores gubernamentales, a través de instancias comunitarias como los grupos juveniles o comisiones vecinales.

Pensando en propuestas de proyectos educativos son ejes importantes a tener en cuenta:

- a) las leyes ambientales y sus mecanismos de aplicación
- b) la promoción de las áreas silvestres protegidas
- c) la relación de los problemas ambientales con los problemas sociales y económicos
- d) proyectos de sensibilización e información dirigidos a tomadores de decisión (legisladores, ministros, empresarios, etc.) teniendo en cuenta que finalmente son ellos quienes deciden las políticas sobre el uso de los recursos naturales, pero comprometiendo la participación de los ciudadanos.

Para finalizar diremos que el hombre tecnológico deprimió la naturaleza, explotó sus recursos y la contempló desde la ventana. Hay que cambiar esa mentalidad porque no solo formamos parte de la naturaleza sino que somos la naturaleza.

¿Cómo hacer para que la reducción de la capa de ozono, el efecto invernadero, la desertificación, la contaminación de las

aguas y del aire y tantas agresiones contra el entorno se reviertan? Los grandes problemas del mundo desbordan el hombre moderno. Sin embargo algo se puede hacer. Tomar conciencia y demostrarlo personalmente en la vida cotidiana es el primer paso. Un grano de arena no es una montaña, pero hay montañas de arena...

Sería bueno recordar un párrafo de la carta que el jefe de la tribu Swamish le escribió al Presidente de E.E.U.U. Franklin Pierce en 1855 donde expresaba: “Los ríos son nuestros hermanos, ellos calman nuestra sed. Los ríos llevan nuestras canoas y alimentan a nuestros hijos... Si contamináis vuestra cama, moriréis alguna noche sofocados por vuestros propios desperdicios”.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN DE 1992

FELGUERAS, Santiago, “Derechos Humanos y Medio Ambiente”, Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L.

LORENTE AZNAR, César. “Empresa, Derecho y Medio Ambiente” Barcelona, José María Bosch Editor

VALLS, Mario, “Derecho Ambiental,” Buenos Aires, Mustang Gráfica.

CONSTITUCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA

José Ignacio González Macchi

SUMARIO: 1. LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA. 2. LA CALIFICACIÓN DEL HECHO PUNIBLE ES UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL IMPUESTA AL JUEZ COMPETENTE. 3. LOS REQUISITOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA CALIFICACIÓN DEL HECHO. 4. LA CALIFICACIÓN DEL HECHO Y EL REQUERIMIENTO FISCAL. 5. LA IMPUTACIÓN FISCAL NO DEBE SER CONSIDERADA COMO LA CALIFICACIÓN DEL HECHO. 6. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 7. LOS PRESUPUESTOS DOCTRINARIOS ORIGINALES. 8. CONCLUSIONES.

CONSTITUCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA

José Ignacio González Macchi

1. LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El artículo 19 de la Constitución de la República, introduce las reglas fundamentales respecto “De la prisión preventiva” y expresamente establece: *"La prisión preventiva solo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho efectuada en el auto respectivo"*.

En el volumen anterior de esta obra¹, el ministro de la Corte Suprema de Justicia, *Víctor Manuel Núñez*, al comentar sucintamente sobre éste artículo de la Constitución, refería que nos hallamos ante un *giro copernicano en el orden constitucional*, al sustituir el paradigma de la prisión procesal como “regla”, por la nueva fórmula fundamental que la convierte -desde Junio de 1992- en una “excepción”; modificando así mismo, el antiguo régimen procedimental, estableciendo un límite temporal a la restricción de la libertad personal durante el proceso.

Es en éste sentido, que dicha norma constitucional, sigue comentando más adelante el referido miembro de la Sala Constitucional: *constituye una verdadera valla y necesaria*

¹ Víctor Manuel Núñez, “La Constitución Nacional y el nuevo sistema penal”, en *Comentario a la Constitución*, Tomo II, CSJ, Asunción, 2002, p. 129 y ss.

garantía contra el antiguo e inhumano abuso de la prisión preventiva.

Al respecto, en dicho artículo pueden observarse dos partes preceptivas perfectamente diferentes, dentro de una misma garantía limitante del *ius puniendi* estatal.

En el primer párrafo se hace mención al *principio de indispensabilidad* o de la *necesidad* requerida para el dictamiento de la prisión preventiva. Principios que fueron recogidos por la ley ordinaria, que se ha ocupado de distinguir los supuestos de necesidad de aplicación de la restricción de libertad durante el proceso.

Mientras que en el segundo párrafo, se regula sobre las limitaciones temporales de la aplicación de la medida cautelar. En esta última parte, se hace referencia a la *calificación del hecho*, al efecto de que ésta debe servir de base para el cómputo de la pena mínima establecida por el Código Penal por igual delito².

2. LA CALIFICACIÓN DEL HECHO PUNIBLE ES UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL IMPUESTA AL JUEZ COMPETENTE

En ese sentido, es un imperativo constitucional que para determinar cual es el plazo máximo que una persona puede estar privado de su libertad ambulatoria durante el proceso penal, debe establecerse cual es el hecho típico que se le imputa según la calificación provisional realizada por el Juez interviniente.

Solamente con la calificación provisional del hecho imputado se puede conocer preliminarmente el marco punitivo

² Por delito, entiéndase en forma genérica como hecho punible.

que le correspondería según el caso concreto. El marco penal establece el mínimo y el máximo de la pena aplicable, y con ello, según la norma constitucional, la prisión preventiva de una persona nunca podrá exceder del mínimo de la privación de libertad imponible.

En estos casos, la doctrina discute sobre si la pena en expectativa debe ser considerada en “concreto” o en “abstracto”; ante lo cual, la doctrina mayoritaria, hoy día, propone que la solución más justa para el procesado es la adopción del criterio de la pena en concreto, pues con ello, se delimita específicamente cuál debe ser el tiempo máximo de duración de la medida cautelar restrictiva de libertad contra una persona en el caso concreto³.

Sin entrar a asumir una posición al respecto, exponemos que en la práctica judicial de nuestro tiempo, se han dado ambas soluciones. En algunos casos, se determinó que la expectativa de pena establecida en el marco penal del tipo penal en cuestión es el que debe considerarse en “abstracto”; mientras que en otras circunstancias, fue la expectativa punitiva pretendida por la agencia fiscal interviniente y confirmada por el juez de la causa, la que determinó el marco punitivo aplicable al caso “concreto”.

Lo cierto y concreto es que para que el Juez pueda determinar cual es el plazo mínimo de duración de la prisión preventiva que una persona debe soportar en un caso concreto, debe necesariamente calificar el hecho que se le imputa al procesado.

Una primera noción del cambio de paradigma constitucional a este respecto, se anota claramente al decir que la

³ José Ignacio Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Segunda edición, Ed. Del Puerto, Bs.As., 1998, p. 192 y ss.

Asamblea Nacional Constituyente modificó el criterio establecido en el anterior régimen procesal penal según el cual, el límite temporal de la prisión preventiva era el máximo de la pena aplicable por el mismo hecho, conforme al marco penal.

Puede advertirse que la norma constitucional se halla en consonancia con los distintos marcos penales determinados en el Código Penal al marcar un límite a la aplicación de la restricción de la libertad ambulatoria de una persona durante un proceso penal. Es así como la pena mínima de privación de libertad es de seis (6) meses en los casos mas leves, y aumentando a uno (1), dos (2), tres (3), cinco (5), según el caso, y hasta ocho (8) años para los hechos punibles mas graves. En ese orden, cómo saber exactamente cual sería el límite temporal de la prisión preventiva en un caso concreto, si no se califica previa y provisionalmente el hecho, cumpliendo así con el mandato constitucional.

Puede suceder así mismo, que -aunque la acusación (*del fiscal o del querellante*) requiera que se decrete la prisión preventiva contra un sujeto- la medida cautelar no corresponda porque el hecho imputado no está sancionado con pena privativa de libertad, o cuando procesalmente no se la puede imponer. Sería en casos de Estupro, Injurias, Calumnia o Difamación simple, u otros.

Nuestra jurisprudencia conoce de numerosos casos donde los propios jueces de 1ª Instancia se han equivocado – consciente o indeliberadamente- al momento de decretar prisión preventiva en supuestos cómo los descritos más arriba. Al respecto, encontramos un fallo de la Sala Penal de la C.S.J. en un recurso de casación, al dictar el *Ac. y S. N° 205 del 2 de Abril*

de 2002⁴, por el que se analizaba un hecho punible de Cohecho (y otros), en el cual, una jueza exigió dinero a cambio de dar la libertad a un recluso en régimen de prisión preventiva, que la prevaricante había decretado en una causa sobre Violencia Familiar, "*cuando los hechos punibles que se le imputaban no permitían la aplicación de dicha medida restrictiva, violando de esa forma el Art. 237 del CPP*"⁵.

Por ello, es ineludible al Juzgador, ante quien se requiere dictar la prisión preventiva contra una persona, resolver previamente la calificación del hecho que se le imputa, para luego decretarla; pues, con ello, cumple expresamente lo que la Constitución le impone como función; además de aplicar correctamente lo que el Art. 242 del Código Procesal Penal le exige. Por ejemplo: ante la muerte de una persona, para determinar si el supuesto autor o causante del hecho, debe ser privado de su libertad durante el proceso, debe previamente calificarse provisionalmente su conducta. Se debe conocer *prima facie* si el hecho fue realizado dolosa o culposamente, o si por el contrario se trató de un mero accidente sin imprudencia en el agente. Solamente luego de tal apreciación, se podrá decretar una medida cautelar contra él; o, si no corresponde, se rechazará la pretensión.

3. LOS REQUISITOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA CALIFICACIÓN DEL HECHO

El Art. 242 del Código Procesal Penal regula que "*El juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el*

⁴ Ver transcripción del fallo en *Recurso Extraordinario de Casación*, Vol. I (2001 – 2003), CSJ, Asunción, 2003, p. 340-353.

⁵ Art. 237 del CPP: Prohibición de Detención y de Prisión Preventiva. En los hechos punibles de acción privada, en aquellos que no dispongan pena privativa de libertad o cuando la prevista sea inferior a un año de prisión, no podrá aplicarse prisión preventiva, sin perjuicio de las medidas sustitutivas, que podrán ser decretadas conforme a la naturaleza de cada caso.

imputado, solo cuando sea indispensable y siempre que medien conjuntamente los siguientes requisitos:

1) que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un hecho punible grave;

2) sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible; y,

3) cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación".

En el referido artículo puede verificarse que los tres (3) requisitos enunciados deben darse en forma conjunta en el caso concreto. No obstante, la naturaleza de los requisitos es distinta y exige en consecuencia que el Juez los estudie en forma individual.

Según los dos primeros incisos se exige el análisis del merito sustantivo de la causa con relación al imputado; mientras que en el último, se estudia el peligro procesal de fuga o entorpecimiento de la investigación.

El juez, al dictar la resolución por la cual decreta la prisión preventiva de un imputado, debe considerar, apreciar y exponer su criterio en cuanto a cada uno de los tres requisitos exigidos. Es decir, debe indefectiblemente analizar:

a) si los hechos imputados se sustentan en la existencia de *elementos de convicción suficientes* que constituyen

un *hecho punible grave* (estudio sobre la tipicidad del hecho);

b) si los hechos imputados son *suficientes para sostener razonablemente que el imputado ha sido autor o partícipe* del mismo (estudio sobre la atribuibilidad del hecho a una persona según el grado de participación); y

c) si existe *peligro de fuga o de obstrucción a la investigación* por parte del imputado (estudio sobre el peligro procesal en el caso concreto).

Al dictar su resolución, el juez debe cumplir además con los requisitos del Art. 125 del código de forma relativo a la *fundamentación* exigida a toda resolución jurisdiccional. Por su parte, la *fundamentación* como requisito ineludible está igualmente dispuesta por el Art. 234 del Código Procesal sobre los principios generales de las medidas cautelares.

Por ello, la resolución por la cual, el juez decreta la prisión preventiva debe indefectiblemente calificar el hecho, individualizando al posible autor o partícipe (si es que la calificación preliminar no está ya resuelta en auto anterior), y determinar si existe peligro procesal en el caso concreto.

Tanto la calificación del hecho y de la participación del imputado en el mismo, como el estudio del peligro procesal en el caso concreto, debe realizarse según las normas sobre la *fundamentación* de las resoluciones judiciales (Art. 125 del CPP).

En ese orden, el juez debe analizar el requerimiento fiscal⁶ y los elementos de convicción obrantes en el cuaderno de investigación a partir del acta de imputación (y eventualmente, la posición del querellante), al igual que la posición de la defensa al respecto, y con estos elementos, analizar el caso y decidir fundadamente, expresando los motivos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión, e indicando en forma clara y precisa el valor que le ha otorgado a los medios de prueba arrimados por las partes –*hasta esta instancia procesal*– para resolver la cuestión. Por ejemplo: lo relativo al dolo, culpa o simple accidente; al arraigo; primer ilícito cometido; bienes suficientes para sostener un embargo preventivo alternativo; etc.

Cada uno de los requisitos del artículo 242 del Código Procesal Penal debe ser evaluado conforme a estas normas. El juez tiene, obligatoriamente, que explayarse sobre cada uno de estos requisitos, analizando los hechos y el derecho esgrimido por las partes, valorando los elementos arrimados, y decidiendo, en consecuencia, de manera clara y precisa.

4. LA CALIFICACIÓN DEL HECHO Y EL REQUERIMIENTO FISCAL

El requerimiento fiscal es el que ‘en principio’ debe generar el estudio respecto a la aplicabilidad de la prisión preventiva. Por ello, es menester que el requerimiento sea fundado y que con él, se arrimen los elementos de convicción que el Juez debe evaluar para disponer la medida.

La exigencia de motivación de los requerimientos, dictámenes y resoluciones del Ministerio Público⁷ se condice de

⁶ Doctrinalmente, se discute la potestad del juez de dictar de oficio la prisión preventiva. Ver Alberto Bovino, *Derecho procesal penal guatemalteco*.

⁷ Ver Art. 54 del CPP.

manera directa con el Estado Democrático de Derecho establecido por la norma constitucional y con una concepción de la legitimidad de la función fiscal objetiva, consistente en velar *por la aplicación de la ley y tomando en consideración los elementos de cargo y de descargo en relación al imputado.*

La norma procesal requiere que el Ministerio Público motive los "requerimientos, dictámenes y resoluciones"⁸, ante todo para permitir el control de su legitimidad. La fundamentación de las manifestaciones del fiscal, sirve no solo al imputado para *conocer detalladamente la imputación* sino también para que el juez entienda los motivos y argumentos esgrimidos por el fiscal, para reconocer si es posible o no, otorgar lo requerido conforme a derecho. En este sentido, la fundamentación de la manifestación fiscal, sirve para demostrar el esfuerzo del Ministerio Público en la búsqueda de la aplicación del derecho vigente, libre de toda arbitrariedad.

Por otra parte, la motivación del requerimiento fiscal, es una exigencia sin la cual, se privaría en la práctica, a la parte afectada por la manifestación del Ministerio Público, del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico para oponerse a los mismos, si es que el juez penal no ejercita su función de control del cumplimiento de las garantías constitucionales y legales en relación a las actividades y manifestaciones del fiscal.

Para cualquier sujeto procesal, el juicio o análisis jurídico sobre las diversas cuestiones relevantes a un tema en cuestión, establece el deber de expresar suficientemente los razonamientos jurídicos interpretativos de las normas aplicadas. Aún cuando éstas contengan sólo elementos descriptivos, o conceptos indeterminados, o que concedan cierto ámbito de

⁸ Ver Art. 55 del CPP.

discrecionalidad, igualmente se exige el deber de explicar porqué o cómo se ha concretado el concepto y el preciso ejercicio que se ha hecho de la discrecionalidad.

A todo esto, corresponde hacer notar que en el Derecho Penal, la motivación o explicación concreta del sustento de una tipificación es ineludible cuando debe justificarse la subsunción de los hechos en las normas.

La ausencia de motivación exigida por la ley procesal bastaría para la desestimación y rechazo del requerimiento fiscal, en principio por tratarse de una violación del derecho a la defensa del encausado, puesto que no sabría de qué defenderse; y por otra parte, porque estaríamos ante un retroceso doctrinario inadmisibles, al convertir nuevamente al juez penal en un inquisidor. Pues, si se exige al juez penal que resuelva sobre un requerimiento fiscal vacío de contenido, insustancial o superficial, se le obliga a actuar parcializadamente, volviendo sobre los pasos del trasnochado juez inquisitivo.

Hoy, con la doctrina del nuevo código ritual en materia criminal se procura el más alto grado de garantismo, al delinear las funciones y atribuciones del juez penal, presente durante la investigación fiscal, como custodio de las reglas del debido proceso y del derecho a una adecuada y eficaz defensa en juicio de las personas sometidas a la persecución penal.

Resulta claro que el juez penal no tiene atribuciones para impedir que el Fiscal presente una imputación en contra de una persona (pues estaría lesionando el principio acusatorio), pero al mismo tiempo, sus funciones jurisdiccionales le permiten controlar el debido proceso y el cumplimiento de las garantías procesales de las personas sometidas a su jurisdicción.

5. LA IMPUTACIÓN FISCAL NO DEBE SER CONSIDERADA COMO LA CALIFICACIÓN DEL HECHO

Se ha mencionado en algunos casos penales que la imputación fiscal debe ser considerada como una “suerte” de calificación provisional del hecho, a los efectos procesales.

Nada puede estar más alejado de la verdad y de la correcta práctica judicial, pues la calificación provisional (o definitiva) del hecho punible, entendida como el estudio preliminar (o final) acerca de la tipicidad del hecho y de la conducta punible del supuesto participante del mismo, es una actividad netamente jurisdiccional.

En primer lugar, porque es el juez o tribunal, como órgano judicial imparcial, quien debe realizarlo. Son los jueces quienes administran justicia⁹, y en ese sentido, solo ellos son quienes interpretan y hacen cumplir la Ley. Pensar que lo puede hacer el fiscal, sería ignorar la naturaleza misma de sus atribuciones procesales, marcada por la Constitución en su artículo 268. El fiscal, en el ejercicio de la acción penal, puede proponer al juez o tribunal, la aplicación de la norma jurídica que debe ser adoptada en el caso concreto, pero son los jueces, en definitiva, quienes tienen la jurisdicción, entendida como la potestad de *decir el derecho*.

En segundo término, porque toda persona tiene derecho a la inviolabilidad del ejercicio de su defensa¹⁰; y como un corolario de ello, resulta su derecho a ser *juzgado* por *jueces* competentes, independientes e imparciales. Por tanto, mal podría entenderse que la imputación fiscal debe servir de

⁹ Ver Art. 247 de la CN.

¹⁰ Ver Art. 16 de la CN.

calificación, ni tan siquiera provisional, de los hechos investigados, puesto que es realizado por un funcionario que asume el carácter de parte procesal.

¿Cuál sería la garantía que el fiscal -como órgano judicial requirente, como “dueño” del ejercicio de la acción penal, como ente con potestad de acusar, quien está investigando un hecho punible- planteará una imputación objetiva, si este acto no puede ser controlado por el órgano jurisdiccional verdaderamente imparcial?

La defensa debe tener, y jurídicamente tiene, la posibilidad de oponerse a la imputación del fiscal, cuando el hecho no constituye hecho punible o cuando el imputado no ha participado en él.

No debe entenderse que el “juzgamiento” se da solamente en el juicio oral, sino que las normas del debido proceso, extienden a toda etapa procesal, las garantías constitucionales y legales de las personas. Entre ellas, la posibilidad de que sea aplicado el Principio “in dubio pro reo” en cualquier estadio procesal.

Es sabido doctrinariamente que el *principio del beneficio de la duda a favor del justiciable*, es un corolario de otro Principio fundamental, el de la Presunción de Inocencia. En conjunto, constituyen garantías irrenunciables de todo ciudadano procesado. Así lo entiende también Jorge Enrique Bogarín, cuando en su comentario contenido en el Tomo II de ésta obra, dedica unos párrafos a estos dos principios hermanos¹¹.

¹¹ Jorge Bogarín, “Garantías Constitucionales en el nuevo proceso penal. La Presunción o Estado de Inocencia”, en *Comentario a la Constitución*. Tomo II, C.S.J., Asunción, 2002, p. 53.

Al respecto, el mismo autor destaca que *“este aspecto es de suma importancia ya que una errónea línea interpretativa del pasado [refiriéndose al antiguo sistema procesal del Código de 1890] limitaba la aplicación de la norma a la apreciación de las circunstancias fácticas al momento de la sentencia. Sin embargo, las propias palabras de la ley indican que no es ese el sentido de la disposición, ya que refiere a que los jueces, en supuestos de duda, decidirán SIEMPRE lo que resulte mas favorable al imputado, lo que obviamente refiere a los innumerables supuestos que pueden presentarse a lo largo de los procedimientos y que impliquen decisiones jurisdiccionales.*

Como lo es, sin duda, el momento procesal en el que corresponde la interpretación de los supuestos de aplicabilidad de la prisión preventiva.

En ese orden de ideas, bajo ningún concepto, el acta de imputación fiscal, por sí solo, puede servir de base sustantiva para el dictamien to de la prisión preventiva, puesto que se exige al Juez que lo va a dictar, que estudie el caso concreto y determine si se hallan reunidos los requisitos del Art. 242 del Código Procesal Penal¹².

6. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Si bien es cierto que el fundamento principal de las medidas cautelares, personales o reales, están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia; no es menos cierto, que la aplicabilidad de las mismas se halla limitada por la función procesal para el cual se dictan: a) restringir el peligro de fuga, o b) la posible obstrucción de la investigación por parte del imputado.

¹² Ya se ha explicado como debería actuar el juez penal al resolver sobre la aplicación de alguna medida cautelar restrictiva de libertad.

Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del Procedimiento Penal, no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento medida cautelar alguna. Pero, desgraciadamente ésta solución, por regla general, es impracticable.

Por ello, la adopción de medidas cautelares dentro de un proceso penal debe ser consustancial con la expectativa del proceso. Como su nombre lo indica, la medida sirve al proceso para que éste se desarrolle con normalidad hasta su momento conclusivo, luego del cual la medida se cancela o se sustituye por una sanción.

Esta es la razón por la cual se suele exponer que la prisión preventiva no debe surtir los efectos de una pena anticipada. En otras palabras, si no es necesaria la aplicación de una medida cautelar para resguardar el trámite regular de un proceso penal, éste puede y debe proseguir sin la adopción de medida coercitiva o tutelar alguna.

La afirmación precedente nos hace recordar las enseñanzas del maestro Oscar Paciello, cuando aún resistía con coraje y sapiencia al irremediable padecimiento que lo alejó de lo que más amaba -después de su familia-, el Derecho y la Justicia.

En un fallo paradigmático, por el momento en que fue redactado, por las circunstancias de hechos, y por la sobriedad y sabiduría en la manera de ilustrarnos cómo aplicar la Constitución de 1992 a pesar del Código de Procedimientos Penales de 1890, el entonces Ministro de la CSJ, miembro de la Sala Constitucional, en una brillante preopinión¹³ en el Ac. y S. N° 397 del 31 de Julio de

¹³ Ver transcripción íntegra del fallo en *Jurisprudencia Constitucional*, compilación de Josefina Sapena. Ed. Intercontinental, Asunción, 2000, pp. 470/1.

1997, exponía: “*La prisión preventiva no es un trámite esencial del proceso penal... ordinariamente, no es un trámite necesario a los efectos de la prosecución del proceso, ni su falta afecta, en lo más mínimo, su regularidad jurídica. ... ocurrido un hecho que presente los caracteres de un delito, el Juez sin necesidad de dictar una orden restrictiva de libertad, puede llamar a la persona que considere ser autora del mismo y recibirle declaración indagatoria*”.

7. LOS PRESUPUESTOS DOCTRINARIOS ORIGINALES

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, según el cual, la aplicabilidad de la medida cautelar se basa en el criterio de una razonada atribución del hecho punible a una persona determinada.

El *periculum in mora* o peligro de demora, entendido como el daño jurídico derivado del retardo del procedimiento y viene determinado en el proceso penal por el peligro de fuga o la ocultación personal o patrimonial del imputado.

7.1. FUMUS BONI IURIS

La teoría procesal que explica la aplicabilidad de las medidas cautelares tradicionalmente sitúa junto al *periculum in mora*, el denominado *fumus boni iuris*, siendo configurados ambos como presupuestos imprescindibles cuya concurrencia debe ser constatada por el órgano jurisdiccional para que pueda acordar la medida cautelar.

El *fumus boni iuris* o la apariencia del derecho, supone que a la adopción de una medida cautelar debe preceder, nos dice Calamandrei, un preventivo cálculo de probabilidades sobre lo que podrá ser el contenido de la futura resolución principal, o

suposición de que el órgano jurisdiccional pueda extraer la conclusión de que la resolución final declarará el derecho en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar.

De acuerdo con estas precisiones, entendemos que el *fumus boni iuris* como presupuesto necesario para acordar la tutela cautelar, se traduce en la existencia de un juicio o razonamiento a través del cual el órgano jurisdiccional pueda prever que la resolución final resultará favorable a aquél que solicita la medida cautelar en la jurisdicción civil.

En este sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina penal considerando que tanto las medidas cautelares personales como las patrimoniales, y en lo que al imputado penalmente se refieren, más que un juicio o razonamiento positivo respecto a una previsible resolución final favorable a quien solicita la medida cautelar, exigen la razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible, es decir, un juicio sobre la supuesta responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una sanción penal.

No obstante, el objeto a valorar en uno y otro proceso es diverso; ya que, en primer lugar, mientras en el proceso civil viene constituido por un derecho probable o una posición material del solicitante jurídicamente aceptable, en el proceso penal lo que va a ser tomado en cuenta es la comisión de un hecho punible y su atribución a una persona determinada.

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional penal, a diferencia de lo que ocurre en el orden civil, no se tiene que pronunciar acerca de probabilidad cierta de la futura resolución final resultará favorable a aquel que solicita la medida cautelar; puesto que esto sería una preopinión perjudicial que violaría el

concepto de independencia judicial. También por ello, el moderno sistema procesal penal, distingue los roles de los juzgadores que *garantizan* que los trámites procesales de investigación se realicen debidamente, de aquellos que deberán *juzgar* la causa, sin estar previamente imbuidos del caso.

Por ello, la formulación del *fumus boni iuris* en el ámbito penal conlleva, pues, con respecto al civil, no sólo una diversidad de objeto a valorar. Así tenemos que en el ámbito civil lo que va a ser objeto de valoración judicial es, predominantemente, la situación de quien pretende la tutela cautelar. En el proceso penal, por el contrario, el análisis recae sobre la situación procesal relevante del imputado; es decir, de aquél *contra el cual* se va a decretar la medida cautelar, y su relación con el hecho investigado o imputado.

En el ámbito civil se exige que la valoración sea de carácter positivo, es decir, que el juez considere como cierto o probable, el derecho que asiste a la persona que solicita la medida cautelar por entender que la resolución final le resultará favorable.

En el proceso penal, en cambio, es preciso que la valoración resulte de signo negativo para que la medida cautelar pueda ser acordada; es decir, el Juez debe deducir de su razonamiento respecto al hecho, que el sujeto sobre el cual recae la *imputación*, no tiene el derecho a su favor, sino que al contrario, lo ha infringido y, por consiguiente, la resolución final le será desfavorable en tanto se traducirá, previsiblemente, en una sentencia de condena. Por ello, en la doctrina procesal penal, al presupuesto de la apariencia de derecho se le conoce también como *fumus commisi delicti* o la apariencia de haberse cometido un delito.

Al realizar el análisis sobre éste punto, el juez penal en modo alguno prejuzga el fondo del asunto, ni invade la esfera propia del tribunal de sentencia, limitándose a determinar si la pretensión fiscal (o del querellante) le convence, *prima facie*, de que existen *suficientes y razonables indicios de criminalidad*¹⁴ y que justifican la procedencia de la aplicación de una medida cautelar o de alguna alternativa a la misma o, por el contrario, si debe rechazar tal pretensión al llegar al convencimiento de su improcedencia, o falta de justificación, o por haberse incurrido en error, ligereza o exceso de celo al apreciar la concurrencia de tales indicios.

Piénsese, además, que los caracteres de provisionalidad, necesidad o indispensabilidad y excepcionalidad, inmanentes a las medidas cautelares, hace que sean éstas reformables de oficio por el propio Juez que las dictó, cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a su adopción.

Así ocurrirá, por ejemplo, cuando en virtud de la práctica de nuevas diligencias, desaparezca toda posibilidad de considerar sospechoso de ser responsable del hecho delictivo al sujeto contra el cual se decretó la medida coercitiva, bien por acreditarse su ausencia en el lugar de los hechos, bien por aparecer otro sujeto como presunto responsable, bien por cualquier otra circunstancia introducida al proceso mediante información verosímil.

En estos casos, *¿se diría también que el juez penal está prejuzgando sobre el fondo del asunto, al considerar que han desaparecido los indicios de criminalidad que le llevaron a adoptar contra el imputado la medida cautelar?*

¹⁴ El Código Procesal Penal exige que “...*existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible*” (Art. 242 inc. 2º).

Concluimos sosteniendo, por tanto, la validez del “*fumus*” o de la probabilidad, en el proceso penal, aún cuando entendido de modo radicalmente opuesto al civil, ya que aquí, habida cuenta de las acusadas diferencias existentes, entendemos que más que de *fumus boni iuris*, habría que hablar de “*fumus mali iuris*” o, como propone Guariniello de *fumus commisi delicti*, porque denota la idea de probabilidad de comisión de un delito, y consecuentemente, que ese delito ha sido probablemente cometido por una persona individualizada.

7.2. PERICULUM IN MORA

El segundo presupuesto de aplicabilidad de las medidas cautelares, es el comúnmente designado por la doctrina procesal con la expresión de *periculum in mora*.

El *periculum in mora* consiste en la probabilidad de que en el período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el Derecho, a través del desarrollo de la función jurisdiccional, se verifique un evento natural o voluntario, que suprima o restrinja el interés estatal o societario, haciéndolos imposibles o limitando su realización por los órganos jurisdiccionales.

Abundando en este razonamiento, añade Foschini¹⁵, que para estar justificada la actuación de la cautela, no puede considerarse suficiente el genérico y posible peligro derivado del hecho mismo de la duración del proceso, sino que es preciso que el peligro se manifieste mediante concretos y efectivos datos de los cuales se pueda deducir racionalmente la probabilidad de transformación del daño temido en daño efectivo, allí donde no se intervenga sin retraso y, por consiguiente, se requiera de cierta urgencia.

¹⁵ Gaetano Foschini, *La Cautela Penal*, Milán. 1978, p. 34.

Por tanto, podría decirse que el concepto de *periculum in mora* se determina por la concurrencia de dos elementos: en primer lugar, la necesidad de que a la resolución final preceda un período de tiempo suficiente para que puedan ser realizados todos aquellos actos que resultan indispensables para que tal resolución pueda ser dictada con normalidad. Aspecto éste al que Calamandrei¹⁶ se refirió con la terminología de "peligro de retraso" (*pericolo di tardività*) y que, como señaló Rocco, resulta necesario para que la resolución nazca con las mayores garantías de justicia.

En segundo lugar, la concomitancia de otro elemento al que el maestro italiano designó con la expresión "peligro de infructuosidad" (*pericolo di infruttuosità*) y que supone la posibilidad de que durante ese lapso de tiempo se sucedan hechos o acciones que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de la resolución principal.

*"El deber de comprobar la existencia del peligro en el caso concreto exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo, exclusivamente, del tribunal [el juez penal, en nuestro caso]. Ese juicio requiere la comprobación efectiva de circunstancias concretas, objetivas y ciertas, en un caso particular, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal"*¹⁷.

En materia estrictamente penal, el presupuesto cautelar del *periculum in mora* es reconocido en el Art. 242 inc. 3° de la ley procesal y se extiende específicamente a la aplicación de los artículos 243 (peligro de fuga) y 244 (peligro de obstrucción) y tales criterios pueden clasificarse en dos grandes grupos.

¹⁶ Piero Calamandrei, *Introducción al Derecho Procesal Civil*, pp. 55-58.

¹⁷ Alberto Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Del Puerto, Bs. As. 1998, p. 146.

a) Los subjetivos o relacionados con la persona imputada (*vb. gr.: los antecedentes policiales o judiciales, la psiquis, el carácter y la personalidad del sujeto*) y b) los objetivos o referidos al presunto hecho punible cometido (*vb. gr.: la gravedad o el daño del hecho, la forma, el modo, los medios empleados, o las circunstancias coincidentes en su realización*).

7. 3. PELIGRO DE FUGA

Según Roxin¹⁸, el peligro de fuga no puede ser apreciado esquemáticamente según criterios abstractos, sino, con arreglo al claro texto de la ley, sólo en razón de las circunstancias del caso particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada según el caso no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que deben ser considerados también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así como su personalidad y su situación particular.

7. 4. PELIGRO DE OBSTRUCCIÓN

Siempre según Roxin, se exige que el comportamiento del imputado funde la sospecha vehemente de que él destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba.

Es inadmisibles deducir automáticamente la existencia del peligro de entorpecer u obstruir un acto de investigación que se presenta en el caso concreto, antes bien, ese peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas. El silencio o la negativa del imputado para declarar no pueden ser invocados para fundar el peligro de entorpecimiento.

8. CONCLUSIONES

Puede notarse entonces, que el juez penal, al decidir si corresponde o no decretar la prisión preventiva, debe verificar si

¹⁸ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, Bs. As. 2000, p. 260.

se dan las circunstancias exigidas por el Art. 242 del Código Procesal Penal. Estas circunstancias deben darse conjuntamente; es decir, no puede dejar de apreciarse alguno de los requisitos, es imperativo que coexistan los tres presupuestos.

Queda claro entonces, que se le exige al juez penal verificar la existencia concreta de los requisitos reconocidos como: a) mérito sustantivo; y b) mérito procesal, respectivamente. Al hacerlo debe indicar el valor asignado a los distintos medios o elementos de convicción arrojados por el fiscal, relacionados con los datos o circunstancias fácticas presentadas, y el derecho esgrimido. Además de exponer el peligro procesal en expectativa y señalar los presupuestos que sustentan la medida cautelar, su alternativa o sustitutiva, según el caso.

Sin olvidar, que por norma constitucional, el juez penal debe, *calificar provisionalmente* el hecho al resolver la cuestión. Debe por tanto, verificar si de la imputación fiscal se dan o no los fundamentos verosímiles de la existencia de algún hecho punible en el cuál resulte, concretamente, la supuesta participación del imputado, pues ésta exigencia es esencial para decretar la prisión preventiva.

El juez penal debe realizar un doble análisis al momento de verificar si se dan las condiciones de aplicación de una medida cautelar. La primera, en referencia al mérito sustantivo del caso concreto; la segunda, respecto al mérito procesal de la aplicabilidad de la medida.

8.1. LA SOSPECHA SUSTANTIVA DE RESPONSABILIDAD

Un requisito imprescindible que debe ser atendido por los órganos judiciales ante la aplicabilidad de una medida

procesal que restringe la libertad individual contra una persona - a quien se le reconoce su estado procesal de inocencia -, consiste en la verificación de los fundamentos expuestos para comprobar la posible responsabilidad penal del imputado en los hechos que se le atribuyen. Lo que se traduce en la comprobación de una *sospecha sustantiva* acerca de la participación del imputado en el supuesto hecho punible investigado.

Si no se determina la probabilidad de que el imputado ha intervenido de alguna manera en el mismo, la medida cautelar pierde sustentabilidad. En ese sentido, es imperativo que en el momento procesal en el cual se pretenda aplicar la medida, se constaten elementos de convicción suficientes y congruentes que corroboren la probable responsabilidad penal del imputado.

*Bovino*¹⁹ nos ilustra la línea de pensamiento doctrinal que regula la materia: “*El tribunal [en nuestro caso, el juez penal] sólo podrá aplicar medida privativa de libertad cuando la investigación haya alcanzado resultados que permitan afirmar, luego de oír al imputado, que existe una gran probabilidad de que se haya cometido un hecho punible y de que el imputado haya sido el autor o partícipe en él. No se trata solamente de que el procedimiento haya alcanzado cierto grado de desarrollo, sino de que este desarrollo haya sido acompañado de resultados concretos respecto de la verificación de la participación del imputado en el hecho investigado*”.

“*Se exige, en consecuencia, un juicio de conocimiento, por parte del tribunal [juez penal, en nuestro caso], que permita establecer que existe una gran probabilidad de que ha ocurrido un hecho punible atribuible al imputado, fundado en elementos de prueba incorporados legítimamente al proceso. Si no existe este mérito sustantivo, no sólo pierde sentido el encarcelamiento*

¹⁹ Alberto Bovino, op cit, p. 158.

preventivo sino, también, el desarrollo del mismo procedimiento penal en contra del imputado”.

8.2. EL MÉRITO PROCESAL

El juez penal debe también pronunciarse sobre el fundamento de la aplicación de la medida cautelar dentro de un proceso penal, distinguiéndolo del mérito de la causa, anteriormente explicado. El mérito procesal tiene que ver con el aseguramiento de los fines del proceso. En otras palabras, que en el proceso no se frustre la búsqueda de la verdad procesal o histórica, evitando, con la adopción de la medida, que el imputado borre huellas, intimide o soborne testigos, o concierte con sus cómplices; o el desarrollo temporal regular del proceso, al intentar asegurar la comparecencia del imputado en las distintas etapas del proceso, cuando fuera requerida su intervención y su disposición final a las resultas del juicio, evitando que se sustraiga del proceso, fugándose.

Luego del análisis realizado, volvemos sobre los puntos de partida iniciales para concluir que la Constitución Nacional ha determinado de manera precisa que para la adopción de la prisión preventiva contra una persona en un proceso penal se requiere la calificación del hecho punible que se le imputa, y que dicha actuación jurisdiccional se realice de conformidad a los presupuestos y requisitos exigidos en la ley.

BIBLIOGRAFÍA

BOGARÍN Jorge, "Garantías Constitucionales en el nuevo proceso penal. La Presunción o Estado de Inocencia", en *Comentario a la Constitución*, Tomo II, CSJ, Asunción, 2002, p. 53.

BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Del Puerto, Bs. As., 1998, p. 146.

CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Segunda edición, Ed. Del Puerto, Bs.As., 1998, p. 192 y ss.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Derecho Procesal Civil*, pp.. 55-58.

FOSCHINI, Gaetano, *La Cautela Penal*, Milán, 1978, p. 34.

NÚÑEZ, Víctor Manuel, "La Constitución Nacional y el nuevo sistema penal", en *Comentario a la Constitución*, Tomo II, CSJ, Asunción, 2002, p. 129 y ss.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*,. Del Puerto, Bs. As. 2000, p. 260.

SAPENA, Josefina, *Jurisprudencia Constitucional*, compilación de. Ed. Intercontinental, Asunción, 2000, págs. 470/1.

Código Procesal Penal.

NOTAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992

Luis Lezcano Claude

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES NACIONALES. 3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA DE PRENSA. 4. CENSURA PREVIA. 5. LIMITACIONES ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN. 6. LEY DE PRENSA. 7. PRÁCTICAS ANTENTATORIAS CONTRA LA LIBERTAD DE PRENSA. 8. DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA PRENSA. 9. RESPONSABILIDAD CIVIL. 10. EMPLEO DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL. 11. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD. 12. DERECHO A INFORMARSE. 13. ACCESO A LAS FUENTES PÚBLICAS DE INFORMACIÓN. 14. PLURALISMO INFORMATIVO. 15. DERECHO DE RECTIFICACIÓN. 16. LIBERTAD DE EJERCICIO DEL PERIODISMO. 17. DERECHOS DE LOS PERIODISTAS. 18. EL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO. 19. MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DEL ESTADO. 20. PUBLICACIÓN SOBRE PROCESOS. 21. PRUEBA DE LA VERDAD O NOTORIEDAD EN PROCESOS SOBRE PUBLICACIONES. 22. INTIMIDAD, VIDA PRIVADA, DIGNIDAD, HONOR, REPUTACIÓN E IMAGEN PRIVADA. 23. CONCLUSIONES.

NOTAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992

Luis Lezcano Claude

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la libertad de prensa y otros vinculados a él, han girado en mi mente, por lo menos, desde 1992, es decir, desde la Convención Nacional Constituyente que en dicho año sancionó la Constitución en vigor. Es éste en varios años el primer intento que realicé tratando de aclarar las muchas dudas que tenía al respecto. En lo personal el resultado ha sido satisfactorio aunque no definitivo ni completo. Ha sido también una forma de afirmarme en mi postura de no ceder al temor que inspira el poder mediático que tanto influye, positiva y negativamente, en esta sociedad. Reitero que no son las contenidas en este trabajo mis ideas definitivas. Pienso que no se trata de algo acabado, sino que, por el contrario, se puede avanzar más en el sentido de clarificar y profundizar los temas estudiados.

Tengo aún muy vívido el recuerdo de la forma en que se aprobaron los artículos constitucionales pertinentes. No dudaría en afirmar que el grupo de presión que mayor éxito alcanzó en relación con la Convención Nacional Constituyente, fue el de la prensa. En efecto, con el contacto importante en el seno mismo de la convención que significaron los constituyentes que eran periodistas, se logró la aprobación de los actuales preceptos constitucionales prácticamente sin modificaciones, es decir, en la forma en que tal sector los había presentado.

Una de las características de la llamada “transición democrática” fue el acrecentamiento del poder de la prensa. En 1992 estaba corriendo el cuarto año de libertades democráticas tras la dictadura de 1954 a 1989. No existía nadie, menos entre los convencionales constituyentes, que no fuera medularmente demócrata, por lo menos de palabra. Las “conversiones” de leales partidarios de la dictadura en fanáticos demócratas que la condenaban, aparentemente con la mayor convicción, se produjeron de un día para otro.

Este ambiente de apariencias falsas y el temor a un poder mediático en acelerado crecimiento, hicieron que no se ofreciera obstáculo alguno a los términos en que al máximo nivel se quería normar lo referente a la prensa.

Sobre la base de las disposiciones constitucionales y ese temor, no sólo de la gente común, sino también de políticos encumbrados y de autoridades de alto nivel, se fue construyendo el poder absoluto o cuasiabsoluto que actualmente goza la prensa. En verdad, habría que preguntarse si tal poder lo detentan, en realidad, únicamente los propietarios de los medios masivos de comunicación y sólo por reflejo protege a los trabajadores de la prensa, muchos de los cuales en actitud servil se prestan a actuar como vías de expresión de las ideas de sus patrones y a constituirse en defensores de sus intereses particulares.

En cuanto a la situación general del poder mediático, Jorge Carpizo expresa lo siguiente:

“...los medios masivos de comunicación...luchan en muchos países porque sus actividades no estén reguladas jurídicamente con la bandera de que respecto a aquéllas la mejor ley es la que no existe. Es decir, desean que el estado de derecho sea inexistente para ellos; anhelan no tener ningún límite para

convertir la libertad en libertinaje y avasallar así las libertades de los demás a quienes se transforma realmente en objetos, a quienes también se les quiere suprimir su derecho a defenderse y poder acudir ante un juez a proteger ese derecho.

Los grandes empresarios de los medios masivos quieren el poder absoluto como el que detentaron algunos reyes y emperadores: a) persiguen estar situados encima de la ley, *princeps legibus solutus*, b) ser completamente irresponsables ya que desean que sus actos no se puedan impugnar jurídicamente, c) que su voluntad sea la única ley y las libertades de los demás se subordinen a la suya, d) hacen valer los derechos humanos como escudo a su arbitrariedad pero hay desprecio y aversión a los derechos humanos de los demás individuos”¹.

Los párrafos precedentes parecieran haber sido escritos específicamente para la realidad paraguaya, en la cual, más que la protección de la libertad de prensa, pareciera buscarse la protección de la libertad de los propietarios de los medios masivos de comunicación.

Por su parte, Artemi Rallo Lombarte afirma cuanto sigue:

“De los medios de comunicación se dice que constituyen un poder ilimitado, exento de control, que, en manos de grandes grupos económicos o financieros, es capaz de poner en jaque al poder político, legitimado popularmente en forma directa (Legislativo) o indirecta (Ejecutivo) e, incluso, de amenazar la independencia del Poder Judicial (en el caso, por ejemplo, de los «juicios paralelos»). Se afirma, igualmente, que la actividad de

¹ J. Carpizo, *Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética*, en Victor Bazán (coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, 1ª. Ed., p. 444.

los medios de comunicación exige de límites dirigidos a garantizar la efectividad de los restantes derechos fundamentales –y, en particular, de algunos de primera magnitud como la intimidad, el honor y la propia imagen- y de principios constitucionales como la protección de la infancia y la juventud”².

En este trabajo analizamos los preceptos constitucionales respectivos, vemos los antecedentes en nuestros anteriores ordenamientos y hacemos referencia al derecho comparado. El estudio ha estado guiado por cuestionamientos tales como los siguientes: ¿en la Convención Constituyente de 1992 no se cedió demasiado a la presión del poder mediático consagrando disposiciones que dan a los derechos referentes a la prensa un carácter próximo a lo absoluto?; ¿los derechos reconocidos a la prensa no son como cualesquiera otros propios de un Estado de derecho, es decir, derechos que reconocen límites?; si es así, ¿cuáles son esos límites?; ¿cuáles son las modificaciones que en cuanto a los medios masivos deberían introducirse en la Ley Suprema?; ¿el temor al poder mediático alcanza también a los órganos jurisdiccionales y la inactividad de éstos generada por ese temor, acrecienta el mismo en las demás personas ante la imposibilidad de obtener reparaciones en caso de abusos por parte de los medios masivos?

Estos y otros más son los interrogantes que guiaron la redacción de este trabajo.

2. ANTECEDENTES NACIONALES

En las constituciones precedentes encontramos las siguientes disposiciones:

² A. Rallo Lombarte, *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 37.

* Constitución de 1844, Art. 8° del Título X: *Para establecer imprenta de particulares en la República, se tomará primeramente el permiso del Supremo Gobierno, dando el dueño o el administrador una fianza de dos mil pesos bajo la cual se comprometa cumplir con los reglamentos que les diere el Gobierno de la República.*

* Constitución de 1870, Art. 24: *La libertad de la prensa es inviolable, y no se dictará ninguna ley que coarte de ningún modo este derecho. En los delitos de la prensa solo podrán entender los jurados, y, en las causas o demandas promovidas sobre publicaciones en que se censure la conducta oficial de los empleados públicos, es admitida la prueba de los hechos.*

Nótese que esta constitución habla de delitos de prensa.

* Constitución de 1940, Art. 19: *Todos los habitantes de la República gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: ... publicar sus ideas por la prensa sin censura previa siempre que se refieran a asuntos de interés general...*

Art. 31: *La edición y publicación de libros, folletos y periódicos serán reglamentados por la ley. No se permite la prensa anónima.*

Esta Constitución admitía la posibilidad de reglamentar todo lo referente a la prensa.

* Constitución de 1967, Art. 72: *La libertad de expresión y la de información, sin censura previa, son inviolables, y no se dictará ninguna ley que las limite o imposibilite, salvo en lo referente a las prohibiciones del artículo anterior [predicar el odio entre los paraguayos, predicar la lucha de clases, hacer la*

apología del crimen o de la violencia, proclamar la desobediencia a lo que disponen las leyes]. *En tiempo de guerra, las informaciones sobre asuntos relacionados con la seguridad de la República y la defensa nacional podrán ser censuradas.*

Art. 73: Será libre el ejercicio del periodismo en cualquiera de sus formas. No se admitirá la prensa sin dirección responsable, ni la publicación de temas inmorales.

Art. 74: Ninguna persona o empresa editora de periódicos, así como ninguna difusora de radio o televisión, podrán recibir subvención de fondos públicos o privados del extranjero sin autorización del Gobierno.

Art. 75: En los procesos que se promovieren con motivo de publicaciones de cualquier carácter, que afectaren el honor, la reputación o la dignidad de las personas y que se refieran a delitos de acción penal privada o a conductas privadas que esta constitución y la ley declaren exentas de la autoridad de los magistrados, no será admisible la prueba de la verdad ni de la notoriedad de tales hechos.

Dichas pruebas serán admitidas cuando el proceso se promueva por la publicación de censuras a la conducta oficial de los funcionarios públicos, y en los demás casos que establezca expresamente la ley.

Este último artículo es el antecedente directo del artículo 23 de la Constitución en vigor y de los otros también se han tomado algunas disposiciones.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA DE PRENSA

El Artículo 26 de la Constitución de 1992 establece lo siguiente:

Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja ...

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 libertad de expresión se refiere al derecho reconocido a toda persona para expresar sus ideas, pensamientos y opiniones libremente y a difundirlos por cualquier medio. Por ello, se puede apreciar que varias partes del artículo constitucional no constituyen sino el desarrollo del concepto señalado, como cuando se habla de “la difusión del pensamiento y de la opinión”. Asimismo, aún cuando se pueda distinguir entre información y pensamientos u opiniones, debe considerarse como otro aspecto de la libertad de expresión, el derecho de toda persona “a generar, procesar o difundir información” y a utilizar para ello “cualquier instrumento lícito y apto”.

Del mismo modo, la libertad de prensa, a la cual también alude el precepto, no constituye sino una forma de esa libertad de expresión.

Limitando el concepto a la expresión escrita, una ley sueca define esta libertad del siguiente modo: “Se entiende por libertad de prensa el derecho de todo ciudadano sueco a publicar cualquier materia por escrito, sin impedimento previo de autoridad u otros órganos públicos, y a no ser perseguido por el contenido de lo publicado sino ante un tribunal de justicia, y a no ser castigado por ello, a no ser que el contenido vulnere los términos expresos de una disposición legal dictada para

preservar el orden público sin eliminar la posibilidad de información al público”³.

En el derecho a difundir el pensamiento y la opinión, así como en el de generar, procesar o difundir información, y particularmente en el de utilizar “cualquier instrumento lícito y apto para tales fines”, está implícito el derecho de las personas a la creación de medios de comunicación. Asimismo, la libertad de ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas (Art. 29, 1ª parte, CN), sirve de sustento a ese derecho.

Todos estos derechos están consagrados en forma amplia reconociendo como titulares a las personas en general, y no sólo a los propietarios de medios masivos de comunicación y a los periodistas, aunque de hecho, los mismos están limitados en gran medida a éstos, por una parte, por el capital cada vez más importante que se requiere para establecer un medio periodístico; y por otra parte, porque el acceso a los medios existentes no está abierto a todos.

4. CENSURA PREVIA

Nuestra Ley Suprema no admite la censura previa (Art. 26 CN). Esto significa que no puede ser objeto de control por parte de autoridad alguna el material que habrá de ser publicado en un periódico, revista, libro o cualquier material impreso. Tampoco lo puede ser el material que se difundirá en un programa radial o televisivo, o por medio de Internet.

En relación con el “periodista columnista”, la Constitución prevé la posibilidad de que sus artículos puedan ser objeto de una censura interna en el medio en el cual trabaja y

³Art. 1, 1er. pár., del Capítulo primero, de la Ley sobre la libertad de prensa, de Suecia, de 1994.

consagra el derecho de aquel a publicar sus opiniones firmadas, sin censura. Sólo reconoce a la dirección del medio (y consiguientemente, al propietario) el derecho de hacer constar su disenso (Art. 29, 2º pár., CN).

5. LIMITACIONES ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN

La Ley Suprema establece que las libertades de expresión y de prensa pueden ser ejercidas “*sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución*” (Art. 26 CN). Reforzando el mandato de que las limitaciones no sean otras que las establecidas al máximo nivel normativo, el mismo artículo dispone que no puede dictarse “*ninguna ley que las imposibilite o las restrinja*”.

Entre las limitaciones dispuestas a nivel constitucional, están las siguientes:

a) Las referentes a las publicaciones sobre procesos (Art. 22 CN).

b) La no admisión de la prueba de la verdad y de la notoriedad en ciertos procesos (Art. 23 CN).

c) Los hechos punibles que pueden ser cometidos por medio de la prensa (Art. 26 CN), cuya tipificación en la ley secundaria está autorizada por la Constitución.

d) La no admisión de prensa carente de dirección responsable (Art. 27 CN).

e) La exigencia del pluralismo informativo (Art. 27 CN).

f) La regulación de la publicidad para la protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer (Art. 27 CN).

g) El derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuaníme (Art. 28 CN), con todas las

implicancias que del mismo pueden derivarse, entre ellas, el derecho de rectificación previsto en el mismo precepto.

h) El hecho de que el espectro electromagnético pertenezca al dominio público del Estado (Art. 30 CN)

i) El derecho de las personas a ser protegidas en su intimidad, su vida privada, su dignidad, su honor, su reputación y su imagen privada (Arts. 4, 30 y 33 CN).

j) La prohibición de que la crítica de las leyes incluya la prédica de su desobediencia (Art. 127 CN).

La mayor parte de estos puntos es objeto de un desarrollo más exhaustivo en páginas siguientes. Cabe señalar que los mismos podrían ser objeto de reglamentación por medio de una ley, lo cual no está prohibido por la Constitución.

6. LEY DE PRENSA

“... no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja”(Art. 26 CN).

De acuerdo con nuestra Ley Fundamental, la libertad de expresión, la libertad de prensa y la difusión del pensamiento y de la opinión, deben poder ejercerse sin censura previa y sin que ley alguna las imposibilite o las restrinja, es decir, se excluye la posibilidad del dictamiento de una “ley de prensa”.

La disposición tiene como antecedente la Constitución de 1870 (Art. 24) y la Constitución de 1967 (Art. 72). Sin embargo, esta última al admitir ciertos puntos que podían ser objeto de reglamentación legal, e igualmente la Constitución de 1940, al subordinar el goce de la libertad de prensa “a las leyes que reglamenten su ejercicio” (Art. 19), permitían que se dictara una ley de prensa.

En Suecia existe una “Ley sobre la libertad de prensa”, de 1994, de rango constitucional y de más de cien artículos, que

reglamenta diversos aspectos de las publicaciones por escrito, tales como la publicidad de los documentos oficiales, la publicación de periódicos, las infracciones a la libertad de prensa, la responsabilidad penal, el procedimiento judicial en infracciones a la libertad de prensa, etc. Otra ley llamada “Ley Fundamental de la libertad de expresión”, también de 1994 y de más de medio centenar de artículos, reglamenta la libertad de expresar públicamente ideas, opiniones y sentimientos por radiofonía, televisión y medios similares de retransmisión y tiene un contenido similar a la anterior.

Las limitaciones dispuestas por la Constitución habrán de operar como un mecanismo de autocensura de los titulares de estos derechos, pues se presume que deben conocerlas. Este mismo efecto tendrán las disposiciones penales que tipifiquen hechos punibles que pueden ser cometidos por medio de publicaciones, como se verá más abajo.

7. PRÁCTICAS ATENTATORIAS CONTRA LA LIBERTAD DE PRENSA

En el artículo 27, 3er.pár., CN, se establece lo siguiente:

Se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se prescribe cuanto sigue: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias

radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (Art. 13.3).

Una forma indirecta de impedir o restringir el ejercicio de la libertad de prensa, sin prohibir directamente la edición de un periódico o de someter a censura previa su contenido, es el de evitar mediante presiones a los proveedores que se dote a las empresas periodísticas de los insumos necesarios para la impresión (en particular, papel). La interferencia de frecuencias radioeléctricas que impida captar una radioemisora o un canal televisivo, debe entenderse como una forma de censura previa, no admitida por la Ley Suprema. Igualmente la obstrucción que signifique la imposibilidad total de circulación de un medio escrito, aunque no se haya impedido su impresión, constituye censura previa.

Cabe señalar en cuanto a este último punto, que la forma en que está redactado el precepto constitucional parecería no admitir la posibilidad de que una vez puesto en circulación el periódico, revista o libro, se pudiera ordenar por decisión judicial fundada la incautación o retirada de los ejemplares respectivos, de acuerdo con la ley. En varias legislaciones se admite esta posibilidad, lo cual, a nuestro criterio, no constituye ningún atentado contra la libertad de prensa⁴.

⁴ Como ejemplo se puede mencionar la Constitución griega de 1975, Art. 14, inc. 3

La Constitución española de 1978 establece lo siguiente: “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial” (Art. 20.5).

La Constitución Italiana de 1947 dispone cuanto sigue:

“... Sólo se podrá proceder a la recogida por auto motivado de la autoridad judicial en el caso de delitos por los que lo autorice expresamente la ley de

Hechos concretos que afectaron a ciertos medios masivos en los años de madurez de la dictadura, determinaron que se incluyeran las previsiones del tercer párrafo del artículo 27 de la Ley Suprema.

8. DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA PRENSA

El Artículo 26 de la Constitución contiene la siguiente norma: *...No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa...*

En esta disposición se admite que determinados hechos punibles pueden ser cometidos por medio de la prensa. Esto significa que en el ejercicio de la libertad de prensa se puede incurrir en excesos que constituyan delitos o crímenes. Se autoriza, pues, que la ley penal proscriba ciertas conductas al tipificarlas como hechos punibles, lo cual, en la eventualidad de que los mismos puedan ser cometidos por medio de la prensa, importa un parámetro para la autocensura del titular del derecho a fin de no incurrir en tales hechos.

Dados los extremos señalados, no puede considerarse a la ley penal que tipifique hechos punibles que pueden ser

prensa o en el supuesto de violación de las normas que la ley misma establezca para la indicación de los responsables.

En estos casos, cuando haya urgencia absoluta y no sea posible la intervención a tiempo de la autoridad judicial, podrá procederse a la recogida de la prensa periódica por funcionarios de la policía judicial, que deberán inmediatamente, y nunca más de veinticuatro horas después, ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial ...” (Art. 21).

En Suecia está establecido que una publicación no puede ser objeto de confiscación o recogida, salvo del modo y en los casos que especifique la Ley sobre la libertad de prensa (Cf. Art. 3 del Capítulo primero). La misma ley dice que “podrá ser confiscado todo material impreso que constituya infracción a la libertad de prensa ...” (Art. 7, del Capítulo séptimo).

cometidos por medio de la prensa, como una ley que restringe la libertad de expresión, la libertad de prensa y la difusión del pensamiento y de la opinión.

En la ley sueca citada con anterioridad, se consagra la prohibición de la censura previa, pero igualmente se prescribe lo siguiente: “Nadie podrá ser acusado, condenado en virtud de la ley penal... salvo del modo y en los casos que especifique la presente ley”⁵.

Según el Código Penal, *como publicación se entenderán... los escritos, cintas portadoras de sonido o imágenes, reproducciones y demás medios de registro* (Art. 14, inc. 3°).

En el mencionado cuerpo legal están previstos los siguientes hechos punibles que pueden ser cometidos mediante publicación:

* Artículo 143. *Lesión de la intimidad de la persona*

1° *El que, ante una multitud o mediante publicación en los términos del artículo 14, inciso 3°, expusiera la intimidad de otro, entendiéndose como tal la esfera personal íntima de su vida y especialmente su vida familiar o sexual o su estado de salud, será castigado con pena de multa.*

2° *Cuando por su forma o contenido, la declaración no exceda los límites de una crítica racional, ella quedará exenta de pena.*

3° *Cuando la declaración, sopesando los intereses involucrados y el deber de comprobación que según las circunstancias incumba al autor, sea un medio adecuado para la persecución de legítimos intereses públicos, ella quedará exenta de pena.*

⁵ Cf. Arts. 2 y 3 del Capítulo primero, de la aludida Ley sobre la libertad de prensa.

4° *La prueba de la verdad de la declaración será admitida sólo cuando de ella dependiera la aplicación de los incisos 2° y 3°.*
(La prueba de de la verdad admitida en esta disposición viola lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, en concordancia con el artículo 33).

* Artículo 144. *Lesión del derecho... a la imagen*

... 2° *La misma pena [pena privativa de libertad de hasta dos años o multa] se aplicará a quien, sin consentimiento del afectado, produjera o transmitiera imágenes:*

1. *de otra persona dentro de su recinto privado;*
2. *del recinto privado ajeno;*
3. *de otra persona fuera de su recinto, violando su derecho al respeto del ámbito de su vida íntima...*

* Artículo 145. *Violación de la confidencialidad de la palabra*

1° *El que sin consentimiento del afectado:*

1. *grabara o almacenara técnicamente; o*
2. *hiciera inmediatamente accesibles a un tercero, mediante instalaciones técnicas, la palabra de otro destinada a su conocimiento confidencial, será castigado con multa.*

2° *La misma pena se aplicará a quien hiciera accesible a un tercero una grabación o reproducción realizada conforme al inciso anterior.*

(En este caso se incurriría en delito cuando, vía reproducción escrita u oral en un medio masivo de comunicación, se hiciera accesible a terceros -lectores u oyentes- grabaciones o reproducciones obtenidas en forma indebida, de acuerdo con este precepto legal).

* Artículo 150. *Calumnia*

1° *El que en contra de la verdad y a sabiendas afirmara o divulgara a un tercero o ante éste un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con multa.*

2° *Cuando el hecho se realizara ante una multitud, mediante la difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3°, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta dos años o multa ...*

* Artículo 151. *Difamación*

1° *El que afirmara o divulgara, a un tercero o ante éste, un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con ciento ochenta días-multa.*

2° *Cuando se realizara el hecho ante una multitud, mediante difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3°, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta un año o multa.*

3° *La afirmación o divulgación no será penada cuando sea dirigida confidencialmente a una persona allegada o cuando, por su forma y contenido, no exceda los límites de una crítica aceptable*

4° *La afirmación o divulgación no será penada cuando, sopesando los intereses y el deber de averiguación que incumba al autor de acuerdo con las circunstancias, se tratara de un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados.*

5° *La prueba de la verdad de la afirmación o divulgación será admitida sólo cuando de ella dependa la aplicación de los incisos 3° y 4°...*

(Igualmente en este caso la admisión de la prueba de la verdad puede resultar inconstitucional. Ello dependerá de cuál sea el hecho que origina la lesión al honor de una persona).

* Artículo 153. *Denigración de la memoria de un muerto*
1° *El que denigrara gravemente la memoria de un muerto mediante calumnia, difamación, injuria o lesión de la intimidad de la persona, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año...*

* Artículo 237. *Incitación a cometer hechos punibles*
1° *El que públicamente, en una reunión o mediante divulgación de las publicaciones señaladas en el artículo 14, inciso 3°, incitara a cometer un hecho antijurídico determinado, será castigado como instigador.*
2° *Cuando la incitación no lograra su objetivo, el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. La pena no podrá exceder aquella que correspondiera cuando la incitación señalada en el inciso anterior hubiese logrado su objetivo.*

* Artículo 238. *Apología del delito*
El que públicamente, en una reunión o mediante las publicaciones señaladas en el artículo 14, inciso 3°, hiciera en forma idónea para perturbar la paz pública la apología de:
1. *un crimen tentado o consumado; o*
2. *un condenado por haberlo realizado será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.*

* Diversos hechos punibles relacionados con la revelación de secretos de Estado (previstos en los artículos 282 a 285), pueden ser realizados utilizando medios masivos de comunicación.

* Artículo 289. *Denuncia falsa*
El que a sabiendas y con el fin de provocar o hacer continuar un procedimiento contra otro:
1. *le atribuyera falsamente, ante autoridad o funcionario competente para recibir denuncias, haber realizado un*

- hecho antijurídico o violado un deber proveniente de un cargo público;*
2. *le atribuyera públicamente una de las conductas señaladas en el numeral anterior; o*
 3. *simulara pruebas contra él será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.*

En el artículo 290 se admite la posibilidad de que el hecho punible sea realizado *mediante las publicaciones señaladas en el artículo 14, inciso 3°.*

En todos estos casos, la promoción de la acción penal respectiva será posterior a la publicación y tendrá a ésta como base. Por ello, el sometimiento a proceso de periodistas, directores o propietarios de medios masivos de comunicación en casos de presunta comisión de hechos punibles, así como su eventual condena a una pena privativa de libertad, al pago de una multa o al pago de una indemnización por daño moral, en modo alguno puede entenderse como un atentado a la libertad de prensa. Por el contrario, constituye una obligada y necesaria intervención de los órganos jurisdiccionales para la reparación de ciertos derechos de personas determinadas, que han sido afectados por el ejercicio abusivo de esta libertad que como cualquier otra libertad u otro derecho no puede tener carácter absoluto o ilimitado dentro de los marcos de un Estado de derecho. Como expresa Jorge Carpizo: “La lucha de nuestros días es por subordinar a los medios masivos de comunicación al estado de derecho... La existencia de una legislación que precise los derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades de los medios masivos de comunicación es indispensable...”⁶.

Ya la propia “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de la Revolución Francesa, al tiempo de establecer que “todo ciudadano puede... hablar, escribir o

⁶ J. Carpizo, op. cit., p. 445.

imprimir libremente”, también prescribía que “debe responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley” (Art. 11).

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), se establece que el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión “no puede estar sujeto a previa censura”, pero se admite que puede dar lugar a “responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley” (Cf. Art.13.2).

Cuando el proceso penal o el juicio civil por indemnización de daño moral, hubieren sido llevados de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales respectivas, nada se puede cuestionar sobre la simple base de que los involucrados sean periodistas, directores o propietarios de medios masivos de comunicación. La admisión de este supuesto constituiría una discriminación no permitida y una violación del principio de igualdad ante la ley.

La Ley Fundamental alemana prevé la posibilidad de que una persona abusara de la libertad de opinión, y en particular de la de prensa –entre otras libertades- para combatir el orden constitucional liberal y democrático. En este caso la considera indigna de tales derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional Federal debe resolver sobre la eventual privación de los mismos (Cf. Art. 18).

9. RESPONSABILIDAD CIVIL

El abuso de la libertad de prensa puede dar lugar a reparaciones de carácter civil tales como indemnizaciones por daños y perjuicios o por daño moral.

Al respecto, la ley sueca ya mencionada sólo condiciona que la declaración de dicha responsabilidad sea determinada del modo y en los casos que especifica la Ley sobre la libertad de prensa⁷. Esto implicaría que los casos que eventualmente pudieran generar responsabilidad estuvieran definidos en la ley y que la determinación concreta de la misma fuera decidida por órganos jurisdiccionales.

10. EMPLEO DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Artículo 27 CN. *El empleo de los medios de comunicación es de interés público; en consecuencia, no se los podrá clausurar ni suspender su funcionamiento.*

No se admitirá la prensa carente de dirección responsable...

En este artículo se incurre en una imprecisión terminológica al hablar de “interés público” cuando debiera ser “interés social”, pues lo público está referido al Estado y aquí lo que se quiso decir es que el empleo de los medios masivos de comunicación es de interés de la sociedad.

Creemos que esta declaración constitucional es exagerada. En primer lugar debe hacerse la aclaración de que se trata de medios masivos de comunicación (escritos, radiales y televisivos) y no de medios de comunicación en general, lo cual sería diferente.

Es cierto que es importante la función que pueden cumplir los medios masivos de comunicación en la formación (y también en la deformación) de la opinión pública, pero no constituyen los únicos medios para dicho fin. También la

⁷ Cf. Art. 3 del Capítulo primero, de la citada Ley sobre la libertad de prensa

escuela, la universidad, las iglesias, las asociaciones políticas y otros grupos desempeñan un papel muy importante en este aspecto.

Más grave aún nos parece que de la declaración inicial ya mencionada, se deduzca que los medios masivos de comunicación no puedan ser suspendidos en su funcionamiento ni clausurados. Ya hemos visto que hasta hechos punibles pueden ser cometidos sirviéndose de los mismos y no cabe pensar que un periódico, una estación de radio o un canal de televisión que sistemáticamente se presten a ello, deban seguir funcionando, no obstante que se impongan las sanciones penales y civiles correspondientes a los responsables. En nuestra opinión sería suficiente garantizar que los medios masivos de comunicación no puedan ser suspendidos en su funcionamiento ni clausurados sino en virtud de sentencia judicial, como prevén varias legislaciones⁸.

11. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD

La Ley Fundamental en vigor dispone lo siguiente: ...*La ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer* (Art. 27, 5º pár., CN).

A nuestro criterio, el vocablo “publicidad” puede ser tomado no sólo en la acepción de “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”, sino también en la de “conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la

⁸ En la Constitución griega de 1975 se puede leer lo siguiente: “...el tribunal ordenará, conforme a los preceptos de la ley, la suspensión definitiva o temporal de la edición del impreso, y en casos graves prohibirá al condenado el ejercicio de la profesión de periodista ...” (Art. 14, inc. 6).

noticia de las cosas o de los hechos”.⁹ Esta última acepción permite que la protección de derechos pueda tener una mayor amplitud al entenderse que la ley está habilitada a establecer normas que regulen todos los aspectos de la actividad de los medios masivos de comunicación que puedan afectar a niños, jóvenes, analfabetos, consumidores o mujeres.

Dentro de este concepto se inscriben las siguientes disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia:

Art. 29. “De la prohibición de la publicación

Queda prohibido publicar por la prensa escrita, radial, televisiva o por cualquier otro medio de comunicación, los nombres, las fotografías o los datos que posibiliten identificar al niño o adolescente, víctima o supuesto autor de hechos punibles. Los que infrinjan esta prohibición serán sancionados según las previsiones de la ley penal”.

Art. 31. “De la prohibición de utilizar al niño o adolescente en el comercio sexual.

Queda prohibida la utilización del niño o adolescente en actividades de comercio sexual y en la elaboración, producción o distribución de publicaciones pornográficas...”.

Igualmente debe recordarse lo que dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su Art. 13.5:

“Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de

⁹ Diccionario esencial de la Real Academia Española, Madrid, Espasa Calpe, 1997, p. 904

personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”¹⁰.

La prohibición de propaganda a favor de la guerra es congruente con la renuncia a la guerra proclamada en la Ley Suprema en vigor (Art. 144). En la Constitución de 1967 se establecía la prohibición de predicar el odio entre los paraguayos y la de hacer la apología de la violencia (Cf. artículos 71 y 72).

En la “Ley de responsabilidad social en radio y televisión” de Venezuela (2004), se clasifican los elementos de lenguaje, de salud, de sexo y de violencia en tipos A, B, C, D y E (Art. 6). Los distintos programas radiales o televisivos pueden ser difundidos, de acuerdo con el tipo de elementos que contengan, en el “horario todo usuario”, en el “horario supervisado” o en el “horario adulto” (Art. 7).

No está permitida la difusión de mensajes que contengan elementos sexuales tipo E (“imágenes o sonidos sobre actos o prácticas sexuales reales, desnudez sin finalidad educativa en las cuales se muestren los órganos genitales, actos o prácticas sexuales dramatizados en los cuales se aludan o muestren los órganos genitales, actos o prácticas sexuales reales o dramatizados en los cuales se amenace o viole el derecho a la vida, la salud y la integridad personal o se menoscabe la dignidad humana, o actos o conductas sexuales reales que constituyan hechos punibles de conformidad con la ley”).

No está permitida “la difusión de mensajes que utilicen técnicas audiovisuales o sonoras que impidan o dificulten a los usuarios o usuarias percibirlos conscientemente” (Art. 7).

¹⁰ Similar disposición está contenida en el Art. 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

Para la protección del consumidor, se limita el tiempo de difusión de publicidad y propaganda (Art. 8). Se prohíbe la publicidad sobre cigarrillos, bebidas alcohólicas, juegos de azar, etc. (Art. 9). Se establece la obligatoriedad de difundir tres horas diarias de programas culturales y educativos, informativos o de opinión y recreativos dirigidos especialmente a niños, niñas y adolescentes; y un mínimo de siete horas de programas de producción nacional (Art. 14).

12. DERECHO A INFORMARSE

Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime (Art. 28, 1er. pár., CN).

De conformidad con el precepto constitucional, la información que ofrezcan los medios masivos debe ser veraz, responsable y ecuánime. La libertad de expresión y la de prensa no otorgan a los medios el derecho de mentir ya sea difundiendo información directamente falsa, ya sea distorsionándola por minimizar o por exagerar la realidad o ya sea porque la información es suministrada en forma tendenciosa al presentarla pasada por el tamiz ideológico del periódico, considerado como el único válido, respetable, científico, democrático o lo que fuere. La intención de proporcionar una información veraz resultará de que se haya hecho todo el esfuerzo posible, de acuerdo con el tiempo que permite la periodicidad del medio, para comprobar que las fuentes son fiables, para acreditar la verosimilitud de la información, para contrastarla con la opinión de otras personas que pudieren estar involucradas, etc.

El carácter responsable y ecuánime de la información resultará igualmente y en gran medida, de que se haya observado lo señalado precedentemente y, sobretodo, de que se

presente la información en forma objetiva, dando oportunidad a todos los que pudieren estar vinculados a ella o afectados por ella, a que den su versión o formulen sus opiniones.

La veracidad, la responsabilidad y la ecuanimidad de la información parecen, a veces, inexistentes en nuestros medios masivos de comunicación. Algunos días, el material suministrado por los medios escritos en cuanto a una única realidad nacional, parecería corresponder a dos o tres países diferentes. Es evidente que alguno de ellos miente o exagera. Ciertas veces es sólo la exageración de destacar en titulares de portada o de páginas interiores, determinados aspectos de una información, sacándolos de contexto. Otras veces se está directamente ante la mentira como cuando el titular principal de primera plana de un medio, no aparece en los demás ni siquiera como información secundaria del interior del periódico, como ha ocurrido. Esto sólo resulta normal si es el resultado de una investigación particular que un solo medio está realizando, pero no en cuanto a informaciones que debieran ser difundidas por todos. Más refinada y perversa es la práctica de deformar la información a nivel del título principal y del resumen inicial, aunque luego en el cuerpo exista bastante exactitud.

A veces, la tendencia ideológica muy conservadora del medio, reflejo del pensamiento de sus propietarios y también de la mayor parte de los periodistas de opinión o columnistas, atenta contra la objetividad. En efecto, la mera información y más aun si ella es la base de una opinión, se la presenta dentro de los marcos ideológicos del medio, lo cual a nuestro criterio sería legítimo, si se la explicitara para que las personas no fueran sorprendidas en su buena fe con datos que son presentados desde un punto de vista que se dice es el único valedero.

La ineptitud de muchos columnistas contribuye a que una información, a la cual se agrega una opinión, no sea en muchos casos responsable. La incursión de estos en campos que exigen una formación especializada, como por ejemplo el derecho o la economía, hace que el material proporcionado adolezca de muchas limitaciones.

Por último, no debe olvidarse que la ecuanimidad en la información supone, como mínimo, que se permita el ejercicio del derecho de rectificación en forma efectiva.

13. ACCESO A LAS FUENTES PÚBLICAS DE INFORMACIÓN

Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo... (Art. 28, 2º pár., CN).

Esta disposición se vincula con el principio de publicidad de los actos de gobierno, lo cual constituye una característica fundamental de un Estado de derecho. Debe entenderse que todos los documentos oficiales producidos por cualquier órgano de gobierno, del nivel que fuere, deben darse a publicidad y deben estar al alcance de cualquier persona y, obviamente, también de cualquier medio masivo de comunicación.

El libre acceso a las fuentes públicas de información no puede ser considerado como irrestricto. En primer lugar, el acceso al proceso de elaboración de un documento en el cual habrá de expresarse una decisión de un órgano de gobierno, puede ser vedado a todos. Lo que no puede negarse es el acceso a ese documento en su versión final y definitiva. Esto significa que de ningún modo importará violación de esta disposición el

que no se permita a los medios de prensa estar presentes, por ejemplo, en las deliberaciones del Presidente de la República con sus ministros que luego concluye con el dictamamiento de un decreto, o en las deliberaciones de la Corte Suprema de Justicia que dan como resultado la emisión de una resolución o acordada, o en las reuniones de las cámaras del Congreso declaradas secretas. Tampoco se puede reclamar ningún derecho a tener acceso a borradores de documentos, es decir, a versiones que aún pueden ser objeto de modificaciones y que no contienen la decisión final de un órgano determinado.

Una excepción en cuanto al funcionamiento de los órganos de gobierno, lo constituyen los cuerpos de representación popular como las cámaras del Congreso, las Juntas Departamentales y las Juntas Municipales, en que se admite el acceso no sólo a sus deliberaciones en plenario, sino incluso a las llevadas a cabo en comisión. Es decir, en este caso excepcional se accede a todo el proceso de elaboración del acto que habrá de emanar de dichos órganos. En el caso de los juicios orales, con algunas limitaciones, se accede a actos que luego conducirán al pronunciamiento de un fallo. Pero de ningún modo puede pretenderse que las deliberaciones de un órgano jurisdiccional colegiado, previas al dictamamiento de la sentencia respectiva, deban ser accesibles a determinadas personas o a la prensa.

En segundo lugar, debe señalarse que el acceso a las fuentes públicas de información puede ser restringido por la ley, particularmente por razones de seguridad. De la imprecisa redacción del Art. 28, 2º pár., CN, se deduce que la ley al regular las modalidades de acceso, puede establecer ciertas limitaciones basadas en criterios razonables, que sin embargo, no impidan la efectividad de este derecho. Ya hemos visto que en los artículos 282 a 285 del Código Penal están tipificados

algunos hechos punibles relacionados con la revelación de secretos de Estado, lo cual supone la existencia de información oficial que no puede ser dada a publicidad.

Igualmente, debe entenderse que lo que la norma constitucional pretendió expresar es que la ley reglamentaria también debe establecer el tiempo que debe mediar entre la manifestación de voluntad de acceder a las “fuentes públicas de información” y el acceso real y efectivo a las mismas. Igualmente deben estar contempladas las sanciones que habrán de aplicarse a quienes dificulten o impidan indebidamente dicho acceso.

En cuanto a “los instrumentos electrónicos de acumulación y procesamiento de información pública”, el artículo 30 de la Constitución establece que la ley debe asegurar el libre acceso a los mismos, en igualdad de oportunidades. Al mismo tiempo, impone a las autoridades el deber de asegurar que la información así obtenida no será utilizada para vulnerar la intimidad personal o familiar u otros derechos. Creemos que la única forma de lograr esto, es considerando que la obligación que tienen las autoridades en este tema, lleva implícita la autorización de restringir el acceso a la información que luego pudiera dar lugar a tales violaciones de derechos. Todo esto sin perjuicio de que igualmente estén previstas las disposiciones penales pertinentes.

14. PLURALISMO INFORMATIVO

Al respecto, la Ley Fundamental dispone: *Se garantiza el pluralismo informativo* (Art. 27, 4º pár., CN).

El pluralismo informativo puede entenderse en el sentido de que no exista ninguna limitación en cuanto a la orientación

ideológica de los medios masivos de comunicación social. Esto conduce a que el público pueda recibir informaciones y opiniones desde diversas perspectivas ideológicas. En nuestro país, como se ha señalado, existe un abrumador predominio conservador en cuanto a la línea editorial de los principales medios periodísticos. De hecho, ninguno de ellos transmite un pensamiento ni tan siquiera moderadamente socialista o de izquierda.

El pluralismo informativo puede ser interpretado también en el sentido de evitar la concentración de los medios masivos en pocas manos, es decir, en el sentido de impedir la formación de un oligopolio de los mismos.

En la actualidad, los medios masivos de comunicación, en su mayor parte, son de propiedad privada. Los constantes avances tecnológicos aplicados en este campo, hacen que el acceso a los diferentes equipos, máquinas e implementos necesarios para desarrollar la actividad periodística, requiera la inversión de un capital cada vez mayor debido al alto costo de aquellos. Esto determina la concentración de los medios en pocas manos, de tal modo que, si tomamos en consideración los principales o más influyentes de ellos, podemos afirmar que existe una tendencia al oligopolio. La gran fuerza económica que esta circunstancia permite obtener a un reducido grupo de personas y su enorme capacidad de influir en la opinión pública, determina el surgimiento de un poder que muchas veces intenta actuar en pie de igualdad con los poderes públicos, incluso cuestionándolos y enfrentándolos, reclamando, sin embargo, para sí una intangibilidad o irresponsabilidad derivada de una supuesta representación popular que, sin embargo, no reconoce ningún procedimiento serio de constitución. Esto es lo que se ha

llamado “usurpación de la soberanía popular por la dictadura mediática”¹¹.

Sobre el tema, A. Rallo Lombarte sostiene lo siguiente: “En las democracias contemporáneas, el poder político (asentado en la lógica del principio de soberanía popular) puede ver fácilmente condicionada su acción pública por los poderes privados representados por los imperios mediáticos, nacionales o transnacionales (basados éstos, fundamentalmente, en la lógica economicista del mercado). Resulta evidente la amenaza autoritaria que impregna el sobredimensionamiento económico y social del mundo de la comunicación...”¹².

En el Paraguay, si consideramos los principales medios escritos (ABC, Última Hora y La Nación), los principales canales televisivos (Canal 9, Canal 13 y TELEFUTURO) y las principales radioemisoras, podemos concluir que los medios de mayor influencia, es decir, los que llegan a la mayor parte de los lectores y de la audiencia, están en manos de poco más de diez familias o reducidos grupos societarios. Es decir, existe un oligopolio de los medios masivos de comunicación.

Como modo de contrarrestar esta tendencia, la Constitución colombiana establece lo siguiente: “...Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético” (Art. 75, 2º pár.).

El constitucionalista español citado precedentemente, afirma que “la gran mayoría de Estados de la Europa occidental, Estados Unidos, Canadá o Australia hace tiempo ya asumieron

¹¹ J. García Morillo, citado por A. Rallo Lombarte, op. cit., p. 38.

¹² A. Rallo Lombarte, op. cit., p. 50.

la necesidad de intervenir en el mercado de la información”¹³. Menciona el caso de Francia donde la ley impide, a nivel regional y local, la presencia de un mismo grupo en más de dos de los siguientes ámbitos: televisión hertziana, televisión por cable, radio o prensa escrita. A nivel nacional, si bien se permite la presencia de un mismo grupo empresarial en cualquier ámbito mediático, se impide que éste rebase más de dos de los siguientes límites: 4 millones de habitantes comunicados por televisión hertziana, 6 millones por televisión por cable, 30 millones por radio o ser editor de más del 20 % de la difusión total de diarios de información política y general¹⁴.

En nuestro país, el carácter de bien del dominio público que reviste el espectro electromagnético y la obligación impuesta constitucionalmente de asegurar el libre acceso al mismo, en igualdad de oportunidades (Art. 30 CN), permiten al Estado por medio del órgano gubernamental respectivo, establecer disposiciones legales que impidan una indebida concentración de medios masivos de comunicación. Una ley que regulara este aspecto resultaría muy positiva en cuanto a la democratización de la información.

Finalmente, otro aspecto del pluralismo informativo es el consagrado en el Art. 29, 2º pár., CN., en virtud del cual los periodistas columnistas tienen derecho a publicar sus opiniones firmadas, sin censura, en el medio en el cual trabajen.

15. DERECHO DE RECTIFICACIÓN

...Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en

¹³ A. Rallo Lombarte, op. cit., p. 40.

¹⁴ Íd., p. 224.

las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios (Art. 28, 2º. pár., CN).

Este derecho aparece consagrado también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los siguientes términos: “Derecho a Rectificación o Respuesta. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentada y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial” (Art. 14).

En los hechos, las personas se encuentran en una situación de desigualdad en relación con los medios masivos de comunicación. La publicación de una “información falsa, distorsionada o ambigua”, por medios escritos, orales o visuales, puede producir efectos perniciosos en la propia persona, en su familia y en los distintos círculos en que ella se desempeña. La afectación del prestigio, el honor, la reputación o la dignidad que pudiera derivarse de la publicación, e, incluso, la simple divulgación de conductas privadas exentas de la autoridad pública, causan daños morales difíciles de reparar.

En estas circunstancias, además de las acciones de carácter penal o civil que pudiera plantear el afectado, se ha considerado apropiado consagrar el derecho de rectificación. El medio involucrado está obligado a publicar la rectificación en

las mismas condiciones en que la información agravante lo haya sido, es decir, en la misma página o sección, dando el mismo destaque en cuanto a título de la información y espacio dedicado a la misma, etc.

Debe recalcar que el cumplimiento por parte del medio de esta obligación que le impone la Constitución, no lo libera de otras consecuencias que pudieran recaer sobre el mismo de conformidad con la ley y como resultado de un proceso judicial.

De todos modos, la conducta ética que debiera observar el medio, le obliga a publicar la rectificación con la celeridad necesaria, sin postergarla (postergando también la eficacia reparadora que pudiera tener) por medio de falsas promesas u otros artilugios, u obligando al afectado a recurrir finalmente a instancias judiciales en las cuales también podría provocarse la dilación del proceso por medios desleales.

16. LIBERTAD DE EJERCICIO DEL PERIODISMO

El ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas, es libre y no está sujeto a autorización previa... (Art. 29, 1ª parte, CN).

Este artículo constitucional comienza consagrando la libertad de ejercicio del periodismo en cualquiera de sus formas. Esto significa, quizá como lo más importante desde un punto de vista jurídico, que tal ejercicio no está sujeto a la autorización previa de autoridad pública alguna. Esto tiene una aplicación prácticamente directa y literal tratándose de medios escritos, pero cuando se trata de medios radiales o televisivos debe entenderse que la sujeción del funcionamiento de éstos a limitaciones (como la concesión de frecuencias) derivadas del uso del espectro electromagnético, cuyo dominio corresponde al

Estado, no constituyen una violación del precepto constitucional. La necesidad de que dicho espectro sea usado en forma racional y con posibilidad de acceso al mismo en condiciones de igualdad, hacen imprescindible la adopción de ciertas medidas y procedimientos referentes a su uso.

Obviamente, esta libertad de ejercicio del periodismo reconocida a cualquier persona, tropieza con insuperables limitaciones de hecho. Por las razones ya expresadas en otra parte, no cualquiera se encuentra en condiciones de fundar un periódico, una estación de radiodifusión o un canal televisivo. Pero tampoco los que existen están al alcance, ni de periodistas ni de las personas comunes, como vías por medio de las cuales expresar sus ideas, pensamientos, opiniones o inquietudes. Esto depende del dueño del medio, del director o del jefe de prensa.

17. DERECHOS DE LOS PERIODISTAS

...Los periodistas de los medios masivos de comunicación social, en cumplimiento de sus funciones, no serán obligados a actuar contra los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información.

El periodista columnista tiene derecho a publicar sus opiniones firmadas, sin censura, en el medio en el cual trabaje. La dirección podrá dejar a salvo su responsabilidad haciendo constar su disenso.

Se reconoce al periodista el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme con la ley (Art. 29 CN.).

“La antidemocracia imperante en los medios masivos propicia prácticas realmente aberrantes que al final de cuentas lesionan el derecho a la información veraz y objetiva a la que tiene derecho la sociedad. Las principales de esas prácticas son:

a) la “línea” de cómo debe proporcionarse la información, qué cuestiones no deben ser atendidas, el sentido con que debe darse la noticia; b) la censura al suprimirse o agregarse párrafos al trabajo del reportero o columnista; c) la indicación de qué instituciones y personajes deben ser cuidados y cuáles deben ser atacados”¹⁵.

A contrarrestar, por lo menos en parte, estas prácticas aberrantes está orientado el artículo constitucional transcrito más arriba. En el mismo se consagra la llamada “cláusula de conciencia”, aunque sólo en forma parcial, es decir, no con la amplitud que se le ha dado en otros ordenamientos constitucionales. En efecto, el periodista no puede ser obligado a actuar contra los dictados de su conciencia, pero no se le reconoce el derecho de abandonar el medio en las condiciones establecidas en la ley laboral para un trabajador despedido sin causa justificada, con motivo del cambio de orientación ideológica de aquel.

F. Fernández Segado afirma que “en su esencia, la “cláusula de conciencia” consiste en la facultad del periodista de resolver su contrato laboral, obteniendo las indemnizaciones que hubieran de corresponderle caso de un despido improcedente, cuando la política de la empresa informativa en la que está empleado pueda llegar a comprometer seriamente su conciencia, esto es, sus concepciones morales, su libertad ideológica o incluso su propia dignidad profesional...”¹⁶.

El derecho al “secreto profesional” queda reconocido en cuanto el periodista no puede ser obligado a revelar sus fuentes

¹⁵ J. Carpizo, op. cit., p. 448.

¹⁶ Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 325.

de información, en general, por requerimiento de cualquier autoridad pública y, en particular, ante órganos jurisdiccionales.

El derecho reconocido al periodista columnista o de opinión a publicar sus opiniones firmadas, sin que pueda ser censurado internamente por el medio, debe ser apreciado en su realidad fáctica. En efecto, considerando que la contratación de los columnistas se hace teniendo en cuenta su tendencia ideológica a fin de que lo publicado sea congruente con la línea editorial del medio, es difícil que la discrepancia entre el columnista y la dirección (o mejor, el propietario) alcance relevancia de carácter ideológico. Lo más probable es que sea de otra índole. Además, dada la situación de dependencia laboral, serán muy limitados los casos en que el columnista, en lugar de ceder a la censura interna, insista en el ejercicio de su derecho. De todos modos, en este caso siempre le queda al propietario del medio la posibilidad de despedir al columnista, una vez cumplidas las disposiciones legales de carácter laboral.

Finalmente debe decirse que el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, que también se reconoce al periodista, constituye una limitación al derecho de propiedad del dueño del medio masivo. Este derecho junto con el señalado en el párrafo precedente, constituyeron las dos “grandes rebeliones” de los periodistas frente a los propietarios, en el marco de la Convención Constituyente de 1992.

18. EL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO

De las señales de comunicación electromagnética

La emisión y la propagación de las señales de comunicación electromagnética son del dominio público del Estado, el cual, en ejercicio de la soberanía nacional, promoverá el pleno empleo de las mismas según los derechos

propios de la República y conforme con los convenios internacionales ratificados sobre la materia.

La ley asegurará, en igualdad de oportunidades, el libre acceso al aprovechamiento del espectro electromagnético, así como al de los instrumentos electrónicos de acumulación y procesamiento de información pública, sin más límites que los impuestos por las regulaciones internacionales y las normas técnicas. Las autoridades asegurarán que estos elementos no sean utilizados para vulnerar la intimidad personal o familiar y los demás derechos establecidos en esta Constitución (Art. 30 CN).

Es éste un artículo bastante confuso e inexacto en cuanto a la terminología empleada y a la diversidad de temas tratados.

Entendemos que, en realidad, lo que se quiso expresar es que el espectro electromagnético es del dominio público del Estado, lo cual da derecho al mismo a controlar y regular la utilización de aquel.

En este sentido, el Estado por medio de la ley debe asegurar el libre acceso al aprovechamiento de dicho espectro electromagnético en condiciones de igualdad de oportunidades. Precisamente esto es lo que autoriza a que sea el Estado el que administre las concesiones respectivas de frecuencias radiofónicas, televisivas o de otras especies, limitando el tiempo de duración de las mismas, a fin de permitir mediante la obligación de renovarlas periódicamente que todos tengan oportunidad de acceder a dicho espectro. Este sería igualmente el fundamento jurídico para el dictamiento de leyes tendientes a prohibir el monopolio o el oligopolio en cuanto a la utilización del espectro electromagnético.

Por otra parte, se debe garantizar y asegurar que “la emisión y la propagación de las señales de comunicación electromagnética”, que constituyen la forma de “aprovechamiento del espectro electromagnético”, se haga de conformidad con las normas establecidas en el ordenamiento jurídico interno (en particular “normas técnicas”) y en los convenios internacionales sobre la materia, de que forma parte el Paraguay (“regulaciones internacionales”), promoviendo “el pleno empleo” de dicho espectro.

Finalmente, el precepto constitucional prescribe que las autoridades deben adoptar las medidas pertinentes a fin de que la utilización del espectro electromagnético no derive en la vulneración del derecho a la intimidad personal o familiar o de otros derechos.

19. MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DEL ESTADO

Los medios de comunicación dependientes del Estado serán regulados por ley en su organización y en su funcionamiento, debiendo garantizarse el acceso democrático y pluralista a los mismos de todos los sectores sociales y políticos, en igualdad de oportunidades (Art. 31 CN).

En este artículo constitucional están contenidas dos normas. La primera se refiere a que la organización y el funcionamiento de los medios masivos de comunicación social dependientes del Estado, deben ser regulados por ley. La segunda dispone acerca del acceso a los mismos, el cual debe estar permitido a todos los sectores sociales y políticos, en igualdad de oportunidades, y en un marco democrático y de pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico.

20. PUBLICACIÓN SOBRE PROCESOS

La publicación sobre procesos judiciales en curso debe realizarse sin prejuizgamiento.

El procesado no deberá ser presentado como culpable antes de la sentencia ejecutoriada (Art. 22 CN).

Muchas veces los medios masivos de comunicación realizan un juicio previo, en particular cuando se trata de procesos judiciales del ámbito penal. Asumen, de hecho, ante la opinión pública la labor propia de jueces y tribunales. En la prensa se deciden con anticipación, mediante la opinión de periodistas y de lectores, oyentes o televidentes, aunque sin acceso alguno a los recaudos pertinentes, cuestiones que luego son objeto de discusión, prueba y decisión en un proceso judicial.

Como se ha dicho, “los medios... se atribuyen el papel de fiscal y de juez, condenando o absolviendo a una persona y cuando la sentencia judicial llega, resulta casi intrascendente porque la opinión pública ya juzgó alentada y auspiciada por los medios”¹⁷

Para evitar prejuizgamientos, la prensa debe indicar siempre y en forma precisa el estado del proceso y la situación procesal de los sometidos al mismo, con especial indicación acerca de si rige aún respecto de ellos la presunción de inocencia.

Al respecto, M.J. Risso Ferrand sostiene que “...sería conveniente establecer por ley: a) la obligación de precisar con especial destaque la situación real del individuo (esto es, si hay sentencia definitiva y, si no la hay, especificar cuál es el estado

¹⁷ J. Carpizo, op. cit., p. 451.

de la causa y qué significa ello), y b) en los casos en que se produce el sobreseimiento, sentencia de absolución, etc., el medio que recogió la información debería tener la obligación de publicar y explicar el desenlace con el mismo destaque y detalle con que emitió la información original”¹⁸.

21. PRUEBA DE LA VERDAD O NOTORIEDAD EN PROCESOS SOBRE PUBLICACIONES

La prueba de la verdad y de la notoriedad no serán admisibles en los procesos que se promoviesen con motivo de publicaciones de cualquier carácter que afecten al honor, a la reputación o a la dignidad de las personas, y que se refieran a delitos de acción penal privada o a conductas privadas que esta Constitución o la ley declaren exentas de la autoridad pública.

*Dichas pruebas serán admitidas cuando el proceso fuera promovido por la publicación de censuras a la conducta pública de los funcionarios del Estado, y en los demás casos establecidos expresamente por la ley (Art. 23 CN).*¹⁹

De acuerdo con este artículo, en un proceso civil (por indemnización de daño moral) o en un proceso penal (querrela por calumnia, difamación, injuria o denigración de la memoria de los muertos) promovidos con motivo de una publicación supuestamente subsumida en la norma constitucional, el magistrado interviniente debe:

¹⁸ M. J. Risso Ferrand, “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, en Konrad Adenauer Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, p. 296.

¹⁹ Este artículo tiene como antecedente directo, el Art. 75 de la Constitución de 1967. También se alude al tema en la Constitución de 1870, Art. 24.

a) Constatar que la publicación efectivamente afecta el honor, la reputación o la dignidad de la persona que promueve el juicio.

b) Constatar que la publicación se refiere a delitos de acción penal privada, cuya autoría se atribuye a quien promueve el juicio o de los cuales el afectado ha resultado ser víctima.

De acuerdo con el Código Procesal Penal, son perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles: maltrato físico, lesión, lesión culposa, amenaza, tratamiento médico sin consentimiento, violación de domicilio, lesión a la intimidad, violación del secreto de comunicación, calumnia, difamación, injuria, denigración de la memoria de un muerto, daño, uso no autorizado de vehículo automotor y violación del derecho de autor o inventor (Art. 17).

A modo de ejemplo, la publicación debe decir que fulano de tal (el actor o demandante) ha sido autor de los delitos de maltrato físico, violación de domicilio o calumnia en perjuicio de otra persona. O, por el contrario, que ha sido víctima de tales hechos.

c) Constatar, como alternativa, que la publicación se refiere a conductas privadas que la Constitución o la ley declaran exentas de la autoridad pública.

Dichas conductas privadas son aquellas que no afectan “al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros” (Art. 33 CN). Un ejemplo sería que la publicación se refiera al modo de vestir en el hogar, a las relaciones intrafamiliares, etc.

d) Constatados los extremos mencionados precedentemente, no puede admitir la prueba de la verdad y de la notoriedad de los hechos. Esta disposición constitucional tiene

su fundamento en que si se trata de hechos cuya persecución penal sólo puede ser promovida por acción privada, lo cual significa que la inactividad del afectado puede determinar que los mismos no produzcan ninguna consecuencia; e igualmente si se trata de hechos considerados exentos de la autoridad pública, mal puede reconocerse a un medio periodístico el derecho de publicarlos aunque los hechos aludidos fueran verdaderos y notorios. Lógicamente, dicha prueba será admitida si la publicación alude a hechos punibles de acción penal pública.

Como excepción se establece que, aún en los supuestos mencionados más arriba, la prueba de la verdad y de la notoriedad de los hechos, debe ser admitida cuando el proceso haya sido promovido por la publicación de censuras a la conducta pública de los funcionarios del Estado, y en los demás casos establecidos expresamente por la ley.

En el Art. 24 de la Constitución de 1870 se establecía que “en las causas o demandas promovidas sobre publicaciones en que se censure la conducta oficial de los empleados públicos, es admitida la prueba de los hechos”.

El artículo 75 de la Constitución de 1967 disponía cuanto sigue: “Dichas pruebas serán admitidas cuando el proceso se promueva por la publicación de censuras a la conducta oficial de los funcionarios públicos, y en los demás casos que establezca expresamente por la ley”.

La diferencia substancial está en la alusión a la “conducta pública” que hace la Ley Suprema en vigor, en lugar de la “conducta oficial” mencionada en las constituciones precedentes. A nuestro criterio, la primera expresión es más amplia y abarca la conducta de cualquier funcionario público (incluyendo a los de órganos de nivel estatal, departamental o

municipal) en lugares públicos (en este caso, la palabra “pública” debe ser entendida con esta acepción), y no solamente la conducta de los mismos en ejercicio de sus respectivos cargos, a que pareciera limitarse la expresión “conducta oficial”.

Dentro de estos parámetros, la publicación sobre un intercambio de palabras en tono alto entre cónyuges particulares, en lugar público; o sobre las ofensas proferidas públicamente por un particular contra otro particular, que podrían configurar los delitos de difamación o calumnia, puede dar lugar a un proceso en el cual no deberá admitirse la prueba de la verdad o notoriedad del hecho.

En cambio, en las mismas circunstancias, si en los hechos estuviere involucrado un funcionario público y la publicación se hiciera para censurar el aspecto escandaloso de su conducta pública, la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos deberá ser admitida por el magistrado en caso de que se promoviere un proceso.

La doctrina de la “real malicia” formulada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el año 1964, al dictar sentencia en el caso “New York Times contra Sullivan”, no ha sido utilizada por nuestros órganos jurisdiccionales. Creemos que en las circunstancias en que ni siquiera se admite la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos, ella no tendría cabida. El análisis de la posibilidad de su aplicación debería ser dirigido eventualmente a los casos de publicaciones de censura a la conducta pública de los funcionarios o sobre hechos punibles de acción penal pública, en que no se pudiera probar la verdad o notoriedad de los hechos.

Como ya se ha mencionado, la admisión de la prueba de la verdad prevista en los artículos 143 y 151 del Código Penal, viola lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución.

22. INTIMIDAD, VIDA PRIVADA, DIGNIDAD, HONOR, REPUTACIÓN E IMAGEN PRIVADA

Nuestra Ley Suprema consagra el derecho de las personas a ser protegidas en su intimidad (personal y familiar), su vida privada, su dignidad, su imagen privada (Art. 33 CN), su honor y su reputación (Art. 4 CN).

El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU contiene disposiciones muy parecidas: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), expresa lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene

derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

La vida privada comprende las actividades que desarrolla una persona en el ámbito de su domicilio o en otros lugares similares, cuyo conocimiento directo está limitado a sus familiares próximos y otros allegados, quedando normalmente fuera del conocimiento de otras personas, salvo que el propio afectado o los demás con acceso a la información, la comuniquen. Se trata de actividades que por no afectar el orden público o derechos de terceros, están exentas de la autoridad pública y no pueden ser objeto de publicación alguna no autorizada.

La intimidad puede ser distinguida de la vida privada, en el sentido de que se refiere a características biológicas, psicológicas, éticas, espirituales, socioeconómicas y biográficas de una persona, las cuales son consideradas por el afectado como datos propios de su personalidad, de difusión voluntaria y restringida. La intimidad comprende datos sobre filiación, matrimonios, divorcios, vida sexual, hábitos particulares, estudios académicos, amistades, enemistades, bienes, deudas, creencias religiosas, ideas políticas, enfermedades, etc. Tampoco estas circunstancias, en principio, pueden ser objeto de publicaciones no autorizadas.

El derecho a la protección de la propia imagen, o de la imagen privada como dice nuestra Constitución en forma menos precisa, impide que se pueda reproducir la imagen de una persona sin su consentimiento, aunque ello no afecte su dignidad o su reputación. Como se ha expresado, “el derecho a la propia imagen... atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública... consiste en esencia en

impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad...perseguida por quien la capta o difunde”²⁰.

La expresión “propia imagen” no deja dudas acerca de que este derecho rige aún cuando la persona se encuentre en un lugar público como una calle, una plaza, un restaurante o un local comercial, salvo que su imagen aparezca formando parte del conjunto de personas circunstancialmente presentes en esos sitios. En cambio, la expresión “imagen privada” puede generar la duda acerca de si la protección no tiene un alcance más limitado. Creemos que la interpretación correcta es la de darle idéntico alcance. En otras palabras, un medio periodístico se encuentra vedado de obtener imágenes de una persona tanto dentro de su recinto privado (domicilio, oficina, etc.), como cuando realiza actividades particulares en lugares públicos, salvo que medie el consentimiento de la misma.

De hecho, éste es el alcance que le da el artículo 144 del Código Penal cuando tipifica el delito de lesión del derecho a la imagen. Dice lo siguiente:

...2° *La misma pena* [pena privativa de libertad de hasta dos años o multa] *se aplicará a quien, sin consentimiento del afectado, produjera o transmitiera imágenes:*

1. *de otra persona dentro de su recinto privado;*
2. *del recinto privado ajeno;*
3. *de otra persona fuera de su recinto, violando su derecho al respeto del ámbito de su vida íntima...*

En relación con los temas precedentes, es importante hacer referencia a la Ley N° 1682/2001, Que reglamenta la

²⁰ M. J. Risso Ferrand, *Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa*, en Konrad Adenauer Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, p. 300.

información de carácter privado, la cual en su artículo 4º expresa lo siguiente: “Se prohíbe dar publicidad o difundir datos sensibles de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables. Se consideran datos sensibles los referentes a pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales, intimidad sexual y, en general, los que fomenten prejuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias”.

Debe señalarse también que, en salvaguarda de los derechos a la intimidad, a la privacidad y a la imagen privada, la autoridad interviniente en el allanamiento de un recinto privado, sea juez, fiscal o agente policial, no está investida de la facultad de autorizar la entrada de periodistas a la “morada, local comercial, despacho oficial u otro ámbito cerrado” (Art. 141 CP) objeto del cateo. La inviolabilidad de los recintos privados consagrada por la Ley Suprema (Art. 34 CN) no cede en este aspecto y la posibilidad de ingreso de la prensa depende de “que el consentimiento del que tiene derecho de admisión haya sido declarado expresamente o sea deducible de las circunstancias” (Art. 141 CP). En caso contrario, se comete el delito de violación de domicilio castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

En lo que se refiere a la protección de la dignidad, el honor y la reputación, nos remitimos a lo señalado al comentar el artículo 23 de la Constitución, que se refiere a la prueba de la verdad.

23. CONCLUSIONES

Las conclusiones que formulamos a continuación tienen carácter provisional y parcial. Además, dan por sentada la

posibilidad de introducir todas las modificaciones constitucionales y legales que fueren necesarias para que las mismas sean llevadas a cabo.

Ellas son las siguientes:

Es necesario regular jurídicamente la actividad de los medios masivos de comunicación. Incluso con las actuales disposiciones constitucionales ello es posible en cuanto a varios aspectos, como se ha señalado más arriba.

Es necesario que se establezca con claridad que se puede proceder a la incautación de cualquier publicación con posterioridad a su puesta en circulación, en virtud de una decisión judicial y siempre que aquella incurra en abuso a la libertad de prensa. La reiteración de los hechos podría dar lugar a la suspensión del medio e incluso a su clausura, en todos los casos con intervención judicial.

Es necesario que se determine claramente que la renovación de la autorización para el uso del espectro electromagnético, está sujeto a la apreciación de la actuación anterior del medio por la autoridad administrativa, siempre con posibilidad de recurrir a instancias judiciales. En efecto, no existe razón alguna para mantener un medio que en forma reiterada ha incurrido en excesos a la libertad de prensa, previstos legalmente y determinados con intervención judicial en cada caso concreto. Del mismo modo se podría llegar a la clausura del medio.

Es necesario que los órganos jurisdiccionales actúen con independencia y firmeza, no cediendo al poder mediático, en la determinación de la responsabilidad civil y penal de los medios masivos y de las personas vinculadas a ellos.

BIBLIOGRAFÍA

CARPIZO, Jorge, *Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética*, en Bazán, Víctor (coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 1ª. Ed., 2003

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992

MERCADO LUNA, Ricardo, “Invocación de la doctrina de la real malicia: ¿monopolio de los medios de comunicación?”, en Bazán, Víctor (coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 1ª. Ed., 2003

RALLO LOMBARTE, Artemi. *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000

RISSO FERRAND, Martín J., *Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa*, en Konrad Adenauer Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002.

Legislación

Código de la Niñez y la Adolescencia

Código Penal

Código Procesal Penal

Constitución de 1844.

Constitución de 1870.

Constitución de 1940.

Constitución de 1967.

Constitución de 1992.

Constituciones de los países de la Comunidad Europea

Constituciones latinoamericanas

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU.

Ley de responsabilidad social en radio y televisión, Venezuela, 2004.

Ley Fundamental de la libertad de expresión, Suecia, 1994.

Ley N° 1682/2001 “Que reglamenta la información de carácter privado”.

Ley N° 1969/2002.

Ley sobre la libertad de prensa, Suecia, 1994.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

EL DERECHO DE LOS HIJOS A TENER PADRES Y SER RECONOCIDOS POR ÉSTOS EN LA CONSTITUCIÓN

Alicia Beatriz Pucheta de Correa

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. VERDAD BIOLÓGICA, DERECHO DE IDENTIDAD E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. 3. NORMAS CONSTITUCIONALES, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LEYES INTERNAS. 4. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL MATRIMONIO. 5. ACCIONES DE NEGACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL: REQUISITOS. 6. EXCEPCIONES. 7. TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN A LOS ASCENDIENTES DEL MARIDO Y A SUS HEREDEROS PRESUNTIVOS. 8. FALLOS DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. 9. PRESCRIPCIÓN. 9.1. EXCEPCIÓN. 10. ACCIÓN DE IMPUGNABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO: REQUISITOS. 11. CONCLUSIONES

EL DERECHO DE LOS HIJOS A TENER PADRES Y SER RECONOCIDOS POR ÉSTOS
EN LA CONSTITUCIÓN

EL DERECHO DE LOS HIJOS A TENER PADRES Y SER RECONOCIDOS POR ÉSTOS EN LA CONSTITUCIÓN

Alicia Beatriz Pucheta de Correa

1. INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo *El derecho de los hijos a tener padres y ser reconocidos por éstos en la Constitución Nacional* tiene como objetivo enfocar la investigación de paternidad, regulada en el último párrafo del Art. 53 de la Constitución, desde la perspectiva de la investigación genética como eje fundamental para determinar la identidad real biológica del niño/a y adolescente, identidad que es reconocida como derecho en convenciones internacionales. La determinación de la identidad real, como derecho del niño, tiende a preservar la igualdad de los hijos ante la ley, como se consagra también en el último párrafo del artículo constitucional citado. La Carta Magna, Art. 54 in fine, extiende además su protección al declarar que los derechos del niño tienen carácter prevaleciente, en caso de conflicto¹.

Anteriormente la indagación judicial de la maternidad/paternidad, se basaba en la posibilidad de la prueba (como ejemplo tenemos el derecho francés), en el que la investigación de la maternidad se permitía aún a costa de un juicio escandaloso e inmoral, fundado en que la madre es siempre cierta, porque el hecho podía probarse, no así la

¹ Ante dos normas de rango constitucional, como la contenida en el Art. 33 (derecho a la intimidad) y el Art. 54 in fine, tiene prevalencia esta última norma citada; el derecho que se protege es el derecho del niño a la identidad biológica. Véase Acuerdo y Sentencia N° 1905 del 31 de diciembre de 2004.

paternidad, por lo cual dicha investigación estaba prohibida. Sin embargo, apuntaba el codificador Vélez Sarsfield, *en la naturaleza de las cosas la maternidad es cierta e indudable; pero no en el pleito*, el juez para decidir el caso debe recurrir a declaraciones de testigos, informe de sirvientes, pruebas comunes, pruebas iguales a las que pueden darse sobre paternidad². Como vemos el argumento de la dificultad de la prueba era contundente para la investigación, hoy día, la prueba ya no es un obstáculo para la investigación de la paternidad y la determinación de la identidad real, gracias a las pruebas científicas y entre ellas la pericial de ADN.

2. VERDAD BIOLÓGICA, DERECHO A LA IDENTIDAD E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

La definición de la verdad biológica entendida como identificación de los progenitores es uno de los niveles del derecho a la identidad, que se manifiesta en el ser humano por el sentido de pertenencia, el anhelo de conocer quién es realmente, cuál es la verdad de su origen.

El derecho a la identidad abarca diversos aspectos de la vida y personalidad que pueden ser agrupados en dos fases: una faz estática (origen genético-biológico de la persona) y una faz dinámica configurada por el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico-existencial³. En este contexto la protección de la identidad biológica del niño/a puede ser analizada desde las siguientes perspectivas: a) desde el punto de vista de preservar el origen biológico del niño/a a los efectos de evitar falsas declaraciones de maternidad o de paternidad; y

² Código Civil de la República Argentina, con las notas de Vélez Sarsfield, Víctor Zavala Editor, Buenos Aires, 1966, p. 79.

³ María Virginia Bertoldo de Fourcade, *Investigación de la Paternidad*, Revista Argentina LA LEY, 1999-F1230.

b) el de la identidad personal en el que se encuadra el “valor” identidad con sus particularidades culturales, sociales, geográficas, al que otros tratadistas le agregan las religiosas.

La investigación de la paternidad como indagación judicial busca conocer y atribuir de manera indubitada la paternidad de una persona determinada, cuando ésta aparece incierta o desconocida. La investigación de la paternidad, tiene gran trascendencia en el orden de la vida privada y social, y se considera como un derecho del hijo.

Frente a la problemática de la investigación de la paternidad el Estado puede asumir tres posiciones: la de prohibición absoluta, criterio seguido por el Código de Napoleón; la de prohibición relativa, que la admite cuando existen hechos indudables que la prueban; y el de la libre investigación.

En el siglo XIX se instaura la discusión sobre si la investigación de la paternidad debía permitirse o no. Fruto de ella, los códigos de algunos países optaron o bien, por la prohibición absoluta⁴, la absoluta autorización para investigar o la autorización con restricciones⁵. Los partidarios de la prohibición absoluta fundan su posición, entre otros, en los pleitos inmorales, escandalosos y las perturbaciones que se producen en el seno de las familias, portando discordia y hasta desintegración de los hogares, y en que la paternidad, era en general, difícil de establecer.

⁴ Prohíben la indagación de la paternidad los Códigos de Francia, Cerdeña, Nápoles, Holanda, Haití, Hesse, Chile y el Proyecto de Goyena del Código Civil de España, Véase Código de Vélez Sarfsfield, art. 325.

⁵ La permiten Luisiana, Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Inglaterra, Austria, Baviera, Prusia y todos los códigos suizos. Véase Código Civil de la República Argentina, con las notas de Vélez Sarfsfield, Editor Víctor P de Zavala, Buenos Aires, Año 1966, Art. 325, pág. 78.

Contrariamente los que defienden la investigación de la paternidad, quieren evitar escándalos y fraudes, apelan al interés del hijo inocente de las culpas de los padres y sostienen que en la filiación existe un vínculo producido por la misma naturaleza, el cual debe ser reconocido por la ley positiva para que surta sus efectos jurídicos⁶.

El Código Civil francés de 1804 fue el primero en establecer una absoluta prohibición de investigar la paternidad, no obstante hacer distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, pues Napoleón no era partidario de que se permitiera en la legislación francesa la investigación de la paternidad natural; amparaba su actitud negativa en el principio romano “Pater is est quem nuptias deonstrant”, no hay padre jurídicamente donde no hay marido⁷.

El Código Napoleónico, tuvo gran influencia en varios países de Europa, y también en Hispanoamérica, con lo cual el establecimiento de la prohibición de investigar la paternidad conquistó espacios en varios códigos europeos y en la mayor parte de países hispanoamericanos. En estos últimos, sin embargo, las críticas formuladas contra la prohibición de investigar la paternidad natural, fue ganando terreno pues los autores consideraron innegable el derecho de un hijo a obtener la declaración de quién es su padre y la consiguiente obligación de que éste le brinde la protección necesaria para su subsistencia.

⁶ Idem.

⁷ Ramón Arévalo, *Reconocimiento de Hijos Naturales*”, Tesis Doctoral, <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/059e37bd8145b29306256b3e00747bb2?OpenDocument>.

3. NORMAS CONSTITUCIONALES, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LEYES INTERNAS

Como ya lo adelantáramos, la identidad biológica y la investigación de la paternidad adquieren relevancia en nuestro ordenamiento jurídico con la disposición constitucional del artículo 53, cuyo último párrafo consagra *la igualdad de todos los hijos ante la ley*, y que *ésta posibilitará la investigación de la paternidad*. La disposición transcrita se asocia a la protección de la identidad biológica, desde la perspectiva de la preservación del origen biológico. En la investigación de la paternidad y el consecuente desplazamiento filial, deben ponderarse derechos consagrados constitucionalmente, como los derechos prevalecientes del niño, su desarrollo armónico e integral (Art. 54) y la protección integral de la familia (Art. 49).

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su Art. 18, consagra el derecho al nombre, entendido como el derecho de toda persona a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.

La Convención de los Derechos del Niño (Art. 7 y 8) expresan que todo niño/a tiene derecho a conocer a sus padres y a preservar su identidad, que incluye el nombre y las relaciones familiares⁸.

⁸ Artículo 7. 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Anteriormente, la legislación civil que regía, Código de Vélez, prohibía toda indagación de paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega (Art. 341). Por las leyes los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tenían padre ni madre ni parientes por parte de padre o madre (Art. 342), salvo que fueran reconocidos voluntariamente por sus padres (Art. 343). Con posterioridad la Ley N° 963/81, vigente hasta el año 2001, Código del Menor, autorizaba la investigación de la paternidad/maternidad ilegítima (extramatrimonial según el Art. 25) en una forma más amplia de la que hasta entonces estaba permitida admitiéndose todas las pruebas idóneas para probar los hechos.

Actualmente la legislación posibilita la investigación de la paternidad. El Código Civil de 1987 establece que los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos. Asimismo el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 1680, 01/dic/2001), por un lado reconoce en forma expresa que el niño y el adolescente, sin distinciones, tienen derecho a promover ante la Justicia las investigaciones que sobres sus orígenes estimen necesarias (Art. 18 CNA).

Por otro lado el código regula además un procedimiento especial, para entablar la acción de reconocimiento, contestación o desconocimiento de la filiación y consigna el carácter preferencial de la prueba de sangre de ADN u otras pruebas científicas (Art. 184 1ª parte), la presunción de paternidad o maternidad en caso de oposición a someterse a la misma (art. 184 2ª parte)⁹, y la obligación del Poder Judicial de arbitrar los

⁹ Véanse fallos de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, como Acuerdo y Sentencia N° 642 del 31 de julio de 2006; Acuerdo y Sentencia N° 370, del 18 de mayo de 2007. La negativa constituye una presunción grave en contra

medios necesarios para facilitar la realización de dichas pruebas y reglamentar el artículo por acordada¹⁰.

La Sala Penal de la Corte ha otorgado valor absoluto a la prueba genética¹¹: "Las pruebas biogenéticas de paternidad (paternity test) se sustentan en el análisis de los marcadores genéticos, conformados por los cromosomas, el ADN, y los genes que dirigirán la formación y ordenaran las características del futuro ser desde el momento de la fecundación. El estudio de los materiales genéricos permite acreditar la relación bioparental entre el presunto padre y el hijo, según sea el caso, con una certeza absoluta, desechando así, la prueba hematológica o de los grupos sanguíneos autosómicos....La prueba de ADN se basa en la descomposición o hibridización de la molécula de ADN para obtener la huella genética o biodigital, conformada por la información genética de las células germinales de los progenitores al momento de la fecundación...La técnica del perfil de ADN como medio de identificación es infalible ya que testifica un hecho científico incontrovertible, basado no en teorías ni en doctrina sino en las leyes de la naturaleza...Tal es el valor absoluto que ofrece la pauta genética ADN que la negativa de parte a su sometimiento puede perfectamente crear una presunción o establecimiento directo de paternidad".

de quien se niega a la producción de la prueba científica, y esta solución es casi unánime en la doctrina extranjera.

¹⁰ Ley N° 1.914/02 que Exonera el Pago de los estudios de Histocompatibilidad (HLA) e inmunogenética (en los procesos de filiación). En los procesos de filiación la CSJ tomará a su cargo el costo total de los estudios de HLA y ADN, cuando su realización fuera indispensable para el resultado del juicio, haya sido ordenado judicialmente y el obligado al pago actúe con beneficio de litigar sin gastos (Art. 1°). La Ley 2.869 del Ejercicio Fiscal 2006 indica en el punto 916 sobre el tema. El presupuesto actual es de 300.000.000 de guaraníes (60.000 US\$ aproximadamente).

¹¹ Acuerdo y Sentencia N° 370 del 18 de mayo de 2007.

Como vemos en la investigación de la paternidad, las pruebas periciales de sangre adquieren relevancia, no sólo respecto a la acción de reconocimiento de filiación o contestación de desconocimiento o impugnación de hijos extramatrimoniales, sino también en los casos de negación o impugnación de paternidad matrimonial, regulado en el Código Civil y donde se prevén limitaciones.

4. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL MATRIMONIO

Antes de referirnos a las acciones de negación o impugnación de la paternidad matrimonial conviene señalar que: *se presume que el marido es el padre del hijo nacido dentro del matrimonio*. Así lo prescribe el Código Civil.

Son hijos matrimoniales:

- a) los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución o anulación, si no se probase que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento;
- b) los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse y que hayan sido reconocidas antes, en el momento de la celebración del matrimonio de sus padres, o hasta sesenta días después de ésta. La posesión de estado suple este reconocimiento;
- c) los que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre y los que nacieren dentro de los trescientos días contados desde

que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado; y

d) los nacidos dentro los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer, o si consintió que se lo anotara como hijos suyos en el Registro del Estado Civil, o si de otro modo los hubiere reconocido expresa o tácitamente (Art. 225 CC).

El Art. 29 del CC establece una presunción *jure et de jure* respecto al plazo máximo (300 días) y el mínimo (180 días), de duración del embarazo y la época de la concepción de los nacidos vivos, comprendiendo este último el plazo entre el maximum y el minimum de transcurrido el embarazo (120 días).

5. ACCIONES DE NEGACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL: REQUISITOS

Hecha la salvedad respecto a quiénes son considerados hijos matrimoniales nos referiremos a las acciones de negación o impugnación de la paternidad matrimonial, según las disposiciones establecidas en el Código Civil.

1. El marido podrá desconocer al hijo concebido durante el matrimonio en los siguientes casos:

a) si durante el tiempo transcurrido entre el período máximo y el mínimo de la duración del embarazo se hallaba afectado de impotencia o esterilidad;

b) si durante dicho período vivía legalmente separado de su mujer, aun por efecto de una medida judicial precautoria, salvo que haya habido entre los cónyuges cohabitación, aunque sea temporal; y

c) si en ese período la mujer ha cometido adulterio y ocultado al marido su embarazo y el nacimiento del hijo. Podrá el marido probar, además, cualquier otro hecho que excluya su paternidad (Art. 236 CC).

Finalmente, la ley establece que el marido podrá probar otros hechos conducentes a excluir su paternidad.

2. Esta acción de desconocimiento únicamente compete al marido mientras él viva (Art. 237 CC).

6. EXCEPCIONES

Sin embargo, la ley prevé situaciones excepcionales como a) interdicción del marido y b) su fallecimiento.

a) En caso de *interdicción*, la acción podrá ser ejercida por el *curador* con autorización judicial (Art. 237 CC, primera parte).

Si el curador no hubiese intentado la acción y el marido dejare de estar interdicto, podrá deducirla éste -el marido- (Art. 237 CC, segundo párrafo), dentro de los sesenta días (Art. 239 CC, parte final). Se entiende que el plazo debe computarse desde la sentencia firme que hace cesar la interdicción.

b) En caso de *fallecimiento*, iniciada la acción por el marido, y fallecido durante la tramitación del juicio, sus herederos presuntos que debieren concurrir con el hijo, o ser excluidos por él, así como los ascendientes del extinto, podrán continuar la acción (Art. 238 CC).

Fallecido éste, el juicio se ventilará con sus herederos (Art. 239 CC).

Es jurisprudencia constante y uniforme en nuestros Tribunales de la Niñez y Adolescencia que el/la defensor/a actúa dentro de sus *facultades regladas al promover la acción de filiación* de acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos 162 y 163 incisos a) y c) del CNA, y estando habilitada plenamente para que en *representación* del niño/a intervenga en el proceso hasta su culminación, en atención a la *legitimación activa* que le otorgan las mencionadas preceptivas, ya que si el propio niño/a o adolescente puede dirigir por sí mismo sus peticiones ante cualquier autoridad (Art. 26 CNA, acordes con el Art. 40 CN y el Art. 12 de la CDN), deviene obvio que en su representación *puede y debe actuar* el/la defensor/a de la Niñez y la Adolescencia a fin de proteger sus derechos, independientemente de que la madre intervenga o no en el proceso posteriormente como accionante o quien sea la persona denunciante del derecho violado. Finalmente tampoco puede perderse de vista la gratuidad que caracteriza a los procesos tramitados en la jurisdicción especializada (Art. 167 CNA) (Voto en mayoría Dr. Silvio Rodríguez, Dra. Ma. Francisca Prette de Villanueva, voto en disidencia parcial del Dr. Arnaldo Aguirre). Ver Autos Interlocutorios del año 2004, números: 195, 220, 225, 226 y 227.

Para el Dr. Aguirre la disidencia consiste en las personas *legitimadas* a solicitar la intervención del defensor/a de la Niñez y Adolescencia, para representarlos en un juicio contradictorio como sería la Acción de Filiación. Y en tal carácter la madre posee la facultad *exclusiva e irrenunciable* de representar a los hijos en los actos de la vida civil, mientras no adquieran la capacidad y responsabilidad civil (Art. 71, inc. e) CNA).

A ella (la madre) le compete en primer término peticionar a la defensora su intervención para representar a sus hijos en el juicio de reclamación de la paternidad. O el tutor por

que éste tiene *representación legal* del pupilo. Respecto a otros responsables como guardadores, tíos, carecen de título habilitante que le acredita *legitimación activa* para petitionar la intervención de la defensora pública, para que ésta promueva, en representación de los niños, la acción incoada. Incluso para subsanar la deficiencia en el mandato por parte de la defensora, la progenitora si ratifica la gestión de ésta (la defensora), validaría sus actos (artículos 346 y 347 CC). Esta ratificación es trascendental para el proceso ya que los hechos invocados para la reclamación de la paternidad tienen por principal protagonista a la madre biológica para el diligenciamiento de algunas pruebas que requerirán su concurso personal, como por ejemplo la prueba de ADN.

7. TRASMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN A LOS ASCENDIENTES DEL MARIDO Y A SUS HEREDEROS PRESUNTIVOS

Según el Art. 244 CC, los ascendientes del marido y sus herederos presuntivos, que debían concurrir con el hijo o ser excluidos por él podrán igualmente promover la acción de desconocimiento:

a) Cuando el esposo hubiere desaparecido o fuera incierta su existencia. El plazo deberá computarse después de transcurrido un año de la desaparición o de la ausencia¹², si los autores fueren

¹² Ausente y desaparecido: El Art. 64 CC, al referirse a la presunción de fallecimiento habla del ausente y del desaparecido. No hay una disposición expresa en el Código que distinga a uno y otro. Sin embargo, pensamos que entre ambos existe la siguiente diferencia: La persona cuyo paradero se desconoce, y cuya situación de si está viva o si está muerta también se ignora, es un ausente. Si transcurren los plazos legales establecidos puede ser declarado su fallecimiento presunto. La persona desaparecida por su parte, es aquella cuya ausencia se produjo como consecuencia de circunstancias tales que pudieran haber puesto en peligro su vida. Por lo tanto, el peligro será el

los ascendientes; y si fueren los herederos, después de la declaración del fallecimiento presuntivo; y

b) Si el marido estuvo privado de discernimiento durante el plazo legal en que habría podido desconocer su paternidad, o hubiere fallecido antes de vencer dicho plazo. En el primer caso, deberá promoverse la demanda dentro de los sesenta días de haber conocido el nacimiento, y en el segundo el plazo se contará desde la fecha del fallecimiento.

8. FALLOS DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

CASO A: Reclamación de filiación extramatrimonial. Nacimiento posterior a divorcio vincular

“MLIS s/ Reconocimiento de filiación extramatrimonial”¹³

La madre reclama la filiación de un tercero siendo casada. El tercero plantea excepción de falta de acción porque la hija “necesariamente” es del marido. Se acreditó divorcio vincular. Se justificó nacimiento posterior al divorcio vincular de la madre (300 días de disuelto el matrimonio por divorcio vincular). La madre anotó a la hija como extramatrimonial.

Con estos presupuestos fue confirmada la resolución recurrida, donde el Juzgado desestima la excepción por falta de

elemento esencial para diferenciar el ausente del desaparecido, tanto es así que el Art. 63 –al hablar de la declaración judicial de muerte como medida excepcional-, sólo habla de desaparición y no de ausencia (Moreno Rufinelli, José A. “Derecho Civil. Parte General. Personas” 1996).

¹³ A.I. Nro. 431 de fecha 4 de diciembre del año 2002. Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia, integrado por los Dres. Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y la Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa.

acción opuesta por el demandado. Queda claro que la menor MLIS, tiene acción para ser reconocida por su padre biológico, y la madre en ejercicio de la patria potestad, y en representación de su hija, se halla facultada a promover la investigación de la paternidad (Art. 234 CC).

CASO B: Reclamación de filiación de un tercero, que no es el marido.

“NMAM s/ filiación”

La madre A casada con V el 29 de agosto del año 1992 promovió acción de filiación por su hija reclamando la paternidad de un tercero. La niña N, según certificado de nacimiento nació el 21 de diciembre del año 1998, la misma fue reconocida por la madre A, omitiendo el apellido del marido, admitiendo así que la misma es hija extramatrimonial. No existe sentencia de divorcio vincular ni separación judicial de cuerpos.

Ante esta situación ¿tiene ella (la madre) legitimación activa para presentarse por su hija?

Se toma en consideración que la madre de la niña, la Sra. A, omitió ex profeso la atribución de la paternidad a su marido (V), con lo que la declarante del nacimiento admitió que su hija es extramatrimonial habida de relaciones íntimas con otra persona que no es su marido, dato de suma importancia para ir descartando lo manifiesto en la excepción planteada.

El demandado interpuso excepción de falta de acción contra el progreso de la acción de filiación, pretendiendo negar el derecho a que se promueva la acción en su contra fundado en que la demandante se halla unida en matrimonio y que la niña nació dentro de esa unión. El Juzgado de Primera Instancia hizo

lugar a la excepción según A.I. N° 88/2004. El Tribunal de Apelación¹⁴ *revocó la decisión del Juzgado de Primera Instancia que hizo lugar a la excepción de falta de acción¹⁵, deducida por el señor M (supuesto padre de la criatura).*

En el presente caso, y según opinión del Tribunal¹⁶ *...corresponde investigar a fondo la paternidad real de la niña ...ya que la presunción de ser hija matrimonial tiene angulación necesaria en la verdad biológica de la concepción, que es posible en los casos normales, sólo con las relaciones íntimas de los progenitores. La maternidad siempre es cierta, pero, a la paternidad se llega por presunciones, a través de hechos que pueden ser controvertidos. La aparición de controversia como en este caso, denota la falta del detonante para dar andamio a la excepción.*

“NMAM s/ filiación” INCONSTITUCIONALIDAD¹⁷

Por el voto en mayoría (Ministros Fretes y Núñez) se hace lugar a la acción de inconstitucionalidad, declarando nulo el A.I. N°. 264 de fecha 27 de julio del año 2004, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital por causal de arbitrariedad, debiendo devolverse la causa al Tribunal que le sigue en orden de turno.

¹⁴ A.I. N° 264 de fecha 27 de julio del año 2004. Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia, integrado por los doctores Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y la Dra. María Francisca Prette de Villanueva.

¹⁵ A.I. N° 88 del 10 de mayo de 2004, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, dispuso: “Hacer lugar a la excepción de falta de acción deducida por M. C. I. en relación a la acción pretendida por A. Á. M. representando a la niña N. M. Á. M.

¹⁶ Opinión del Dr. Samuel Aguirre.

¹⁷ Acuerdo y Sentencia N° 407 de fecha 21 de junio del año 2006. Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional. Integrantes, Sres. Ministros: Antonio Fretes (preopinante), Víctor Núñez y José Altamirano.

Con voto en disidencia, el Dr. Altamirano, se pronuncia opinando que la resolución impugnada no es violatoria de ninguna norma constitucional, por lo que debe ser rechazada la presentación de la acción de inconstitucionalidad.

9. PRESCRIPCIÓN¹⁸

La acción de desconocimiento o impugnación de la filiación matrimonial *prescribe* a los *sesenta días*, computados desde que el marido tuvo conocimiento del parto (Art. 239 CC).

9.1. EXCEPCIÓN

Sin embargo, si el marido reconoció su paternidad expresa o tácitamente, o dejó vencer el plazo sin desconocerla, la acción no podrá ser deducida, salvo que por error o fraudulentamente el marido haya sido inducido a reconocer el hijo como suyo. En este caso, la acción deberá ser promovida por el marido, sus descendientes o herederos, dentro del plazo de sesenta días, de conocido el fraude o error¹⁹ (Art. 243 CC).

¹⁸ A) Prescripción: La prescripción liberatoria es un modo de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo y la inacción del acreedor de acuerdo a las condiciones establecidas por la ley de fondo. B) Caducidad de la instancia: Es un modo de terminación del proceso producido por la inactividad de las partes durante el plazo determinado en la ley de forma (ver artículos 172 al 178 Código Procesal Civil paraguayo).

La prescripción liberatoria con respecto a las relaciones de familia. El Art. 633 CC paraguayo, en su 2do. Párrafo preceptúa: “No están sometidos a prescripción extintiva los derechos derivados de las relaciones de familia”.

¹⁹ En el Acuerdo y Sentencia N° 91 dictado por el Tribunal de Apelación de Menores, en fecha 08 de agosto del año 2001, la preopinante Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa, dijo: "Con relación a la extemporaneidad de la presentación del juicio que alega la recurrente, el actor invocó el Art. 243 del Código Civil, es decir que planteó la presente pretensión dentro de los sesenta días de conocido el error. Así, el actor al sostener que medió vicio en su voluntad (error), en el momento de reconocer a los menores demandados

en autos y que este error lo conoció luego de realizarse el estudio de HLA (fs. 6/9 de autos). Consecuentemente, vista la fecha de los referidos dictámenes (4 de nov. de 1998) y la fecha del cargo del Actuario del escrito inicial de demanda (9 de dic. de 1998), fácilmente se comprueba que el Sr. AAFC planteó la presente pretensión dentro de los sesenta días que dispone el Art. 243, in fine del CC.

La apelante se queja porque a su criterio no se demostró el error, fraude u ocultamiento del embarazo ni que no pudo haber relación carnal entre ella y el actor durante el matrimonio. Sobre este punto ya se ha aclarado más arriba que el error como vicio de la voluntad, fue que el Sr. AAFC, cuando reconoció a los menores demandados lo hizo desconociendo el vicio citado (el error), pero que luego de los estudios genéticos en el laboratorio Díaz-Gill, en los cuales se le excluía como progenitor, es que planteó la acción de desconocimiento de paternidad o impugnación de filiación.

En el caso particular de autos, el actor para descartar el nexo biológico colaboró en la realización de la prueba de ADN y del espermograma, a la cual debe sumarse la presunción grave, precisa y concordante, ante la actitud contumaz de la demandada, quien no se prestó a colaborar a las pruebas ordenadas como medida de mejor proveer por el Tribunal "prueba de HLA", examen biotipológico, comparativo, prueba dactiloscópica. Sumado a la prueba del ADN, ordenada en primera instancia. Todos estos elementos vigorizan la presunción en contra de quien adopta una posición de resistencia, como lo hizo la demandada.

Conviene precisar que las investigaciones biológicas han avanzado de tal modo, que hoy pueden ofrecer conclusiones que, en gran medida, y en ocasiones decididamente, informarán al juez sobre la realidad del nexo biológico que se investiga.

Por otra parte precisamente por tratarse en el caso concreto de autos, de una impugnación de filiación o desconocimiento riguroso de la paternidad, correspondía prima facie acreditar, al actor, de alguna manera (como principio de prueba), los hechos en que funda su acción. Una situación contraria -como bien los señalan los tratadistas, Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, "Régimen legal de filiación y patria postestad", pág. 180-, vendría a contener la promoción de demanda aventuradas o irreflexivas que, por su índole, implica imputar el adulterio de la esposa y poner al descubierto gravísimas intimidades de las partes.

El actor presentó prima facie o como principio de prueba para fundamentar su pretensión la prueba genética HLA realizada en el laboratorio Díaz-Gill con la extracción de sangre del demandante y los menores sujetos de la impugnación de filiación.

10. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO: REQUISITOS

En lo que respecta a las *acciones de impugnación* del vínculo filiatorio, el Art. 240 CC estatuye cuanto sigue: “La filiación, aunque sea conforme a los asientos del Registro del Estado Civil, a los parroquiales, en su caso, podrá ser *impugnada por el padre o la madre, y por todo aquel que tuviere interés actual en hacerlo, siempre que se alegare parto supuesto, sustitución del hijo, o no sea la mujer madre del hijo que pasa por suyo*”.

La legitimación activa es bastante amplia, y que inclusive atribuye a personas que tengan interés protegido por la

Este derecho se relaciona con el principio de la verdad biológica o identidad biológica del niño. Es decir, que se conozca al padre "real" y no uno "posible". Cabría preguntarse si existe o no límites legales al principio de verdad biológica, es decir, si es o no aconsejable que prevalezca la verdad; porque podría producir fuertes impactos emocionales debido a las creencias morales vigentes en la sociedad, como en el caso particular de autos en el que se impugna una filiación.

Opino que el límite sería: la protección del interés superior del niño. En los informes psicológicos de ARF (fs. 208/209) y ANF (fs. 210/211), como también el estudio psicológico del actor (fs. 212/213) y la demandada (fs. 214/215) a lo cual se suma la observación psicológica realizada a los menores con el actor de lo cual se infiere que necesita terapia de apoyo, considerando que los menores tienen conocimiento de la presente pretensión pero se encuentran confundidos, razón por la cual es importante que una vez que se tenga la resolución definitiva de la siguiente cuestión y que tengan identificada su identidad biológica puedan enfrentar dicha situación pues iría en detrimento de los niños, vivir en la mentira pues esto sí no lo perdonarían. De ahí que en la filiación adoptiva se debe respetar el derecho a la identidad biológica y el niño debe conocer sus orígenes. Atenta a las razones apuntadas al Art. 54 de la CN, Art. 3 y 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica y a las disposiciones legales mencionadas más arriba corresponde confirmar la resolución recurrida.

ley. Sin embargo, los hechos como supuestos para incoar la acción es limitado, puesto que fija a) suposición de parto, b) sustitución del hijo, c) o no ser la mujer madre del hijo que pasa como suyo.

Esta acción de contestación o *impugnación para obtener el desplazamiento parental* viabiliza tanto tratándose de hijos matrimoniales como extramatrimoniales.

En lo que respecta a la *impugnación* que pueden hacer los hijos del *reconocimiento paterno o materno* el Art. 247 del CC, reza: “El reconocimiento que hicieren los padres de sus hijos podrá ser impugnado por estos, o por los herederos forzosos de quien hiciere el reconocimiento, dentro del plazo de 180 días, desde que hubiesen tenido conocimiento del acto”.

11. CONCLUSIONES

Para concluir conviene precisar que largo ha sido el camino para que no exista discriminación en cuanto a los tipos de filiación en nuestro ordenamiento jurídico. Así se han dejado de lado viejos resabios civilistas del Siglo XIX, según los cuales se prohibía la indagación de la paternidad; los hijos extramatrimoniales no podían ejercer ningún tipo de reclamación judicial a los efectos de ser reconocidos como tales en cuanto a su identidad biológica por los desvíos de sus padres (paternidad/maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega), con la exclusión de los consecuentes derechos derivados del reconocimiento como: derecho a la alimentación, afecto, a ser cuidado por sus padres y lo relativo a la patria potestad.

Felizmente esto fue superado por la obligación de facilitar la investigación de la paternidad, tendencia universal, la cual demarca el derecho a conocer a los padres y a preservar su

identidad, que incluye el nombre y las relaciones familiares, principio de rango superior consagrado por la Convención Americana de los Derechos del Niño y con prelación sobre las normas internas secundarias.

Destaquemos, que en nuestro ordenamiento jurídico, el niño/a y adolescente puede promover ante la justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estime necesarias, y apelar a la prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN) u otras pruebas científicas equivalentes que son consideradas preferencialmente, fundado en la disposición constitucional del Art. 53 y en el Código de la Niñez y la Adolescencia (Art. 18 y 184).

La prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN), constituye un gran avance respecto a los reclamos de filiación por ser considerada como prueba directa, a diferencia de otros elementos probatorios, considerados pruebas indirectas.

A partir de este avance científico se presentan dos hechos significativos en la Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, por un lado a los efectos de agilizar y dar una rápida respuesta a las demandas de filiación y, por otra parte, no menos importante, a los efectos de brindar al niño/a la paternidad real, que es fundamental para su derecho a la identidad biológica permitiendo que con esto se cumpla con el Principio del Interés Superior del Niño/a –derecho y principio reconocidos en la Constitución Nacional-, y no darle simplemente un progenitor “de nombre” o “posible”.

BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO, Ramón, *Reconocimiento de Hijos Naturales*”, Tesis Doctoral,

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/059e37bd8145b29306256b3e00747bb2?OpenDocument>.

BERTOLDO DE FOURCADE, María Virginia, *Investigación de la Paternidad*, Revista Argentina LA LEY, 1999-F1230.

Código Civil de la República Argentina, con las notas de Vélez Sarsfield, Víctor Zavala Editor, Buenos Aires, 1966.

PUCHETA DE CORREA, Alicia Beatriz, *Manual de Derecho de la Niñez y de la Adolescencia*, Ediciones de la Universidad del Pacífico, Año 2001.

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL SISTEMA PENAL JUVENIL

Violeta González Valdez

SUMARIO: 1. RESEÑA HISTÓRICA. 2. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL. 2.1. LAS FACULTADES DISCRECIONALES PARA DECIDIR LA SANCIÓN PENAL JUVENIL EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 2.2. LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA COMO SUBSTANCIAL FINALIDAD DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL. 2.3. EL PRINCIPIO DE REPROCHABILIDAD COMO FUNDAMENTO Y LÍMITE DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL. 2.4. EL PRINCIPIO DE EDUCACIÓN COMO JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD: VESTIGIO DE UN "EMBUSTE DE ETIQUETAS". 2.5. EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL ADOLESCENTE. 3. EL DERECHO PENAL MÍNIMO COMO NUEVO PARADIGMA DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL SISTEMA PENAL JUVENIL

Violeta González Valdez

1. RESEÑA HISTÓRICA

El tratamiento legal en materia penal que han recibido los adolescentes en Paraguay, ha seguido la misma evolución del sistema penal de adultos, por no contar -hasta la promulgación del Código del Menor de 1981- con un cuerpo específico de leyes. Las colonias españolas se basaban jurídicamente en la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias y el Código de las Siete Partidas. Sin duda, las leyes españolas eran duras y ni los niños se sustraían al rigorismo penal de aquel entonces¹. Después de la independencia en 1811, seguían vigentes las leyes penales de la época colonial, aun durante la época del Dr. Francia entre 1814 y 1840, salvo cuando el gobierno decidía lo contrario; tales modificaciones se hacían mediante bandos, autos, decretos y cartas circulares del Dictador, suprema autoridad legislativa y judicial². No obstante, para poder realizar apreciaciones justas y objetivas de la época, resulta imprescindible ubicarse en la perspectiva de las realidades y las ideas coetáneas³.

La Ley que establece la Administración Política del Paraguay aprobada por el Congreso de 1844, a la que también se

¹ Alfredo Viola, *Cárceles y otras penas en la época colonial*, Asunción, Ed. Instituto de Investigaciones Históricas Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia, 1993, p. 100.

² Guido Rodríguez-Alcalá, *Justicia Penal de Francia*, Asunción, R.P. Ediciones, 1997, p. 11.

³ Oscar Paciello, *La dictadura. La administración de justicia en la época del Dr. Francia*, Asunción, Ed. Instituto de Investigaciones Históricas Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia, 1993, p. 20.

denomina Constitución, es más operativa que constitutiva de derechos. Pese a una aparente división de poderes, la concentración en el Presidente es tal que no resulta fácil reconocer aquellos requisitos que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya reclamaban⁴. Sin embargo, es de destacar el tratamiento otorgado a los menores infractores, durante el gobierno del Presidente Carlos Antonio López. En una época histórica durante la cual, en el mundo, las formas de control de la infancia funcionaban de igual manera que las de los adultos -por lo menos hasta fines del siglo XIX-, en Paraguay se juzgaban a los menores de edad que cometían infracciones con clara diferenciación de los adultos y con mayor benignidad, sin ignorar el sistema punitivo vigente ni el contexto histórico en el que se desarrollaba. Se ensayaban así incipientes asesorías de prueba, remisiones o formas alternativas de solución del conflicto criminal, con lo cual -asumiendo todas las distancias históricas del caso- López en este tema fue sin duda un adelantado a su tiempo.

Ya vigente la Constitución de 1870, que consagró derechos y garantías individuales ausentes en ordenamientos anteriores, se adoptó en 1880 el Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, vigente hasta 1910, año en que entró a regir el Código de Teodosio González. El Código Penal de 1910 establecía como causa de exclusión de la responsabilidad penal la condición de menor de diez años -Art. 18-. Prescribía que los mayores de diez años pero menores de quince, autores de delitos sancionados con más de un año de penitenciaría, eran destinados a reformatorios y sometidos a un régimen disciplinario más educativo que penal -Art. 29-. Bajo la vigencia de la Carta Política de 1940, y acorde a la tendencia autoritaria de la época, fue dictado el Decreto-Ley N°1429/40 “Que reprime la

⁴ Justo Prieto, *Constitución y régimen político en el Paraguay*, Asunción, Ed. El Lector, 1987, p. 38.

vagancia, la mendicidad y estados afines de peligrosidad social sin delito”, normativa fundamentada en un Derecho puro de autor. En cuanto a las normas formales, el Código de Procedimientos Penales de 1890 rigió hasta el año 2000, cuando recién tuvo plena vigencia el Código Procesal Penal actual. Aquel cuerpo de leyes no contaba con disposiciones específicas concernientes a menores, mas que las referidas a la designación del cargo de tutor *apud acta* -arts. 1001, 1002 y 1005-.

La Constitución de 1967 trajo consigo principios renovadores, garantizando entre otras, las garantías judiciales. Pero éstas eran cercenadas durante el estado de sitio, al permitir la detención de personas indiciadas de participar en los hechos que hayan motivado su imposición.

El Código del Menor de 1981, ha recogido concepciones ideológicas del positivismo criminológico y de la escuela de defensa social. Si bien, este cuerpo de leyes establece la inimputabilidad de los menores de catorce años, no pudiendo ser enjuiciados ni penados por tribunales ordinarios, y estando a cargo exclusivamente de los Juzgados de Menores -Art. 219-. Se presume en estado de peligro a los menores de veinte años que manifiesten tendencia a delinquir; habitualmente ingieran bebidas alcohólicas; tengan otros vicios o desarreglos de conducta; sean habitualmente víctimas de maltratos físicos, orales o mentales, o que siendo deficientes físicos o mentales carezcan de la atención especial adecuada a su estado; se dediquen a ocupaciones contrarias a la moral o a las buenas costumbres o que sean peligrosas para su vida o integridad física y muestren inclinación a otros tipos peligrosos de conducta -Art. 222-. En estos casos, el juez correccional podía ordenar su internación en un establecimiento especial de reeducación, o en algún otro que estime adecuado -Art. 232 inc. d-. De esta manera, el estado de peligro como conducta predelictiva, la

vulnerabilidad como causal de inimputabilidad, el asistencialismo en vez de la sanción, constituyeron algunos de los argumentos que legitimaron sustraerlos de la Justicia Penal y de sus garantías, y la imposición de privaciones de libertad sin proceso ni duración determinada, justificando así la judicialización y, en muchos casos, la penalización de situaciones de marginalidad social.

La Constitución Nacional de 1992 ha establecido los principios proclamados en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por nuestro país en el año 1990, la que indudablemente signó la evolución histórica de la Justicia Penal Juvenil, superando definitivamente el concepto del “menor” como objeto de compasión-represión, convirtiéndolo en el “niño-adolescente” sujeto pleno de derechos, e iniciando un proceso de reformas legislativas en varios países de América Latina. En el campo del Derecho Penal se tradujo en el reconocimiento de las garantías sustantivas y formales frente al aparato coactivo del Estado. Ciertamente, los adolescentes imputados por hechos punibles deben gozar de las garantías del Derecho Penal y Procesal Penal, además de las garantías específicas que les corresponden por su especial condición. Sin embargo, en nuestro país, el Código de modelo tutelar y correccional permaneció en vigor hasta el año 2001, a pesar de que contenía una estructura y una perspectiva incompatibles con los fundamentos constitucionales vigentes.

Los nuevos Códigos Penales de fondo y forma han determinado la adopción de un sistema de responsabilidad penal juvenil⁵, cristalizando la evolución ocurrida en la materia y

⁵ Precedentes judiciales emblemáticos de los Estados Unidos de América dieron surgimiento al denominado modelo de justicia o de responsabilidad. En “Kent vs. United States”(1966), se ha reconocido el derecho a ser oído por un tribunal juvenil; “Gault vs. United States” (1967), cuya doctrina

consagrando las garantías constitucionales -penales y procesales- que regulan de manera conjunta el ejercicio del poder punitivo del Estado. El nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia es el primer instrumento normativo que asume la transición del paradigma de la doctrina de la situación irregular a la protección integral, situando a la Justicia Penal Juvenil dentro de la órbita de influencia del derecho constitucional-penal moderno.

2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL

La Constitución, en sus declaraciones fundamentales -parte dogmática- enuncia los derechos y garantías que rigen tanto en los procesos penales de adultos como de adolescentes, otorgando al proceso penal las condiciones de legitimidad inherentes a un Estado de derecho, e impidiendo el uso arbitrario del *ius puniendi* del Estado. Ahora bien, para lograr que todos y cada uno de los derechos y garantías constitucionales tengan efectiva vigencia se requiere, además, el otorgamiento de una determinada estructura al poder, definida en la parte orgánica de la Constitución. En efecto, no resulta menos importante el reconocimiento de un debido proceso que contar con un juzgador idóneo e independiente para garantizarlo, esto es, el estricto cumplimiento de los mecanismos previstos para nombrarlo considerando sus méritos y aptitudes, y sin injerencias que atenten contra la imparcialidad de sus decisiones.

proclamó el derecho de defensa en juicio y a la proporcionalidad de la pena; “Winship vs. United Status” (1970), fundamentado en el principio de inocencia. Este modelo se desarrolló en la década de 1980, ante el fracaso del intervencionismo que había imperado hasta entonces, fundado esencialmente en la doctrina de la protección integral y en el reconocimiento de garantías constitucionales que deben regir el proceso penal de adolescentes.

La Justicia Penal Juvenil está basada en las mismas garantías constitucionales que el Derecho Penal de adultos: principios de legalidad, reprochabilidad, proporcionalidad, resocialización y humanidad. Asimismo, los conceptos de la dogmática relativos a las categorías de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y reprochabilidad) como los tipos penales, son proporcionados por el Derecho Penal. Son las clases de sanciones, así como su determinación, las peculiaridades que hacen especial al Derecho Penal Juvenil, entendido éste en cuanto a normas de naturaleza sustantiva.

Desde el momento en que se sindicada la comisión de un hecho punible a un adolescente, durante la tramitación del proceso y en la etapa de ejecución de la sanción, deben ser respetadas igualmente las garantías procesales básicas previstas en la Constitución. Los principios de juicio previo, juez natural, imparcial e independiente; inocencia, inviolabilidad de la defensa; contradicción; legalidad del procedimiento; impugnación y excepcionalidad de la prisión preventiva. Es decir, se debe garantizar que el proceso penal juvenil se desarrolle en el marco de un procedimiento que respete todas las garantías que rigen aquello que se concibe como debido proceso o derecho a un juicio justo.

El control de la vigencia de estas garantías debe ser más estricto, en razón de las particularidades que reviste su condición: el adolescente se encuentra en un estado potencial de mayor indefensión y los efectos del proceso penal probablemente sean más nocivos. En este sentido, cabe mencionar que las garantías judiciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Ley N°1/89- y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Ley N°5/92-,

son aplicables también a los adolescentes⁶. Más aún considerando que la Convención sobre los Derechos del Niño - Ley N°57/90- no prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional, por lo que rige el sistema interamericano de protección de derechos humanos en general, previsto en la Convención Americana.

La protección integral del adolescente y su interés superior son principios constitucionales que rigen nuestro sistema penal juvenil⁷, ya que toda decisión que concierna al adolescente debe considerar primordialmente sus derechos. En materia penal esto se traduce en la absoluta vigencia de sus derechos fundamentales.

⁶ CADH Art. 8.2. ...Durante el proceso, “toda persona” tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... PDCP Art. 14.3. Durante el proceso, “toda persona” acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... -Las comillas no corresponden al texto oficial-.

⁷ CN Art. 54. De la protección del niño. 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. Cualquiera 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.

CDN Art. 3. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...

CNA Art. 3. Del principio del interés superior. Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo.

En este marco conceptual, se efectúa una revisión crítica de la legislación penal juvenil para determinar su coherencia con las garantías reconocidas en la Constitución Nacional, sin pretender realizar un estudio exhaustivo sino deteniéndonos específicamente en el análisis de aquellas disposiciones normativas que pueden plantear discusiones o antagonismos constitucionales.

2.1. LAS FACULTADES DISCRECIONALES PARA DECIDIR LA SANCIÓN PENAL JUVENIL EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad se erige como el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de derecho al ejercicio de la potestad punitiva. Sólo las acciones típicas y antijurídicas pueden tener significación para la apreciación jurídico-penal del comportamiento del adolescente, siempre que le sean imputables a título de dolo o culpa.

Este principio está proclamado en el Art. 9 de la Constitución entre las declaraciones fundamentales. Y recogido en el Art. 1 del Código Penal,⁸, el cual debe regir en materia juvenil en tanto el Código de la Niñez y la Adolescencia no

⁸ CN Art. 9. De la libertad y de la seguridad...Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe.

CDN Art. 40.2.a. Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes por actos u omisiones que no estén prohibidos por leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

CP Art. 1. Principio de legalidad. Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

CNA Art. 193. ...El Código Penal y el Código Procesal Penal tendrán carácter supletorio.

contempla específicamente las garantías penales, aplicándose en carácter supletorio aquéllas propias del Derecho Penal y Procesal Penal de adultos en virtud al Art. 193 del CNA.

Como contenido de este principio se entienden otros subprincipios: la reserva absoluta de la elaboración de la ley al Poder Legislativo para definir las conductas punibles y disponer la aplicación de penas; la exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; la prohibición de la interpretación extensiva y de la analogía *in malam partem*; la irretroactividad de las normas penales desfavorables al imputado; la prohibición de castigar el mismo hecho más de una vez, *non bis in idem*.

La legislación juvenil no prevé una sanción específica para cada hecho punible, dejando una potestad amplia al juzgador para la elección de la medida adecuada. El Art. 206 del CNA establece expresamente los supuestos en los que únicamente procede la medida privativa de libertad. Sin embargo, ha generado discusión en la doctrina si el arbitrio reservado al juez para decidir sobre la elección y duración de las medidas socioeducativas a imponer, vulnera el principio de determinación. En nuestra legislación estas medidas no son indeterminadas en su duración -sólo pueden ser modificadas antes del vencimiento del plazo ordenado y hasta tres años de duración-, por lo que no resultan incompatibles con el principio de legalidad. En cuanto al ejercicio de la facultad, legalmente otorgada al juez, para la elección de la medida, sustituirla por otra, dejar sin efecto la impuesta o prolongarla, debe estar razonadamente fundamentado en la educación del adolescente, esto es, siempre que ésta se vea efectivamente beneficiada con tal decisión. La pretensión legal es que la adopción de la medida se realice individualizando la necesidad concreta del

adolescente. Al efecto, se deberá atender especialmente su edad que se constituye en el límite de exigibilidad.

En este sentido, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing- consideran que las diversas necesidades especiales de los menores, así como la diversidad de medidas disponibles, requieren un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales y la adopción de las medidas más adecuadas en cada caso en particular, no obstante, determinan el alcance de las mismas: “Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos” -6.3-. En el comentario oficial a la regla citada, se resalta también la necesidad de prever controles y equilibrios a fin de restringir cualquier abuso de las facultades discrecionales y salvaguardar los derechos del joven.

Es de destacar, que el límite a la discrecionalidad no puede apoyarse solamente en el entrenamiento de los operadores sino en lineamientos precisamente establecidos sobre la determinación de la sanción penal juvenil. En efecto, la trascendencia del acto de individualización de la sanción es igualable a la decisión misma de si ella debe ser impuesta, por lo que debe estar regido por criterios jurídicos definidos, que se traducen no sólo en el deber de fundamentar la decisión de la sanción a imponer al adolescente, sino también en que ésta responda en realidad a las razones manifestadas por el juzgador, y a su vez en la posibilidad de revisión por vía recursiva.

2.2. LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA COMO SUBSTANCIAL FINALIDAD DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL

La Constitución como ley fundamental, al provenir de los legítimos representantes del pueblo paraguayo reunido en Convención Nacional Constituyente, define a la República del Paraguay como un Estado social de derecho que adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana -Art. 1-. Estas bases constitucionales de modelo de Estado determinan los objetivos que se pretenden con el sistema penal. En ello radica la relevancia de los fines perseguidos con la sanción penal, reflejados en la decisión sobre la pena concreta que se impone al responsable de un hecho punible.

Aceptar que en un Estado democrático el fundamento de la sanción no puede coincidir con las teorías absolutas de la pena, ha desembocado en el reconocimiento -por parte de la doctrina penal- de múltiples finalidades atribuidas a las penas que, en sus diferentes vertientes, continúan siendo objeto de discusión. El punto de convergencia en el debate acerca del fin de la pena, es la aceptación de que ésta no puede liberarse de toda finalidad y tener por fundamento jurídico sólo la retribución. Ciertamente, si la misión del Derecho Penal es servir a la protección de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de esa tarea no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social; la idea de la retribución fomenta la pena allí donde no es necesaria a las funciones del Derecho Penal, por lo que pierde legitimación social⁹. Mir Puig sostiene, en su obra “El Derecho Penal en el Estado social y

⁹ Claus Roxin, “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1993, pp. 19 y ss.

democrático de derecho”, que la pena es un fenómeno complejo en el que se combinan elementos preventivos, tanto de naturaleza general como de naturaleza especial. Afirma que un Estado democrático debe fundar su Derecho Penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena, sino satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. Es la llamada prevención general positiva. Asimismo, en la prevención especial positiva, buscando disuadir al autor de realizar futuros hechos punibles, a través del principio de resocialización. Y ambos fines se conjugan en el mismo objetivo: evitar la comisión de delitos como forma de proteger a la sociedad¹⁰. La prevención aparece así como la finalidad punitiva coherente con un Estado social y democrático de derecho.

La Constitución Nacional define en el Art. 20 los fines de la pena con la formulación del principio de prevención, general positiva y especial positiva. En lo que atañe específicamente a la materia juvenil, la Convención sobre los Derechos del Niño también lo establece en el Art. 40. Esta finalidad de la sanción punitiva es recogida en el Art. 3 del Código Penal¹¹.

¹⁰ Mir Puig, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, pp. 36 y ss.

¹¹ CN Art. 20. Del objeto de las penas. Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad...

CDN Art. 40.1. ...la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

CP Art. 3. Principio de prevención. Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir. Art. 39. Objeto y bases de la ejecución: 1. El objeto de la ejecución

Así como la doctrina de la protección integral constituye un cambio de paradigma, en el campo del Derecho Penal se erige como nuevo paradigma la prevención especial positiva como substancial finalidad de la sanción impuesta a los adolescentes. Es decir, ésta debe estar orientada a la resocialización del menor infractor, a través de su educación.

El Código de la Niñez y la Adolescencia asume esta posición con la descripción de los fines de las medidas socioeducativas que pueden ser impuestas a los adolescentes, “asegurar y promover su desarrollo y educación”, en el Art. 200. Por su parte, las medidas correccionales están destinadas a “llamar seria e intensamente la atención del adolescente acerca de la responsabilidad por su conducta”, según el Art. 203; e igualmente razones educativas se mencionan en el Art. 205 *in fine*. En cuanto a la medida privativa de libertad, el Art. 206 prescribe que el internamiento del adolescente en un establecimiento especial está destinado a “fomentar su educación y su adaptación a una vida sin delinquir”. Se establece que la ejecución de la misma será “de acuerdo con las necesidades y posibilidades pedagógicas en regímenes cerrados o semiabiertos, procurando favorecer un tratamiento que permita al adolescente aprender a vivir en libertad sin la realización de hechos punibles”, y fomentando los contactos del adolescente con el ámbito exterior del establecimiento y su incorporación a programas educativos y de entrenamiento social -Art. 215-. Objetivo que se reitera entre las disposiciones específicas relativas a la ejecución de las medidas en los centros de reclusión, expresando la obligación de “prestar especial atención al grupo familiar del adolescente, con el objeto de conservar y

de la pena privativa de libertad es promover la readaptación del condenado y la protección de la sociedad...

fomentar los vínculos familiares y su reinserción a su familia y a la sociedad” -Art. 247 *in fine*-.

Si bien en las Reglas de Beijing, se determina como uno de los principios rectores de la respuesta que se dé al delito, que ésta sea proporcionada a “las necesidades de la sociedad” -regla 17-, su incidencia deber ser secundaria, al prevalecer las “circunstancias y necesidades del menor”, principio primeramente expuesto en la regla citada. Justamente, la prioridad de reintegrar al adolescente a través de su educación, impide que pueda ser utilizada la punición únicamente en beneficio de la generalidad, y a costa de aquélla, aunque la sanción tenga por sí misma efectos preventivos generales.

La prevención general, como finalidad de la pena, busca producir efectos sociales a través del castigo, los cuales pueden obtenerse infundiendo miedo o intimidación a las personas para que no realicen las conductas prohibidas o realicen las mandadas; estos efectos no sólo se producen por medio de la conminación abstracta de las penas, sino también especialmente a través de la aplicación concreta de los castigos, tal es una de las funciones de la publicidad de los juicios¹². En este sentido, la no publicidad del juicio penal juvenil constituye una manifestación más del carácter meramente secundario de la prevención general, en los fines de la sanción impuesta a los adolescentes.

Los fines esenciales de la sanción juvenil, previstos en nuestro ordenamiento, obligan a evitar reacciones punitivas contrarias a la resocialización, es decir, a las consecuencias de la medida en la vida futura del adolescente en la sociedad. Rige pues, el principio de necesidad que aboga por una sanción no

¹² Alberto Binder, *El proceso penal*, San José, Ed. ILANUD-FORCAP, 1991, pp. 50 y s.

mayor a la necesaria para la resocialización, y sin exceder los límites de la gravedad del reproche penal, como será analizado más adelante.

El fin común de las penas de adultos y de las medidas juveniles es la adaptación a una vida sin comisión de hechos punibles, y difieren en lo relativo a la protección de la sociedad y a la prioridad educativa, respectivamente. No se puede pretender la adaptación a una vida sin delinquir, o resocialización, de personas que precisamente están culminando su socialización; de lo que puede inferirse, que los fines del Derecho Penal son comunes en los casos de adultos y adolescentes. De ahí que cabe entender que el fin genérico de las medidas no es sino la necesaria adaptación de los términos constitucionales, concebidos para adultos, a las necesidades de la minoría de edad. Además, desde el punto de vista criminológico, la educación es uno de los factores más importantes de la reinserción social.

Acerca de la resocialización, se han expuesto posturas a favor como en contra, que mantienen vigente el debate sobre su efectividad. Algunas posiciones sostienen que este principio hace reaparecer el denominado Derecho Penal de autor, rechazado por la concepción liberal clásica del Derecho Penal, en razón de que implica efectuar un tratamiento dirigido a incidir sobre las características personales del autor. Esto podría traducirse peligrosamente en la indeterminación de la pena, es decir, imponer la pena conforme al grado de respuesta del individuo al tratamiento realizado¹³. Desde una perspectiva marxista, la criminología crítica sostiene que el Derecho Penal

¹³ Juan Bustos Ramírez, *Control social y sistema penal*, Barcelona, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, pp. 89 y ss.

burgués es la defensa de los intereses de la clase dominante¹⁴; al buscar modificar la personalidad del sujeto se anularía su libre desarrollo, y al pretender imponerle principios éticos o morales de la sociedad a la cual se lo desea incorporar se admitiría que tales valores son válidos. Estimamos sumamente razonable, el concepto que tiene Mir Puig de la resocialización. La acepta con límites y rechaza la que se impone en contra de la voluntad del condenado o, inclusive, agravando las penas. Resocializar no implica la adaptación a las injusticias sociales o el convencimiento de que el sistema imperante funciona; es ofrecer alternativas para vivir libremente sin delitos, nada más. No puede tener como fin alienar¹⁵. En otras palabras, evitar nuevos hechos punibles es el único fundamento válido de la reinserción, para estar acorde con los derechos inherentes a la dignidad humana.

En cuanto a las objeciones por su inaplicabilidad práctica, se ha manifestado que constituye una burda paradoja pretender educar para la libertad estando en privación de ella; y esta situación produce la aparición de los “submundos” o “subculturas carcelarias”, ambientes manejados por mafias que convierten a la cárcel en “tierra de nadie”. Además, pueden plantearse situaciones en las que la resocialización resulte inviable, cuando se trata de personas que se hallan en proceso de socialización, como ocurre en los casos de adolescentes; o innecesaria, porque las personas en conflicto con la ley están adaptadas a la sociedad. Este sería el caso de los “delincuentes de cuello blanco”. La razón, la encontramos en la caracterización de los mismos efectuada por Sutherland, “la diferencia más significativa con otros delincuentes radica en que el delincuente de cuello blanco se ve a sí mismo como un

¹⁴ Alessandro Baratta, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Méjico, Ed. Siglo XXI, 1998, pp. 209 y ss.

¹⁵ Mir Puig, ob. cit., pp. 141 y ss.

ciudadano respetable y, por lo general, así también lo considera la sociedad”¹⁶. Por lo que generalmente este universo de delincuentes no genera el planteamiento de este tema, pues difícilmente ingresa a prisión, como tampoco este tipo de delitos es usualmente cometido por adolescentes.

Es también un contrasentido la reinserción, cuando se ha caído a una vida ilícita justamente porque nunca se ha tenido la posibilidad de inserción en la sociedad. En esta circunstancia se ubicarían aquellos adolescentes socialmente excluidos. Jóvenes marginales que a veces no terminan la escuela -si es que la empezaron-, quizá alguna vez fueron “niños de la calle” o “niños institucionalizados”; el sistema penal los escogió como clientela por su marginalidad, o aprendieron a delinquir como parte de su aprendizaje a la supervivencia. En el transcurso de sus vidas van desarrollando un desabrido sentimiento hacia la sociedad que, sin duda, incide en su iniciación delictiva (como aquel relato psicológico del crimen cometido por el joven Raskolnikov, en la novela filosófica-social de Dostoyevski)¹⁷.

Afirman al respecto Cobo del Rosal y Boix Reig, que todos estos inconvenientes en la aplicabilidad de la resocialización sólo pueden resolverse concibiéndola como un derecho fundamental que tiene toda persona que se encuentra privada de libertad¹⁸. Similar explicación ha efectuado la jurisprudencia alemana: “Como titular de derechos fundamentales que surgen de la dignidad del hombre y que garantizan su protección, el autor de hechos punibles condenado debe conservar la oportunidad de incorporarse nuevamente a la

¹⁶ Sutherland, *El delito de cuello blanco*, Caracas, Ed. Universidad Central de Venezuela, 1999, p. 170.

¹⁷ Dostoyevski, *Crimen y castigo*, Barcelona, Ediciones B.S.A., 1991.

¹⁸ Cobo del Rosal y Boix Reig, “Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción”, en *Comentarios a la legislación penal española I*, Madrid, 1982.

comunidad luego del cumplimiento de su pena. Considerado desde el autor, este interés en la resocialización se desprende de su derecho fundamental” (BverfG ET. 35, ps. 202 y ss., sentencia Lebach).

En nuestro ordenamiento, este derecho fundamental no sería mas que una extensión del derecho a la igualdad consagrado en el art. 46 de la Constitución¹⁹. Derecho que se traduce en la obligación prestacional por parte del Estado, de proporcionar a la persona privada de libertad todos los medios necesarios para reinsertarse a la sociedad, y de crear las condiciones adecuadas a tal efecto. Obviamente, respetando su dignidad y los derechos inviolables que le son inherentes, como así también el libre desarrollo de su personalidad, todo lo cual se enmarca dentro de la obligación que debe asumir un Estado social de derecho. Por otra parte, la disposición constitucional que prescribe el objeto de las penas, anteriormente extractada, se halla ubicada dentro del Capítulo II: “De la libertad” del Título II: “De los derechos, de los deberes y de las garantías” de la Parte I: “De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías”. Por su ubicación sistemática en la Constitución, también podemos afirmar que se concibe a la resocialización como un derecho fundamental.

2.3. EL PRINCIPIO DE REPROCHABILIDAD COMO FUNDAMENTO Y LÍMITE DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL

Los fundamentos del Derecho Penal dependen básicamente de la descalificación efectuada por el mismo. Según

¹⁹ CN Art. 46. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

se refiera a hechos o a los autores de ciertos hechos y, de acuerdo a la definición optada, se estructura el Derecho Penal sobre el principio del hecho o sobre el principio del autor. En ambos casos, tanto el concepto de delito como el de pena sufrirán modificaciones. El presupuesto filosófico de la primera posición es la libertad de la voluntad de decidir por o contra el derecho, la decisión contra el derecho es la base del juicio sobre la culpabilidad; el segundo criterio parte de una premisa determinista: el hecho se explica por la personalidad del autor y como síntoma de ella²⁰. La culpabilidad por el hecho brinda mayores garantías, en tanto puede ser condicionada a mayor control judicial. En efecto, la idea misma de determinismo es violatoria de la dignidad humana, puesto que reduce al individuo a la condición de una cosa regida únicamente por la causalidad. Es indiscutible hoy la inviabilidad de la vigencia de un Derecho puro de autor, por ser inconcebible en un Estado de derecho la elaboración de tipos penales a partir de la peligrosidad del autor, ni siquiera invocando una supuesta prevención especial²¹.

El principio de culpabilidad debe regir tanto para el Derecho Penal de adultos como en el Derecho Penal Juvenil. Para la intervención jurídico-penal se puede considerar sólo la actitud del adolescente respecto de la acción típica y antijurídica cometida, es decir, no importa mayor culpabilidad el comportamiento anterior al mismo o, inclusive, posterior. De un derecho de menores caracterizado por el modelo de culpabilidad de autor, se ha pasado a un Derecho Penal Juvenil de culpabilidad por el hecho. Esto es, cualquier sanción debe suponer culpabilidad y la sanción no debe sobrepasar -aunque puede ser inferior- a la medida de esta culpabilidad.

²⁰ Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1998, p. 7.

²¹ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Ed. Comares, 1993, p. 47.

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra el principio de culpabilidad *-nulla poena sine culpa-*. Por su parte, el Código Penal reconoce también el principio de reprochabilidad²². En este sentido, el principio de prevención - Art. 20 de la CN y Art. 3 del CP- se refiere a los fines que persigue el Estado con la imposición de la pena, y el principio de culpabilidad es el que exige mantener la actividad tendiente al logro de estos fines, dentro de los límites de lo reprochable personalmente al autor. Es así que se afirma que la culpabilidad se orienta retrospectivamente al hecho cometido, mientras que para la prevención interesa el futuro del autor.

Pero la culpabilidad en la determinación de la sanción no sería idéntica a la de la teoría del delito, pues posee sus propias reglas. Jescheck explica esta distinción sosteniendo que la culpabilidad como concepto sistemático de la estructura del delito es base de la pena; y la del injusto culpable en su totalidad es la culpabilidad en la individualización penal²³. Para esclarecer aún más la diferenciación, cabe citar la disposición normativa contenida en el inc. 1 del Art. 65 del Código Penal que contempla la reprochabilidad referida a la medición de la pena: "...La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella...".

La función limitadora de la culpabilidad es explicada por Roxin, en la obra citada, sosteniendo que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la ley

²² CDN Art. 40.2.i." ...se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley...".

CP Art. 2. Principios de reprochabilidad y de proporcionalidad: 1. No habrá pena sin reprochabilidad. 2. La gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal...

²³ Hans Jescheck, ob. cit., pp. 795 y s.

fundamental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad. El concepto de culpabilidad tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal, en interés de la prevención general o especial, más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de una persona concebida como libre y capaz de culpabilidad. En cambio es lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad, está permitido e incluso es necesario según el principio de subsidiariedad. La compensación de culpabilidad no constituye un fin en sí misma. La pena sólo se justifica si sirve a los fines del Derecho Penal, de ahí que nuestro Código Penal contenga, entre las bases de la medición de la pena, una cláusula sobre prevención especial en el citado Art. 65: "...se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad".

La legislación juvenil establece como presupuesto para la procedencia de la medida privativa de libertad únicamente la finalidad educativa -inc. a del Art. 206 del CNA-. Conforme a la redacción de la norma, en la consecución de este objetivo pueden rebasarse los límites de la gravedad del reproche penal del adolescente. Tampoco se exige que la gravedad de la sanción no exceda los límites de la gravedad de la reprochabilidad, en los demás presupuestos de la normativa analizada -incs. c, d y e-, en tanto sólo en el inc. b se hace alusión al grado de reprochabilidad, y en el penúltimo inciso del artículo citado se halla la conjunción disyuntiva "o" -que denota alternativa-, lo que traduce la posibilidad de aplicar independientemente cada uno de los incisos. Esta situación resulta, cuando menos, peligrosa para la vigencia del principio de reprochabilidad en la determinación de la sanción penal juvenil.

Por nuestra parte, la única fundamentación de la legitimidad de la medida privativa de libertad que hallamos es la

reprochabilidad del autor, y una medida o su duración que sobrepase el grado de reprochabilidad es inconcebible en un Estado de derecho. No puede justificarse una sanción que exceda los límites de la gravedad del reproche penal²⁴.

2.4. EL PRINCIPIO DE EDUCACIÓN COMO JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD: VESTIGIO DE UN “EMBUSTE DE ETIQUETAS”

El principio de educación impone que las sanciones tengan como finalidad substancial la educación del adolescente. No obstante, el Derecho Penal Juvenil es Derecho Penal genuino, por lo cual, la finalidad educativa no puede situarse por encima de las garantías del Derecho Penal.

En consonancia con este principio, las medidas socio-educativas constituyen la sanción principal. Es preciso tener en cuenta que estas medidas, compuestas por prohibiciones y mandatos, no dejan de tener connotación negativa en tanto implican una restricción de derechos. Y a pesar de que signifiquen la mínima intervención posible de carácter penal, tampoco dejan de ser sanciones; por lo que es preciso que los operadores de justicia no recurran a ellas en aquellos casos que no habrían sido sancionados, produciendo en realidad un efecto contrario al ampliar la intervención jurídico-penal. Por ejemplo, resultaría violatorio de los principios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad, el hecho de impartir mandatos o prohibiciones, que de alguna manera son gravosos, en causas sobre hechos bagatelarios o que no generan un gran interés público en su persecución, y en las que podría prescindirse de la

²⁴ Violeta González Valdez, *La Justicia Penal Juvenil en el Paraguay. Revisión crítica de su evolución y situación actual*, Asunción, Ed. Servilibro, 2006, pp. 137 y ss.

acción penal a través de la aplicación de un criterio de oportunidad, o de otras formas de terminación anticipada del proceso, siempre más acordes con un Derecho Penal Mínimo que debe regir el Derecho Penal Juvenil.

En relación a la decisión de qué medidas socio-educativas pueden ser ordenadas en el caso particular, Albrecht sostiene que deben ser determinadas a través de los presupuestos de adecuación y necesidad para la eliminación de las deficiencias educativas -las cuales tienen que aparecer en el hecho punible ya que estas medidas sólo pueden ordenarse con motivo del hecho punible-, y considerando además la proporcionalidad entre el hecho y la consecuencia jurídica a elegir. El autor va más allá al cuestionarse: “La sola circunstancia de que un menor cometa un hecho punible, no es reconducible *eo ipso* a deficiencias de educación, sino que puede tener otras razones”. Señala que en caso contrario se produce una problemática de relación de tensión respecto del primado educativo de los padres, garantizado constitucionalmente. Es decir, sólo pueden ordenarse medidas de esta naturaleza, en cuanto no se cumple la expectativa del adolescente a educación por parte de la familia. El Estado no tiene un derecho de educación en tanto que los padres cumplan con su deber de educación, pues sería una agresión al legítimo derecho de los mismos. Y la sola realización del hecho punible, no es indicio de un fracaso de los deberes de educación de los padres²⁵. La salida que propone el mencionado autor ante esta problemática constitucional, es la participación de los legitimados para la educación en el caso de reacciones educativas en el procedimiento penal de adolescentes. Este dilema se plantea también en nuestro ordenamiento, considerando que la Constitución Nacional reconoce el derecho

²⁵ Albrecht, *El Derecho Penal de Menores*, Barcelona, Ed. PPU S.A., 1990, pp. 213 y ss.

y la obligación de los padres de educar a sus hijos menores de edad, y no establece como finalidad de la sanción penal específicamente, la educación (arts. 53 y 20 de la CN, respectivamente). Sin embargo, la solución sugerida por Albrecht no es fácil de implantar en nuestro medio, más aún considerando la situación coyuntural. Esto es, en muchos casos la extrema pobreza de la familia del adolescente dificulta el contacto de la misma con los operadores de la justicia, y hasta la propia visita a su lugar de reclusión. Otra medida socio-educativa que podría generar divergencia constitucional sería el mandato sobre realizar o aceptar un determinado trabajo, en tanto representa una vulneración de un derecho fundamental no limitable, como lo es el derecho que tienen todos los habitantes de la República a un trabajo libremente escogido -Art. 86 de la CN-; y hasta sería cuestionable la viabilidad práctica de imponer como medida la obligación de asumir un trabajo en forma estable, teniendo en cuenta el nivel de desempleo actual.

Se ha verificado, que la legislación juvenil ignorando el principio de reprochabilidad establece como presupuesto para la procedencia de la medida privativa de libertad únicamente la finalidad educativa -Art. 206 del CNA-. Pese a que las consecuencias criminógenas producidas por la ejecución de sanciones privativas de libertad, constituyen un contrasentido a esta finalidad educativa que se les atribuye. Es más, investigaciones recientes han puesto de relieve que la naturaleza de las estructuras propias de las instituciones de reclusión, en las cuales están insertados los menores, hace que toda labor dirigida a su rehabilitación esté condenada al fracaso²⁶. Si bien en teoría, se insiste en que las medidas privativas de libertad impuestas a los adolescentes no deben revestir las características de las penas privativas de libertad para adultos, mientras la ejecución de las

²⁶ David, *Sociología Criminal Juvenil*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2003, p. 132.

mismas sigan teniendo idénticas consecuencias nocivas, y sin perspectiva concreta de mejora, constituye una hipocresía justificarlas con una finalidad educativa, cuando son esencialmente contraproducentes a cualquier educación. Albrecht exhorta a igual escepticismo al manifestar: “Si en vista de los resultados empíricos, respecto de la contraproduktividad “educativa” de la ejecución penal de menores, se quiere considerar en la imposición de la pena de menor en primer lugar el bienestar del menor, ello no se puede llevar a cabo racionalmente...el operador jurídico debería ser especialmente escéptico frente a las supuestas ventajas de la orientación “educativa” del legislador: una comprobación fiable empíricamente de los éxitos “educativos” de la ejecución penal de menores, no se ha producido en modo alguno hasta ahora...más bien debería esforzarse de interpretar restrictivamente la culpabilidad por el hecho, para mediante la máxima evitación posible de la imposición de la pena disminuir en la ejecución penal, en interés del menor y de la comunidad, los daños más graves que amenazan el desarrollo...”²⁷.

La finalidad educativa de la sanción juvenil constituye, sin duda, una cuestión esencial que determina la especialidad del Derecho Penal Juvenil. Hasta tal punto que ha generado la tendencia que las medidas no sean concebidas como penas. Las medidas no son penas, es el criterio recogido por nuestra jurisprudencia²⁸. Sin embargo, el hecho de negar a las medidas la naturaleza jurídica de las penas, no constituye un fiel reflejo de la realidad jurídica sino más bien pretende defender un determinado modelo de justicia juvenil, en el que las notas

²⁷ Albrecht, ob. cit., pp. 338 y ss.

²⁸ “Las medidas aplicables al adolescente que infringe la ley penal, no deben ser de penalidad, sino de educación” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, agosto 05-003. Ac. y Sent. N°16); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, agosto 06-003. Ac. y Sent. N°17).

características del ordenamiento penal ceden a favor de las propias de un sistema de corte tuitivo.

Las razones con las que se podrían mantener el carácter no penal de las medidas son de índole diversa. Por una parte, recurriendo a la dicción del Código de la Niñez y la Adolescencia, en el cual se insiste en su naturaleza educativa, cuyo componente sancionador puede ser considerado sólo como un mero instrumento del fin educativo²⁹. Por otro lado, si se atiende a la regulación relativa a la imposición de las medidas, y no a su contenido punitivo, se podría concluir que la flexibilidad que preside tanto la imposición como la ejecución de las mismas, es el criterio que permitiría definir las como una respuesta no penal.

Estas razones no pueden ser aceptadas. La primera, porque consiste en una acrítica aceptación de la denominación que reciben las sanciones juveniles, que desatiende el verdadero contenido de las mismas. La segunda, porque elude la consideración de sus implicancias y desvía su atención hacia los principios relativos a su imposición y cumplimiento. La pretensión de que las medidas son sólo educativas significa, en última, un retorno al sistema correccional reaccionario y, por ende, a algunas de sus premisas definitorias: la irresponsabilidad del adolescente, la necesidad de ampararlo por medio de la asistencia educativa y la bondad intrínseca del sistema. Constituye además, un retroceso hacia la ausencia de las garantías consubstanciales a un Estado de derecho.

Puede así afirmarse que aún pervive el “embuste de las etiquetas”: las medidas juveniles son verdaderas penas, y la educación no puede justificar la privación de libertad porque es

²⁹ La paradoja es que el término “medida” en realidad es propio de la doctrina de la situación irregular.

contraproducente a ella. Lo que se pretende es describir el engaño encubierto bajo la consideración de las medidas aplicables a adolescentes como una respuesta no penal, cuando en verdad son sanciones punitivas; y la falsedad que encierra la justificación de la sanción privativa de libertad, y su duración, en la educación del adolescente, su interés y protección integral, cuando significan todo lo contrario.

El principio de educación, en la medición de la pena, se ha mostrado como criterio poco racional. Ha surgido como categoría encubridora legitimante, que confirma una serie de dudas desde la perspectiva de un Estado de derecho y objeciones en relación a los derechos fundamentales de la ley fundamental. La educación sirve ampliamente como sinónimo de represión y prevención general³⁰. Como es fácilmente apreciable, la principal consecuencia se cifra en el no reconocimiento de las garantías que deben fundar la imposición de sanciones de carácter penal. El vigente Derecho Penal Juvenil no ha podido evitar incurrir de nuevo en el tan traído fraude.

2.5. EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL ADOLESCENTE

El estado de tensión que genera la prisión preventiva con los principios de inocencia y de juicio previo, convierte a este instituto en uno de los más difíciles de legitimar dentro del marco de un proceso penal garantista. Ante la indudable limitación y distorsión de las garantías procesales que provoca en la práctica su utilización, es preciso establecer con claridad los principios que rigen la imposición de medidas de coerción

³⁰ Albrecht, ob. cit., p. 349.

durante el proceso penal juvenil. Uno de ellos es el principio de excepcionalidad consagrado en el Art. 19 de la Constitución³¹.

El Código Procesal Penal ha estrenado un concepto de la privación preventiva de libertad, ajustándose a los presupuestos constitucionales: sólo está destinada a asegurar el desarrollo del juicio y el cumplimiento de una eventual condena. Partiendo de que la libertad es la regla y la prisión preventiva es la excepción, para su aplicación deben indefectiblemente concurrir dos presupuestos: el presupuesto substancial *-fumus boni iuris-* y el presupuesto procesal *-periculum in mora-*. El primero exige la sospecha racional y fundada de la existencia de un hecho punible, y de la participación del imputado en el mismo. Y el presupuesto procesal requiere que la utilización de la prisión preventiva se justifique sólo para asegurar la prosecución del proceso o la imposición de la pena; es decir, para garantizar la presencia del imputado, cuya intervención personal en el proceso es necesaria ya que éste no puede desarrollarse en rebeldía. El presupuesto procesal se concreta a su vez, en dos motivos bien especificados: el peligro de fuga y el peligro de obstrucción.

³¹ CN Art. 19. De la prisión preventiva. La prisión preventiva sólo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho efectuada en el auto respectivo.

CDN Art. 37.b. Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda... d. Todo niño privado de su libertad tendrá derecho... a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Los presupuestos precedentemente mencionados están contenidos en el Art. 242 del CPP, las disposiciones del Art. 233 del CNA. nada refieren al respecto³². Si el proceso penal juvenil está resguardado con las garantías formales propias del Derecho Procesal Penal, no puede privarse provisoriamente de libertad al adolescente sin que medien conjuntamente estos requisitos, esto es, la medida sólo puede tener finalidad cautelar.

Por lo que consideramos que en este tema son aplicables las disposiciones del Código Procesal Penal, en todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en el Código de la Niñez y la Adolescencia, y en tanto sus previsiones no sean distintas a las del Código de adultos. Para la procedencia de la prisión preventiva de un adolescente es necesaria así la

³² CPP Art. 242. Prisión preventiva. El Juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, sólo cuando sea indispensable y siempre que medien conjuntamente los siguientes requisitos: 1. que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un hecho punible grave; 2. sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible; y 3. cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación.

CNA Art. 233. De la prisión preventiva. La prisión privativa de un adolescente podrá ser decretada sólo cuando con las medidas provisorias previstas en el Art. 232, primer párrafo, de este Código no sea posible lograr su finalidad. Al considerar la proporcionalidad de la medida, se tendrá en cuenta la carga emocional que la ejecución de la misma implica para el adolescente. En caso de decretar la prisión preventiva, la orden debe manifestar expresamente las razones por las cuales otras medidas, en especial la internación transitoria en un hogar, no son suficientes y la prisión preventiva no es desproporcionada. En caso de que el adolescente no haya cumplido diez y seis años, la prisión preventiva podrá ser decretada por peligro de fuga, sólo cuando éste: a. en el mismo procedimiento ya se haya fugado con anterioridad o cuando realice preparativos concretos para fugarse; o b. no tenga arraigo.

valoración racional de la existencia conjunta de los presupuestos substanciales y procesales, como también el respeto al principio de proporcionalidad.

Ahora bien, el Código de la Adolescencia establece en el Art. 233 que “la prisión preventiva podrá ser decretada sólo cuando con las medidas provisorias previstas en el Art. 232, primer párrafo, de este Código no sea posible lograr su finalidad”. Se ha notado que la interpretación de esta normativa efectuada en la práctica, convierte en necesaria la pregunta: ¿la prisión preventiva puede decretarse para lograr la finalidad de la propia prisión preventiva o la finalidad de las medidas provisorias? Una y otra respuesta tendría consecuencias distintas.

La finalidad de la prisión preventiva es la que se infiere del CPP: garantizar la presencia del imputado para la realización del juicio -Art. 242 inc. 2.-, así como su sujeción a la investigación y a la persecución penal -Art. 243 inc. 4.-. Esto es, deberá decretarse al sólo efecto de asegurar su comparecencia al procedimiento o el cumplimiento de la eventual sanción -Art. 254-, y siempre que ello no pueda lograrse con una medida menos gravosa -Art. 245-. Con lo cual el diseño del CNA, en este punto, sería respetuoso de las garantías procesales propias del proceso de los adultos.

El dilema se plantea cuando la respuesta fuera: la prisión preventiva puede decretarse para lograr la finalidad de las medidas provisorias; la cual está descripta en el Art. 232 del Código de la infancia: “De las medidas provisorias. Hasta que la sentencia quede firme, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá decretar medidas provisorias con el fin de promover la educación y de garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado. El Juzgado Penal de la Adolescencia

podrá ordenar la internación transitoria del adolescente en un hogar adecuado, en espera de las medidas definitivas resultantes del proceso, si ello fuera recomendable para proteger al adolescente frente a influencias nocivas para su desarrollo y el peligro presente de la realización de nuevos hechos punibles”. Estas finalidades son: la educación, garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado, proteger al adolescente frente a influencias nocivas para su desarrollo y el peligro presente de la realización de nuevos hechos punibles. Por su parte la jurisprudencia ha asumido que la finalidad de la prisión preventiva es la educación y entiende claramente que su carácter no es estrictamente procesal, es decir, la prisión preventiva persigue la finalidad que el CNA atribuye a las medidas provisionales³³.

A nuestro juicio, considerar como finalidades de la prisión preventiva “la educación” y “proteger al adolescente

³³ “Los presupuestos para dictar la prisión preventiva en espera de las medidas definitivas son distintos y están orientados exclusivamente a promover la educación del adolescente” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, enero 06-004, A.I. N°1). “La libertad es una garantía consagrada por la ley suprema de la nación y sólo podrá ser restringida con carácter excepcional en los límites absolutamente indispensables para asegurar su educación, protección y asistencia” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, marzo 10-004, A.I. N°5). “El Derecho Penal de la adolescencia es especial, diferenciado del derecho de adultos (principio de justicia especializada) por lo que en todas las etapas del proceso en que sea involucrado el adolescente deben ser respetados sus derechos y garantías con un plus de protección por su condición de persona en desarrollo. Esta particular característica, impone que la prisión preventiva no sea estrictamente procesal como lo es en el fuero ordinario” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, abril 01-004, A.I. N°10). “La prisión preventiva es la medida cautelar de carácter personal más gravosa para el imputado y por esta razón el legislador condiciona su aplicación, debiendo manifestarse expresamente las razones por las cuales otras medidas, no son suficientes para lograr la finalidad educativa que se persigue. Por ello, antes de la sentencia final debe aplicarse “sólo” si se comprueba que las medidas provisionales previstas en el primer párrafo del art. 232, no cumplieron el efecto perseguido” (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 10-003, A.I. N°4); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, junio 20-003, A.I. N°5); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, julio 03-003, A.I. N°8); (T. de Apel. Penal de la Adolescencia. Asunción, agosto 08-003, A.I. N°15).

frente a influencias nocivas para su desarrollo”, es esconder realidades. En efecto, nadie ignora que las condiciones de ejecución de la prisión preventiva en nada se distinguen de aquéllas en que se cumplen condena. Es más, los trastornos emocionales y psíquicos que se producen en los adolescentes privados preventivamente de libertad son más frecuentes que en los que purgan una sanción, en razón de que les consume el desconcierto y la angustia sobre la conclusión de la causa. Toda internación en una “institución total” causa daños irreparables al adolescente, y constituye una influencia igualmente nociva para su desarrollo. Por tanto, justificar la prisión preventiva en la necesidad de educación del adolescente, genera las mismas objeciones manifestadas en relación a las sanciones privativas de libertad, y produce igual sensación de hipocresía. Asimismo, en Alemania se ha criticado la existencia de causales apócrifas de la detención provisional; Jutta Gerken y Karl Schumann - citados por Llobet- han denunciado que el principio educativo ha llegado a funcionar como un “caballo troyano en el Estado de derecho”³⁴. Al respecto, también objeta Albrecht: “El trasfondo decisivo para la imposición de prisión preventiva se ve en la intención político-criminal, de resguardar justamente a los menores, mediante este medio y por razones “educativas” de bien común, de su desvío hacia la “criminalidad”: De este modo se coloca justo a la inversa el principio de subsidiariedad legal, según el cual la prisión preventiva ha de ceder el paso frente a medidas educativas”³⁵. Sobre la educación en la ejecución de la prisión preventiva, señalan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores: “Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y todas las asistencias -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida

³⁴ Javier Llobet, “La detención provisional en la Justicia Penal Juvenil”, en *Derecho Penal Juvenil*, San José, Ed. Mundo Gráfico, 2002, p. 207.

³⁵ Albrecht, ob. cit., p. 84.

cuenta de su edad, sexo y características individuales” -13.5-. Pero de ninguna manera la necesidad de tales asistencias puede fundar o constituir un presupuesto de la privación de libertad, así lo aclaran las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad: “Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación” - III.18.b-.

Resulta más peligroso aún atribuir a la prisión preventiva el propósito de “garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado”, pues nuevamente es el estado de pobreza o miseria la justificación para internar al adolescente, es decir, la situación de indigencia o simple carencia económica o social se erige en fundamento de su encierro. Esto fácilmente contribuye a que la marginalidad social actúe como elemento estructural sobre la criminalización; el contacto con el sistema penal y, sobre todo, con privación de libertad eleva las posibilidades de reincidencia en tanto se ingresa a la carrera delictiva. El Tribunal Penal Juvenil de Costa Rica ha advertido sobre el peligro de admitir este criterio para decretar la prisión, en tanto equivale a resucitar la ideología de la situación irregular: “El nuevo proceso penal juvenil se sustrae, de la esfera simbiótica tutelar familiar. El hecho de que el menor se encuentre en estado de abandono o de simple pobreza no es suficiente para la imposición de una medida cautelar. La situación social o familiar del menor es una consideración que no compete a la ley penal o procesal, porque el principio de legalidad, es un límite que no debe ser traspasado al imponer una medida restrictiva de libertad” (voto 69-01 del 11 de mayo de 2001).

Considerar el “peligro presente de la realización de nuevos hechos punibles” como finalidad, pervertiría la prisión preventiva transformándola, de un instrumento exclusivamente procesal en instrumento de prevención y de defensa social, motivada por la necesidad de impedir la comisión de otros ilícitos. Sobre la utilización de la detención provisional en vulneración al principio de inocencia sostiene Ferrajoli: “Hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad”³⁶.

En cuanto a la primera respuesta -la prisión preventiva puede ser decretada sólo cuando con las medidas provisionales no sea posible lograr la finalidad de la prisión preventiva-, el cuestionamiento no se evita en tanto el Art. 232 del CNA asigna a la internación el fin de protección contra el peligro de realización de nuevos hechos punibles. Aunque la internación sea “transitoria” y en “hogar adecuado”, no deja de constituir una privación de libertad en una “institución total” y con el mismo contenido aflictivo que la pena. De esta manera, el instituto deja de ser una medida procesal o cautelar, y en consecuencia no penal, convirtiéndose en una ilegítima pena sin juicio. Es por eso que resulta arbitraria la imposición de prisión preventiva en respuesta a la alarma social provocada por un determinado hecho punible, y a veces exacerbada por los medios de comunicación, pues pretende atribuir a esta medida cautelar una finalidad de prevención general, aplicando una suerte de pena anticipada. Esta finalidad subyace en la disposición cuestionada precedentemente, al asimilar la internación transitoria del adolescente en un hogar a las medidas de seguridad, en tanto se le otorga la finalidad de evitar la comisión

³⁶ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, p. 553.

de nuevos hechos, es decir, están supeditadas a la supuesta peligrosidad del autor.

En definitiva, la libertad personal sólo puede ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar los fines que el proceso penal persigue, por lo que sólo cabe interpretar el Art. 233 del CNA respetando los principios de inocencia, de culpabilidad, de proporcionalidad, de excepcionalidad, que deben regir el proceso penal juvenil. Por tanto, los requisitos de la prisión preventiva del adolescente deben ser los contenidos en el Art. 242 del CPP; no obstante, hay que admitir que la formulación de la disposición analizada es equívoca. Las disposiciones del Art. 232 del CNA, referidas a la internación como medida provisoria, se hallan en abierta contradicción con los principios constitucionales mencionados; en ellas perviven postulados de la doctrina de la situación irregular que se han pretendido dejar atrás con su promulgación.

Las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva, contenidas en el Art. 245 del CPP., fueron objeto de reforma a través de la Ley N°2492 “Que modifica el Art. 245 de la Ley N°1286/98 Código Procesal Penal” del 20 de octubre de 2004. A nuestro criterio, con la redacción actual presentan innovaciones incompatibles con los principios rectores de la Justicia Penal Juvenil, además de padecer de inconstitucionalidad. Se ha producido un retroceso en los lineamientos del proceso penal democrático alcanzados con la promulgación del Código Procesal Penal, vulnerando el principio constitucional de excepcionalidad de la prisión preventiva. En efecto, resurgen los hechos punibles inexcusables -los crímenes-, ante los cuales nunca rige el principio citado. Resulta también inaceptable permitir la vigencia de un Derecho Penal de autor, al considerar los antecedentes penales como causal de negativa absoluta de las

medidas. Todo lo cual revela que esta ley está fundamentada en la peligrosidad del autor, deformando el instituto de la prisión preventiva al concebirlo con finalidades de prevención general y pena anticipada, e ignorando su régimen constitucional.³⁷ Por estas razones, las disposiciones introducidas al CPP colisionan con toda la filosofía en la que se funda la privación de libertad como *ultima ratio* en el CNA y, por tanto, no deben regir para los adolescentes.

3. EL DERECHO PENAL MÍNIMO COMO NUEVO PARADIGMA DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Actualmente, en la Justicia Penal Juvenil se viene produciendo un cambio de paradigma indiscutiblemente relevante, el cual se sustenta en la descarcerización del sistema penal, esto es, en limitar la intervención del sistema de justicia a los casos estrictamente necesarios, y adoptar progresivamente mecanismos de supresión de las sanciones privativas de libertad a través de adecuaciones político-criminales y criminológicas, impuestas político-jurídicamente en el ámbito legislativo; cambios que podrían eventualmente trasladarse al Derecho Penal de adultos e, incluso, significar nuevas respuestas al

³⁷ Ya antes de la vigencia de esta ley, se ha percibido esta tendencia desde la propia Corte Suprema de Justicia a través de la Acordada N°319 del 16 de junio de 2004 “Que reglamenta la concesión o revocación de medidas cautelares”, por la cual se exige a los Jueces Penales contar con los antecedentes penales del imputado para adoptar una decisión de esa naturaleza. En igual postura la Fiscalía General del Estado, por medio de los Instructivos Generales para Agentes Fiscales del 22 de agosto de 2002 y del 26 de junio de 2003, prohíbe la aplicación de medidas alternativas y sustitutivas en los casos de crímenes, aprehensiones en flagrancia y cuando los imputados cuenten con antecedentes, agregándose de esta manera limitaciones no previstas entonces en el CPP, por ende, ilegales e inconstitucionales.

estado de crisis en el que se encuentra la privación de libertad como instrumento de control social.

Las necesidades sociales de la infancia y la adolescencia deben ser percibidas como resultado de la ineficiencia o inexistencia de las políticas públicas. La base de una estrategia orientada a la protección integral de sus derechos, debe establecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando las áreas de convergencia entre éstas y las demás políticas estatales. Esto significa que la justicia penal, cuya función es subsidiaria y secundaria porque actúa siempre *ex post facto* con respecto al delito, no puede ser utilizada para contrarrestar la marginalidad pues se estaría reproduciendo la violencia a través del uso ilegítimo de la coerción estatal.

La respuesta jurídico-penal a los hechos punibles cometidos por adolescentes debe sustraerse de la emotividad y el irracionalismo, y enmarcarse en los principios que legitiman la propia intervención del Derecho Penal con la observancia de todas las garantías. El Derecho Penal Juvenil, no obstante su especialidad, es Derecho Penal; no tiene por finalidad el asistencialismo sino el control social. En este sentido, el principio de la supremacía del interés superior del niño o el principio de educación no pueden ser invocados para restringir garantías vigentes en el Derecho Penal, al contrario, sólo para acentuarlas y agregar aquellas garantías especiales exclusivas del Derecho Penal Juvenil.

Nos definimos coincidentes con estos principios del Derecho Penal Mínimo, en tanto resultan menos gravosos y más respetuosos de los derechos fundamentales del adolescente. En efecto, sólo la erradicación de la intervención arbitraria otorgará al sistema de responsabilidad penal juvenil su verdadera justificación. Este fin será alcanzado en la medida en que se

respeten rigurosamente todas las garantías, y en que se asuma que el Derecho Penal no es el único medio, y ni siquiera el más importante, para prevenir la delincuencia juvenil. Por lo que es preciso reducir la esfera de lo relevante penalmente al mínimo necesario para restablecer la credibilidad y la legitimidad del Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, Peter A., *El Derecho Penal de Menores*, Barcelona, Ed. PPU S.A., 1990.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1998.

BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Méjico, Ed. Siglo XXI, 1998.

BINDER, Alberto, *El proceso penal*, San José, Ed. ILANUD-FORCAP, 1991.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, Barcelona, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.

COBO DEL ROSAL, Manuel y Boix Reig, Javier, “Derechos fundamentales del condenado. Reeduación y reinserción”, en *Comentarios a la legislación penal española I*, Madrid, 1982.

DAVID, Pedro, *Sociología Criminal Juvenil*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2000.

GONZÁLEZ VALDEZ, Violeta, *La Justicia Penal Juvenil en el Paraguay. Revisión crítica de su evolución y situación actual*, Asunción, Ed. Servilibro, 2006.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Ed. Comares, 1993.

MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994.

PACIELLO, Oscar, *La dictadura. La administración de justicia en la época del Dr. Francia*, Asunción, Ed. Instituto de Investigaciones Históricas Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia, 1993.

PRIETO, Justo, *Constitución y régimen político en el Paraguay*, Asunción, Ed. El Lector, 1987.

RODRÍGUEZ-ALCALÁ, Guido, *Justicia Penal de Francia*, Asunción, R.P. Ediciones, 1997.

ROXIN, Claus, “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1993.

SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, Caracas, Ed. Universidad Central de Venezuela, 1999.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos y otros, *Derecho Penal Juvenil*, San José, Ed. Mundo Gráfico, 2002.

VIOLA, Alfredo, *Cárceles y otras penas en la época colonial*, Asunción, Ed. Instituto de Investigaciones Históricas Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia, 1993.

**OBLIGACIONES INTERNACIONALES
ASUMIDAS POR EL ESTADO PARAGUAYO
DESDE 1992, A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN
AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Elodia Almirón Prujel

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ÁMBITO NACIONAL DE APLICACIÓN. 3. OBLIGACIONES QUE SURGEN DEL ART. 1.1. DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 4. DIVERSAS OBLIGACIONES ESTATALES. 5. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ART. 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 6. REFLEXIONES FINALES.

OBLIGACIONES INTERNACIONALES ASUMIDAS POR EL ESTADO PARAGUAYO DESDE 1992, A LA LUZ DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Elodia Almirón Prujel

1. INTRODUCCIÓN

Cuando un Estado es parte de un tratado o instrumento jurídico internacional queda obligado por una serie de principios y normas que rigen el derecho internacional público, tales como la buena fe, *pacta sunt servanda*, o abstenerse de realizar todo aquello que pueda ir en contra del objeto y fin del tratado.

Los tratados de derechos humanos consagran, principalmente, derechos para las personas y obligaciones para los Estados, todos los cuales tienen validez en el ámbito internacional y pueden ser protegidos los unos y supervisados los otros en ese mismo ámbito. Ello responde a la idea de que la comunidad internacional ha entendido la trascendencia que importa para la paz y la seguridad de todos, el establecimiento de un orden mundial que tenga como un eje central la idea de que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos.

Un orden internacional de protección de los derechos humanos, sin embargo, pretende como fin último el fortalecimiento de los derechos en el ámbito nacional, en su ordenamiento jurídico y en sus prácticas. Desde este punto de vista, es importante que los Estados conozcan con exactitud el alcance de sus obligaciones en esta materia, para lo cual el estudio de las normas mismas y de su desarrollo por la jurisprudencia y la doctrina internacionales es muy relevante.

Con el propósito de apoyar este objetivo, que debería traducirse en un mayor cumplimiento por parte de Paraguay de sus obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos, y de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se examinan estas obligaciones en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tanto a la luz del texto mismo de la Convención como del desarrollo que a este texto se ha dado por actores relevantes en el campo internacional, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En materia de derecho internacional de los derechos humanos, que un Estado sea parte de determinado instrumento le acarrea al menos tres consecuencias: a) el reconocimiento de nuevos derechos, libertades y garantías, o la ampliación de las ya existentes, con un nuevo contenido; b) la asunción de obligaciones relativas al respeto, protección y realización de tales derechos y libertades, respecto de las personas sujetas a su jurisdicción como frente a la comunidad internacional, cuya inobservancia –por acción u omisión– configura un acto ilícito internacional y una injusticia interna; y c) en ciertos casos, la inserción en sistemas legales supranacionales con competencia para controlar el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos asumidos¹.

Ello se presenta en el marco de un proceso evolutivo, donde se verifica la progresiva primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno de los Estados. En nuestro caso, por mandato constitucional (desde 1992) los tratados de derechos humanos al ser incorporados al derecho

¹ Gialdino Rolando, *Control internacional de los derechos humanos y fuentes constitucionales. Fuentes universales y americanas*, El Derecho, 18/09/03. pp. 1-6.

interno adquieren un rango cuasiconstitucional por su forma de denuncia, que los equipara así a la Constitución, conforme la redacción del Art. 142, interpretado conforme sistemática constitucional, con el Art. 290.

En ese contexto, son objeto del presente trabajo las obligaciones asumidas por Paraguay, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica, Ley N° 1/89-, en sus Art. 1.1. y 2, vale decir, esto sería el núcleo duro del núcleo duro de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. La importancia de escoger esta Convención obedece a que la misma es el primer tratado genérico, regional y vinculante en materia de derechos humanos dentro de la OEA; creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CORTE IDH); y marca –junto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre- el estándar mínimo que debe existir en la protección actual de los derechos humanos en el continente americano².

2. ÁMBITO NACIONAL DE APLICACIÓN

En el ámbito nacional, la aplicación de la Convención se distingue por el carácter auto ejecutorio y autónomo de sus disposiciones, más aún cuando se tratan de normas cuasi constitucionales. Sin perjuicio de ello, en el acto de darle aplicación a esa normativa, el Estado puede disponer de un margen de apreciación³. De allí surgen, a veces, problemáticas

² Fabián Salvioli, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Recueil des cours, Strasbourg, Institut International des Droits de l'Homme, 1998. pp. 421-469.

³ Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 59.

que tienen que ver con el catálogo de derechos protegidos, la definición de los mismos, o las circunstancias operativas que permiten su restricción o suspensión en situaciones excepcionales. Por otro lado, el tema se relaciona con el principio de progresividad que forma parte de la normativa en cuestión. Por tanto, cobra sentido revisar las obligaciones inherentes de Paraguay en la Convención.

En efecto, según la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), Paraguay ha adquirido diversos compromisos, básicamente referidos a los derechos protegidos, la adopción de las disposiciones de derecho interno que resulten necesarias para su ejecución y la prohibición de la discriminación, sobre lo que se expone a continuación.

Los tratados de derechos humanos no sólo establecen derechos para las personas y obligaciones para los Estados Parte (Paraguay), sino que, en realidad, consagran un sistema para proteger la dignidad humana que constituye un verdadero orden público internacional, cuyo mantenimiento debe ser de interés de todos los Estados que participan en el sistema. No hay que olvidar que el surgimiento del sistema internacional de derechos humanos provino de la percepción de la comunidad internacional sobre la trascendencia que importa para la paz y la seguridad de todos, el establecimiento de un orden mundial que tenga como eje central la idea de que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Actualmente se encuentra ratificada o

adherida por Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

El Preámbulo y el articulado de la Convención Americana permiten reconocer la existencia de un orden público regional que debe ser garantizado por todos. En el Preámbulo se habla del propósito de “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. En el articulado se encuentra el establecimiento de un órgano de supervisión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que representa, por expresa disposición del Art. 35 de la Convención, a todos los miembros integrantes de la OEA. Resalta esta idea el hecho de que la Comisión está compuesta sólo por siete individuos, no por un número de comisionados equivalente al número de Estados miembros de la OEA. Es evidente, por lo tanto, que la Comisión ejerce sus funciones de control en representación de todos los Estados miembros de la OEA, señal clara de la existencia de una garantía colectiva. Por otra parte, el Art. 45 establece el derecho de todo Estado Parte de presentar una comunicación ante la Comisión Interamericana alegando que otro Estado “ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos” en la Convención, y el Art. 62 permite a los Estados Parte de la misma someter un caso a la decisión de la Corte. Es cierto que, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención establece este derecho como opcional y permite (no obliga a) que se reconozca la competencia respectiva de manera recíproca con los demás Estados, pero eso no obsta para sostener que los Estados tienen

el derecho de iniciar acciones para resguardar el sistema regional.

Por otra parte, el Art. 65 de la Convención establece un mecanismo para que la Asamblea General pueda reaccionar frente al incumplimiento por cualquiera de los Estados Parte de algún fallo de la Corte. La Asamblea General es el órgano político central de la OEA, de modo que la posibilidad de que se involucre ante la falta de cumplimiento de un fallo por un Estado sólo se explica si se entiende que la Convención consagra un orden público en la región cuya preservación es tarea de todos los Estados.

Finalmente, el Art. 27 dispone que el Estado que declara una emergencia, lo que le permitirá suspender algunas obligaciones provenientes de la Convención, “deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos” del contenido de la declaración, los motivos y duración de dicha situación. Esta es una evidente disminución del campo de la jurisdicción doméstica, ya que un hecho eminentemente interno y estrechamente vinculado a la idea de Estado, da origen a una obligación de notificación a la comunidad internacional. La exigencia de la notificación es una clara señal de que la suspensión de obligaciones es de interés del conjunto de Estados Parte de la Convención y de que ellos tienen el derecho de actuar frente a una declaración de emergencia. A pesar de que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto tratado de derechos humanos, tiene como objetivo principal establecer derechos para los individuos y obligaciones para los Estados, no puede disminuirse la importancia que el comportamiento de los Estados tiene para la preservación y

desarrollo del sistema. Desde ese punto de vista, la internalización por los Estados de esta idea, produciría una diferencia cuantitativa y cualitativa del sistema de extrema relevancia para el continente. Hasta ahora, las condiciones políticas de la región no parecen ser favorables para que esto se dé en algún momento cercano. Sin embargo, no se puede negar que cuando los Estados tomen con seriedad el papel que les corresponde como sostenedores del sistema, se estará realmente empezando a alcanzar los propósitos y objetivos de la Carta regional y de la Convención Americana. En el ínter tanto, la tarea de resguardar el sistema está en las manos exclusivas de los individuos y de los órganos internacionales de supervisión.

Los tratados de derechos humanos, a diferencia de otros tratados internacionales, confieren derechos a los individuos frente al Estado, el que, a su vez, tiene obligaciones para con ellos. La Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto en su *Opinión Consultiva 02/82*, donde expresó: “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes [...]”. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Los tratados de derechos humanos, por lo tanto, no tienen como único fin establecer derechos y obligaciones recíprocas entre sus Estados Parte, sino establecer un sistema para proteger la dignidad humana. En la Opinión Consultiva recién citada, la Corte expresó claramente que el párrafo 2 del Art. 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no podía aplicarse, “entre otras razones, porque el objeto y fin de la

Convención no son el intercambio recíproco de derechos”⁴. Por esta misma razón, el Art. 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que no se aplicará a los tratados de carácter humanitario las disposiciones de ese mismo artículo que permiten a un Estado terminar o suspender un tratado invocando como causa la violación del mismo por otro Estado. El Art. 20 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, que regula la aceptación de las reservas y objeción a las reservas, señala en su párrafo 2: “Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes”.

Si tenemos en consideración que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que ambos apuntan a la protección de los derechos humanos, no puede sino concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo (interpretación *pro persona*). Siendo esto así, se sigue que la formulación y el alcance de los derechos deben interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva. Esto ha sido reiterado con frecuencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que expresó en el primer asunto del que conoció que “... el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”.

⁴ Corte I.D.H., *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, pág. 29.

La interpretación *pro persona* es, así, una característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento.

La mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere también a ésta un carácter dinámico. El tratado debe ser leído de tal manera que la norma se interprete en el sentido que más se avenga con ellos en el momento de la interpretación. En el caso de los derechos humanos, el objeto y fin de los tratados que los consagran y garantizan es proteger la dignidad humana, concediendo a los individuos salvaguardias frente a la posibilidad de abuso de los gobernantes y otorgándoles el derecho de exigir al Estado que organice la sociedad de tal manera que la posibilidad del goce y ejercicio de tales derechos les esté garantizada. Por ello, la interpretación de cada derecho humano debe hacerse de manera que permita esa protección, incluso ante posibles violaciones no consideradas al momento en que la norma se gestó. El carácter dinámico de la interpretación se refleja también en la amplitud del concepto “contexto del tratado”, ya que los instrumentos formulados “con motivo de la interpretación del tratado” son necesariamente posteriores a éste y, si se han adoptado por las mismas partes que adoptaron el tratado, pueden entenderse como una interpretación que dichas partes han dado al acuerdo primero.

La Corte Internacional de Justicia reconoce este dinamismo al expresar en su Opinión Consultiva *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema

jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”.

El dinamismo, tanto en la interpretación del contenido de las normas de derechos humanos como en el contexto de los tratados, se advierte también en la *Opinión Consultiva 10/89* de la Corte Interamericana, cuyo texto dispone: “... la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”.

Esta forma de interpretación está, por último, firmemente asentada en el sistema europeo de derechos humanos y puede encontrarse en innumerables decisiones, referentes tanto a normas substantivas como procesales, emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos, el órgano internacional con la experiencia más rica en materia de decisión de casos de presuntas violaciones de derechos humanos.

3. OBLIGACIONES QUE SURGEN DEL ARTÍCULO 1.1. DE LA CADH

De conformidad con el Art. 1.1 de la Convención, las obligaciones se tienen por los Estados para con “*toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*”. El párrafo 2 de ese mismo artículo aclara que “persona” es “todo ser humano”. Esta conceptualización de la persona reafirma la idea de la universalidad de los derechos humanos y de la prohibición de discriminación, ya que la única condición para ser titular del derecho es ser un “ser humano”. La posición asumida por la

Convención deja fuera del campo de protección a las personas jurídicas⁵.

Esencial para la efectividad del goce y ejercicio de los derechos humanos por las personas, es una interpretación correcta de las normas que los consagran y establecen las obligaciones de los Estados a su respecto. Para guiar esta función interpretativa, es preciso utilizar las reglas del derecho internacional.

Las diversas fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible, pues, intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco es posible ignorar, al interpretar un tratado, las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo. Esto, que es

⁵ Si bien la Convención es clara en esta materia, la Comisión Interamericana ha acogido a tramitación una causa en que la víctima es una persona jurídica. Así ocurrió en un caso seguido en contra de Paraguay, en el cual la Comisión determinó que había una violación a la libertad de expresión en perjuicio de Radio Ñandutí, toda vez que, al sufrir diversos actos de interferencia, dicha estación de radio debió cerrar al no ser sustentable económicamente, con el consecuente perjuicio económico para la empresa y sus empleados (CIDH, caso *Radio Ñandutí*, No. 9642, resolución 14/87 de 28 de marzo de 1987, publicado en *Informe Anual 1986-1987*, pág. 2). La reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin embargo, ha dejado claro que, tratándose de personas jurídicas, la protección del sistema establecido por la Convención se dirige sobre los seres humanos integrantes de la misma (Corte I.D.H., *Caso Cantos. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, pág. 26-29).

propio del derecho internacional, tiene una particular importancia en el derecho internacional de los derechos humanos, que está en perpetuo desarrollo y está contenido en normas formuladas de tal manera que permitan su progreso constante y su adaptación a las circunstancias históricas de tiempo y espacio en que se apliquen.

En su *Opinión Consultiva 16/99*, la Corte sostiene esta idea al decir que “[e]l *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)” y procede a examinar el tema de la opinión “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”. Así como las fuentes internacionales se influyen recíprocamente, también existe esa relación entre esas fuentes y las domésticas. Desde el punto de vista del derecho internacional, no hay que olvidar que los principios generales del derecho se originan en el derecho interno de nuestros Estados; este derecho y la jurisprudencia que a su respecto se genera, por lo tanto, pueden ser fuente de normas internacionales, como también criterio orientador para una interpretación más extensiva de los derechos humanos contenidos en normas internacionales. Mirando esto desde otro ángulo, también el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional. Finalmente, es asimismo relevante para la interpretación el conocimiento de “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, puesto que ellas, así como las decisiones de los órganos de control internacional, son medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho

internacional, de conformidad con el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En el sistema interamericano, la idea de la integralidad está reflejada y ampliada en las letras c) y d) del Art. 29 de la Convención. La primera no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Esta regla muestra claramente que el sistema es un todo que sobrepasa la mera letra de la ley y que obliga al intérprete a considerar al ser humano en su totalidad y a tener en mente todo aquello que el sistema democrático requeriría para que el derecho humano que se interpreta tenga eficacia. La consideración del ser humano se hace en torno a su dignidad, concepto éste quizás difícil de definir pero claro de identificar en cada caso a la luz de un sistema internacional de derechos humanos que se sitúa históricamente.

De paso, el Art. 29 c) refleja la posición del sistema interamericano en el sentido de que los tratados no conceden derechos humanos sino sólo los reconocen y que pueden existir derechos humanos, aunque no hayan sido formalmente reconocidos en un cuerpo jurídico. La letra d) del Art. 29 establece que ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Con todo lo dicho, se debe enfatizar que el sistema de promoción y protección de los derechos humanos es, como la palabra lo enuncia, un conjunto de reglas y principios racionalmente enlazados entre sí, que debe mirarse en su integridad para aplicar cualquier parte de él. Si se intentara

graficar estas ideas, se tendría que los aportes nacionales e internacionales en materia de derechos humanos se vierten en un crisol, donde se produce una sinergia como resultado de la cual los derechos humanos reaparecen ampliados y perfeccionados. Es allí, a ese crisol, donde los intérpretes de las normas de derechos humanos deben acudir para realizar su tarea.

El Art. 1.1. de la Convención establece: “*Obligación de respetar los derechos. ... Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*” (énfasis agregado). El dispositivo debe concordarse con los arts. 25 (protección judicial) y 29 (normas de interpretación) de la Convención. Asimismo concuerda con normativa similar plasmada en varios instrumentos internacionales⁶.

En el Art. 26, los Estados se comprometen “a adoptar providencias [...], para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan [...], en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Esta norma establece una obligación propia que es similar a la del artículo 2, con calificaciones de progresividad y posibilidades económicas-, lo que hace pensar que estos derechos (económicos, sociales y culturales) se concibieron con un régimen de obligaciones distinto al de los derechos civiles y

⁶ Corte IDH, Serie A, Nro. 18, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17/09/03, pág. 74 y sus citas.

políticos. En segundo término, desechar este argumento y sostener que los artículos 1 y 2 son aplicables al artículo 26, plantea una nueva inquietud: ¿qué deben respetar y garantizar los Estados a ese respecto? Una respuesta podría ser que debe respetarse y garantizarse la progresividad, pero para llegar a esa conclusión no se necesita mayormente de los artículos 1 y 2 de la Convención; ella se podría desprender del hecho de que el artículo 26 es una norma de un tratado que obliga a los Estados Parte del mismo. Lo que se intenta sugerir con esto es que la aplicación o no aplicación de las obligaciones generales de los artículos 1 y 2 no parece ayudar al progreso de los derechos económicos, sociales y culturales, si el objeto del respeto y garantía es la progresividad de éstos. La solución más de fondo sería responder a la pregunta de manera diferente: a lo que se obligan los Estados, es a respetar y garantizar un estándar mínimo. Encontrar fundamentos para esta afirmación es la tarea difícil que todavía no se ha llevado a cabo, y es difícil porque, en principio, parece chocar con la formulación de la obligación en el artículo 26.

La Corte se vio enfrentada a la aplicación del artículo 26 en un caso contencioso en el que la Comisión Interamericana alegó que el Estado había violado dicho artículo al dictar un Decreto Ley que constituía “un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas” de acuerdo a un Decreto Ley anterior. La Comisión sostuvo que el artículo 26 impedía a los Estados tomar medidas regresivas en este campo, a menos que tuviera una justificación, con lo cual parecía estar tomando ya la posición, en respuesta a una de las interrogantes mencionadas anteriormente, de que las obligaciones de los Estados respecto del artículo 26 no eran las de los derechos civiles y políticos, a los que se aplican los artículos 1 y 2 de la Convención, sino que

eran las contenidas en esa propia disposición. Las víctimas, por su parte, en una postura menos definitiva, solicitaron a la Corte que determinara “el contenido de la cláusula de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y establezca parámetros y criterios que ilustren a los Estados sobre la manera de cumplir con sus obligaciones jurídicas y criterios para determinar la manera en que las medidas regresivas violan las obligaciones convencionales”. Refiriéndose al punto, la Corte estimó que estos derechos tenían una dimensión tanto individual como colectiva y que su desarrollo progresivo “se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de [su] creciente cobertura [...] teniendo presente los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”. Considerando que el caso no era representativo de la situación general, la Corte desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre las peticiones mencionadas. Esta afirmación sugiere que la Corte estimaba que era competente para conocer de una alegada violación del artículo 26 y que consideraba que lo que podía controlar era el desarrollo progresivo, pero que no lo haría en este caso porque éste no “era representativo de la situación general” del país. También en el caso del Instituto de Reeducción del Menor (caso paraguayo) los representantes de las víctimas alegaron ante la Corte la violación del artículo 26 por no haber cumplido el Estado, Paraguay en este caso, “con su obligación de garantizar los niveles mínimos de satisfacción de estos derechos con respecto a los menores del Instituto, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad”. La petición partía, así, de la premisa de que había “niveles mínimos de satisfacción” que la Corte podía determinar en función del artículo 26, independientemente de si había habido o no desarrollo progresivo de estos derechos. En este caso existía el

problema de que los representantes de las víctimas habían alegado ante la Corte la violación de un derecho no declarado por la Comisión, que no había considerado el artículo 26 en el caso elevado a la Corte. Por ello, los representantes argumentaron también que este artículo debía estudiarse en conexión con el artículo 19 de la misma, que sí se consideró violado en el informe de la Comisión, con los artículos XI, XII, XIII y XV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y con los artículos 24, 28, 29 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte decidió examinar el problema de esa manera e incorporó sus consideraciones sobre las alegaciones en materia social y económica en su examen de las violaciones alegadas respecto de los artículos 4 y 5 de la Convención a la luz del artículo 19 de la misma.

Para fijar el contenido y alcances de este artículo [el artículo 4], toma en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Paraguay el 3 de junio de 1997 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los/as niños/as.

En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado (paraguayo) de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto

de los derechos civiles y políticos. Las acciones que Paraguay debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños/as.

La sentencia del Instituto de Reeducción del Menor siguió un camino diferente para considerar el contenido de las obligaciones del Estado en materia de derechos civiles y políticos, introduciendo una posibilidad real de examinar el tema de los derechos económicos, sociales y culturales en el procedimiento de casos individuales.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha seguido ese mismo camino, basándose primordialmente en el hecho de que los Estados deben garantizar los derechos humanos del Pacto sin discriminación. Algunos ejemplos muestran la amplia dimensión que pueden alcanzar de este modo los derechos civiles y políticos. En su Observación General sobre el Derecho a la Vida, de 1982, el Comité criticó el que se hiciera una interpretación restrictiva de él diciendo que, al adoptar medidas positivas para garantizarlo, el Estado debía tomar, entre otras, todas las posibles para disminuir la mortalidad infantil⁷. En su Observación General 25, sobre el artículo 25, titulada “El derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho a voto y el derecho a igual acceso al servicio público” sostuvo que: “...la libertad de expresión, la de reunión y la de asociación son condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto y deben protegerse plenamente. Deberán adoptarse medidas positivas para superar

⁷ CDH, *Observación General 6, Artículo 6* (16º período de sesiones), 30 de abril de 1982, pár. 5.

toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación, que impidan a las personas con derecho de voto ejercer sus derechos en forma efectiva...”⁸.

También ha tenido el Comité ese mismo enfoque al hacer observaciones finales a los Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo (ambos ratificados por Paraguay) a propósito de los informes que éstos le presentan. Por ejemplo, en las observaciones a Canadá sobre el cumplimiento de sus obligaciones respecto al derecho a la vida, el Comité señaló que “le inquieta que la falta de vivienda haya causado graves problemas de salud, incluso muertes. El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas positivas que requiere el artículo 6 para resolver este grave problema”⁹.

El incumplimiento de una obligación internacional, por acción u omisión del Estado, genera la responsabilidad de éste, la que se traduce en la obligación de reparar¹⁰ íntegramente todo perjuicio, tanto material como moral, que él hecho haya causado. En el marco del sistema interamericano aplicable por la Corte, el hecho ilícito que genera la responsabilidad consistirá en la violación de alguna de las obligaciones establecidas en la Convención en perjuicio de una persona sujeta a la jurisdicción del Estado responsable.

⁸ CDH, *Observación General 25, Artículo 25* (57º período de sesiones), 12 de julio de 1996, pár. 12.

⁹ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Canadá (65º Período de sesiones), 7 de abril de 1999, pár. 12.

¹⁰ *International Court of Permanent Justice, Usina de Chorzów*, sentencia de fondo, 1928, Series A No. 17, pár. 13.

Las normas que regulan la responsabilidad del Estado son de derecho internacional, no de derecho nacional¹¹, y han sido formuladas por la Comisión de Derecho Internacional, en un documento titulado en español como *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Internacionalmente Ilícitos*¹². El artículo 2 de ese proyecto dispone que hay un hecho internacionalmente ilícito cuando una acción o una omisión (i) es atribuible al Estado según el derecho internacional y (ii) constituye una violación de una obligación internacional del Estado. Cualquier agente del Estado puede hacer incurrir a éste en responsabilidad internacional, tanto por sus acciones como por sus omisiones. El proyecto no menciona como elemento de la responsabilidad la culpa o el dolo. En general, esta posición es apoyada por los internacionalistas, que señalan que la responsabilidad internacional es objetiva y que se determina por la relación de causalidad entre el agente y el hecho ilícito.

La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la responsabilidad de los Estados en varias de sus sentencias, siguiendo la teoría de la responsabilidad objetiva desde su primer fallo, donde insiste en que no es necesario tener en cuenta “elementos de naturaleza psicológica, orientados a

¹¹ Corte IDH, *Caso Las Palmeras. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C No. 96, párr. 38; Corte IDH, *Caso del Caracazo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 77; Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 149.

¹² International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/56/10, capítulo. IV.E.1, 2001.

calificar la culpabilidad individual de sus autores”¹³. También ha establecido que puede haber responsabilidad del Estado por actos presumiblemente cometidos por particulares, concluyendo que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional de manera *directa*, por actuaciones de sus agentes, e *indirecta*, por dejar de actuar ante acciones de particulares que infringieran los derechos de la Convención.

En cuanto a la *responsabilidad directa*, la Corte ha expresado que “conforme al artículo 1.1 [de la Convención] es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo”.

Respecto de la *responsabilidad indirecta*, la Corte ha manifestado que “... un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.

Aplicando esta norma general al caso particular, la Corte señaló que, aunque se había probado que la desaparición de Velásquez Rodríguez era claramente atribuible a agentes del Estado, la atribución de responsabilidad podría haberse hecho igualmente, puesto que estaba comprobado que el Estado se

¹³ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, pág. 173.

abstuvo de actuar y ello “representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos”.

Cuando la responsabilidad surge de manera indirecta, se plantea el problema de determinar cuáles son exactamente las obligaciones que el Estado debe cumplir para garantizar el ejercicio y goce del derecho respectivo, es decir, cuál es el contenido y alcance de la obligación de garantizar cada derecho. Es imposible dar una regla general y abstracta para ello; la decisión debe tomarse caso a caso, estableciendo, en consideración de las circunstancias, si la conducta del Estado constituye o no una violación de la Convención. Sin perjuicio de esto, es útil que los órganos que supervisan logren determinar un estándar de la conducta requerida para guía del intérprete y para guía del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. La Corte ha hecho esto, pero sería conveniente, en mi opinión, que tuviera un cuidado particular en la formulación de estos criterios. En el Considerando del caso Velásquez Rodríguez, la Corte exige para atribuir responsabilidad “falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”; sin embargo, en un Considerando posterior, reemplaza esa expresión por otra: “... lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido *en defecto de toda prevención o impunemente*. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de

respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención”.

Con esto, el estándar de “la falta de debida diligencia” parece decrecer, puesto que lo que exige la Corte es que el acto se haya perpetrado “en defecto de toda prevención” o “impunemente”. Otro ejemplo en este mismo sentido se da en el *caso Caballero Delgado y Santana*. En su sentencia, la Corte da por probado que la detención y desaparición de las dos víctimas fueron realizadas por miembros del ejército colombiano y por civiles que actuaban como militares y que el Estado “ha realizado una investigación judicial prolongada, no exenta de deficiencias para encontrar y sancionar a los responsables”, investigación que está hasta ese momento pendiente¹⁴. Aunque coincide que la obligación de investigar es de medio o comportamiento, concluye que “no es suficiente que el Gobierno [*sic*] emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del Gobierno [*sic*] culmine con la reparación a la parte lesionada, lo que en este caso no ha ocurrido”, lo que parecería sugerir que el estándar no es tener la diligencia debida sino que tener éxito en la investigación, lo que transformaría esa obligación en una de resultado.

Otro punto interesante en términos de la responsabilidad internacional dice tener relación con la naturaleza de la misma. En el *caso Velásquez Rodríguez*, la Corte manifestó categóricamente que “la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos

¹⁴ Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, pár. 54 y 57.

no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”¹⁵.

De esta afirmación puede colegirse que la responsabilidad internacional del Estado no es de carácter penal, y que, como consecuencia, la obligación de reparar es meramente compensatoria del daño infligido por el incumplimiento y no debe ser entendida como un castigo que se aplica al Estado. La idea fue reiterada en la sentencia de indemnización compensatoria de Velásquez, donde la Corte insistió que la indemnización no puede tener propósitos ejemplarizantes o disuasivos “en el estado actual del Derecho internacional”¹⁶.

4. DIVERSAS OBLIGACIONES ESTATALES

Las *obligaciones de respeto y garantía* tienen carácter *erga omnes*¹⁷. Significan que Paraguay tiene deberes positivos y negativos; la obligación de no violar los derechos garantizados por la CADH, y además adoptar todas aquellas medidas necesarias y razonables para asegurar su pleno disfrute¹⁸.

Como señala la doctrina autorizada, estas obligaciones fueron objeto de construcción jurisprudencial por la Corte IDH

¹⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, pár. 134.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, pár. 38.

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 cit., pár.109.

¹⁸ Thomas, Buergenthal, *International Human Rights in a nutshell*, 2nd. Edition, West Publishing Co., 1995. p. 196.

desde sus primeros pronunciamientos, particularmente ante desapariciones de personas en Honduras. Por eso, para la interpretación extensiva de las obligaciones derivadas del art. 1.1., se considera a los casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz* como los más importantes casos contenciosos decididos por la Corte IDH, ya que sentaron los lineamientos seguidos hasta la fecha por ese Tribunal.

En efecto, en tales fallos la Corte IDH señaló sobre el referido Art. 1.1. que el mismo es “...*fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte...*”, porque pone a cargo de éstos “...*los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención*”¹⁹.

Además, se puntualizó que “...*dicho precepto constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención*”²⁰, pues “...*contiene la obligación contraída por los Estados Parte en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el*

¹⁹ Corte IDH: *Velásquez Rodríguez*, cit., pág. 164 y *Godínez Cruz*, cit., pág. 173.

²⁰ Corte IDH: *Velásquez Rodríguez*, cit., pág. 163 y *Godínez Cruz*, cit., pág. 172.

artículo 1.1. de la Convención”²¹. De tal suerte, es recurrente en la jurisprudencia de la Corte IDH la mención respecto a que algún Estado Parte violó determinados derechos, en relación con el Art. 1.1. de la CADH.

En virtud de los compromisos señalados, se desprende que las disposiciones de la Convención tienen carácter autoejecutivo. Esto es, efecto inmediato en el derecho interno de Paraguay, cuyos poderes públicos deben aplicarlas sin necesidad de trámites ulteriores. Esta una solución de principio, lo que no obsta que se puedan presentar problemas prácticos.

La *obligación de respetar*, dirigida directamente a los agentes del Estado Parte, tiene un carácter “eminente negativo”, puesto que involucra fundamentalmente el deber de abstenerse de interferir con el ejercicio de los derechos receptados por la CADH. La naturaleza misma de esos derechos impone a Paraguay, salvo escasas excepciones, una *obligación de no hacer*, que resalta el carácter autosuficiente de las disposiciones de la Convención. Esto, concordado con el Art. 2 de la Convención, significa que Paraguay debe al menos abstenerse de aplicar disposiciones de su derecho interno que sean incompatibles con la CADH.

Para la Corte IDH, “*La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de respetar los derechos y libertades*”, reconocidos en la Convención. *El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos*

²¹ Corte IDH: Velásquez Rodríguez, cit., pág. 162 y Godínez Cruz, cit., pág. 171

inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado... ”²².

La *obligación de garantizar* es de carácter positivo. Implica el deber del Paraguay de adoptar todas las medidas necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de los derechos tutelados en la CADH e impedir la interferencia de terceros. La obligación general de garantía abarca la aplicación de las medidas provisionales de protección que se le puedan imponer a un Estado Parte²³.

Además, se prohíbe al Estado adoptar disposiciones que le permitan sustraerse al cumplimiento de sus compromisos internacionales y proteger a sus agentes cuando éstos violen los derechos humanos. El propósito de esta obligación es lograr determinadas metas u objetivos. Básicamente, que toda persona pueda ejercer sus derechos humanos y disfrutar de los mismos, dejando a así los Estados la determinación de los medios para alcanzar esos objetivos.

Esta obligación de garantía implica el deber de Paraguay de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, Paraguay debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar; además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su

²² Corte IDH: Velásquez Rodríguez, cit., pág. 165 y Godínez Cruz, cit., pág. 174.

²³ Corte IDH: Resolución sobre Medidas Provisionales en el caso “Penitenciarias de Mendoza (Argentina)”, 18/06/05.

caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

De modo que Paraguay está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

Paraguay debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos, surta los debidos efectos. Por ello debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores de las violaciones cometidas.

La Corte IDH ha establecido que la obligación de garantizar incluye cuatro deberes: *prevenir, investigar, sancionar y reparar*.

El *deber de prevenir* abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean

efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.

El Estado no sólo tiene la obligación de otorgar una protección general a los derechos humanos, sino también debe velar porque sus propios órganos no incurran en conductas que los violen. El ordenamiento jurídico estatal ha de contener disposiciones que sirvan para desalentar a los funcionarios que, por uno u otro motivo, se sientan impulsados a no respetar esos deberes en el ejercicio de la función pública.

Paraguay está obligado también a *investigar y sancionar* a toda situación en la que se hayan violado derechos humanos tutelados por la CADH. Mas aún si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

Aunque la Corte IDH advierte que en algunas circunstancias puede resultar difícil la investigación de ciertos hechos, la misma debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares.

El derecho a la verdad es parte de esta obligación de investigar. En efecto, la víctima de violaciones de derechos

humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho de conocer la verdad, la que debe ser buscada efectivamente por la autoridad pública. Este derecho a la verdad ha sido desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su reconocimiento puede constituir un medio importante de reparación.

El *deber de reparar* surge además del artículo 63.1. de la Convención, que dispone: “*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*”.

La reparación del daño causado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea factible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, corresponde a la Corte IDH ordenar que se adopten medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se efectúe el pago de una indemnización como compensatoria de los daños ocasionados. La obligación de reparar se regula en todos sus aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional. No puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno.

En lo que se refiere a la violación del derecho a la vida y algunos otros derechos (libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial), por no ser posible la *restitutio in integrum* y teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria. Es necesario añadir, que las medidas de carácter positivo que Paraguay deba adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocasionados, es una obligación asumida internacionalmente, y se trata de una obligación de resultado.

El monto y la forma de pago pueden ser convenidos entre las partes. Si no se llega a un acuerdo al respecto, la Corte la fijará, además de reservarse el derecho de homologar el acuerdo. Finalmente, la búsqueda de la verdad constituye un medio importante de reparación.

Los *deberes de investigar y sancionar* que surgen del Art. 1.1. deben concordarse con los arts. 8 y 25 (debido proceso y recurso judicial efectivo) y 46.1. (agotamiento de los recursos internos adecuados y eficaces). Sobre el punto, vale acotar que son *obligaciones de medio o comportamiento* y no de resultado, ello es así porque el sistema interamericano no espera un resultado determinado, como exigencia de la obligación de prevenir, investigar y sancionar. Por eso, no se demuestra el incumplimiento de *investigar*, por el solo hecho que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Lo mismo cabe decir de la *obligación de prevenir* que no es necesariamente incumplida si un derecho es violado.

Que sean obligaciones de medio no significa que no deban atenerse a determinadas pautas para poder afirmar que han sido cumplidas de conformidad con la CADH.

El proceso de investigación y eventual sanción se caracteriza además porque: a) debe respetar los derechos de los imputados, que no son incompatibles con las obligaciones apuntadas; b) importa la actuación de oficio en el orden interno, independientemente de que exista el derecho de la víctima a intervenir e impulsar el proceso, el Estado no puede delegar sus obligaciones en la materia; c) la responsabilidad por la investigación alcanza a aquellos encargados de promover la acción judicial de oficio; d) debe ser judicial, toda otra actuación (por ejemplo, administrativa o disciplinaria) no alcanza para sostener el cumplimiento de la obligación; e) debe realizarse a través de recursos judiciales idóneos, serios, eficaces y adecuados en relación con la violación a los derechos humanos de que se trate; g) el acceso a un recurso judicial efectivo es un derecho humano que debe ser garantizado ante cualquier tipo de disputa legal.

De las obligaciones derivadas del Art. 1.1., surge también la prohibición de discriminaciones, como correlato del principio de igualdad –receptado en el Art. 25 de la CADH-.

Sobre el punto, la Corte IDH²⁴ ha puntualizado que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos, pertenecientes al *jus cogens*. La discriminación hace referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos. El incumplimiento por Paraguay, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

²⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 cit., párr. 83 y ss, y sus citas.

Por consiguiente, Paraguay tiene la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho *ordenamiento* las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias; debiendo recordarse que Paraguay, entre sus obligaciones constitucionales –artículo 46-, también ha asumido el compromiso de combatir y erradicar la discriminación, la cual de hecho no se encuentra admitida.

Sin embargo, vale aclarar que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.

De esta obligación general se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. Entre ellas, cabe mencionar que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o *de facto*. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Por eso, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

5. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 2 DE LA CADH

El artículo 2 de la Convención establece: “*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Art. 1 no estuvieren y garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter,*

los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (énfasis agregado).

Vale remarcar que el artículo omite indicar los medios o procedimientos concretos a través de los cuales los Estados deben dar cumplimiento a estos compromisos. Si bien los conceptos empleados por la Convención tienen un carácter autónomo, independiente del contenido y alcance que se les asigne en el derecho interno de los Estados, muchos de ellos no están exentos de una dosis de subjetividad. Ello confiere al Estado paraguayo un cierto margen de apreciación para determinar las circunstancias allí previstas, el que sin embargo sólo puede ejercerse dentro de los límites razonables y no puede confundirse con la arbitrariedad.

Entre otras cuestiones, el tema involucra la operatividad o programaticidad de los derechos. Para el caso de los derechos civiles y políticos reconocidos en la CADH, existe una presunción de operatividad, que se robustece con el Art. 2 como obligación adicional de legislar cuando fuere necesario, lo que descarta que se trate de normas programáticas. La solución, se ha dicho, no parece en cambio tan sencilla en el supuesto de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sobre el punto, sin embargo, existen notables diferencias de interpretación según el país de que se trate, lo que se produjo desde el momento mismo de la sanción de la CAHD²⁵.

²⁵ Thomas, Buergenthal, y Dinah, Shelton. *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials*, 4th. edit., Strasbourg, International Institute of Human Rights, N.P. Engel, donde se relata la posición mantenida sobre el

La obligación de adoptar medidas ordenadas por la CADH se compone entonces de dos partes, ambas en sentido positivo.

Es tal la importancia que la Convención asigna al hecho de que las personas puedan ejercer y gozar de sus derechos humanos en plenitud, que la Convención consagra en su artículo 2 la obligación del Estado Parte de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, disposición que causó, en el momento en que se discutía su incorporación a la Convención, una aguda controversia sobre la relación que existiría entre ella y las obligaciones de respetar y garantizar. El artículo 2 de la Convención Americana establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. La disposición -similar al artículo 2 del Pacto Internacional- había sido considerada y desechada por un miembro de la Comisión Interamericana, el Dr. Carlos A. Dunshee de Abranches, porque, en su parecer, podía inducir a los aplicadores de la Convención a interpretarla en el sentido de que los Estados no estarían obligados ante la obligación a respetar y garantizar los derechos humanos que allí se consagran, a menos de que dictaran leyes especiales al efecto. Eso hacía innecesaria, por lo tanto, el dictado de leyes para que el tratado tuviera validez interna y pudiera invocarse directamente por los interesados ante los tribunales. La interpretación del artículo 2 de la Convención en el sentido de

particular por la delegación chile y la actitud asumida por Estados Unidos ante esta clase de dispositivos.

que no afecta la exigibilidad inmediata de las obligaciones establecidas en el artículo 1 desde el momento en que la Convención entra en vigor para cada Estado, se desprende con claridad, del propio artículo 1 de la Convención y, además, de la discusión habida durante su gestación. Esta misma posición fue reafirmada por la Corte Interamericana en su *Opinión Consultiva 7/86* solicitada por el gobierno de Costa Rica. Allí la Corte señaló que la obligación del artículo 2 es: “... una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2 complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1 [...]”. Originalmente se pensó, con razón, que un compromiso del tipo del referido en el actual artículo 2 existe naturalmente por aplicación del derecho internacional, como consecuencia lógica de las obligaciones que derivan de un tratado internacional. Por eso es que, cuando se propuso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1 conduciría al resultado irracional y absurdo de que el artículo 1 sería inaplicable si no se dictaran las medidas a que se refiere el artículo 2. Y esta conclusión es inadmisibles porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial del artículo 1. Parece evidente que el artículo 2 no anula las obligaciones del artículo 1.1, que son exigibles de inmediato; es probable que, puesto que un Estado que es parte de un tratado tiene la obligación de adaptar su legislación interna a las disposiciones

del tratado y de cumplir sus disposiciones en toda su integridad, el artículo 2 no era realmente necesario, debiendo ser considerado sólo como una disposición en aplicación de la máxima *abundans cautela non nocet* (lo que abunda no daña).

La Corte ha declarado frecuentemente la violación del artículo 2 en casos particulares. La posición de la Corte en cuanto al alcance del artículo 2 se encuentra expuesta en la *Opinión Consultiva N.º 18*, donde se reprodujeron decisiones tomadas en los casos *Cinco Pensionistas*, *Baena* y *Cantoral Benavides*; por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Dentro de estas normas, un lugar importante lo ocupan aquéllas que se expidan para desarrollar las normas de la Convención que no pueden invocarse directamente ante los tribunales nacionales por su falta de precisión. El Estado está obligado a hacer operativos aquellos derechos que están enunciados de manera tal que el aplicador nacional de la norma no encuentra, en el texto del tratado, una opción clara para resolver un caso particular. Dado el desarrollo que han tenido los derechos de la Convención Americana, producto de la actividad de los órganos del sistema interamericano, se hace cada día más tenue la línea que separa el artículo 2 de la obligación de garantizar del artículo 1.1. Lo difuso de la línea no tiene mayores consecuencias, puesto que la existencia de ambos cubre todas las posibilidades de protección relacionadas con la obligación del Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales emanadas de la Convención.

La seguridad de los derechos humanos tiene como requisito no sólo la existencia de normas positivas que los enuncien, sino también que ellas provean instrumentos jurídicos para defenderlos y que haya órganos estatales que los hagan valer. Todo, en un marco de condiciones generales de orden político y socio-económico que hagan viable el efectivo cumplimiento de aquellas disposiciones jurídicas²⁶.

La adopción de medidas de otro carácter, se hacen necesarias a los efectos del mantenimiento del sistema. Esas medidas pueden ser de distinto orden, tales como educativas, presupuestarias, etc..

Pero de todas, merecen especial consideración la mención en algunos fallos dictados por los tribunales locales que hacen efectivos los derechos y libertades de la Convención, las normas contenidas en la misma: *fallo 2577*, TApel. Civil y Com., Asunción, sala 2, 2003/06/30, Vasconcellos Céspedes, César A. Jesús y Bacigalupo de Vasconcellos, Amanda en representación de su menor hijo V.B., S. c. Colegio American Collage (INCADE) s/Amparo, Ac. y Sent. Nro. 82; **fallo 2627**, TApel. de la Niñez y la Adolescencia, Asunción, 2003/07/30, G.G., A.G. y G.G., V.L. s/ régimen de reraconamiento, Ac. y Sent. Nro. 72; **fallo 3024**, TApel. Civ. y Com., Lab., Penal de la Adolescencia, Pedro Juan Caballero, 2004/02/27, Ministerio Público c/ Villalba artínez, Epifanio s/coacción sexual en esta ciudad, Ac. y Sent. N° 5.

²⁶ Enrique Haba, *Tratado Básico de Derechos Humanos*, T. II, San José de Costa Rica, Juricentro, 1986, pp. 487-489. En ese orden de ideas, destacan la existencia de instrumentos procesales destinados a defenderlos y de un Poder Judicial que esté en condiciones de hacer respetar los derechos.

Sobre la obligación bajo análisis, cobra también valor la jurisprudencia emanada de la Corte IDH²⁷.

En efecto, indicó este Tribunal que naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención²⁸.

El Tribunal señaló asimismo que el deber general del artículo 2 implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra parte, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías²⁹. Con este propósito, Paraguay debe adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental³⁰.

También sostuvo este Tribunal que el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades de las personas no a facultar a los Estados para hacerlo. En particular, todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio de los derechos contemplados por la CADH,

²⁷ Existen normas similares en otros tratados de derechos humanos que motivaron la intervención de la Corte IDH, como las del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Corte IDH. Serie A, Nro. 16, Opinión Consultiva OC-169/88 del 1 de octubre de 1999.

²⁸ Corte IDH, Serie A, N° 14, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), pár. 33. Sobre la OC.14/94 y la responsabilidad internacional de los Estados Parte por su incumplimiento.

²⁹ Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía, cit., pár. 219 y ss. y sus citas.

³⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 cit., pár. 78 y sus citas y pár. 81.

como por ejemplo el derecho de rectificación o respuesta –como lo hizo Paraguay, en su Constitución de 1992, en el artículo 28, reglado en las leyes Nros. 1262/87 y 1682/01-, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin³¹.

Por otra parte, es indudable que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades, por lo que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado constituye una violación a la CADH y le genera a éste responsabilidad internacional.

Un Estado puede violar la Convención de muchas maneras. Por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2 de la CADH. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención.

Más aún, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable, adoptando medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.

Asimismo, la Corte IDH ha manifestado que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.

³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1., 1.1. y 2 Convención Americana de Derechos Humanos), en especial pár. 24, 32, 33.

Ello implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*); y sólo son efectivas cuando el Estado adopta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

6. REFLEXIONES FINALES

En ocasión de revisar disposiciones de derecho interno que pudieran contrariar la normativa de la Convención, sostuvo la Corte IDH que normas de esa naturaleza violan, per se, el artículo 2 de la Convención Americana, cuando el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo determinado derecho³².

No todos los casos pueden necesariamente acarrear la violación del Art. 2 de la Convención cuando el orden jurídico de un Estado Parte, considerado en su integridad, no lleva necesariamente a impedir el ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH. Sin embargo, en esas circunstancias sería aconsejable que Paraguay suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar de una u otra manera a la privación del ejercicio de ciertos derechos.

Cuando los Estados Parte de un instrumento de derechos humanos como la Convención Americana cumplen las obligaciones contraídas, se garantiza el sistema de protección de los derechos y libertades por ella reconocidos. Ello así, entre otras razones, porque de este modo: a) se confirman y corroboran los valores y la importancia del sistema de protección de los derechos humanos estipulados por la Convención; b) se asegura el funcionamiento del sistema, porque con esas medidas el ciclo del mecanismo ideado

³² Corte IDH, Serie C, N°. 35, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, pár. 98 y 99.

funciona y se completa, asegurando la confianza en el mismo y la no repetición, de lo contrario, como recuerda Miller, cuando no se cumple el derecho, el efecto es que éste se desprestigia; c) se preserva el orden público, pues se cumple y ratifica la vigencia del orden jurídico castigando a quien la infringe y protegiendo a quien sufre esa infracción; d) se respetan los derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos, garantizando un recurso judicial efectivo y acceso a la justicia; e) se ratifica el compromiso del Estado por los derechos humanos, toda vez que ese Estado investiga y castiga violaciones a los mismos por sus propios medios y en su propia jurisdicción, sin que sea necesario recurrir a la subsidiariedad del sistema internacional.

La tendencia que se observa a nivel interamericano, se traduce en una creciente tendencia hacia la apertura internacional. En materia de derechos humanos ello se da a través de dos procesos, el reconocimiento constitucional de la normativa internacional y un incipiente diálogo de algunos tribunales locales con los órganos de supervisión internacional.

Las normas constitucionales y prácticas jurisprudenciales que se analizaron a lo largo del trabajo, deberían traducirse en el comienzo de una nueva etapa en materia de vigencia y respeto a los derechos humanos en el continente.

Todo lo expuesto, se resume en el compromiso al cual están obligados a cumplir, todos los actores involucrados en el respeto de los derechos humanos consagrados en el texto constitucional, tanto por parte de las autoridades nacionales como de los particulares.

BIBLIOGRAFÍA

ABREGÚ, Martín y **COURTIS**, Christian (compiladores), . *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto, 2da. Edición.

ALBANESE, Susana y **BIDART CAMPOS**, Germán. *Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Buenos Aires, Ediar.

ALBANESE, Susana, *Garantías judiciales*, Buenos Aires, Ediar.

BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights in a nutshell*, Washington. West Publishing Co., 2nd Edition.

BUERGENTHAL, Thomas and Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials*, Strasbourg, International Institut of Human Rights, 4th Edition.

CANÇADO Trindade y **MOYE**, Zeledón (compiladores), *Estudios Básicos de Derechos Humanos VI*, San José de Costa Rica, Mundo Gráfico .

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

GIALDINO, Rolando, *Control internacional de los derechos humanos y fuentes constitucionales*. Fuentes universales y americanas, El Derecho, Buenos Aires, 2003, p. 1/5.

HABA, Enrique, *Tratado básico de Derechos Humanos. Tomo II*, San José de Costa Rica, Juriscentro.

MILLAR, Jonathan Mathias y otros, *Constitución y Derechos Humanos*. Buenos Aires, Astrea.

SALVIOLI, Fabián, *El sistema ineramericano de protección de los derechos humanos*. Recueil des tours, Strasbourg. Institut International des Droits de l'Homme, 1998, p. 421/469.

VEGA, Juan Carlos y **GRAHAM**, Marisa, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea.

LA SUPRANACIONALIDAD Y LA CONSTITUCIÓN DE 1992

José Antonio Moreno Ruffinelli

SUMARIO:1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿QUÉ ES LA SUPRANACIONALIDAD? 3. LA SUPRANACIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 4. LA SUPRANACIONALIDAD EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN. 5. LA SUPRANACIONALIDAD EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR. 6. LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA Y LA SUPRANACIONALIDAD. 7. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y CULTURAL. 8. REFLEXIÓN SEMÁNTICA. 9. CONCLUSIÓN.

LA SUPRANACIONALIDAD Y LA CONSTITUCIÓN DE 1992

José Antonio Moreno Ruffinelli

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la supranacionalidad ha adquirido gran relevancia en los tiempos que corren, debido a que los países han entendido que es mejor, para obtener un desarrollo más acelerado, integrarse en bloques regionales, lo cual les permite ampliar sus mercados, y además, negociar con otros bloques con mayor ventaja.

En la era contemporánea, Francia y Alemania dieron el primer paso al constituir en 1952 la “Comunidad del Carbón y del Acero”. Ponían así fin a un enfrentamiento de siglos, que había producido enormes daños a sus países. Territorios que se ganaban y perdían de acuerdo a las guerras que libraban, con las secuelas que ello acarrea, presupuestos con enormes déficit, y un comercio muy limitado, eran los resultados de esa política de constantes desacuerdos.

Dicho tratado fue sin embargo el gran cambio. El comienzo de una nueva época que abriría al mundo un concepto nuevo: la supranacionalidad. Si bien, expresamente no se menciona dicho concepto en el tratado citado, sin embargo como bien apunta Ricardo Alonso García: “Se advierte ya en este diseño los rasgos esenciales de lo que se conoce como supranacionalidad; concepto este al que subyace el fenómeno de la cesión de soberanía a favor de una organización y en torno a cuatro cuestiones esenciales: 1) quién decide (la estructura política de la organización); 2) cómo se decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan al control individual y por

tanto soberano de los Estados miembros de la organización; 3) control sobre lo decidido (en manos de una estructura jurisdiccional también propia de la organización) y 4) efecto de lo decidido (obligatorios para los Estados miembros y sus ciudadanos en términos, como declarará años más tarde el Tribunal de Justicia de eficacia directa y primacía derivados del propio del ordenamiento comunitario)²⁷⁹. Es recién en 1958 cuando se firma el Tratado de Roma, que crea la Comunidad Económica Europea, integrada por seis países, cuando se comienza a hablar con frecuencia de la supranacionalidad, porque sus firmantes comprendieron que era el único y verdadero camino para una real integración. Pero en realidad me atrevería a decir que fue en realidad una gran elaboración pretoriana. En efecto, fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que conforme lo anota Louis J.V.” ha dejado a un lado ese concepto de soberanía indivisible, sustituyéndolo por otro nuevo de soberanía divisible, esto es para cada materia, el cual se ajusta más al concepto de comunidades”²⁸⁰.

2. ¿QUÉ ES LA SUPRANACIONALIDAD?

Es un concepto nuevo, de difícil definición, por las múltiples facetas que encierra. Pero me animo a decir que antes que nada es un concepto político. Lo es porque dicha figura emana de una decisión política de los Estados que se someten a ella, decisión que puede ser de política constitucional, legislativa o por la vía de los Tratados Internacionales. Se me puede replicar que todas las decisiones estatales son de carácter

²⁷⁹ Ricardo Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 2007.

²⁸⁰ Louis J.V., "El ordenamiento jurídico comunitario", cita tomada del libro de Carlos Russo Cantero, *El MERCOSUR ante la necesidad de organismos supranacionales*, Intercontinental Editora, Asunción, 1999.

político. Y así es. El poder político, es el que tiene la decisión de aceptar o no en su ordenamiento jurídico la supranacionalidad. Es indudable que al hablar de poder político lo hacemos en sentido general, si se entiende por tal no solamente el poder que ejerce la posibilidad de imponer su voluntad, sino también del poder constituyente, que aunque extraordinario, por sus fines, es sin duda el máximo poder de la república.

Es también un concepto jurídico. Lo es porque tiene significación y consecuencias que se derivan de su vigencia. Hay una evidente primacía del derecho supranacional sobre el nacional, y esta circunstancia ha generado no pocas controversias en el mundo con relación a los conflictos que se generan con los jueces. Y se ha arbitrado un procedimiento de cooperación judicial entre los jueces nacionales y los supranacionales para evitar conflictos de competencia que se presentan cuando existen dudas sobre cuál derecho es el aplicable, el que se traduce a través de las opiniones consultivas en el MERCOSUR (en el protocolo de Olivos) y de cuestiones prejudiciales en la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea.

Es importante destacar que los Estados acuerdan en la supranacionalidad, que puedan dictarse normas comunes a los Estados sometidos a ella, y de vigencia inmediata, sin necesidad de un proceso de internalización, porque éste ya ha sido acordado previamente, por lo que es innecesario cualquier otro acto administrativo o legislativo para su puesta en vigencia. Este hecho destaca la existencia de órganos legisferantes emanados de quienes son investidos de estas facultades por los respectivos tratados constitutivos, y es de fundamental importancia para la marcha y buen funcionamiento del bloque.

Es también un concepto económico, porque la supranacionalidad en este campo admite la aplicación de regulaciones en el campo económico como ser aranceles, tasas, barreras para - arancelarias, libre tráfico de mercaderías, libre tráfico de personas, y de mano de obra. Puede pues, comprenderse con facilidad la complejidad del término.

Cabe destacar que cuando la supranacionalidad proviene del derecho Internacional surge la siempre renovada controversia sobre la preeminencia de este derecho frente a las leyes, o mejor la existencia de un sólo orden jurídico o dos de ellos, a lo que Kelsen ha denominado las teorías monistas y dualistas del derecho. Cabe subrayar que este concepto ha sido aceptado por gran parte de la doctrina.

Para los que sostienen la tesis dualista, existe subordinación de las normas del Derecho Internacional al derecho interno y para los que sostienen la tesis monista, existe coordinación entre ambos órdenes, de modo que debe entenderse que se aplica un derecho único, basado en que no existe sino un orden jurídico, que es universal, y que el orden jurídico internacional como parte de éste, comprende también los órdenes jurídicos nacionales, atendiendo solamente a que el derecho internacional “determina las esferas de validez territorial, personal y temporal de los órdenes jurídicos nacionales, lo cual hace posible la coexistencia de numerosos Estados “. Esto es así, afirman, porque de lo contrario existiría entre ellos, es decir entre el orden jurídico nacional e internacional contradicciones insolubles.

La base en que se sustenta la teoría monista es que no pueden ser estos, dos sistemas normativos e independientes, si las normas jurídicas son válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo.

Si se acepta esta proposición, como lo hace Kelsen, se debe entender que lo importante es buscar la coordinación entre ambos sistemas normativos, y no la contradicción entre ellos, ni la supremacía del uno sobre el otro. Esto sin embargo importa desconocer lo que el Estado efectúa dentro de su esfera internacional, como persona jurídica que es, y lo subordinaría a un orden jurídico interno. Es que este autor entiende que tanto el Derecho internacional como el interno parten de normas básicas. Dicho de otra forma, el Derecho Internacional es en su primera escala un derecho consuetudinario, es decir creado por la práctica habitual de los Estados, cuyo segundo grado sería el derecho resultante de las normas creadas por los órganos que a su vez son creados por los tratados.

Sin embargo, y a pesar de estos atinados pensamientos del maestro vienés, se debe entender que así como se parte en el orden interno de una norma básica que es la Constitución Nacional, en el Derecho Internacional se parte de normas básicas, que son los tratados internacionales, que se suscriben y enmarcan en lo que aquellas disponen. Pero es nuestro criterio que ambas coexisten, se complementan y no se contraponen. Y cuando existe un conflicto entre una norma del derecho internacional y otra del derecho interno, debe recurrirse necesariamente al orden de prelación de normas, fijado ya en la Constitución Nacional, primando la que tiene mayor jerarquía.

Pero en el caso de la supranacionalidad la disquisición debe ser aún más aguda, pues no se agota solamente en el orden de prelación de las leyes. La cuestión es mucho más compleja, pues avanza sobre este tema para ubicarse en una posición que afecta a otro concepto de mayor trascendencia y es la cesión de soberanía sobre todo en temas de competencia legislativa.

Surge, pues, como cuestión previa determinar que la supranacionalidad importa ceder una parte de la soberanía nacional, y ello comporta obviamente un cambio de paradigma, que muchas personas no lo aceptan, o porque no lo entienden, o porque otras razones le impiden acercarse a un concepto de gran modernidad. Es interesante a los efectos de precisar el concepto, y ver la magnitud del cambio, lo que se expresaba con respecto a la soberanía en el pasado y como se la ve hoy.

Puede decirse que quien acuñó el término soberanía en los tiempos modernos fue Bodin, quien decía textualmente que: “Por soberanía se entiende el poder absoluto y perpetuo que es propio del Estado”. Y agrega N. Bobbio al comentar esta definición que “en la historia reciente del pensamiento político y jurídico, hay dos versiones: la primera se remonta a Austin, de acuerdo con la cual soberano es el que no solo tiene el poder independiente (lo que equivale a decir que no está sometido a ningún otro poder) sino que además se encuentra en la situación que sus órdenes son habitualmente obedecidas: la disolución del Estado comienza cuando las leyes ya no son generalmente obedecidas y cuando los órganos ejecutivos no son capaces de hacerla respetar. La otra versión es la conocida en el derecho Internacional con el nombre de “principio de la efectividad”: se puede decir que existe un orden jurídico (para la teoría pura del derecho el Estado se resuelve en el orden jurídico) únicamente cuando las normas emanadas de dicho orden no son solamente válidas sino eficaces lo que otorga al ordenamiento carácter de estabilidad”²⁸¹.

Es decir, por soberanía se entendió hasta mediados del siglo pasado el poder absoluto del Estado dentro de la jurisdicción de su territorio. No se podía admitir, de manera alguna, que no fuese por un caso de imposición como

²⁸¹ Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, Ed. Trotta, p. 153.

consecuencia de una guerra victoriosa, un ordenamiento jurídico que no fuera del propio Estado.

En este sentido, Bidart Campos afirma que: “El Poder del Estado, al erigirse y colocarse por encima de los demás poderes, afirmará su preeminencia y a partir de ahí la ciencia política necesitará un concepto que describa y caracterice la cualidad del poder que está por encima de los otros y que no tiene a otro por encima de sí. Ese será el concepto de soberanía o de poder soberano”²⁸².

Nuestra Constitución tiene al comienzo en su artículo 2º la definición del concepto de soberanía al decir que: “En la República del Paraguay la soberanía reside en el pueblo que la ejerce, conforme a lo dispuesto en esta constitución”.

En esta definición se nota un cambio de dirección del concepto ya que no le atribuyen al Estado sino al pueblo el poder supremo. Se trata, claro está, de una ficción, ya que el verdadero poder se encuentra concentrado en el Poder Público. En realidad no es sino la aplicación de la concepción jusnaturalista que al decir de Mario Justo López: “no hicieron en el fondo otra cosa que cambiar el sujeto de la soberanía, trasladándolo del rey a la colectividad”²⁸³.

Y con respecto al concepto que la soberanía reside en el pueblo nos dice el mismo autor que: “También corresponde señalar que el principio de la soberanía del pueblo resiste el carácter de dogma doctrinario y ha sido objeto de examen crítico desde el punto de vista de la teoría científica aún por

²⁸² Germán Bidart Campos, *Lecciones Elementales de Política*, Ed. Ediar Bs. As., p. 224.

²⁸³ Mario J. Manual López, *Derecho Político*, Ed. Desalma Bs. As. 1994, p. 240.

muchos autores que no pueden tildarse de antidemocráticos tales como Kelsen, Beltrán de Jouvenel, Friedich y Sartori. A través de tales exámenes se puede llegar a la conclusión de que la fórmula soberanía del pueblo se compone en realidad de tres abstracciones – el pueblo, la soberanía y la afirmación dogmática de que aquél es el titular ésta- y que su valor y su validez son mas de carácter negativo que positivo, en cuanto rechazan el derecho inmanente de uno sólo o de pocos a mandar y dominar al resto, sin asegurar por sí solos la justicia y la libertad”²⁸⁴. A su vez Burdeau nos dice que: “cuando se llama al pueblo a expresar su soberanía por medio de sus representantes, el problema de que se trata es el de fijar el modo de su designación. Sin duda, en el espíritu democrático hay un el único mérito democrático es la elección”²⁸⁵.

Queda pues claro que el concepto de soberanía puede entenderse como el poder que no admite otro poder superior y que el mismo reside en el pueblo.

3. LA SUPRACIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Estos conceptos fueron morigerados con la aparición en el Derecho Internacional de la teoría de los derechos fundamentales. La revalorización de los derechos humanos, cobró fuerza en la segunda mitad del siglo pasado, luego de los horrores de la Segunda Guerra Mundial. Con la declaración universal de los derechos humanos se revitalizaba el principio del respeto de la persona humana con sus inalienables derechos, consagrada por las Naciones Unidas, que si bien tiene antecedentes en la declaración de Independencia de los Estados

²⁸⁴ Mario López, op. cit. p. 241.

²⁸⁵ G. Burdeau, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editora Nacional, p. 181.

Unidos de 1.776 y luego con fuerte influencia universal, en la Revolución francesa de 1.789, adquiría, a partir de esa declaración, una nueva dimensión: la internacional. La Organización de las Naciones Unidas que es un organismo creado para asegurar la paz y la seguridad de las naciones fue el que los proclama y haría de ellos una bandera de lucha en todos los países del orbe.

Su primera frase ya nos demuestra la fuerza y la dimensión ética del contenido de la declaración: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Si bien, como acertadamente lo apunta Bobbio, “las palabras no son nuevas, el ámbito de validez de sus disposiciones si lo es”. Es que algo que nos parece tan obvio, sin embargo fue motivo de largas disputas. Pero creo que nadie se atrevería a discutir hoy que los derechos a que alude la declaración son anteriores a cualquier ley positiva y existen porque existe la persona humana, con una consecuencia inmediata del “ser” humano, es decir ontológicamente son insitos al hombre. Pero no debe olvidarse que muchos gobiernos de facto, hicieron de la violación de los derechos humanos fundamentales su forma de gobierno.

Estos derechos humanos, a los que me estoy refiriendo, son los primeros que han adquirido la dimensión de supranacionales, es decir que su aplicación, y protección está por encima de los Estados, y éstos han cedido parte de su soberanía para que ello ocurra. Se han firmado convenciones de Naciones Unidas y la OEA sobre derechos humanos, y últimamente el Tratado de Roma que establece el Tribunal Penal Internacional, en el cual los países firmantes ceden claramente su jurisdicción para el juzgamiento de cierta clase de delitos específicamente tipificados en ella.

El caso paradigmático del Ex Presidente de Chile Pinochet es una demostración clara de cómo se fue desarrollando el concepto hasta llegar a estrados judiciales. En este singular caso, un país España, reclama la extradición del Ex Presidente chileno Pinochet, a un tercer país, Gran Bretaña, en el que se encontraba, para juzgarlo por delitos cometidos en otro lugar, Chile. Si nos atenemos a la doctrina y legislación tradicionales, este hecho sería considerado una herejía jurídica. Los delitos, dice esta corriente, deben ser juzgados en el territorio donde han sido cometidos, o donde ellos tuvieron alguna consecuencia. Sin embargo, el concepto de la supranacionalidad de los derechos humanos, y hace que cualquier juez que pudiera tener interés en aclarar un ilícito (en este caso había ciudadanos españoles y el juez requirente de la extradición era español), pudiera juzgarlo. El tema se resolvió finalmente por la vía diplomática. Pero fue toda una revolución en materia de jurisdicción penal.

4. LA SUPRANACIONALIDAD EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

Es obvio que además de los derechos humanos, donde más aparece nítida la cuestión de la supranacionalidad es en los procesos de integración, procesos que revisten diversos aspectos, no siempre coincidentes en un proceso u otro. En algunos existe una preeminencia de lo supranacional y en otros la preeminencia de lo supra - estatal.

Quiero dejar sentado, sin embargo, que no existe, ni aún en los procesos de integración más perfectos, como el caso de la Unión Europea una supranacionalidad absoluta. Esta implicaría prácticamente la desaparición de los Estados como tales y la aparición de una Federación de Estados, y eso está muy lejos de suceder.

Lo que ocurre es que en la supranacionalidad existen algunas competencias delegadas que son necesarias para que el proceso de integración funcione. Pero aún en los países integrados, hay otras que son indelegables por la naturaleza misma del concepto de Estado. Ninguno de ellos va a delegar cuestiones que hacen a la seguridad interna de ellos (es solamente un ejemplo y pueden haber muchos otros). Esta quedará siempre en la esfera del Estado. No puede ser delegada a una organización supranacional, porque sería ya la pérdida total de su soberanía. Y ese no es el concepto de la supranacionalidad. Como ejemplo de lo que afirmamos podemos decir que dentro de la Unión Europea²⁸⁶ hay cuestiones que son supranacionales y otras supraestatales. Sobre todo cuando se trata de las relaciones exteriores. Es el caso de la guerra de Irak donde algunos países de la Unión tuvieron posiciones absolutamente divergentes (Gran Bretaña, Italia y España por un lado, Francia y Alemania por el otro). Es decir en este caso los Estados parte actuaron independientes del acuerdo marco Unión Europea.

Pero es importante destacar que a la supranacionalidad alcanza a la regulación, por vía de normas que realizan los órganos supranacionales y que son de aplicación obligatoria para los países que conforman el bloque. Así por ejemplo cuando se trata de normas medioambientales, ellas son aplicadas en todos los países y su no aplicación importa la violación del tratado marco que ha creado la organización. Como ejemplo puede citarse también la regulación que hace la Unión Europea sobre los ruidos (polución sonora). Se han dictado normas que regulan el ruido de los motores de los aviones y que son de aplicación obligatoria en todos los países del bloque. En este caso hay una clara definición jurídica sobre el concepto de la

²⁸⁶ La referencia a la Unión Europea es siempre necesaria por su obvia importancia en el mundo.

validez de las normas supranacionales, válidas porque rigen tan pronto sean promulgadas de acuerdo con el tratado constitutivo.

Es decir que básicamente la supranacionalidad permite que una autoridad superior, creada previamente por un tratado, pueda dictar normas que son obligatoriamente aplicables a los Estados parte.

No pocos problemas han surgido como consecuencia de la supranacionalidad sobre todo en cuanto a disposiciones constitucionales que pueden afectar a los distintos países que conforman el bloque de integración.

Uno de ellos tiene relación con la jerarquía de las normas. Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho* es quien se ha ocupado con sumo detalle de este tema. Para él existe por sobre todas las cosas una norma fundamental a la que llama *grundnorm*. Entiendo que para él este es un concepto epistemológico. Nos dice: “La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma de derecho positivo; dicha norma no es puesta sino supuesta. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Y agrega más adelante algo que es fundamental para nuestro estudio: “La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional”²⁸⁷.

Quiere decir que para verificar la posibilidad de la supranacionalidad en ciertos y determinados campos debemos recurrir necesariamente a la Constitución Nacional que es la norma fundamental, contra la cual no puede dictarse ninguna ya que caería dentro del concepto de la inconstitucionalidad.

²⁸⁷ H Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 139 y 143.

Si no existen normas en las constituciones que permiten este status, entonces es necesario que ellas se adecuen para que pudiera funcionar y es de hecho lo que ha ocurrido en los países de la Unión Europea.

Pero aun así, con la adaptación constitucional, algunos países tuvieron que recurrir al referéndum para aprobar el tratado. Y recuérdese lo que pasó hace apenas dos años cuando se quiso aprobar el Tratado llamado Constitución Europea. El nombre seguramente conspiró contra la aprobación, pues muchos ciudadanos de los países integrantes pensaban que desaparecían como tales. Eso a pesar del claro pronunciamiento de los Tribunales Constitucionales, como el español por ejemplo, que determinaron que se trataba precisamente de eso, de un Tratado, y que el nombre adoptado no cambiaba la naturaleza jurídica del acuerdo.

5. LA SUPRANACIONALIDAD EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

Para entrar en el tema de la supranacionalidad en el ámbito regional del MERCOSUR quizá convenga recordar algunos antecedentes históricos a fin de verificar si el principio se da o no en nuestro bloque, para analizar luego las constituciones de los cuatro países fundadores del mismo.

El 9 de noviembre de 1988 Argentina y Brasil suscribían el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, que ponía fin a una larga etapa de desencuentros entre ambos países. Si bien el tratado se refería fundamentalmente a cuestiones de carácter comercial, materia en que se concentraban las mayores desavenencias, quedó en claro que la integración era el mejor camino para superar los desacuerdos a nivel regional, acorde con la tendencia que, en esta dirección, había ganado terreno en el

mundo. Uruguay y Paraguay fueron invitados más tarde al proceso, cuando en estos países se dieron las condiciones políticas y en fecha 26 de marzo de 1991, se firmó en Asunción el Tratado que da origen al Mercado Común del Sur, o MERCOSUR, con estos cuatro países como miembros plenos.

En el *Considerando* del tratado se establece con meridiana claridad cual es su objetivo principal cuando dice: “que la ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social”.

Si se lee con detenimiento esta frase, en ella está contenida el meollo del proceso integrador. Lo que lo ha movido a los gobiernos de los cuatro países de entonces fue crear un mercado ampliado que pudiera promover un mayor desarrollo de los mismos. Paraguay de un mercado de algo mas de cinco millones de habitantes pasaba a integrar uno de alrededor de doscientos millones. La propuesta era sumamente atractiva. Dependía luego de la voluntad política de los países alcanzar el objetivo.

El tratado es lógicamente intergubernamental o interestatal. Ninguna de las Constituciones de los cuatro países fundadores contenía entre sus disposiciones mención alguna a la supranacionalidad, y de ello fueron conscientes los negociadores y suscriptores del tratado.

Pero poco tiempo después, en el período llamado de transición a la democracia, la Asamblea Nacional, única autorizada por la Constitución del 67 a promover la reforma total o parcial de la Constitución, decidía, la reforma total de la constitución citada. Que quede claro que el tema que movía esta

reforma no era ni mucho menos adecuarla al Tratado de Asunción.

6. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL PARAGUAYA Y LA SUPRANACIONALIDAD

La Asamblea Nacional Constituyente resolvió incluir entre las disposiciones de la nueva Constitución un capítulo dedicado a las Relaciones Internacionales. En el artículo 145 se dispone: *“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico y cultural”*.

A fin de clarificar conceptos, me permito en primer lugar transcribir dos opiniones emitidas por los convencionales constituyentes Evelio Fernández Arévalos y José F. Fernández Estigarribia.

El primero afirmaba cuando se discutía dicho artículo cuanto sigue: “Lo que se establece en el primer párrafo es que nuestro país admite un Orden Jurídico Supranacional, siempre que tenga por objeto garantizar la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y el desarrollo en lo político, económico y cultural. Evidentemente el precepto está encaminado a posibilitar la forma de cooperación integrativa que es una especie dentro del género de la cooperación internacional y que tiene como característica básica el hecho de que cierta competencia y atribuciones se otorgan a organismos de carácter extranacional o supranacional. Pero como se trata de decisiones de importancia y para evitar que pudiera darse el caso que fueran tomadas decisiones a la ligera, se establece un condicionamiento especial que es que las

decisiones en esta materia sólo podrán ser adoptadas por mayoría absoluta de cada Cámara en el Congreso”.

El segundo decía: “Con esta disposición constitucional, Paraguay podrá ingresar a aquellos acuerdos de integración de carácter regional o de carácter americano que sean necesarios para el desarrollo futuro del país”²⁸⁸.

La precedente transcripción nos demuestra en forma clara cuál ha sido la intención del legislador constituyente al establecer este artículo. La integración regional o aún mayor, si necesario fuere. Esto abre al país un amplio margen para adoptar decisiones que conlleven el carácter de supranacional sin más condicionamiento que una determinada mayoría calificada para cada Cámara del Congreso.

De esta forma, el Paraguay es el primer país dentro del MERCOSUR, que adecuo su Constitución a los requerimientos de la supranacionalidad para la integración, situación que sin embargo, generaba asimetrías constitucionales con los demás países del bloque, ya que en ninguna de las constituciones de ellos figuraba una disposición similar.

Esta es la valla principal que enfrenta el MERCOSUR para su avance institucional. La falta de supranacionalidad hace que por ejemplo el sistema de solución de controversias está aun lejos de ser el ideal que todos aspiramos para él.

Por otro lado se plantea el problema de la internalización de las decisiones adoptadas por las autoridades del bloque, las que al no ser supranacionales, necesitan de un instrumento

²⁸⁸ Transcripción del Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Tomo II, p. 13, sesión ordinaria del 19.05.92.

jurídico interno de cada país que lo ponga en vigencia. Y a la fecha hay un número importante (más de la mitad de ellas) que aun aguardan los procesos internos de cada Estado miembro.

7. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y CULTURAL

A fin de enmarcar el concepto de la supranacionalidad en el contexto doctrinario de los movimientos constitucionales, nos permitimos formular las siguientes disquisiciones.

Diversas opiniones existen en cuanto a la evolución del constitucionalismo sobre todo en el siglo XX de grandes transformaciones en este campo. Hasta ese entonces, campeaba el llamado constitucionalismo liberal, basado principalmente en la Constitución americana de 1776. Esta evolución va de la mano con la concepción acuñada por H. Heller del Estado Social de Derecho, en el cual este autor pretende buscar un relacionamiento racional entre las fuerzas del proletariado y de la burguesía, y contempla fundamentalmente, según algunos autores una transición hacia el socialismo y otros hacia el Estado democrático de derecho.

Al referirse al Estado Social de Derecho, Diego Valadés afirma que: “Uno de los efectos más señalados del constitucionalismo social de derecho fue de servir como base a la acción intervencionista del Estado. Por eso durante el proceso iniciado en la década de los ochenta del siglo XX, el progresivo desmantelamiento del Estado intervencionista ha implicado, inevitablemente, la reducción progresiva del Estado de Bienestar”²⁸⁹.

²⁸⁹ D. Valadés, *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, Ed. UNAM, 2.002.

Pero agrega una reflexión muy importante en un paso más delante de este tipo de constitucionalismo, al agregar el que denomina “cultural” y afirma que: “ Los derechos culturales no son como los sociales, derechos de clase, ni como los democráticos derechos universales. Los culturales son derechos colectivos que tutelan intereses relevantes que conciernen a todos los estratos socioeconómicos. Entre estos intereses están los *Derechos Humanos*, pero la gama es muy amplia. Comprende a la protección del medio ambiente, al desarrollo, al ocio y el deporte, a la intimidad, a la no discriminación, a la migración, a la información, a la objeción de conciencia, a la seguridad en el consumo, a la diversidad lingüística, cultural, étnica entre otros aspectos”²⁹⁰. En este sentido también el Profeso Ricardo Haro en las Jornadas Universitarias de Montevideo en junio de 2005 decía: “Tenemos la más firme convicción que para la vigencia de un Estado Social democrático y de derecho, es indispensable una conciencia cultural que afirme el principio que le punto de partida fundamental, y la meta de todo quehacer de la cultura, y el Estado es el Hombre y la Sociedad. Ese yo y el nosotros, es el fin último de todo Estado, todo poder, de todo Gobierno, de todo Derecho, de toda Educación, de toda Economía, de toda globalización, etc. Eso debemos grabarlo a fuego en nuestras mentes y en nuestros corazones, pues se trata de una verdad fundacional, ese núcleo no negociable, fuera de la cual, nada encontrará su sentido y nos perderemos en abismos. Este Hombre, al decir de Miguel de Unamuno, no es una entelequia, ni una mera divagación filosófica. Es el hombre real y concreto, es ese hombre de carne y hueso, que nace, sufre y muere, el que piensa y el que quiere, el hermano, el verdadero hermano, sujeto y objeto de toda filosofía, quiéranlo o no ciertos sedicentes filósofos”.

²⁹⁰ D. Valadés, op. cit., p. 21.

Si aceptamos esta posición, la Constitución paraguaya está sin dudas entre ellas. Sin embargo, en el artículo 1° de la misma se habla del Estado Social de Derecho, que pareciera comprender todos los aspectos citados por el eminente constitucionalista mexicano, con relación a su clasificación. Sin perdernos en disquisiciones muy teóricas, y si nos ceñimos al texto expreso de nuestra norma fundamental, debemos admitir que ella tuvo como norte el Estado social de derecho, pero que comprende mucho más que simplemente la armonización de las relaciones entre las clases obreras y productivas, sino todo aquello relacionado precedentemente con derechos culturales.

Por esa razón mantenemos nuestra opinión que nuestra Constitución está enrolada en el constitucionalismo social, y que uno de sus puntos centrales está en la “constitucionalización” de los derechos humanos. De ahí nuestra referencia a ellos en este trabajo.

Pero también es importante destacar que dentro de este mismo artículo se admite la supranacionalidad, no solamente para la defensa de los derechos humanos sino para que sirvan al desarrollo de nuestros pueblos. Y fue, obviamente pensando en MERCOSUR que nuestros constituyentes pusieron énfasis en el término *supranacionalidad*.

8. RELFEXIÓN SEMÁNTICA

No quisiera concluir sin una reflexión sobre la expresión supranacionalidad. Ello significa que está por “encima de las naciones”. Se entiende obviamente que se habla de la nación estado, pero la expresión nación tiene hoy día una connotación muy especial. Y además muy sensible. Los nacionalismos nacidos en el siglo XIX han reverdecido y cobrado nueva fuerza, sobre todo luego de la desintegración de la Unión Soviética.

Renació el nacionalismo balcánico, que resultó en la implosión de más de seis países, y muchos otros más desprendidos de la Unión Soviética. Pero no solamente en esos países. Alguno más cercano a nosotros, como España, por ejemplo, también tiene una especial sensibilidad a este término. La inclusión en el nuevo Estatuto de Cataluña de la palabra nación ha generado una polémica y reacciones innumerables en España.

¿Entonces, porque no hablar de “interestatalidad”? ¿No es acaso un vocablo más preciso para decirse lo que realmente es? A mi criterio no existen dudas. No se está por encima de las naciones sino de los Estados que forman parte de algún bloque regional. Pero debo admitir que en el derecho a veces existen palabras que aunque no reflejan exactamente su contenido, han ganado carta de ciudadanía y será muy difícil desterrarlas. Pero queda como una reflexión y para el debate.

9. CONCLUSIÓN

El concepto de la supranacionalidad es absolutamente necesario para un proceso de integración que busca la perfección. Importa la delegación de ciertas competencias propias de los Estados que la integran. Requiere de la creación de órganos también supranacionales que sean los encargados de dictar las normas aplicables a los países integrados, así como un sistema de solución de controversias que sea lo más perfecto posible. Tal la función del Tribunal de Justicia de la UE al que tienen acceso directo incluso los particulares, ciudadanos de cualquier país del bloque.

MERCOSUR está lejos de constituir un bloque de integración perfecto. Es apenas un comienzo, que avanza a pasos de tortuga por falta de la voluntad política sobre todo de quienes tienen más responsabilidad en ello, que son evidentemente, los socios mayores.

Mientras no se logre la desaparición de las asimetrías constitucionales entre los Estados miembros será difícil que ocurra la verdadera integración. Ella será la barrera (*¿o pretexto?*) para lograr el objetivo final que se propusieron los fundadores del bloque regional.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 2007.

BIDART CAMPOS, Germán, *Lecciones Elementales de Política*, Ed. Ediar Bs. As. Pag.224.

BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la Política*, Ed.Trotta, p. 153.

Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, Tomo II, p. 13, sesión ordinaria del 19.05.92.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, p. 139 y143.

LÓPEZ, Mario J., *Manual de Derecho Político*, Ed. Desalma Bs. As.,1994, p. 240.

LOUIS, J.V., "El ordenamiento jurídico comunitario", en Carlos Russo Cantero *el MERCOSUR ante la necesidad de organismos supranacionales*", Intercontinental Editora, Asunción, 1999.

VALADÉS, D., *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, Ed. UNAM, 2002.

**EL JUICIO POLÍTICO
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992.
LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL
DE LOS ALTOS CARGOS PÚBLICOS**

Emilio Camacho

SUMARIO: 1. LA IMPORTANCIA DEL TEMA. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 3. SU DESARROLLO EN LAS CONSTITUCIONES PARAGUAYAS. 4. LA CONSTITUCIÓN DE 1992. 5. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. LA CUESTIÓN DEL DEBIDO PROCESO. 5.1. LOS REGLAMENTOS DICTADOS POR EL CONGRESO

EL JUICIO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992. LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL DE LOS ALTOS CARGOS PÚBLICOS

Emilio Camacho

1. LA IMPORTANCIA DEL TEMA

El Juicio Político emerge como una de las principales figuras de la democracia republicana, especialmente al ser un mecanismo de control en manos del Congreso y garante del equilibrio de poderes, instalando al mismo tiempo la responsabilidad de los cargos públicos, de ahí su indiscutible relevancia en la historia de la democracia. Históricamente está demostrado el papel decisivo que jugó en la defensa de las instituciones y como freno a los excesos del poder, razón por la cual mantiene su importancia, prácticamente en forma intacta y podría decirse que es parte de la filosofía política misma de occidente y de indudable actualidad en nuestro continente, siendo inherente al principio de la separación de poderes : *“Es entonces indiscutible que la división de poderes resulta un elemento fundante de nuestra cultura política y del sistema constitucional que nos cobija....Supone, por lo tanto, que ninguno de los tres grandes departamentos en que se ha repartido las tres grandes funciones del Estado (legislar, ejecutar y juzgar) pueda ser avasallado por el otro, ni se admita la sumatoria de facultades en uno solo....Se trata de un sistema que, por un lado, garantiza el buen gobierno, y por el otro, asegura los derechos individuales de los ciudadanos....enmarcado en la doctrina de la separación de poderes o funciones y del control interórganos, aparece esta herramienta del juicio político....”*¹.

¹ Página web del senado argentino.

Constituye entonces una de las instituciones del sistema republicano de gobierno que expresa de manera muy clara la preocupación permanente de evitar los excesos del poder, lograr una efectiva protección de los derechos individuales y el respeto del orden establecido por parte de los altos cargos públicos. Viene a ser un reaseguro de la división tripartita del poder y de la responsabilidad de los gobernantes.

En el presente trabajo, realizamos una breve referencia histórica, deteniéndonos en los países más significativos doctrinariamente (hemos seleccionado a Gran Bretaña y los Estados Unidos) y aquellos que tienen importancia por su cercanía e influencia, como Argentina. Luego pasamos al desarrollo en los diferentes textos fundamentales que rigieron en el Paraguay hasta llegar a la Constitución de 1992. Al llegar a este punto, nos ocupamos de temas esenciales y muy controvertidos últimamente: la naturaleza jurídica, el respeto al principio del debido proceso y a la inocencia presunta (ambas garantías esenciales en nuestra constitución), los límites que debe reconocer el Congreso en la aplicación y determinación de las causales y el alcance que puede tener una revisión judicial, que últimamente se encuentra muy controvertido. Finalmente, y anotándonos entre quiénes prefieren un derecho vivo antes que uno muerto en la fría letra de los textos jurídicos, analizamos la reglamentación realizada por el Senado en los últimos años, cuando se enjuicio a un Presidente de la República, primero, y a ministros de la Corte, después. Observamos su aplicación práctica y que tanto fueron respetadas las prescripciones constitucionales en el juicio llevado adelante en contra de los ministros de la Corte Suprema de Justicia.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Sus orígenes se remontan al proceso de acusación pública denominado impeachment dispuesto en el sistema

jurídico inglés y en la Constitución de los Estados Unidos. En el caso británico era el instrumento procesal destinado a juzgar la responsabilidad en que hubieran incurrido por mala conducta o delitos los miembros de los poderes del Estado. La Cámara de los Comunes desempeñaba el rol de acusadora y la Cámara de los Lores el de juzgadora, ejerciendo jurisdicción plena sobre el imputado. Esta última actuaba como el tribunal judicial más alto del reino y gozaba de la facultad de imponer libremente todas las penas vigentes². La causa más frecuente era el de “traición”, concepto que fue alcanzaba diversos delitos, desde los atentados directos contra la corona hasta la falsificación de monedas, lo que era comprensible atendiendo al proceso mismo de formación y a las grandes atribuciones del monarca. Se estima que esta figura fue perdiendo fuerza a medida que avanzaba el cambio de régimen de gobierno, que cada vez se hacía más parlamentario, hasta prácticamente caer en desuso a principios del siglo XIX y ser reemplazado por la figura de “pérdida de confianza”. *“Con el advenimiento del gobierno parlamentario, el rey llamaría para conducirlo al jefe de la mayoría política de las cámaras, quién organizaría su gabinete con ministros de su mismo signo partidario y renunciaría desde el momento en que dejase de contar con el asentimiento de esa mayoría. Se produjo una transformación en la responsabilidad política...ahora con el sistema parlamentario se iban a facilitar los procedimientos, pues retirada la confianza por el parlamento, el ministro debía dimitir..”*³.

Como los ministros del gobierno eran además parlamentarios y requerían la confianza del Rey y del Parlamento, bastaba que este último censurase su gestión para que abandonase el cargo, lo que condujo al declive de esta figura en los regímenes parlamentaristas, por lo menos en lo que hace a la

² M. García Pelayo, *Derecho Constitucional*.

³ Juan F. Armagnague, *Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento*, p. 24

figura del presidente de poder ejecutivo; sin embargo en los sistemas presidencialistas ocurriría exactamente lo contrario, la figura o se mantuvo intacta o fue cobrando mas fuerza aún.

Los Estados Unidos lo incorporaron en su Constitución de Filadelfia de 1789, que en su artículo 2, sección 4ta. que textualmente dice: *“El Presidente, el Vicepresidente, y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán retirados de su cargo si son impugnados y convictos de traición, cohecho u otros delitos y faltas”*, mientras el artículo 3 establece que *“El Poder Judicial de los Estados Unidos será confiado a una Corte Suprema y a los tribunales menores cuya formación sea ordenada por el Congreso en distintas oportunidades. Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales menores desempeñarán sus cargos mientras observen buena conducta.....”*. Los artífices de la Constitución estadounidense sabían que, a pesar de los fuertes controles, los presidentes podrían aprovecharse de sus poderes y perjudicar a su país, agregando entonces la posibilidad de pedir la destitución. En estos casos, la Cámara de representantes debe votar a favor de la elaboración de un documento para proceder al juicio; luego el funcionario público es juzgado en el Senado, que en estos casos es presidido por el Presidente de la Suprema Corte.

El Juez Marshall decía que la Constitución americana debía estar *“...destinada a perdurar a través de los tiempos y, por consiguiente, a adaptarse a las varias crisis de los asuntos humanos....”*⁴, lo que lograría gracias a su sencillez, flexibilidad, buscando dar estabilidad a sus instituciones fundamentales. Tal vez esto explique que el juicio político, considerado un mecanismo radical entre los americanos, haya sido utilizado muy pocas veces. En más de doscientos años de existencia, únicamente trece funcionarios de los Estados Unidos

⁴ Mc Culloch c/ Maryland, 1819.

han sido sometidos al mismo: nueve jueces, un Presidente Adjunto de la Suprema Corte, un Secretario de Guerra, un Senador y un Presidente: Andrew Jonson. En el caso de Richard Nixon, aunque el Comité de Asuntos Jurídicos recomendó que se procediera, el Presidente renunció antes de que la Cámara de Representantes aceptara poner en práctica las medidas. En el caso de Clinton, la Cámara desechó en votación llevar adelante, de modo que ni siquiera debiera figurar en las estadísticas como sometido a juicio. De esos trece casos, solo cuatro jueces han sido destituidos de sus puestos⁵.

Lo que se nota claramente observando la evolución de esta figura es su íntima vinculación con el concepto mismo de soberanía popular, recordando el vínculo indisoluble que une a los altos cargos públicos con el pueblo. Observando el desarrollo de las enmiendas a la Constitución americana, por ejemplo, se observa nítidamente que la mayoría de las 26 enmiendas fueron el resultado de constantes esfuerzos encaminados a ensanchar las libertades individuales, políticas y civiles, mientras solo unas cuantas tienen relación con el fortalecimiento de la estructura gubernamental. Indudablemente, eso influye en la estabilidad y funcionamiento de las instituciones políticas, entre ellas el juicio político.

Mientras, en la Argentina ya se discutía la incorporación de la responsabilidad de los altos cargos apenas estaba naciendo la república. Así, a pesar de la delegación del Poder Ejecutivo en la Primera Junta, el cabildo se reserva estar muy a la mira de sus operaciones - las de la Junta-:...y “..en caso no esperado, que faltasen a sus deberes, proceder a la deposición con causa bastante y justificada, reasumiendo el Exmo. Cabildo, para este solo caso, la autoridad que le ha conferido el pueblo- de modo tal que el ayuntamiento porteño se erigía en órgano de

⁵ Richard Schoroeder, *Reseña del gobierno de los EE UU.*, pp. 16 y ss.

vigilancia del nuevo Gobierno, con la facultad de remover a sus vocales con causa justificada”⁶. Reminiscencias de la Revolución Francesa, que había servido de inspiración a muchos próceres americanos y que marcaría fuertemente toda la primera etapa de la independencia: la soberanía reside en el pueblo y éste puede retirar el poder que confiere a sus representantes si existe razones fundadas para hacerlo. Concretamente, el Cabildo bonaerense se reservó el derecho de juzgamiento sobre un miembro de la Junta, aunque esta disposición sería prontamente derogada, en el fragor de las luchas intestinas.

En el proceso institucional argentino pueden citarse, simplemente a modo de referencia, el Reglamento del 22 de octubre de 1813, la Asamblea de 1813, el Estatuto Provisorio de la Junta de 1815, el Reglamento Provisional del Congreso de Tucumán, la Constitución de 1819, la Constitución de 1826 hasta llegar a la Constitución de 1853. En todas estaba prevista la responsabilidad del Ejecutivo, variando en todo caso la lista de funcionarios que podían ser afectados.

En la Constitución de 1853, el Art. 41 decía: “*Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente y vicepresidente de la Confederación y a los ministros, a los miembros de ambas cámaras, a los de la Corte Suprema de Justicia y a los gobernadores de provincia, por delito de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución u otros que merezcan pena infamante o de muerte; después de haberse conocido de ellos a petición de parte, o de alguno de sus miembros, y declarado hacer lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes*”. El debate en esta constituyente no puso en cuestión la figura del juicio, sino la inclusión de los gobernadores en la lista, generándose extensas y enriquecedoras

⁶ Acta Capitular del Cabildo de 1810., Bs. As.

discusiones. Quienes se oponían argumentaban principalmente que constituía un ataque a la soberanía de las provincias, lo que no se compadecía con los principios de una federación, mientras los partidarios de incluirla afirmaban que se trataba de fortalecer el Estado federal y protegerlo de la disgregación que lo amenazaba. Puesto a votación se aprobó incluir a los gobernadores de provincia, lo que tendría corta vida, dada la intensa polémica que caracterizó su estudio.

Con la Constitución de 1860 se introduce el requisito de dos tercios de los votos de los miembros presentes y quedan excluidos los gobernadores: “Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores de la Nación en las causas de responsabilidad que se intente contra ellos, por mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado hacer lugar a la formación de causas por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes. Con la constitución de 1949 fueron excluidos los jueces inferiores, argumentándose la extrema morosidad del Congreso, pero todo esto fue derogado luego de la caída de Perón en 1955⁷.

La reforma constitucional de 1994 quedó redactada así: *“Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y*

⁷ Juan F. Armagnague, *Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento*, pp. 34 y 33.

declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes. Otorga el carácter de cámara acusadora para el juicio político de los funcionarios enumerados y establece mayoría especial para que prospere el rol de fiscal.” Como puede observarse, se trata de una continuidad de los textos originales, quedando el juicio político de los gobernadores a cargo de los congresos provinciales. En los últimos años los parlamentarios argentinos han puesto en marcha esta institución para destituir a miembros de la Corte Suprema⁸, logrando la renuncia anticipada de algunos y la destitución de otros. Siempre, la característica ha sido la lentitud de los trámites, en medio de ásperos debates sobre la naturaleza de la figura y los derechos procesales que deben respetarse.

En el caso uruguayo, país bicameral, también se da una participación sucesiva de las cámaras, cada uno en su ámbito y con competencias propias. Es atribución exclusiva de la Cámara de Representantes el derecho de acusar ante la Cámara de Senadores (Art. 93 CUr.), por violación de la Constitución “..u otros delitos graves..” mientras es la Cámara de Senadores la que abre juicio público a los acusados y su resolución tiene como efecto la separación del cargo, por dos tercios de votos del total de sus componentes, quedando sujetos a juicio conforme a ley. Pueden ser sometidos a juicio los miembros de ambas cámaras, el Presidente y Vicepresidente de la República, los ministros de Estado, los miembros de la Suprema Corte de Justicia, los integrantes del Tribunal de Cuentas y los de la Corte Electoral. Aquí también existe una clara diferencia del ámbito jurisdiccional, estando vedado al congreso tomarse otras atribuciones sancionatorias. *“La decisión de la Cámara de Senadores no representa un prejuzgamiento ni vincula al*

⁸ En los 2005 y 2006 se ha presentado varias acusaciones, votándose la destitución de algunos y la renuncia de otros.

*órgano judicial llamado a entender respecto de la culpabilidad penal, tras el juicio político; se trata de dos órdenes diferentes, y no confundibles, de actos”*⁹. Como detalle distintivo, puede citarse que los legisladores son sometidos al mismo procedimiento que el poder ejecutivo.

Cagnoni¹⁰ señala que el juicio político constituye un control especial que implica actuación sucesiva, con rigurosa distribución de competencias, no se refiere a los actos o a la gestión de los organismos sino a la conducta de los titulares de ciertos cargos.

Algo que emerge nítidamente cuando se estudia la historia constitucional de los pueblos occidentales, y más puntualmente, cuando se analiza el derecho comparado de nuestro continente, es la necesidad de considerar la influencia de los valores sociales y culturales en el proceso de formación y consolidación institucional de los pueblos. Desde los tiempos en que Ferdinand Lasalle planteó el concepto sociológico de constitución¹¹, pasando por el decisionismo jurídico de Carl Schmitt, la visión socialdemócrata de Herman Heller y el integracionismo cultural de Rudolf Smend, la doctrina ha venido planteando con fuerza la imposibilidad de comprender y resolver los problemas jurídico-políticos con el texto frío de la ley.

En España, el Prof. Pablo Lucas Verdú ha desarrollado extensamente el concepto de Constitución como valor cultural, mientras Peter Haberle plantea la necesidad de escudriñar más la relación existente entre derecho y cultura en la búsqueda de una

⁹ José Anibal Cagnoni, *El derecho constitucional uruguayo*, p 108.

¹⁰ José Anibal Cagnoni, *Ibid.*, p. 108.

¹¹ Sobre la tipología de los conceptos de constitución, puede consultarse a García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, pp. 33 y ss

plataforma común de los valores constitucionales, pero reconociendo las particularidades de cada pueblo¹². La importancia de estas escuelas resulta incontestable en Iberoamérica, donde la doctrina dominante se mantuvo siempre apegada al texto frío de las constituciones o a copiar directamente; mientras la realidad destrozaba los derechos fundamentales en las aulas universitarias se enseñaba un idílico o cínico mundo jurídico. O en ocasiones aún peor, desarrollando doctrinas de gobiernos de facto para justificar los autoritarismo de turno.

3. SU DESARROLLO EN LAS CONSTITUCIONES PARAGUAYAS

En nuestro país obtiene pleno reconocimiento recién con la Constitución liberal de 1870, siendo suprimida en la Constitución de 1870, continuando esta ausencia en la de 1967 y reapareciendo recién con la Constitución de 1992, en directa vinculación con el proceso político que se estaba viviendo.

Cuando se hablaba de la figura del juicio político en nuestro país muchas personas eran propensas a estudiarla más como una figura histórica, que alguna vez tuvo importancia pero que había perdido casi toda su actualidad, especialmente porque había desaparecido con las constituciones de 1940 y 1967, pero el proceso democrático iniciado en 1989 y concretamente la Constitución del 92 devolvieron a la figura toda su fuerza republicana a tal punto que ya hubo varios casos en los últimos años. Pero para comprender este fenómeno resulta necesario una breve referencia a los diferentes textos fundamentales que rigieron en el Paraguay.

¹² Peter Haberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, pp. 24 y ss.

Cuando se estudia el juicio político en nuestro país, normalmente suele iniciarse haciendo referencia a la Constitución de 1870 y así continuar el análisis con sus sucesoras. Sin embargo, es importante señalar que la figura de la responsabilidad de los altos cargos públicos nace prácticamente con la república, como puede comprobarse dando lectura al **Reglamento de Gobierno de 1813**. En efecto, el Art. 14 dice:

Si alguno de los cónsules faltase absolutamente de gobierno por muerte o por retiro, procederá el que quedase a convocar dentro de un mes a congreso general de la provincia en la forma, método y número de mil sufragantes elegidos popularmente en toda la comprensión de la provincia como al presidente: y sin perjuicio de esta deliberación se establece también como ley fundamental, y disposición general perpetua e invariable, que en lo venidero se celebrará anualmente un congreso general de la provincia al propio modo, con la misma formalidad, número y circunstancia, señalándose a este efecto el día 15 de cada mes de octubre, en cuya conformidad se expedirán puntualmente las correspondientes convocatorias a mediados de setiembre, con el justo fin de que la provincia oportunamente, o al menos una vez al año pueda congregarse a tratar, como pueblo libre y soberano, lo más conducente a la felicidad general, a mejorar su gobierno si fuese necesario, y a ocurrir a cualesquiera abuso que puedan introducirse, tomando las disposiciones y haciendo los establecimientos, más meditados con el conocimiento que da la experiencia.

Nótese la fuerza que se concede al Congreso, siendo obligatoria su reunión anual y con competencia para tratar “cualquiera abuso que puedan introducirse...”, lo que claramente indica la posibilidad de iniciar un juicio de responsabilidad a quién cometiera algún hecho grave que afecte el interés nacional, en concordancia con lo dispuesto por el Art.

tercero: “Su primer cuidado será la conservación, seguridad y defensa de la república con toda la vigilancia, esmero y actividad que exigen las presentes circunstancias”. En este reglamento el Paraguay adopta como forma de gobierno la “república” en indiscutible vocación de independencia, hecho que es resaltado por autores extranjeros¹³, concediendo rango de ley fundamental a este reglamento e incluyéndolo entre las “constituciones”. En cuanto compete a nuestro trabajo, la adopción de la figura de los cónsules y el carácter soberano del congreso indica que ya se intentaba marchar hacia la responsabilidad de los gobernantes, sin bien en los albores de la revolución la prioridad no era establecer responsabilidades políticas, sino preservar justamente la independencia.

Un categórico artículo 14 establece como disposición perpetua e invariable la obligatoriedad de reunir anualmente al Congreso General para que el “pueblo soberano” pueda reunirse libremente a tratar lo más conducente “a la felicidad general, a mejorar su gobierno...”. Estamos entonces ante una clara disposición que establecía obligaciones y responsabilidades para los gobernantes y, consecuentemente, la posibilidad de ser requeridos por el congreso. Sin embargo, el Congreso solo volvió a reunirse en 1814 para designar Dictador Temporal al Dr. Rodríguez de Francia, y en 1816 para nombrarlo Dictador Perpetuo, con lo cual ya no hubo posibilidad de progresar en el control político sobre las autoridades. Desde 1816 hasta 1940 nunca más se reunieron los representantes del pueblo paraguayo a deliberar sobre los asuntos de interés público.

El Dictador Gaspar Rodríguez de Francia fallece el 20 de setiembre de 1840, le suceden breves gobiernos hasta que se instala el Consulado de Mariano Roque Alonso y Carlos Antonio López, hasta que un Congreso de trescientos diputados

¹³ Luis Mariñas Otero, *Las Constituciones del Paraguay*”.

reunidos en 1844 eligen a López como Presidente de la República y se sancionó la *Ley que establece la Administración Política del Paraguay*, que reúne casi todas las condiciones de una Constitución, pero fue el mismo Don Carlos que jamás pretendió llamarlo así, optando por la palabra “ley”.

En la Ley de 1844 para nada se hablaba de la responsabilidad del ejecutivo, si bien un etéreo artículo previene que el Presidente debe jurar ejercer fielmente el cargo, conservar y defender la integridad e independencia de la nación, y que debe propender a la felicidad de la nación. Pero como el presidente era el que debía convocar al Congreso, Capítulo V-artículo 4, y este solo podía reunirse de cinco en cinco años, sin tener capacidad de autoconvocarse, quedaba instalada la irresponsabilidad del jefe del ejecutivo y la incapacidad de los legisladores para ejercer el control necesario. Y efectivamente, el Congreso solo volvió a reunirse para reformar la Ley de 1844¹⁴ en la parte en que se ocupaba de la sucesión presidencial pero nunca más para deliberar sobre el interés general de la nación y la marcha del gobierno.

Luego de la hecatombe de 1870, cuando en la guerra contra la triple alianza(1865-70) el Paraguay fue destrozado, despojado de sus tierras y ocupado militarmente durante años, la Constitución de ese mismo año intenta sentar las bases para una república liberal.

El Presidente tenía la obligación de “...observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Paraguaya....”, pero esto no pasaría de ser una declaración más si no fuera por el Art. 50, que introduce con todo vigor la figura del juicio y con el la responsabilidad del presidente de la república. Dice así:

¹⁴ La reforma constitucional de 1844 fue básicamente para reducir la edad requerida para la presidencia, abriendo así camino a los hijos de Don Carlos.

Capítulo V. De la Cámara de Diputados

Art. 50. Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado 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 después de haber conocido en ellos y declarado haber lugar a formación de causa por mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes.

Nótese que figuran el Presidente, el Vice, los ministros del Poder Ejecutivo, los miembros de la máxima instancia judicial y los generales del ejército!, evidenciando el afán de subordinar al poder político y la ley a los militares. Es una atribución exclusiva de los Diputados, que con dos tercios de los votos presentes pueda formarse causa y presentar la acusación ante el Senado. Durante décadas el desarrollo democrático había sido frenado, como en buena parte del continente, pero los convencionales abrigaban la esperanza de construir una república democrática haciendo renacer al país de las cenizas, literalmente hablando¹⁵.

Las causales no diferían de los países vecinos: mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones o crímenes comunes. La Cámara de Diputados determinaba la causa en forma libre, sin que nadie pudiera interferir en sus debates, lo que significaba un criterio esencialmente político.

La Constitución del 70 tuvo mucho cuidado en intentar construir un efectivo equilibrio y separación de poderes, sin que

¹⁵ Existen contradicciones sobre la cantidad de muertos que había sufrido el Paraguay, pero sobre el estado de postración total en que había quedado el país prácticamente existe unanimidad entre los historiadores.

por sus resultados pueda considerarse que haya logrado su objetivo. Juan Carlos Mendonça, en aguda observación de nuestra historia política dice que: *“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 del Poder Judicial, posiblemente derivará en cierta forma de activismo judicial con un caótico gobierno de jueces”*¹⁶, llegando a realizar una propuesta sugerente, audaz y que ningún estudioso de la historia política paraguaya pueda dejar de considerar: la necesidad de marchar hacia un régimen parlamentarista, justamente por la accidentada historia de la relación entre presidentes y legisladores en el Paraguay, aunque más correcto sería decir entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

En cuanto a la participación del Senado, este se convierte en Cámara juzgadora, debiendo presidirla el Presidente del Tribunal Superior de Justicia cuando los afectados sean el titular del Ejecutivo o el vicepresidente, en evidente influencia de la Constitución americana. El artículo dice así:

Capítulo VI. Del Senado

Art. 56. Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el Presidente de la República o el Vice-Presidente en

¹⁶ Juan Carlos Mendonça, *El equilibrio de poder en la Constitución de 1992*, en “Comentario a la Constitución”, p. 27, 1997.

ejercicio del P.E., el Senado será presidido por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de dos tercios de los miembros presentes.

Para la destitución se requiere el voto de dos tercios de los miembros presentes, sin que pudiera tener consecuencias directas de orden penal, pues se trata de un juicio político y no de un procedimiento jurisdiccional:

Art. 57. Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aún declararlo incapaz de ocupar ningún puesto de honor, de confianza o a sueldo de la Nación, pero la parte condenada, quedará no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Aparecía entonces con fuerza el principio de responsabilidad de los altos cargos públicos, que se había dibujado tímidamente en el Reglamento de Gobierno de 1813. La historia registra un solo caso en que el Presidente de la República fue sometido a juicio político con la vigencia de la C. del 70, se trata de José Patricio Guggiari, a raíz de los trágicos sucesos del 23 de octubre de 1931¹⁷, donde fueron asesinados más de trece personas en los jardines del Palacio de López. El Presidente voluntariamente se sometió a juicio, pidiendo el correspondiente permiso, y terminó absuelto reasumiendo la presidencia. Más allá de las conclusiones que uno tenga sobre los sucesos del 23 de octubre, debe resaltarse la decisión tomada por Guggiari, que permitió la discusión pública del caso. No debe olvidarse que uno de los cuestionamientos a los regímenes presidencialistas es justamente que no pueden manejar las crisis

¹⁷ Sobre este suceso existen numerosas fuentes de consulta, pudiendo citarse los trabajos de Stefanich, Avila, Benítez y la misma versión taquigráfica del juicio.

importantes¹⁸ y en este caso, antes que recurrir a la ruptura antidemocrática, el Presidente optó por agotar los mecanismos institucionales. Cuando se comprueba la incapacidad de un sistema determinado que responde con eficiencia a los periodos de crisis, no necesariamente significa pasar de un modelo a otro sustancialmente diferente (ej: de presidencialismo a parlamentarismo), sino que una de las alternativas posibles del presidencialismo es el semipresidencialismo, contrarrestando así la inflexibilidad de los sistemas presidenciales.

Se evidencia también la diferencia que existe con los procesos jurisdiccionales, cuando se establece que el fallo no tendrá más consecuencia que la destitución del acusado y su inhabilidad para ocupar puestos de honor, pero queda sujeto a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, lo que distingue sustantivamente a esta figura de un juicio ordinario, cuestión que abordamos más adelante.

Por esa misma época, la democracia liberal atravesaba una de sus peores crisis, que no tardaría en instalarse fatal y definitivamente en el Paraguay, postergada unos años por la Guerra del Chaco(1932/35). Luego de la Revolución de Febrero de 1936, que derrocó a Eusebio Ayala y suspendió parte de la constitución del 70, en 1937 se produce el derrocamiento de Rafael Franco, a quién sucede Félix Paiva, hasta que en 1940 asume el General José Félix Estigarribia, quién sancionaría la polémica Constitución de 1940(cartá política para otros)¹⁹. Sobre este punto no nos detendremos en esta ocasión, pero cabe señalar que en su momento nos hemos ocupado extensamente de esta polémica²⁰, poniendo énfasis en la necesidad de vincular permanentemente la realidad política con la Constitución.

¹⁸ G. Sartori, *Ingeniería constitucional comparada*, p. 111.

¹⁹ Emilio Camacho, *Lecciones de Derecho Constitucional*, VI.

²⁰ Emilio Camacho, *Constitución y Estado de Excepción*, pp. 25 y ss.

La Constitución de 1940 suprime directamente la responsabilidad del Presidente de la República, manteniendo sin embargo la posibilidad de enjuiciar a los miembros de la Corte Suprema: “Art. 83. Los miembros de la Corte Suprema pueden ser removidos en juicio político de la Cámara de Representantes ante el Consejo de Estado por malo desempeño de funciones y por constituir peligro para la recta administración de justicia.....”.

Se consumaba de esa manera la ruptura completa del equilibrio de poderes, que se volvía más dramático aún pues el Consejo de Estado(Art. 62) estaba controlado por el Ejecutivo. En este organismo estaban todos los ministros del gobierno, el Rector de la Universidad, el Arzobispo, representantes del comercio, de las industrias agropecuarias, de las industrias transformadoras, del Presidente del Banco de la República y dos representantes de la milicia. Obviamente, el completo control del Ejecutivo sobre el Consejo reafirmaba aún más la supremacía sobre el Poder Judicial. El Art. 65 establecía que “El Consejo de Estado se constituirá en tribunal a los efectos del juzgamiento de los miembros de la Corte Suprema de Justicia”.

En lo que hace al vínculo con el Congreso, los legisladores tenían fueros y era la Cámara la que podía suspender en sus funciones con dos tercios de votos, poniéndolo a disposición de la justicia, lo que significaba que el legislador perdía sus fueros. Pero la llave que rompía definitivamente cualquier intento de balancear el poder, era la posibilidad de disolver el Congreso, como lo establecía el Art. 53, sin ningún requisito previo, sin necesidad de invocar siquiera causa alguna. Entonces el Art. 74 que prescribía que: “*Ningún representante puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones que emita en el desempeño de su mandato de legislador. Desde el día de su elección hasta el de su cese no puede ser arrestado,*

excepto en caso de ser sorprendido en delito in fraganti.....”, se convertía en una disposición sin mayor fuerza, pues no servía para proteger al legislativo de la arbitrariedad que pudiera comete el poder administrador.

Estas disposiciones permitieron que los gobiernos autoritarios que luego se sucedieron se hayan valido en parte de estas draconianas disposiciones²¹. Así, en 1958 Stroessner, como antesala de su larga dictadura procedió a disolver el Congreso para fabricar uno a su medida.

En el año 1967 Stroessner logra la participación de varios partidos opositores y logra sancionar la Constitución de 1967, que continuó la irresponsabilidad del ejecutivo y la subordinación del poder judicial al mismo, si bien significó un avance frente a su predecesora. El juicio político al Presidente de la República continuaba sin aparecer, sin embargo el juicio a los miembros de la Corte ahora estaba a cargo de ambas cámaras, con lo cual la administración de justiciaba seguía con su histórica subordinación al poder político. Las decisiones tomadas por el Senado se limitaban exclusivamente a la destitución de los miembros de la Corte, quedando abierto el camino para eventuales procesos judiciales. Por otra parte, eran los únicos que podían ser sometidos a juicio político, sin que ningún miembro del gabinete pueda siquiera ser sometido a interpelación. La Cámara de Diputados podía acusar con mayoría absoluta de dos tercios de los votos y la destitución requería igual mayoría en el Senado. La irresponsabilidad del poder administrador era completa, como puede comprobarse con la transcripción literal de los artículos 151 y 153.

²¹ Sobre el proceso político que llevó a la instauración y consolidación del régimen stronista puede consultarse, entre otros, la obra de Lewis “*Paraguay bajo Stroessner*”.

Art. 151. Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Senadores: (...)

3. Juzgar, a iniciativa de la Cámara de Diputados, a los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Solo podrá declararlos culpables por mayoría absoluta de dos tercios de votos y su fallo no tendrá mas efecto que el de destituir a los acusados, sin perjuicio de las acciones judiciales que puedan intentarse contra ellos ante la justicia ordinaria;....

Art. 153. Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: (...)

4. Por mayoría absoluta de dos tercios de votos, iniciar juicio ante el Senado a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, en los casos previstos en el artículo 196.

Las causales siguen siendo mal desempeño de funciones o la comisión de delitos y limitada únicamente a los miembros de la Corte Suprema(Art. 196 C67), sin que se agregara nada más. En estas condiciones, es muy poco lo que doctrinariamente se había desarrollado, pues desde 1940 hasta la caída de Stroessner, es decir bajo la vigencia de las dos constituciones, jamás se registro un procedimiento de juicio político. La realidad seguía un camino y el derecho otro, a veces bastaba la voluntad del autócrata para obtener la renuncia de un juez, otras, se dejaba transcurrir el periodo de duración del mandato y no se solicitaba su confirmación, con lo cual se proponía al nuevo candidato y el Senado lo aceptaba dócilmente. No se registra un solo caso en el Senado haya negado el acuerdo solicitado, en demostración palpable del sometimiento institucional logrado por la dictadura.

La misma Constitución de 1967 permitió que Stroessner gobernara dictatorialmente con cierto ropaje de legalidad,

aplicando lo dispuesto en el Art. 79, el Estado de Sitio, con el cual gobernó prácticamente hasta el final de su mandato²². También logró siempre la participación de importantes sectores de la oposición; en un principio logró incluso que liberales, liberales radicales y febreristas presentaran candidaturas (así, en la constituyente de 1967), a tal punto que hasta en el mayor momento de deslegitimación había obtenido la participación de sectores colaboracionistas. Cuando llega el golpe de 1989, dos partidos opositores: Liberal y liberal radical, formaban parte del Congreso.

Tal vez sea este tipo de experiencias es lo que lleva a muchos analistas extranjeros a concluir que el sistema presidencialista no ha funcionado correctamente en nuestro continente: *“El presidencialismo, por mucho ha funcionado mal. Con la única excepción de los Estados Unidos, todos los demás sistemas presidenciales han sido frágiles, -han sucumbido regularmente ante los golpes de estado y otras calamidades..”*²³. Nosotros discrepamos con este tipo de análisis, no se trata de una causa exclusivamente sistémica, sino de muchos otros factores que deben incorporarse en el estudio de la historia política de nuestros pueblos. Por ejemplo, pretender que una redacción nacida de laboratorio, desconociendo la correlación de fuerzas existentes en un determinado país, pueda consolidarse en el tiempo es simplemente insistir en el fracaso.

Art. 196. Los miembros de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales, los Jueces y demás Magistrados serán designados por periodos de cinco años, coincidentes con el presidencial, y podrán ser reelectos. Solo serán removidos por la

²² Lo levantó recién en 1985, ante la presión nacional e internacional cada vez más fuerte.

²³ Giovanni Sartori, ob. cit., p. 101.

comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones. La remoción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia se hará conforme a lo que dispone esta Constitución. El enjuiciamiento de los demás Magistrados se hará ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la ley.

4. LA CONSTITUCIÓN DE 1992

El 2 y 3 de febrero de 1989 el dictador Alfredo Stroessner es derrocado por un golpe de estado encabezado por el General Andrés Rodríguez, como punto culminante de un largo proceso de desgaste del régimen, provocado por la resistencia interna, cada vez más fuerte, y el aislamiento internacional, cuando todas las dictaduras ya estaban replegando en el Cono Sur. Aislada la dictadura, el golpe apenas tuvo resistencia y en la madrugada del 3 de febrero se iniciaba un acelerado proceso de apertura democrática, cuyo primeros pasos serían la amnistía general amplia e irrestricta, plenas libertades públicas y las elecciones generales de mayo de ese mismo año, que llevarían al poder al mismo Rodríguez, pero con la participación libre de todos los partidos que se anotaron.

Las elecciones para constituyentes se celebran el 1 de siembre de 1991 y la Convención Nacional Constituyente²⁴ se reúne de diciembre a enero de 1992. Esta constituye un cambio radical en toda la historia política del Paraguay, de una profundidad tal que afectó a todas las instituciones existentes e introduciendo otras novísimas y rescatando de la historia algunas de purísima tradición democrática, como la institución que aquí estudiamos. Nelson Mora realiza²⁵ un minucioso análisis de los principios fundamentales de la C 92 señalando que parte de su fuerza renovadora proviene justamente de la

²⁴ Emilio Camacho, *Lecciones de Derecho Constitucional*, p. 55.

²⁵ Nelson Mora, *Constitución Nacional de 1992*, pp. 6 y ss.

experiencia, de la interpretación de los grandes problemas que habían impedido el florecimiento democrático, señalando que la Constitución es un reflejo de la situación de factores de poder predominantes en un momento histórico, en evidente inspiración sociológica, como ya en el siglo XIX había insistido Ferdinand Lasalle²⁶.

Como producto genuino justamente de la experiencia histórica es la reaparición²⁷, con todo vigor del juicio político, aplicable a los altos públicos, rompiendo así el fuerte presidencialismo que se había consolidado en los anteriores textos fundamentales y dando un paso decisivo hacía un genuino equilibrio de poderes. Para Nelson Mora²⁸, el juicio político forma parte de los mecanismos de control en manos del Congreso, citando: *citación e interpelación a los Ministros del Poder Ejecutivo, voto de censura a los ministros y fiscalización de lo actuado durante la vigencia del estado de excepción, a los que debe sumarse la Comisión Bicameral de Investigación. Como instituciones indirectas, los legisladores cuentan con la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República.* Dicho esto, pasemos al análisis del artículo en cuestión.

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,

²⁶ Sobre la tipología del concepto de Constitución, ver Manuel García Pelayo, ob. cit.

²⁷ Este hecho fue destacado nítidamente por los convencionales, saludando el fortalecimiento del Congreso frente al Ejecutivo. Ver Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, Sesión Ordinaria 31.

²⁸ Nelson Mora, ob. cit.

el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.

La acusación será formulada por la Cámara 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 sólo efecto de separarlos de sus cargos, En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria.

La iniciativa la tiene en forma exclusiva la Cámara de Diputados, cuando el Art. 222 De las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados dice : 2 inc. 4. las demás atribuciones exclusivas que fije esta Constitución...”, debiendo esta formular la acusación por mayoría de dos tercios, lo que significa dos tercios de los miembros presentes, a estar por lo dispuesto en el Art. 185: “..para las votaciones de las cámaras del Congreso se entenderá por simple mayoría la mitad más uno de los miembros presentes; por mayoría de dos tercios, las dos terceras partes de los miembros presentes; por mayoría absoluta el quórum legal, y por mayoría absoluta de dos tercios, las dos terceras partes del número total de miembros de cada Cámara”. Esto significa que para lograr la destitución del alto cargo, se requiere dos tercios de votos del total de miembros de la Cámara, 30 sobre 45, siendo comprendida esta dentro de las atribuciones exclusivas del Senado (Art. 224.8), que actúa como cámara juzgadora. Para la acusación basta dos tercios de los presentes lo que facilita bastante la puesta en marcha de este poderoso mecanismo de control y sanción parlamentario²⁹.

²⁹ José A. Moreno Rufinnelli, *Nuevas instituciones constitucionales*.

Las causales también están enumeradas en forma clara y taxativa en el ya citado artículo. Debe darse el *mal desempeño de funciones, la comisión de delitos en el ejercicio del cargo o de delitos comunes*. La palabra mal desempeño de funciones confiere una gran potestad al congreso, pues al no estar tipificado (como corresponde, no debe estarlo) se convierte en un concepto esencialmente político, donde los legisladores construyen la figura en completa libertad y actúan en consecuencia, ejerciendo así el control sobre toda la actuación y gestión del alto cargo. Muchas veces el desempeño de un gobernante puede no tener objeciones desde el punto de vista penal, pero volverse inadmisibles políticamente. Así, una pésima gestión económica que conduce a la ruina al país, donde el presidente veta indiscriminadamente todas las leyes o resoluciones legislativas que buscan corregir el rumbo, provocando enormes penurias en la población y destruyendo el aparato productivo, puede no constituir delito pero sí mal desempeño de funciones.

Otro caso es cuando el ejecutivo se arroge funciones propias de otro poder, lo que estaría violentando lo dispuesto en el Art. 3 de la CN y rompiendo el equilibrio y separación de los poderes, y si bien puede prestarse a la polémica definir si efectivamente está tomando competencias judiciales, si el congreso así lo considera, puede perfectamente convertirse en una causal de destitución a través del mal desempeño de funciones.

El análisis mismo de la figura del delito debe diferenciarse según sea cometido en el ejercicio del cargo o simplemente un delito común. Sería delito cometido en el cargo la adjudicación fraudulenta de una licitación pública en provecho propio, el asesinato de unos manifestantes por orden directa del presidente, el uso ilegal de los fondos reservados, etc., mientras delito común sería el homicidio de una persona en

un altercado callejero, que participe como cómplice en hechos delictivos comunes, etc.

En coherencia con la tradición histórica nuestra y con el derecho comparado, la consecuencia de la declaración de culpabilidad es el cese en el cargo y si esta decisión obedece a la comisión de delitos, deben pasarse los antecedentes a la justicia ordinaria. *La misma Constitución se encarga de diferenciar claramente de la justicia ordinaria, pues el Senado solo puede destituir, sin que le esté permitido otro tipo de sanción o pena.*

Pero esta claridad en la redacción del texto aparentemente no es suficiente, pues suscitó grandes debates cuando se aplicó el procedimiento con el entonces presidente de la República, Ing. Luis Cubas y luego con los ministros de la Corte Suprema de Justicia. Para intentar una mejor comprensión de la figura reconocida en el Art. 225 de la Constitución, es pertinente un breve comentario sobre la naturaleza y el concepto mismo, si bien este último punto parecería redundante, atendiendo a que procesalmente está definido en el mismo texto. Esta distinción resulta de fundamental importancia, pues en caso contrario se estaría convirtiendo la institución en un proceso judicial puro, desnaturalizándola por completo y quitándole toda su fuerza republicana³⁰.

5. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. LA CUESTIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Uno de los temas más controvertidos es justamente el que se ocupa de la naturaleza jurídica del juicio político y de su correcta definición, pues de esto se deriva el tratamiento y las garantías que pueden exigirse una vez que se pone en marcha el procedimiento. Bien señala Daniel Mendonça que “*cada vez que*

³⁰ Daniel Mendonça, *La odisea constitucional*, p. 11.

arde Troya, los pueblos intentan reordenar lo que queda de ellos y de sus instituciones mediante una nueva constitución. Esperanzados al principio, pronto caen en la cuenta de que ponerse de acuerdo en un texto no es solo el fin de la tragedia, sino el principio mas o menos auspicioso de una nueva serie de dificultades". Tal vez este pensamiento sirva también para indicarnos la enorme vitalidad del derecho y la necesidad de abordar sin temores el estudio de las instituciones claves, de manera a que, una vez desatados los acontecimientos, se cuente con algunos elementos de análisis necesarios para enfrentar la crisis exitosamente. Así, para una mejor comprensión del problema consideramos conceptualizar la figura, señalar sus características y llegar hasta su naturaleza.

En la Constitución paraguaya la palabra es "*juicio politico*", es decir, el concepto mismo de juicio estada adjetivado como político, en forma inseparable, lo que debe señalarnos ya la primera y fundamental diferencia con el campo jurisdiccional y con quienes, identificando equivocadamente con el proceso judicial, pretenden aplicar todo el rigor procesal a esta institución.

El maestro italiano Alejandro Pizzorusso señala que: "*Las actividades desarrollada por los órganos integrados en el Gobierno y en la administración pública pueden deparar diversas formas de responsabilidad, política y jurídica(articulada esta última, a su vez, tradicionalmente, en responsabilidad civil, penal y administrativa).....La "responsabilidad política" es la que deriva de la realización de actos considerados políticamente inoportunos por parte de un sujeto ante el que debe responder el agente de algún modo*"³¹.

³¹ Alejandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, T I, p. 358.

El clásico diccionario de Osorio señala que : “*constituye un procedimiento para exigir responsabilidad a determinados funcionarios públicos. En la Argentina, al Presidente de la Nación..... , por mal desempeño del cargo, delito en el desempeño de sus funciones y crímenes comunes. La acusación corresponde a la Cámara de Diputados y el juzgamiento al Senado. La sentencia que este dicte está limitada a declarar la destitución del inculpado y a privarlo del desempeño de funciones públicas, dejando su posible responsabilidad penal al juicio de los tribunales ordinarios. Tanto para abrir la acusación cuanto para la declaración de culpabilidad, se requiere una mayoría de dos tercios de votos de los miembros presentes. Bielsa advierte la importancia de esta norma, que desaparece tan pronto como la constitución es avasallada y el poder público es detentado por un gobierno de facto*”³².

Armanague señala que “En el presidencialismo, la responsabilidad política es ejercida mediante el procedimiento del juicio político, que consiste en la remoción de los funcionarios a los cuales la Constitución les ha conferido la estabilidad necesaria, por actos tipificados en la ley fundamental; y si además hubieran cometido un delito serán juzgados a posteriori en la justicia común”³³. Este tipo de responsabilidad, que no puede confundirse con la estrictamente judicial, es algo fundamental para la democracia. “*Quienes ejercen las funciones de gobierno...contraen por ese derecho la obligación de responder de sus actos oficiales ante el pueblo que los eligió...están sujetos a responsabilidades especialesy en cuanto a personas particulares están sujetos a las responsabilidades comunes de todos los ciudadanos....*”³⁴, la

³² Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, p. 405.

³³ J. F. Armagnague, ob. cit., 7.

³⁴ Rodrigo Borja, *Derecho político y constitucional*, p. 138.

coincidencia es generalizada en cuanto a limitar los alcances del juicio político a la destitución del afectado, debiendo tomar intervención la justicia ordinaria de existir indicios de delitos. Pero en ese momento ya será el ciudadano común, sin fueros que lo protejan, sometiéndose a un procedimiento judicial ordinario.

Estamos entonces, ante una clara distinción del juicio político frente a otras instituciones. *Tiene una naturaleza mixta, pues una persona es sometida a un procedimiento político y administrativo donde se busca determinar responsabilidades, del cual puede derivar una sanción: la destitución del cargo, pero no puede el Congreso ejercer atribución judicial alguna.*

El sentido de la responsabilidad política y su nítida diferencia de la judicial, resulta intergiversable, pero, considerando que puede derivar algún tipo de sanción(ej: la destitución), debe respetarse el derecho esencial a la defensa, a saber: 1) que el afectado haya tenido noticia , la cual puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos en los cuales el derecho pueda ser afectado y 2) que se la haya dado una razonable oportunidad de comparecer y expresar sus derechos, incluso el de declarar por sí mismo y suministrar documentos relevantes y otras pruebas.

En cuanto al respeto al principio de la inocencia presunta (Art. 17 CN. En el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:1) que sea presumida su inocencia,..), en el caso en estudio debemos ubicarlo dentro de su naturaleza mixta, como un proceso de orden político administrativo y que debe respetar la esencialidad de la inocencia presunta porque del mismo puede desprenderse una sanción³⁵, pero tampoco puede extenderse al

³⁵ M. Ayo Fernández, *La presunción de inocencia*, obra colectiva.

concepto integral de la misma, pretendiendo que se realicen todas las diligencias solicitadas, sino solo aquellas que apunten a la responsabilidad.

Pretender equipararlo a un proceso judicial es desconocer la naturaleza misma del juicio político, además de constituir una perversión inadmisibles del principio de responsabilidad política, esencial e inherente a la democracia misma. Lo que debe garantizarse a una persona sometida a juicio político es que pueda ejercer su defensa dentro de un juicio político y no dentro de un proceso judicial, que se rige por otras normas, muy diferentes. *Es por eso que le está vedado a cualquier otro poder revisar el concepto de “mal desempeño de funciones”, que compete exclusivamente al Senado (Art. 225 CN), así como le está prohibido a este dictar penas privativas de libertad o sanciones económicas, pues estaría violando en forma flagrante el principio de división y equilibrio de poderes reconocido en el Art. 3 CN. Esto no significa que no pueda recurrirse judicialmente contra la resolución adoptada por el Senado, pues el acceso a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de todo ciudadano.*

La revisión judicial. Todo esto no significa que el afectado por el juicio político esté impedido de recurrir judicialmente contra la resolución del Senado, pues el acceso a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de todo ciudadano (arts. 9, 17 y cc CN) y el Poder Judicial es el custodio de la Constitución (Art. 247), pero esto debe hacerlo en el marco de su competencia y no puede sustituir al congreso en la determinación de la responsabilidad política. Debe limitarse a estudiar, si se inició ante la Cámara de Diputados, se reunieron los requisitos formales, si el Senado actuó como órgano juzgador, si fueron respetados el derecho a la defensa y el derecho a ser oído. Pretender avanzar sobre el concepto de mal

desempeño y calificar la opinión del senado sería tomarse atribuciones que le están expresamente vedadas en la Constitución (Art. 3, 137 y concordantes).

5.1. LOS REGLAMENTOS DICTADOS POR EL CONGRESO

Haciendo una revisión de las reglamentaciones realizadas por el Congreso de la Nación desde la vigencia de la Constitución de 1992 tenemos que han sido dictadas³⁶ 1) la Resolución N° 211, del 29 de marzo de 1999, “Que establece la tramitación del juicio político previsto en el Art. 225 de la Constitución Nacional, 2) Resolución N° 198, del 16 de enero del 2003, “Que establece el procedimiento para la tramitación del juicio político previsto en el Art. 225 de la Constitución Nacional, promovido por la Honorable Cámara de Diputados al Señor Presidente de la República Don Luis Angel González Macchi”, y 3) Resolución N° 122, de fecha 25 de noviembre de 2003, “Que establece el procedimiento para la tramitación del juicio político, previsto en el artículo 225 de la Constitución Nacional promovido por la Honorable Cámara de Diputados contra los ministros de la Corte Suprema de Justicia Carlos Fernández Gadea, Luis Lezcano Claude y Bonifacio Ríos Ávalos, respectivamente”.

En todas estas reglamentaciones el Senado ha entendido al juicio político como una competencia exclusiva del Congreso, donde la Cámara de Diputados actúa como cámara acusadoras y el Senado como Cámara juzgadora , ha ejercido sus atribuciones previstas en los Arts. 219 (dictando reglamentos) y 225 de la Constitución Nacional. En las resoluciones queda expresamente establecido que “..si se reúne el número mínimo de votos

³⁶ Fuente: Archivo de la Cámara de Senadores. Colaboración de Antonio Sánchez.

requerido por la Constitución Nacional para el efecto, los acusados serán declarados culpables y separados ipso jure de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria; en caso contrario, se procederá al archivo de las actuaciones”³⁷, y así se actuó procediendo a la destitución de los afectados y la remisión de los antecedentes a la justicia ordinaria. En parecidos términos ya se había dictado la Resolución N° 1.198, dictada para el juzgamiento del González Macchi, en enero del 2003, con la diferencia que en este caso no se reunió el número necesario de votos.

Tenemos entonces una coincidencia evidente entre la doctrina mayoritaria sobre la naturaleza del juicio político y las reglamentaciones que se han dictado bajo la vigencia de la Constitución de 1992, especialmente en lo que hace a la vigencia del derecho a la defensa y a la potestad excluyente del Senado como órgano juzgador.

El Juicio Político, institución de la democracia republicana esencial para la preservación del principio de responsabilidad de los altos cargos públicos y del principio de la división del poder, *ha sido reincorporado con fuerza incontestable en el constitucionalismo paraguayo (de donde nunca debió salir) y las veces que se ha tenido que aplicar, el Congreso lo entendió como un procedimiento de naturaleza especial, creado para juzgar al Presidente de la República, a los ministros de la Corte y demás altos cargos. No existe duda sobre su naturaleza, claramente diferente de la jurisdiccional, pues se trata de un instrumento que está en manos de la representación popular, del Congreso de la Nación.*

³⁷ Resolución N° 122/25-nov-2.003. Caso ministros de la Corte Suprema de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ARMAGNAGUE, Juan F. Juicio político y jurado de enjuiciamiento, Desalma Editores, 1997.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición de la Konrad Adenauer Stiftung, 1999.

BORJA, Rodrigo, Derecho Político y Constitucional. FCE, 1991.

CAGNONI, José Aníbal. El derecho constitucional uruguayo, Editorial Universidad, 1992

CAMACHO, Emilio. Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo VI, Intercontinental Editora, 2001.

Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, 1987.

HÄBERLE, Meter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, 2000.

MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones del Paraguay*, Edit. Cultura Hispánica, 1985.

MENDONÇA, Juan Carlos, "El equilibrio de poder en al Constitución de 1992" en *Comentario a la Constitución. Tomo I*, Lezcano y Camacho comp., 1997.

MENDONÇA, Daniel, *La odisea constitucional*, Marcial Pons Edit., 2002.

MC CULLOCH C/ MARYLAND, Jurisprudencia de la Suprema Corte de EE UU.

MORA, Nelson, *Constitución Nacional de 1992*, Intercontinental Editora, 2002.

MORENO RUFINELLI, José A., *Nuevas instituciones en la Constitución del 92*, Intercontinental Editora, 2000.

OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, 1987.

Página web del Senado argentino

PIZZORUSSO, Alejandro, *Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo I*, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, FCE, 1994.

SCHOROEDER, Richard, *Reseña del Gobierno de los EEUU*, 1992.

ANEXO

RESOLUCIÓN N° 1.198

QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DEL JUICIO POLÍTICO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 225 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, PROMOVIDO POR LA HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, DON LUIS ÁNGEL GONZÁLEZ MACCHI.

LA HONORABLE CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN
PARAGUAYA

RESUELVE:

Artículo 1° Establecer el procedimiento para la tramitación del juicio político previsto en el Artículo 225 de la Constitución Nacional, promovido por la Honorable Cámara de Diputados al señor Presidente de la República, don Luis Ángel González Macchi, a cargo de la Honorable Cámara de Senadores, constituida en Tribunal.

Artículo 2° No se admitirán recusaciones, cuestiones de previo y especial pronunciamiento ni prueba confesional. Todas las resoluciones que adopte la Honorable Cámara de Senadores en presencia de las partes o de sus representantes, quedarán notificadas de pleno derecho; las demás les serán notificadas mediante cédula suscrita por el Presidente de la Honorable Cámara de Senadores y diligenciada por la persona que éste designe. Las resoluciones que dicte la Honorable Cámara de Senadores como Tribunal, no podrán ser objeto de recurso alguno.

Artículo 3° Las partes (acusación y defensa) podrán asistir a todas las sesiones que se realicen para la substanciación del juicio político, excepto a la prevista en el Artículo 9°, inciso a).

La Honorable Cámara de Diputados podrá comparecer por medio de su presidente o quién lo substituya, o por medio de representantes fiscales designados por el pleno.

El acusado podrá comparecer personalmente y asumir su propia defensa, o asistido por defensores; o solamente por medio de defensores que lo representen.

La ausencia de las partes o sus representantes no impedirá la prosecución de los trámites del juicio político hasta su total terminación, salvo la audiencia prevista en el Art. 4º, en la que será imprescindible la presencia de los representantes de la Honorable Cámara de Diputados por medio de cualesquiera de las personas preindicadas para formular la acusación.

Artículo 4º La Cámara de Senadores sesionará como Tribunal, según el Artículo 225 de la Constitución Nacional el día 23 de los corrientes, a las 11 horas, para que la Honorable Cámara de Diputados formule su acusación y ofrezca toda la prueba de la que intente valerse y el imputado le escuche y reciba la totalidad de los autos. El Presidente del Tribunal notificará de inmediato a la Honorable Cámara de Diputados y al inculpado de esta resolución. Acompañará a esta notificación una copia íntegra de esta resolución.

Artículo 5º En la sesión extraordinaria del día jueves 23 de los corrientes, a las 11 horas:

- a) se efectuarán las acreditaciones de quienes comparezcan por la acusación y por la defensa, respectivamente;
- b) la Honorable Cámara de Diputados formulará la acusación y ofrecerá la prueba de la que intente valerse; y,
- c) se dará traslado de la acusación y de los documentos aportados por la Honorable Cámara de Diputados a la parte acusada, emplazándole para que formule su defensa y ofrezca la prueba de la que intente valerse en la sesión extraordinaria del 29 de enero de 2003, a las 17 horas.

Artículo 6º En la sesión extraordinaria del 29 de enero del año 2003, a las 17 horas se adoptarán las siguientes medidas:

- a) el acusado, si conviniere a su derecho, formulará su defensa y ofrecerá toda la prueba de la que intente valerse;
- b) se entregará copia de la defensa y del ofrecimiento de prueba a la Honorable Cámara de Diputados;
- c) se pasará a un cuarto intermedio que no podrá durar más de tres días, a fin de que los integrantes del Tribunal se interioricen de las pruebas ofrecidas por las partes y evalúen su atinencia;

d) reanudada la sesión extraordinaria, el Tribunal resolverá la admisión o el rechazo de cada prueba ofrecida. En caso de rechazo de una o más de las pruebas ofrecidas, la resolución deberá ser fundada verbalmente;

e) en la misma sesión se ordenará la producción de la prueba admitida, y se convocará a sesión extraordinaria para su producción, que se realizará en el plazo máximo de tres días;

f) si se trata de pruebas que no han de producirse en sesión (informes, pericias), se obviará convocar a sesión extraordinaria a tal efecto.

Artículo 7° En la continuación de la sesión extraordinaria fijada en el Artículo anterior:

a) para el caso previsto en el Art. 6°, inciso e), se producirán las pruebas; y,

b) para el caso previsto en el Art. 6°, inciso f), se harán públicas las pruebas ya producidas.

Artículo 8° En cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior, luego tendrá lugar una sesión extraordinaria, en un plazo no mayor de tres días, a contar desde la fecha de la última sesión, para que las partes aleguen oralmente, si lo considere pertinente. La sesión culminará con el llamado de autos para sentencia y con la convocación a una última sesión extraordinaria.

Artículo 9° En la última sesión extraordinaria, que se realizará dentro de los cinco días siguientes a la sesión extraordinaria anterior:

a) el pleno de la Honorable Cámara de Senadores deliberará en forma reservada sobre los extremos alegados por las partes y sobre las pruebas producidas; y,

b) en estadio de sesión pública votará. Si se reúne el número mínimo de votos requeridos por la Constitución Nacional para el efecto, el acusado será declarado culpable y separado *ipso jure* de su condición de Presidente de la República; en caso contrario, se procederá al archivo de las actuaciones.

El resultado del juicio político se notificará a las partes que no hubieran asistido al acto, y a la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 10 Comunicar a quienes corresponda y cumplido, archivar.

Dada en la sala de sesiones de la honorable cámara de senadores de la nación, a los dieciséis días del mes de enero del año dos mil tres.

Ilda Mayeregger
Secretaria Parlamentaria

Juan Carlos Galaverna D
Presidente
H. Cámara de Senadores

RESOLUCIÓN N° 122

QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DEL JUICIO POLÍTICO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 225 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, PROMOVIDO POR LA HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS CONTRA LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CARLOS FERNÁNDEZ GADEA, LUIS LEZCANO CLAUDE Y BONIFACIO RÍOS ÁVALOS, RESPECTIVAMENTE.

LA HONORABLE CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN
PARAGUAYA
RESUELVE:

Artículo 1°. Establecer el procedimiento para la tramitación del juicio político, previsto en el Artículo 225 de la Constitución Nacional, promovido por la Honorable Cámara de Diputados contra los señores ministros de la Corte Suprema de Justicia, Carlos Fernández Gadea, Luis Lezcano Claude y Bonifacio Ríos Ávalos, respectivamente, a cargo de la Honorable Cámara de Senadores constituida en Tribunal.

Artículo 2°. No se admitirán incidentes, recusaciones, cuestiones de previo y especial pronunciamiento ni prueba confesoria. Todas las resoluciones que adopte la Honorable Cámara de Senadores en presencia de las partes o de sus representantes, quedarán notificadas de pleno derecho; las demás les serán notificadas mediante cédula suscrita por el Presidente de la Honorable Cámara de Senadores, diligenciada por las personas que éste designe. Las resoluciones que dicte la Honorable Cámara de Senadores como Tribunal no podrán ser objeto de recurso alguno.

Artículo 3°. Las partes (acusación y defensa) podrán asistir a todas las sesiones que se realicen para la sustanciación del juicio político.

La Honorable Cámara de Diputados podrá comparecer por medio de su Presidente o quien lo sustituya, o por medio de los representantes fiscales designados por el pleno de dicha Cámara.

El acusado podrá comparecer personalmente y asumir su propia defensa, ser asistido por defensores, o solamente por medio de defensores que lo representen.

La ausencia de las partes o de sus representantes no impedirá la prosecución de los trámites del juicio político hasta su total terminación, salvo la audiencia prevista en el Artículo 4º, en la que será imprescindible la presencia de los representantes de la Honorable Cámara de Diputados por medio de cualesquiera de las personas preindicadas para formular la acusación.

Artículo 4º. La Cámara de Senadores sesionará como Tribunal, previo juramento de sus miembros, según el Artículo 225 de la Constitución Nacional, el miércoles 26 de noviembre del año en curso, a las 09:00 horas, con el siguiente orden de acusación:

- 1) acusación al ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor Carlos Fernández Gadea;
- 2) acusación al ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor Luis Lezcano Claude; y,
- 3) acusación al ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor Bonifacio Ríos Ávalos.

Cada acusación no podrá durar más de una hora y treinta minutos, y deberá realizarse en forma particular o individual.

En dicha sesión se observará el siguiente procedimiento:

- a) se efectuarán las acreditaciones de quienes comparezcan por la acusación y por la defensa, respectivamente;
- b) la Honorable Cámara de Diputados formulará la acusación y ofrecerá las pruebas de las que intente valerse; y,
- c) se dará traslado de las acusaciones y de los documentos aportados por la Honorable Cámara de Diputados a las partes acusadas, emplazándolas para que formulen su defensa y ofrezcan las pruebas de las que intenten valerse en la sesión extraordinaria del lunes 1 de diciembre de 2003, a las 08:30 horas, con el siguiente orden:

- 1) defensa del ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor Carlos Fernández Gadea;
- 2) defensa del ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor Luis Lezcano Claude; y,
- 3) defensa del ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor Bonifacio Ríos Avalos.

Cada defensa no podrá durar más de tres horas.

Artículo 5° En la sesión extraordinaria prevista para el lunes 1 de diciembre de 2003, conforme al horario establecido en el artículo anterior, y en el orden señalado se adoptarán las siguientes medidas:

- a) cada acusado, si conviniera a sus derechos, formulará su defensa y ofrecerá todas las pruebas de las que intente valerse;
- b) se entregará copia de cada defensa y de cada ofrecimiento de pruebas a la Honorable Cámara de Diputados;
- c) se pasará a un cuarto intermedio hasta el miércoles 3 de diciembre de los corrientes a las 8:00 horas, a fin de que los integrantes del Tribunal examinen las pruebas ofrecidas por las partes y evalúen su atingencia.

Artículo 6° En la sesión extraordinaria del miércoles 3 de diciembre del corriente a las 08:00 horas, el Tribunal resolverá la admisión o el rechazo de cada prueba ofrecida. En caso de rechazo de una o más de las pruebas ofrecidas, la resolución deberá ser fundada verbalmente.

En la misma sesión se ordenará la producción de las pruebas admitidas, y se convocará a sesión extraordinaria para su producción, la cual se realizará el sábado 6 de diciembre del corriente, a las 08:00 horas.

Si se trata de pruebas que no han de producirse en sesión (informes, pericias), se obviará convocar a sesión extraordinaria a tal efecto; y las mismas se agregarán a las ya producidas, antes de la sesión de alegatos.

La producción de las pruebas admitidas, tanto de los acusados como del acusador se realizará en el siguiente orden:

- a) Acusador y defensa (caso ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor Carlos Fernández Gadea);
- b) Acusador y defensa (caso ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor Luis Lezcano Claude); y,

c) Acusador y defensa (caso ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor Bonifacio Ríos Avalos).

Artículo 7°. De producirse cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior, se convocará a sesión extraordinaria para el miércoles 10 de diciembre del corriente, a las 08:30 horas para que las partes aleguen oralmente, si lo consideren pertinente. La sesión culminará con el llamado de autos para sentencia y con la convocatoria a una última sesión extraordinaria.

Artículo 8°. En la última sesión extraordinaria, que se realizará el viernes 12 de diciembre del corriente, a las 08:30 horas:

a) el pleno de la Honorable Cámara de Senadores deliberará en forma pública sobre los extremos alegados por las partes y sobre las pruebas producidas; y,

b) seguidamente se procederá a la votación nominal correspondiente; si se reúne el número mínimo de votos requerido por la Constitución Nacional para el efecto, los acusados serán declarados culpables y separados ipso jure de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria; caso contrario, se procederá al archivo de las actuaciones.

El resultado del juicio político se notificará a las partes que no hubieran asistido al acto, a la Corte Suprema de Justicia y al Poder Ejecutivo.

Artículo 9°. Los casos no contemplados en esta Resolución, o si hubiera duda, divergencia sobre la interpretación de alguna de las disposiciones de la misma, el Tribunal podrá resolver de inmediato, previa discusión.

Artículo 10. Comunicar a quienes corresponda y cumplido, archivar.

Dada en la sala de sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil tres.

Ana María Mendoza de Acha
Secretaría Parlamentaria

Carlos Mateo Balmelli
Presidente
H. Cámara de Senadores

LA PRAXIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PARAGUAY

José Raúl Torres Kirmsers

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ÓRGANO COMPETENTE. 3. VÍAS PARA PROMOVER LA INCONSTITUCIONALIDAD. 4. TRÁMITE PROCESAL. 5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

LA PRAXIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PARAGUAY¹

José Raúl Torres Kirmser

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, es de rigor agradecer el inmenso honor que el Supremo Tribunal Federal de la República Federativa del Brasil, en la persona de la Excma. Presidenta, Ministra Ellen Gracie, tuvo a bien dispensarnos en oportunidad de invitarnos a tan magno como grato acontecimiento, el Bicentenario del Judiciario Independiente.

Séanos permitido sumarnos al genuino y justificado júbilo de quienes ejercen la excelsa función de administrar justicia en este país hermano, con el que nos unen múltiples y firmes vínculos de amistad. Vaya, pues, nuestro homenaje y admiración sincera por tan fausto aniversario. Admiración que crece aún más, atendiendo a la hermosa forma de conmemorarlo: Una sucesión de conferencias sobre un tema de tanta actualidad como el control de constitucionalidad. Abrumados por la enorme responsabilidad que significa unirnos a Vuestro festejo por medio de la presente ponencia, pero a la vez conscientes de la fina atención que se nos ha dispensado, brindándonos la oportunidad de dirigirnos a tan selecto auditorio, procuraremos estar a la altura de las circunstancias.

2. ÓRGANO COMPETENTE

Iniciando con la exposición, nos referiremos, en primer término, al órgano competente en cuanto al control de

¹ Ponencia presentada en el marco de la conmemoración del Bicentenario del Judiciario Independiente en la República Federativa del Brasil. Brasilia, 21 de septiembre de 2007.

constitucionalidad. La República del Paraguay adopta el sistema del control concentrado, en su acepción más pura. En efecto, el único órgano judicial con competencia para declarar la inconstitucionalidad de leyes o actos normativos en general, así como de sentencias judiciales, es la Corte Suprema de Justicia. Este es el sistema que surge, inequívocamente, de las disposiciones de los Arts. 259 inc. 6) y 260 de la Constitución de la República del Paraguay. En virtud de las disposiciones allí citadas, tanto la Corte Suprema de Justicia en pleno, como la Sala Constitucional, pueden resolver sobre la inconstitucionalidad de leyes, demás instrumentos normativos y resoluciones judiciales². En la actualidad, no existe otro órgano con tales potestades.

Hasta el año 1995, en el excepcionalísimo caso de la acción de amparo, establecía el Código Procesal Civil, en su Art. 582, la facultad del juez de pronunciar expresamente la inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos u otros actos normativos de autoridad, cuando ello fuere necesario para la concesión del amparo, quedando el recurso de apelación como competencia de la Corte Suprema de Justicia. La disposición en cuestión, empero, fue modificada por Ley 600/95, en cuya virtud el juez que, para decidir sobre la acción de amparo, debe determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, debe remitir en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a fin de que esta declare la inconstitucionalidad, en la brevedad posible, si la misma surgiere de forma manifiesta. La diligencia en cuestión no suspende el juicio, que debe proseguir hasta el trámite de sentencia. La doctrina nacional destaca la concordancia de la

² Lösing, Norbert. *La Justicia constitucional en Paraguay y Uruguay*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1ª ed., 2002, p. 114.

modificación realizada con la disposición del Art. 18 inc. a) del Código Procesal Civil³, norma esta sobre la que volveremos oportunamente, al tratarse de una de las vías legalmente previstas para promover el control de constitucionalidad.

En cuanto a la distribución interna de competencia en el seno de la Corte Suprema de Justicia, la regla general es la contenida en el Art. 260 de la Constitución Nacional, es decir, la Sala Constitucional es la que tiene por atribución decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, actos normativos y resoluciones judiciales. El Art. 11 de la Ley 609/95, que organiza la Corte Suprema de Justicia, repite textualmente la disposición constitucional. Sin embargo, existen ciertos y determinados casos en los que la competencia para conocer sobre inconstitucionalidad es atribuida al pleno de la Corte Suprema de Justicia. Es el caso previsto por el Art. 5° de la Ley 635/95, en armónica interpretación con el Art. 3° inc. i) de la Ley 609/95, relativos a la inconstitucionalidad de decisiones emanadas del Tribunal Superior de Justicia Electoral, y por el Art. 33 de la Ley 1084/97, norma que regula la inconstitucionalidad de las resoluciones emanadas del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. En ambos casos, las disposiciones mencionadas atribuyen la competencia no a la Sala Constitucional, sino al pleno de la Corte Suprema de Justicia. El temperamento adoptado por la Ley es, sin dudas, justificable, dado que las cuestiones a las que referimos tienen, por lo general, una trascendencia institucional y una relevancia que ameritan el estudio por parte del más alto Tribunal de la República en pleno.

Por último, nos referiremos a la posibilidad de ampliación de Sala. Al igual que las demás Salas de la Corte,

³ Sosa, Enrique A. *El amparo judicial*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2004, p. 62.

también los miembros de la Sala Constitucional pueden solicitar la integración de la misma con la totalidad de los miembros de la Corte Suprema de Justicia para resolver cualquier cuestión de su competencia. Dicha facultad se halla prevista en el Art. 16 de la Ley 609/95. En caso de que se ejerza dicha facultad, la competencia se desplaza, una vez más, al pleno de la Corte Suprema de Justicia.

3. VÍAS PARA PROMOVER LA INCONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad, de acuerdo a la disposición contenida en el Art. 260 *in fine* de la Constitución de la República del Paraguay, puede promoverse por la vía de la acción y de la excepción. A estas dos vías, puestas a disposición de los justiciables que entienden vulnerados sus derechos de raigambre constitucional, se suman los mecanismos de la declaración de oficio por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la consulta constitucional. Tales mecanismos se hallan reglamentados en el Código Procesal Civil, que presentan algunas particularidades que merecen ser reseñadas.

En primer término, las resoluciones judiciales admiten el control por la vía de la acción de inconstitucionalidad⁴, es decir, mediante pretensión autónoma dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la resolución atacada. Esto es coherente con el carácter *residual* del remedio en cuestión referido a decisiones de órganos jurisdiccionales, establecido en el Art. 561 del Código Procesal Civil, que dispone: “...*la acción de inconstitucionalidad solo podrá deducirse cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios. El plazo para interponerla, se computará a partir de la notificación de la*

⁴ Lezcano Claude, Luis. *El control de constitucionalidad en el Paraguay*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2000, p. 50.

resolución que causa estado”. El juego de las normas mencionadas permite colegir, con bastante seguridad, que el control de constitucionalidad referido a sentencias inconstitucionales por sí mismas debe ser el último filtro del sistema. Esto presupone que los jueces ordinarios, cuando la inconstitucionalidad no se vincule con la aplicación de actos normativos sino que se enmarque en las hipótesis habitualmente conocidas como “sentencia arbitraria” —relativa a la violación de principios procesales constitucionalmente establecidos, como la prohibición de doble juzgamiento, el control y valoración de las pruebas, la obligación de fundamentación razonable de la decisión, entre otros⁵— pueden, en sede de control recursivo, subsanar por sí mismos los vicios en cuestión de acuerdo a los mecanismos establecidos por la ley procesal.

Coherente con este criterio de *ultima ratio*, el Art. 563 del Código Procesal Civil admite el control de constitucionalidad de oficio de resoluciones judiciales, exclusivamente por parte de la Corte Suprema de Justicia, en los procesos que le fueren sometidos en virtud de la ley, cualquiera sea su naturaleza. La norma se halla indudablemente inspirada en la doctrina sostenida, con anterioridad a la vigencia de la Constitución, por un respetado jurista paraguayo, el Dr. Juan Carlos Mendonca, quien aclaraba que el control constitucional de oficio debía ser entendido en un sentido restringido: “*Cuando al pedirse tutela jurídica por cualquier motivo, mediante demanda introductiva de la instancia, se excita su función jurisdiccional*”⁶. Esta valoración de inconstitucionalidad, interpretada armónicamente de acuerdo con las explicitaciones arriba realizadas, debe referirse únicamente a las sentencias que

⁵ Vanossi, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1976, Tomo II, p. 301.

⁶ Mendonca, Juan Carlos. *Inconstitucionalidad, aspectos procesales*. Asunción, El Foro, 1ª ed., 1983, p. 58.

presenten por sí mismas el vicio en cuestión. Efectivamente, veremos oportunamente cómo el control de constitucionalidad relativo a actos normativos —y, consiguientemente, a la aplicación de los mismos en las sentencias— no puede ser propuesto en cualquier estadio procesal, ya que nuestra legislación procesal establece una suerte de decaimiento como consecuencia de la interposición procesalmente tardía.

De este modo, como la Corte Suprema de Justicia, según las circunstancias, actúa como tercera instancia —juicios civiles— o segunda instancia —juicios administrativos—, la valoración oficiosa de la inconstitucionalidad no podrá producirse respecto de la hipótesis prevista en el inciso b) del Art. 556 del Código Procesal Civil, relativo a la inconstitucionalidad de las sentencias que se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad contrario a la Constitución. El Art. 562 del cuerpo legal citado impone una valla al respecto, al preceptuar: *“Si no se hubiese opuesto la excepción de inconstitucionalidad en la oportunidad establecida por el artículo 538, y el juez o tribunal resolviese la cuestión aplicando la ley invocada por la contraparte, no podrá impugnarse la resolución por vía de acción de inconstitucionalidad”*. Por el momento, bástenos esto para concluir que el control oficioso puede producirse solamente respecto de las sentencias inconstitucionales por sí mismas, ya que volveremos sobre las consecuencias de proponibilidad de la acción de inconstitucionalidad relacionada con leyes u otros instrumentos normativos en oportunidad de analizar las vías procesales.

Por su parte, las leyes, decretos, reglamentos u otros actos normativos admiten diversas formas de suscitar la competencia de la Corte Suprema de Justicia a los efectos del control de constitucionalidad. La normativa procesal trata, en

primer término, del control de constitucionalidad por vía de excepción. Pese al nombre que se le concede, debemos destacar que la previsión contenida en los Arts. 538 y siguientes del Código Procesal Civil no es una excepción en sentido propio, dado que dicho nombre técnico se halla reservado a determinados hechos que se alegan como impeditivos de la pretensión del actor. La excepción de inconstitucionalidad, en efecto, no ataca la pretensión del accionante sino la ley o instrumento normativo en el que esta se funda, que el excepcionante postula como inconstitucional. En consecuencia, debemos entender que, propiamente, la excepción de inconstitucionalidad no es una excepción, al no incidir directamente en la pretensión del actor, sino que es una pretensión del agraviado orientada a la declaración de inconstitucionalidad de una determinada norma o instrumento normativo, que tramita por la vía del incidente, suspendiendo la resolución del juicio principal conforme con el Art. 543 del Código Procesal Civil.

De acuerdo a lo expresado, la excepción de inconstitucionalidad se halla reservada exclusivamente para la impugnación de leyes u otros actos normativos, generales o particulares, atendiendo a que la normativa procesal permite comprender bajo dicha definición ambos supuestos, conforme surge de los Arts. 550 y 551 del Código Procesal Civil. Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷ así lo ha entendido, mencionamos, *ex plurimis*, la S.D. N° 1089, 9/08/2004, y fallos citados en el cuerpo de tal resolución. Por ende, la excepción de inconstitucionalidad no es la vía para

⁷ Una interesante recopilación de fallos de la Sala Constitucional se halla contenida en la obra de Sapena Giménez, Josefina. *Jurisprudencia Constitucional*. Años 2000 al 2005. Asunción, Intercontinental, 1ª ed., 2006, a la cual remitimos para la mayor parte de los fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia citados en el presente trabajo.

cuestionar un título ejecutivo (S.D. N° 178, 10/04/2000), ni tampoco para cuestionar el entero proceso (S.D. N° 608, 1/08/2005).

En efecto, las disposiciones citadas incluyen, dentro del ámbito de procedencia de la acción de inconstitucionalidad, tanto los actos normativos de carácter general como aquellos de carácter particular, entendidos como tales aquellos que afecten derechos de personas expresamente individualizadas. Si tenemos en cuenta que la excepción de inconstitucionalidad está permitida en contra de “*actos normativos*”, de acuerdo al Art. 538 del Código Procesal Civil, sería arbitraria una exclusión no prevista y expresamente denegada para la acción de inconstitucionalidad; por lo que debe concluirse, necesariamente, que la previsión en cuestión debe incluir también a los actos normativos particulares. Por lo demás, es perfectamente concebible que la demanda o la reconvención se basen en un acto normativo particular de índole inconstitucional, con lo que el corolario lógico, en atención a una interpretación armónica de los textos legales en juego, implica que cualquier ley o acto normativo puede ser impugnado por la vía de la excepción de inconstitucionalidad.

También por vía de la acción de inconstitucionalidad es posible ejercer el control sobre leyes u otros instrumentos normativos. Así lo dispone el Art. 550 del Código Procesal Civil, que habilita la procedencia de la acción en presencia de lesión de derechos legítimos originada por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación los principios o normas de la Constitución. Se advierte, pues, que la acción es el mecanismo más amplio de control, pues a través de él pueden ser controlados tanto las resoluciones judiciales como los actos normativos más diversos. Sin embargo, cabe recordar aquí lo ya

dicho en el curso de la presente exposición, en el sentido de que la no oposición de la excepción de inconstitucionalidad en contra de leyes, precluye la posterior acción, en caso de que se hubiese aplicado la ley invocada. Es lo preceptuado por el Art. 562 del Código Procesal Civil.

Por último, el control de constitucionalidad puede ser provocado también a través de la consulta constitucional, limitadamente a leyes o disposiciones normativas. Este mecanismo se halla previsto en el Art. 18 inc. a) del Código Procesal Civil, como facultad ordenatoria de los jueces o tribunales. En virtud de él, los órganos precedentemente señalados tienen la facultad de remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, una vez que el mismo se halle en estado de resolución, a fin de que el máximo órgano jurisdiccional efectúe el control de constitucionalidad, cuando a juicio del Tribunal alguna disposición normativa aplicable al caso concreto pueda ser contraria a normas constitucionales. Esta norma permite a los diversos órganos juzgadores someter a la Corte Suprema de Justicia sus dudas en contra de la constitucionalidad de determinados instrumentos legales, y permite así suscitar la cuestión de la jerarquía constitucional de las normas aplicables al caso concreto. En efecto, el Art. 137 de la Constitución Nacional consagra a la misma como ley suprema de la República, siendo las otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía a la misma. Esto evidencia a las claras el carácter centralizado del control de constitucionalidad, porque permite a los jueces y tribunales una valoración de la norma a la luz de la jerarquía constitucional, con el resultado de someterla al control de la Corte Suprema de Justicia en caso de que el examen en cuestión resulte negativo.

Lo expuesto nos permite concluir que, en nuestro ordenamiento, las vías para promover el control de

constitucionalidad denotan una gran amplitud de recursos, y sobre todo, una complementariedad en el funcionamiento de los mismos. Es decir, se destaca que, pese a ser la Corte Suprema de Justicia el único órgano competente, la cuestión de constitucionalidad no es susceptible de surgir exclusivamente a petición de parte, sino que puede ser suscitada por la misma Corte Suprema, de forma oficiosa conforme con el Art. 563 del Código Procesal Civil, o por los demás órganos jurisdiccionales a través del mecanismo de la consulta. De esta manera, todos los operadores del sistema se hallan habilitados para proponer el control, lo que sin dudas termina en un resultado sumamente auspicioso, en cuanto la valoración de la oportunidad de la adopción de tal temperamento supone, indudablemente, cuanto menos un estudio interno de la constitucionalidad o no de la norma o resolución a la que el caso concreto se refiere. Aquí interesa predicar la aplicabilidad de las enseñanzas del distinguido constitucionalista argentino Bidart Campos, para quien “*el control de constitucionalidad hace parte esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y aplicación del derecho vigente para cada proceso*”⁸.

4. TRÁMITE PROCESAL

La acción de inconstitucionalidad contra actos normativos, que como ya lo dijéramos, tiene carácter de pretensión autónoma, se inicia mediante escrito de demanda presentado ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, conforme lo manda el Art. 552 del Código Procesal Civil. El escrito en cuestión debe individualizar claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad infringido, o la disposición inconstitucional. Además de ello, debe mencionar la norma constitucional que se asume

⁸ Bidart Campos, Germán J. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1991, tomo II, p. 357.

violada, fundando en términos claros y concretos la petición. La Ley 609/95, en su Art. 12, agrega más requisitos en cuanto al contenido de la demanda, ya que dispone justificar la lesión concreta que ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria.

El examen de estos requisitos de admisibilidad es previo al trámite de la acción, conforme con los Arts. 552 *in fine* del Código Procesal Civil y 12 de la Ley 609/95. Ambas disposiciones permiten el examen, por parte de la Sala Constitucional o del pleno de la Corte Suprema de Justicia, en su caso, del cumplimiento de dichos requisitos, estableciendo como consecuencia de la omisión de los recaudos en cuestión, el rechazo liminar de la acción.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha venido agregando, por vía de interpretación jurisprudencial, otros aspectos que deben ser controlados en sede de admisibilidad. De este modo, ha sido causa de rechazo sin estudio del fondo de la cuestión planteada la ausencia de legitimación procesal, no solo en cuanto a la efectiva subsistencia de la misma sino incluso respecto de su falta de demostración. Citamos, entre otras, la S.D. N° 1612, 18/11/2004, falta de demostración de la calidad de Funcionario Público; S.D. N° 749, 7/09/2005, ausencia de acreditación de la calidad de representante de una persona jurídica.

Interpuesta la acción, y pasado el examen de admisibilidad, la demanda se sustancia oyendo al Fiscal General del Estado, cuando se trate de actos provenientes de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial; además de oírse, en su caso, a los representantes legales de las Municipalidades, Corporaciones o funcionarios que tengan la representación legal de la autoridad pública que haya emitido el acto normativo atacado, a fin de

contestar la demanda dentro del plazo de dieciocho días. Una etapa probatoria como tal no se halla prevista, aunque la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de ordenar medidas de mejor proveer a los efectos de aclarar o probar determinadas cuestiones de hecho, en el caso de que las mismas sean relevantes a los efectos de la decisión del caso. Una vez concluido el trámite en cuestión, la Sala Constitucional debe pronunciarse, en la forma de Acuerdo y Sentencia, en el plazo de treinta días.

En cuanto a los efectos del acto normativo atacado durante el trámite de la acción, en principio los mismos no se suspenden. Sin embargo, el Art. 553 del Código Procesal Civil atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de disponer dicha suspensión, a petición de parte, cuando el cumplimiento de la misma pueda ocasionar al reclamante un perjuicio irreparable. La resolución se adopta de inmediato y sin sustanciación. La naturaleza de esta resolución es bastante *sui generis*, aunque entendemos que la misma resulta ser una medida cautelar, dado que la norma prevé los requisitos de perjuicio irreparable y actual, con lo que concurren los presupuestos del Art. 693 incs. a) y b) del Código Procesal Civil, relativos a los requisitos de verosimilitud del derecho y de acreditación de la urgencia respecto del dictado de las medidas cautelares. Pese a que hay voces aisladas que sostienen que la norma en cuestión no es un supuesto especial de medida cautelar, porque no se exige contracautela, debemos recordar que la misma es un requisito *natural*, pero no *esencial* de las medidas cautelares; esto es, hay casos de medida cautelar sin contracautela. Mencionaremos, entre otros, el Art. 705 del Código Procesal Civil, que exonera de contracautela al Estado, Municipalidades u otra persona de reconocido abono, así como a quienes actúan bajo el beneficio de litigar sin gastos; y el Art.

709, relativo a los embargos en caso de rebeldía de la adversa, confesión expresa o ficta u obtención de sentencia favorable.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad en contra de resoluciones judiciales, el trámite tiene una estructura similar, aunque adaptada a la diversa índole de la impugnación, que presupone un juicio previo. La demanda, conforme con el Art. 557 del Código Procesal Civil, debe individualizar la resolución impugnada, así como el juicio en el que hubiere recaído, debiéndose citar, además, la norma o principio constitucional infringido y fundar en términos claros y concretos la petición. A estos requisitos se les agregan los comprendidos en la disposición del Art. 12 de la Ley 609/95, que fuera ya citada; previendo, al igual que en los casos de impugnación de actos normativos, la posibilidad del rechazo liminar en caso de no cumplimentar tales recaudos.

El plazo para promover la acción es de nueve días contados a partir de la notificación de la resolución que se impugna. Presentada la demanda, y superado el examen de admisibilidad, la Corte deberá disponer que se traiga a la vista el expediente principal a los efectos de obtener compulsas del mismo, para que aquel pueda proseguir su trámite. Ello no ocurre así en los casos de sentencia definitiva o resolución con fuerza de tal, o en el caso de un incidente que suspenda el juicio. Del escrito de demanda se corre traslado a la otra parte por el plazo de nueve días, y el mismo plazo tiene el Fiscal General del Estado para contestar la vista que se le corre de los escritos de las partes. Una vez hechas dichas actuaciones, la causa queda conclusa para definitiva, debiendo la Corte Suprema de Justicia pronunciarse en el plazo de treinta días, bajo la forma de Acuerdo y Sentencia.

En cuanto a la suspensión de efectos de la sentencia atacada, tal consecuencia descende *ex lege* de la promoción de la acción a tenor del Art. 559 del Código Procesal Civil, en los casos de sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de tal. En los demás casos, la Corte Suprema de Justicia tiene la potestad de disponer dicha suspensión a fin de evitar la producción de gravamen irreparable.

El trámite del control de constitucionalidad hecho de modo oficioso por la Corte Suprema de Justicia, en virtud del Art. 563 del Código Procesal Civil, presenta un problema íntimamente vinculado con la competencia para decidir sobre la inconstitucionalidad de resoluciones judiciales. En efecto, el artículo en cuestión establece la posibilidad de decidir, de oficio, la inconstitucionalidad de las resoluciones recaídas en los procesos que le fueren sometidos en virtud de la ley, sea cual fuere su naturaleza. Empero, tal y como lo señaláramos líneas arriba, la Constitución Nacional, en su Artículo 259, atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de conocer y decidir sobre inconstitucionalidad, y, dentro de la organización interna de la Corte Suprema de Justicia, atribuye idéntica función a la Sala Constitucional.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, organizada conforme con las disposiciones de la Ley 609/95, no solo se halla conformada de la Sala Constitucional, sino también por las Salas Civil y Comercial, y Penal. La primera de ellas tiene competencia para decidir cuestiones de naturaleza civil, comercial y laboral recurribles por ante la Corte Suprema de Justicia; mientras que la segunda se encarga de cuestiones penales y administrativas. Resulta evidente que ambas Salas, en los límites de su competencia, pueden hallarse ante resoluciones inconstitucionales, ante las que cabe la declaración de oficio de acuerdo al Art. 563 del Código Procesal Civil. Ahora bien, las

Salas Civil y Comercial y Penal, por sí solas, carecen de competencia a los efectos de resolver en el sentido de la inconstitucionalidad.

Consiguientemente, la norma del Art. 563 del Código Procesal Civil, interpretada a la luz de la normativa constitucional y sobre todo de la Ley 609/95, implica, necesariamente, un trámite previo de ampliación de Salas. Ello es así, porque a tenor de los Arts. 259 y 260 de la Constitución de la República del Paraguay, solamente la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional tienen la atribución de conocer y decidir sobre inconstitucionalidad. Por consiguiente, a los efectos de aplicar el Art. 563 del Código Procesal Civil, debe seguirse el procedimiento establecido en el Art. 16 de la Ley 609/95, esto es, la integración de la Sala con la totalidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, este artículo presenta el problema del plazo excesivamente reducido establecido al efecto.

Efectivamente, la norma en cuestión dispone que cualquier Ministro puede solicitar la ampliación de Sala. Ahora bien, establece el plazo de tres días luego de ejecutoriada la providencia de autos para resolver a los efectos de formular la solicitud. El lapso en cuestión es notoriamente reducido, sobre todo teniendo en cuenta que prácticamente excluye la posibilidad de efectuar la petición a quien no resulte preopinante en el sorteo de cada caso concreto. Es por eso que, recientemente, se ha iniciado una tímida tendencia en pro de la interpretación de la disposición del Art. 16 de la Ley 609/95 en el sentido de entender el plazo de tres días como computable, *para cada integrante de la Sala*, desde el momento en el que el mismo se anoticia de la providencia que llama autos para resolver.

En cuanto a la consulta constitucional hecha conforme con el Art. 18 inc. a) del Código Procesal Civil, la praxis local, a través de los órganos jurisdiccionales consultantes, ha determinado las formalidades que la resolución de consulta debe revestir. De este modo, se ha destacado la necesidad de exponer en modo concreto y preciso los motivos que abonan la duda acerca de la constitucionalidad de la norma sobre la que se consulta, a los efectos de que la Corte Suprema de Justicia pueda apreciar la óptica del juzgador y, sobre todo, la posible inconstitucionalidad de la aplicación de la norma en el caso concreto. La cuestión se ha presentado, con notoria frecuencia, respecto del Art. 29 de la Ley 2421/04. Dicha norma dispone que la responsabilidad del Estado por honorarios profesionales se limita al 50% del mínimo legal, y en tales términos deben los juzgadores regular los honorarios. Los Tribunales de Apelación han echado mano del mecanismo de consulta constitucional. Citamos, a título ejemplificativo, las múltiples resoluciones en tal sentido del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital, entre otras: A.I. N° 1209, 28/12/05; A.I. N° 49, 20/02/06; A.I. N° 66, 23/02/06; A.I. N° 756, 06/09/06; A.I. N° 971, 01/11/06. En todas estas resoluciones, se destacó la necesidad, por parte del órgano consultante, de realizar las explicitaciones *supra* reseñadas.

Desde luego, este temperamento no se ve huérfano de amparo doctrinario, ya que ha podido decirse: *“La intervención del Juez ordinario debe albergar una duda razonable acerca de la constitucionalidad de la norma. A este respecto, el Tribunal Constitucional español señaló que los preceptos que norman la cuestión condicionan el planteamiento al hecho de que el órgano judicial considere, esto es, estime o juzgue, que la norma es inconstitucional, lo que si bien puede entenderse que no impone a aquél una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en caso de duda, de*

indeterminación entre dos juicios contradictorios, sí exige que el razonamiento que cuestiona la inconstitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo. En definitiva, lo que no puede el Juez es limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin dar las razones que la abonan”⁹.

5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En nuestro ordenamiento jurídico, el Art. 260 inc. 1) de la Constitución de la República del Paraguay indica que la Sala Constitucional puede conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto en relación con ese caso. Obviamente, el problema de los efectos *inter partes* o *erga omnes* de la declaración de constitucionalidad se presenta solamente respecto de actos normativos, puesto que no tiene sentido plantearse el cuestionamiento en sede de revisión de sentencias judiciales, que de por sí guardan relación solo con el caso concreto en el que se dictan y afectan solo a las partes de él.

La normativa procesal de inferior jerarquía coincide con este sistema de oponibilidad meramente *inter partes* de los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una determinada norma o acto normativo. Dispone el Art. 555 del Código Procesal Civil, en lacónica fórmula, que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia solamente tendrá efecto para el caso concreto, por lo que en caso de acogerse la acción, se

⁹ Fernández Segado, Francisco; *La Jurisdicción Constitucional en España*, en: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1^a ed., 1997, p. 665.

deberá ordenar a quien corresponda que, en lo sucesivo, se abstenga de aplicar la norma jurídica declarada inconstitucional al favorecido con la declaración.

Sin embargo, disposiciones aparentemente tan claras han sido interpretadas a la luz de otras normas constitucionales. En efecto, existen quienes postulan que la Constitución de la República del Paraguay acoge ambos sistemas de privación de efectos, esto es, aquel que tiene virtualidad solamente para el caso concreto y aquel que tiene efectos *erga omnes*¹⁰. La interpretación en cuestión se basa en el juego de los Arts. 259 y 260 de la Carta Magna, en concordancia con los Arts. 132 y 137 *in fine* del máximo cuerpo legal de la República.

Los primeros artículos establecen una sutil distinción entre competencias. En efecto, solamente el Art. 260, relativo a la competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, refiere sobre la inconstitucionalidad con efecto para el caso concreto. El Art. 259, que legisla sobre la competencia de la Corte Suprema de Justicia, y el Art. 132 disponen, únicamente, que la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de decidir sobre la inconstitucionalidad. El último de los artículos citados dispone, incluso, que la facultad en cuestión debe ser ejercida en la forma y con los alcances establecidos en la Constitución y en las leyes. Esta última facultad es interpretada a la luz del último párrafo del Art. 137 de la Constitución Nacional, que preceptúa: “*Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución*”. En consecuencia, la interpretación que venimos comentando entiende que el pronunciamiento de la Sala Constitucional tiene efectos para el caso concreto, mientras que el pleno de la Corte Suprema de

¹⁰ Lezcano Claude, Luis. *El control de constitucionalidad en el Paraguay*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2000, pág. 124.

Justicia, a la luz de las mencionadas normas, tiene la facultad para privar de toda validez jurídica a las disposiciones y actos de autoridad contrarios a lo establecido en la Constitución.

Una primera aplicación del criterio en cuestión se tuvo en la S.D. N° 183, de fecha 1 de julio de 1994. En el caso concreto, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la Ley N° 244/93, relativa a la organización de las Fuerzas Armadas, con el alcance previsto en el Art. 137 *in fine* de la Constitución Nacional, esto es, le privó de todo valor jurídico¹¹. Tal interpretación fue nuevamente sostenida en la S.D. N° 415 de fecha 2 de diciembre de 1998¹²; empero, en el caso concreto, la declaración de inconstitucionalidad hecha “*con el alcance previsto en el Art. 137 in fine de la Constitución Nacional*”, tuvo mucho de superflua, dado que el acto normativo atacado —un decreto de conmutación de penas— era un acto normativo de carácter particular, por afectar específicamente derechos de personas determinadas.

Mucho más relevantes resultaron las decisiones que surgieron de las S.D. N° 222 y 223, ambas dictadas el 5 de mayo de 2000 por el pleno de la Corte¹³. En ambos casos, se presentaron sendas acciones de inconstitucionalidad en contra, entre otras cosas, del Art. 19 de la Ley 609/95, que establecía la reconducción tácita del ejercicio de las funciones de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia hasta tanto los mismos sean confirmados o nombrados sus sucesores. Las acciones en cuestión postularon la inconstitucionalidad de dicha

¹¹ Lezcano Claude, Luis. *El control de constitucionalidad en el Paraguay*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2000, p. 125.

¹² Corte Suprema de Justicia. *Fallos institucionales*. Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1ª ed., 2000, p. 200.

¹³ Corte Suprema de Justicia. *Fallos institucionales*. Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1ª ed., 2000, p. 239.

norma, por cuanto interpretaban que la Constitución Nacional consagra la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Las sentencias en comentario acogieron dicha interpretación y declararon la inconstitucionalidad del Art. 19 de la Ley 609/95 “*con el alcance previsto en el Art. 137 in fine de la Constitución Nacional*”; esto es, privaron de eficacia jurídica a una disposición legal.

El camino en cuestión, sin embargo, no ha sido utilizado más allá de casos verdaderamente excepcionales, aunque observadores extranjeros no han dudado en calificar de “*punto de inflexión*” a las mencionadas decisiones¹⁴. La Corte Suprema de Justicia —máxime en su presente conformación— se ha mostrado reacia a aplicar la disposición del Art. 137 *in fine* de la Constitución Nacional con el alcance que le dieron las sentencias mencionadas, demostrando, en tal sentido, una tendencia mucho más conservadora.

¹⁴ Lösing, Norbert. *La Justicia constitucional en Paraguay y Uruguay*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1ª ed., 2002, pág. 116.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1991.

Corte Suprema de Justicia. *Fallos institucionales*. Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1ª ed., 2000, pág. 239.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional en España*, en: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1ª ed., 1997.

LEZCANO CLAUDE, Luis. *El control de constitucionalidad en el Paraguay*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2000.

LÖSING, Norbert. *La Justicia constitucional en Paraguay y Uruguay*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1ª ed., 2002.

MENDONCA, Juan Carlos. *Inconstitucionalidad, aspectos procesales*. Asunción, El Foro, 1ª ed., 1983.

SAPENA GIMÉNEZ, Josefina. *Jurisprudencia Constitucional*. Años 2000 al 2005. Asunción, Intercontinental, 1ª ed., 2006.

SOSA, Enrique A. *El amparo judicial*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2004.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1976.

SEGUNDA PARTE
AUTORES INTERNACIONALES

ESCRITOS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

José Luis Cea Egaña

SUMARIO: I. NECESIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. 1. AMBIENTE INSTITUCIONAL. 2. SUPUESTO. 3. TRANSFORMACIÓN DE LA DEMOCRACIA. 4. JUSTICIA CONSTITUCIONAL. 5. UNA NOTA SOBRE MODELOS. 6. CARACTERÍSTICAS. 7. NUEVO CONSTITUCIONALISMO. 8. DESAFÍOS. II. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE. 9. CONTEXTO HISTÓRICO COMPARADO. 10. RECEPCIÓN EN CHILE. 11. EL CAMBIO DE 1980. 12. IMPULSO DE 2005. III. PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS. UN AÑO DESPUÉS DE LA REFORMA. 13. INCERTIDUMBRE Y RIESGOS. 14. EVALUACIÓN. 15. NUESTRA ACTITUD. 16. EL FUTURO. 17 BALANCE.

ESCRITOS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

José Luis Cea Egaña

I NECESIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. AMBIENTE INSTITUCIONAL

Para examinar el tema, susceptible de enfoques múltiples, creo necesario situarnos en el Estado, la Sociedad Civil y el orden internacional de nuestro tiempo, porque los tres se hallan influidos por la Justicia Constitucional, aunque para finalidades y con resultados distintos.

Así ubicados debemos mirar retrospectiva y prospectivamente esos tres fenómenos para responder las dos preguntas siguientes y que dan dirección al análisis que me preocupa: ¿es necesaria o prescindible la Justicia Constitucional en estos tiempos? ¿cuál es, en función de la respuesta a la pregunta anterior, la legitimidad o justificación de esa especie de Magistratura?

Digo que el análisis debe ser efectuado hacia el pretérito, primeramente, pues la Justicia Constitucional representa una conquista de la civilización, lograda después de convencernos que es un instrumento indispensable para precaver la repetición de los atropellos a la dignidad y los derechos humanos sufridos por años de potestades estatales que se reputaban incontrolables en el ejercicio de sus atribuciones, obraran dentro de ellas o excediéndolas. En otras palabras, a esa Justicia le incumbe concretar, de la mejor y mayor medida posible, los valores,

principios y normas de un Derecho que es, en su esencia humanista, superior al anterior³⁴².

Agrego que es también menester visualizar el futuro, porque en América Latina, al menos, no es seguro el curso que seguimos para institucionalizar esa especie de Justicia. Nunca será suficiente insistir en que la conquista de la cual hablamos es reversible, dado que su funcionamiento y despliegue presuponen un ambiente político y socioeconómico del país que permita el funcionamiento normal de las instituciones. De lo contrario, se atribuye a esa Justicia un cúmulo de roles, previstos para tiempos de paz y progreso por el consenso, que le resulta imposible servir cuando autoridades y población se hallan sumidos en crisis. El caso de Chile en 1973 resulta elocuente al respecto.

2. SUPUESTO

Para avanzar en el análisis recordemos un supuesto, tan claro como elemental: la Justicia Constitucional es de la esencia del régimen democrático y de la Constitución contemporánea, al punto que sin ella la democracia queda reducida a formas o procedimientos, aquello que se ha denominado el Modelo de Westminster³⁴³; y la Constitución, a su vez, aparece rebajada a la expresión del Poder soberano sin límites, o sea, sin coto vedado³⁴⁴ a la omnipotencia del legislador.

³⁴² Consúltese Antonio Baldassarre, “Parlamento y Justicia Constitucional”, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997, pp. 183 ss.

³⁴³ Andrea Greppi, *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006 pp. 28 – 29; y Arend Lijphart, “Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty – One Countries”, New Haven, Yale University Press, 1984, pp. 1 ss.

³⁴⁴ Id., p. 27. Véase.

Explicando el supuesto recién resumido³⁴⁵ agrego que la democracia constitucional se funda, principalmente, en los dos postulados, sucesivos en su aparición y que hoy deben ser conjugados, que enuncio a continuación³⁴⁶:

1. La mayoría ciudadana y sus representantes mandan y, si lo deciden así, pueden terminar imponiéndose a la minoría, cualquiera sea el contenido de la determinación adoptada, siempre que haya sido respetado el conjunto de reglas fijadas para pronunciarse al efecto³⁴⁷; y

2. La minoría tiene garantizado, sin embargo, el respeto tanto de la dignidad humana como de la esencia de los derechos esenciales que emanan de ella, atributos inalienables e inafectables en su esencia, cualquiera sea el titular de ellos.

De modo que el primer postulado queda condicionado y restringido por el segundo. Esa zona humanista, indisponible para las mayorías, independientemente de la magnitud de éstas, es el llamado *coto vedado*³⁴⁸ a sus intrusiones y, por ende, a las lesiones que pueda inferirle. Regularlos, sí puede, pero vulnerar su núcleo característico queda fuera de la competencia del legislador.

Me detendré a comentar ambos principios.

3. TRANSFORMACIÓN DE LA DEMOCRACIA

El principio de la mayoría es antiguo y cronológicamente anterior al del humanismo. Ha sido necesario investigar la

³⁴⁵ Revítese Giancarlo Rolla, *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006, pp. 87 ss.

³⁴⁶ Greppi, cit., p. 25

³⁴⁷ Id., pp. 26–27.

³⁴⁸ Ernesto Garzón Valdés, “Derecho, Ética y Democracia”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 106 ss.; Consúltese también José Antonio Montilla Martos, *Minoría Política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, pp. 15 ss.

relación entre ellos para llegar a conciliarlos, porque la expresión jurídica máxima del primero ha sido la ley, mientras que el humanismo marca la reacción en contra del mayoritarismo, a raíz de los abusos y atropellos a los derechos esenciales y la seguridad jurídica en que se incurrió invocando la razón del Estado hasta promediar el siglo XX³⁴⁹.

De modo que el segundo de tales postulados representa un límite y una corrección al primero de ellos, a la vez que el enriquecimiento de la democracia por infundirle la sustancia y finalidad del humanismo.

De la democracia formal o en cuanto procedimiento para adoptar decisiones exteriormente legítimas, hemos transitado a la democracia material o entendida como estilo de vida, la cual, sin prescindir de la primera, la complementa con la legitimidad de fondo que han de reunir las decisiones adoptadas³⁵⁰.

4. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Precisamente, esa nueva etapa del constitucionalismo hace surgir el tópico de la Justicia Constitucional. Antes, por dos siglos al menos, se hablaba de supremacía del Código Político, pero hasta allí alcanzaba la vivencia de tan capital postulado.

Las explicaciones de tal anomalía son variadas. Aquí menciono que, en el ámbito de la cultura europea continental y, por lo tanto, de la latinoamericana configurada por aquella, la supremacía era un concepto desconocido y, cuando comenzó a

³⁴⁹ Friedrich Meinecke, “La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 3 ss.

³⁵⁰ Karl Joachim Friedrich, *La Democracia como Forma Política y Como Forma de Vida*, Madrid, Ed. Tecnos, 1966, pp. 54 ss.; J. Roland Pennock, “Democratic Political Theory”, Princeton, Princeton University Press, 1979, pp. 206 ss.

ser entendido y aplicado, se creyó que el control del respeto de ese principio era tarea del Parlamento, es decir, del órgano político, representativo y soberano por excelencia.

A raíz del descenso de la ley al nivel que le corresponde y que, sin embargo, había dejado por obra de un legislador incontrolado e incontrolable, comienza a descubrirse el rol que le cabe servir en la democracia constitucional de nuestro tiempo a una Magistratura diferente, antes desconocida. Efectivamente, la aparición de la Justicia Constitucional se explica con el sentido de instrumento al servicio del nuevo constitucionalismo³⁵¹; y representa un desarrollo en la evolución de la democracia, superando el concepto mínimo y procesal ya aludido³⁵².

Es una Justicia específicamente concebida, diseñada y facultada para controlar la supremacía, sustantiva y formal, de la Constitución. Esta, como dije, condensa el Derecho superior, colmado de valores humanistas, que ha de irradiarse en la ley encargada de implementarlos. Inevitablemente, por consiguiente, irá entronizándose la constitucionalización del régimen jurídico completo, en la medida que se va revisando la adecuación de los códigos y las leyes al espíritu y proceso nomogenético trazado en la Carta Fundamental³⁵³.

³⁵¹ José Luis Cea Egaña, “Una Visión de la Teoría Neoconstitucional, VIII Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 43 ss.

³⁵² Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, pp. 261 ss.

³⁵³ Louis Joseph Favoreu, “La Constitutionnalisation Du Droit”, en Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (directores), *La Constitutionnalisation Des Branches Du Droit*, Aix en Provence, Presses Universitaires D’Aix Marseille, 1998, pp. 181 ss.

La reacción no ha demorado, criticando esa necesidad y legitimidad sobre la base de argumentar que la Justicia Constitucional es un contrapoder o freno de las mayorías, cuyos rasgos son antidemocráticos, porque comprime el ejercicio de la soberanía, cuyo actor efectivo es la mayoría, por el imperativo de respetar el coto vedado. La refutación de esa tesis resulta, en esta época, ya abrumadora y no suscita disidencias sustanciales, atendido que la Justicia Constitucional se origina en los órganos democráticos, es ejercida bajo la Constitución y tiene por finalidad principal la defensa del Código Político legítimamente establecido y vivido³⁵⁴.

5. UNA NOTA SOBRE MODELOS

Existen modelos de Justicia Constitucional, entendida esa expresión no en el exigente sentido weberiano de los tipos ideales³⁵⁵, bastante distintos. Uno es el que, espontáneamente y por vía inductiva, fue establecido en 1803 mediante la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Marbury V. Madison³⁵⁶; otro es el ideado por Hans Kelsen para la Constitución de Austria en 1920³⁵⁷; y los demás, que son la mayoría, pueden ser calificados de mixtos.

³⁵⁴ Gustavo Zagrebelsky, *Principi e Voti. La Corte Costituzionale e la Politica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005, pp. 3, 25 – 26 y 117.

³⁵⁵ Max Weber, *I Economía y Sociedad*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 170 ss.

³⁵⁶ Lawrence H. Tribe, “American Constitutional Law”, Mineola, The Foundation Press, 1988, pp. 23 ss. Revítese también Alfred H. Nelly, Winfred A. Harbison y Herman Belz, “The American Constitution. Its Origins and Development”, New York, W. W. Norton, 1983 pp. 161 ss.

³⁵⁷ Hans Kelsen, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, en su obra *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Ed. Debate, 1988, pp. 109 ss. Véase también del mismo Kelsen, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995.

En el modelo norteamericano, el control de supremacía es difuso, o sea, ejercido por todos los jueces a través de la revisión judicial de las leyes. En el modelo europeo continental, el control se halla concentrado en un Tribunal o Corte Constitucional, cuya competencia de atribución es sólo obrar como legislador negativo, derogando los preceptos legales contrarios a la Constitución³⁵⁸. Por último, en la frondosa gama de situaciones mixtas, insusceptibles de calificarse como modelos, las variaciones son numerosas: control preventivo y *ex post*; con efectos sólo *inter partes* o *erga omnes*; concentrado, difuso o compartido entre diversos órganos jurisdiccionales; accionada por las partes de una gestión jurisdiccional, por cualquier interesado o de oficio; obrando según cánones de hermenéutica diferenciados o con aplicación de las reglas de interpretación corrientes, etc.

6. CARACTERÍSTICAS

Independientemente del “modelo” concreto, podemos sostener que la Justicia Constitucional posee numerosos rasgos propios, todos los cuales sirven para demostrar su necesidad y legitimidad, diferenciándola de la Judicatura ordinaria. Resumiré algunas de tales características³⁵⁹:

A. Al menos en los regímenes de control concentrado y compartido, es distinta de la Magistratura ordinaria en su génesis, funciones, procedimientos, criterios hermenéuticos, control heterónomo y responsabilidad;

B. Consecuentemente, es una Magistratura independiente de los Tribunales comunes, rasgo que no evita las relaciones

³⁵⁸ Hans Kelsen, “La Garantía ...” cit., pp. 128 ss.

³⁵⁹ Véase el prólogo de estos *Escritos de Justicia Constitucional*, Santiago, Cuaderno N° 35 del Tribunal Constitucional, 2007, pp. 8 ss.

recíprocas, a veces conflictivas, a raíz del amparo o protección radicado en los últimos;

C. Se ejerce a través del proceso constitucional, estructurado con base en el Derecho Procesal Constitucional, sea codificado o articulado en la legislación orgánica respectiva³⁶⁰;

D. Trabaja, como observé, con reglas de hermenéutica propias, coherentes con la Constitución en cuanto texto, más breve que los códigos, en el cual se condensan valores, principios y normas generales que permiten infundirle ductibilidad o elasticidad para hacerla coincidir con las demandas, siempre dinámicas, propias de los cambios sociales³⁶¹;

E. Su finalidad es doble, esto es, resolver los conflictos políticos mediante la aplicación de la Constitución, subordinándose a ella; y hoy más que antes y cada día en aumento, proteger y fomentar la dignidad y los derechos esenciales que fluyen de la Carta Política, erigiéndose en un elemento clave del garantismo³⁶²; y

F. La Justicia Constitucional implica, en la actualidad, una alteración sustancial del Derecho y el enriquecimiento de la democracia, porque la ley ha perdido su cima y centralidad, el Estado ha quedado sometido a la Constitución, y el gobierno popular se ejerce con respeto de los derechos esenciales, en

³⁶⁰ Héctor Fix Samudio, “Breves Reflexiones sobre el Concepto y el Contenido del Derecho Procesal Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coordinador), *I Derecho Procesal Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006, pp. 269 y Peter Häberle, “La Jurisdicción Constitucional Institucionalizada en el Estado Constitucional”, en la obra recién cit., pp. 373 ss.

³⁶¹ Gustavo Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 25 ss.

³⁶² Id., pp. 21 ss.

particular los más expuestos a la discrecionalidad de las mayorías³⁶³. Recae en esa Justicia, por lo tanto, una responsabilidad decisiva para el funcionamiento real del Estado de Derecho, llamado ahora, como se comprende, Estado Constitucional de Derecho³⁶⁴.

7. NUEVO CONSTITUCIONALISMO

En definitiva, la Justicia Constitucional reviste hoy el carácter de elemento capital para la concreción del bien común, particularmente la consolidación y despliegue de la paz en el Estado y en la Sociedad Civil³⁶⁵. Lo hace mediante la Constitución, subordinándose a ella, haciendo que todos los órganos públicos y los particulares se sometan también al Código Político y, por ende, defendiéndola en cuanto expresión de consenso dominante, de unión e integración, de cooperación en el planteamiento y realización de proyectos compartidos de bien común³⁶⁶.

En la perspectiva descrita, la Justicia Constitucional es un vector clave del nuevo constitucionalismo. A ella le incumbe decidir las cuestiones más graves de los regímenes democráticos contemporáneos. Recordando a Roger Garaudy, trátase de los tres infinitos: uno de lo inmenso; otro de lo pequeño; y el último de lo complejo. Para hacerlo no tiene más elementos que los que fluyen de la Constitución, entendida en términos dúctiles o

³⁶³ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pp. 109 ss.

³⁶⁴ Luigi Ferrajoli, *Garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

³⁶⁵ Véase César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Ed. Palestra, 2007, pp. 24 ss.

³⁶⁶ Konrad Hesse, “Constitución y Derecho Constitucional”, en Ernest Benda et. Al.: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, pp. 3 ss.

flexibles, con valores, principios y normas articulados en su texto, o deducidos de su contexto.

8. DESAFÍOS

Imperativo es observar que la Justicia Constitucional enfrenta hostilidades internas del Estado y externas a él.

Entre las primeras no olvido la ignorancia o incomprensión de la función que sirve, los resabios de una soberanía que resiste ser relativizada, el formalismo positivista como escuela jurídica³⁶⁷, el imperativo de sistematizar las disposiciones que la rigen y las dificultades que suscita decidir en contra de fuerzas políticas poderosas o de intereses sectoriales arraigados y muy protegidos.

Mirado el ámbito internacional descubrimos el tesón de algunos por subordinarla a organismos jurisdiccionales de sesgo ideológico creciente, impedirle su consolidación oponiéndose a las asociaciones que integran Tribunales de países afines, en fin, desacreditándola por callados objetivos políticos³⁶⁸.

II

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE

³⁶⁷ Luca Mezzetti, *Giustizia Costituzionale e Opposizione Parlamentare. Modelli Europei a Confronto*, Rimini, Maggioli Editore, 1992; Rafael Escudero Alday, *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El Debate Sobre la Incorporación de la Moral*, Madrid, Ed. Civitas, 2004, pp. 71 ss.

³⁶⁸ Néstor Pedro Sagües, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ad- Hoc, 2006, pp. 247 ss.

El examen del tema no puede ser apartado de la regla para el análisis de este tipo de asuntos, porque lo que nuestra trayectoria institucional fue, es e, hipotéticamente, resulta posible pensar que puede llegar a ser en su Justicia Constitucional, se halla influido por los procesos, anteriores y gravitantes, que ocurrieron en Estados Unidos y en Europa occidental.

9. CONTEXTO HISTÓRICO COMPARADO

Como *judicial review*, la Justicia Constitucional surge con el caso Marbury V. Madison en los EE. UU. Lo fue casi imperceptiblemente, quiero decir, mediante un pronunciamiento elusivo de conflictos, que dictó la Corte Suprema, sin regulación procesal o lo que hoy se llama Derecho Procesal Constitucional; sobre la base de un supuesto, cual es la supremacía de la Constitución; y apoyándose en una inferencia lógica, o sea, su primacía sobre la ley, sin disquisiciones en torno de la soberanía, el Poder Constituyente ni otra que no fuera el carácter supremo de la Carta Fundamental frente a la ley³⁶⁹.

El éxito de la **judicial review**, concomitante con los excesos incontrolados del legislador en Europa, movieron a Hans Kelsen a reflexionar sobre la defensa de la Constitución, concluyendo que era la función de un Tribunal o Corte Constitucional³⁷⁰, enfrentado únicamente a la evaluación del mérito constitucional de la ley y no de otros actos de los órganos estatales; y, por último, con el carácter de legislador negativo, es decir, que elimina o deroga la norma ya vigente que se reputa contraria a la Constitución. El modelo de Kelsen quedó articulado en la Constitución de Austria de 1920; no era preciso

³⁶⁹ Consúltense las fuentes citadas en supra, nota 14.

³⁷⁰ Revísense las obras de Kelsen citadas en supra, nota 16.

en punto a si abarcaba el control de fondo y forma; y tampoco se extendía al juicio preventivo o *ex ante* de los proyectos de ley.

10. RECEPCIÓN EN CHILE

No consta que Kelsen haya seguido el desarrollo constitucional de Chile, pero sí se conoce un artículo suyo sobre la Carta Fundamental de 1925, calificada por él de presidencialismo exagerado, unido al elogio sobre el control judicial de la ley³⁷¹.

En realidad, desde la instauración de la República, el control de la ley, si es que puede ser así calificado lo que era una sucesión de hechos confusos y contingentes, estuvo siempre radicado en el Congreso Nacional. Fue un control político, únicamente referido a la ley y, repito, sin que existiera claridad sobre el concepto de supremacía y de su incidencia en el control respectivo. La obra de Jorge Hunneus³⁷², única con ideas en el tópico, es mínima al respecto. Se imponía la separación de poderes, con el legislador soberano y, si había algún control, era del propio Congreso³⁷³.

La situación comenzó a cambiar en 1925 con la declaración de inaplicabilidad *inter partes*, por vía incidental, concentrada en la Corte Suprema obrando en pleno. Se sabe, sin embargo, que un freno tan tímido al legislador no tuvo éxito real, primero porque la Corte Suprema halló el resquicio de la

³⁷¹ Véanse sus “Observaciones sobre la Constitución Chilena”, reproducidas en *XX Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2002, pp. 643 ss.

³⁷² Jorge Hunneus Zegers, *I La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1890, pp. 19 ss.

³⁷³ Raúl Bertelsen Repetto, *Control de Constitucionalidad de la Ley*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969, pp. 135 ss.

separación de poderes para eludir el control por vicios de forma; y segundo en atención a que dio al control de fondo un carácter exegético y de derecho estricto, con lo cual el recurso se volvió abstracto y casi inútil³⁷⁴.

11. EL CAMBIO DE 1980

Esos y otros reproches llevaron a la reforma de 1980, con un control compartido entre la Corte Suprema con la inaplicabilidad, los Tribunales Superiores a través de la protección y amparo, en fin, todos los jueces en cuanto órganos que, según el artículo 6 inciso 2º, deben sumisión a la Constitución y a las normas dictadas con sujeción a ella.

En relación con la inaplicabilidad, la Constitución de 1980 facultó a la Corte Suprema para obrar de oficio o mediante recurso, controlando aspectos de forma y de fondo de la ley, suspendiendo o no el procedimiento y declarando suficiente la mera existencia de una gestión o asunto pendiente, sin limitar la acción sólo a los procesos en curso³⁷⁵.

Sin embargo, al cabo de veinticuatro años la experiencia fue otra vez negativa, tanto con respecto a la inaplicabilidad, cuanto en relación con los recursos de protección y amparo, aunque el proceso fue diferente: en ligamen con la inaplicabilidad, repito que siempre fue desalentador; con respecto a las garantías mencionadas, por el contrario,

³⁷⁴ Fernando Saenger Gianoni y Guillermo Bruna Contreras, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1925 – 2005*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006, pp. 60 ss.

³⁷⁵ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, “Informe con Ideas Precisas”, reproducido en *VIII Revista Chilena de Derecho* N° 1 – 6 (1981) pp. 281 ss. En la misma fuente citada consúltese el Art. 80 del proyecto elaborado por el Consejo de Estado, cuyo inciso 2º tiene relación con lo preceptuado hoy en el Art. 93 inciso 1º N° 7 de la Carta Política.

comenzaron siendo alentadores, hasta que la Corte Suprema se encargó, por autoacordado, de inutilizar el recurso de protección, que era la innovación principal.

12. IMPULSO DE 2005

La reforma constitucional de agosto de 2005, vigente desde el 27 de febrero de 2006 en lo pertinente al Capítulo VIII de ella, esto es, el concerniente al Tribunal Constitucional, debe ser calificada como el cambio más extendido de los dieciocho introducidos al Código Político y, de mayor importancia, como el menos formalista y de mayor envergadura sustantiva para la modernización del Derecho chileno, de los dieciocho efectuados hasta la fecha.

El mérito de esa innovación, largamente debatida³⁷⁶ y, en sus últimas fases, aprobada con premura³⁷⁷, yace en la potencialidad que tienen las sentencias estimativas de inaplicabilidad y los fallos, eventuales y en todo caso subsecuentes a aquellas, que pronuncien la inconstitucionalidad de preceptos legales, con alcance *erga omnes*, derogándolos aunque no anulándolos porque carecen de efecto retroactivo³⁷⁸.

No es fácil el paso de las enmiendas textuales a su vivencia práctica, porque presupone más que una redacción correcta, visión clara y capacidad de prever numerosos

³⁷⁶ Emilio Pfeffer Urquiaga, *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes, Debates, Informes*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pp. 334 ss.

³⁷⁷ Id.,

³⁷⁸ Constitución de 1980, Art. 94 inc. 3°. Revítese en este número de los Cuadernos la monografía dedicada al Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes.

Consúltese Sabina Sacco, “La Constitución de 1980 como Fundamento y Origen de una Teoría Constitucional de la Irretroactividad”, *XXXIII Revista Chilena de Derecho* N° 3 (2006) pp. 479 ss.

problemas, aunque jamás sea siquiera posible aproximarse a su agotamiento. En esa dirección, que es de innovación para cumplir el propósito del Poder Constituyente, el Tribunal Constitucional va avanzando y, en realidad, con menos dificultades de las que pudo haberse imaginado para concretar cambios tan profundos, de índole jurídica sustantiva, en un país cuya cultura sigue siendo inclinada al positivismo formal³⁷⁹.

Singularmente expresivo de ese esfuerzo es la sucesión de inaplicabilidades pronunciadas en el año siguiente a la vigencia de la reforma³⁸⁰. A esa serie de pronunciamientos cabe agregar el ocurrido el 26 de marzo de 2007, declarando, por primera vez que la historia de Chile, la inconstitucionalidad de un precepto legal en vigor³⁸¹.

¿Cuál es el sentido que, para el ordenamiento jurídico, tienen esas manifestaciones expresivas de la defensa de la Constitución mediante la implementación de los valores, principios y normas articulados en su texto?

Algunos, muy pocos afortunadamente, siguen razonando sobre la base del pensamiento jacobino, es decir, de una concepción revolucionaria y exaltada de la democracia, centrada en la soberanía del legislador, expresada sin restricciones sustantivas ni formales³⁸². La mayoría amplia piensa, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, con esas sentencias, irá paulatina y razonadamente depurando el sistema jurídico de

³⁷⁹ Agustín Squella Narducci (editor), *La Cultura Jurídica Chilena*, Santiago, CPU, 1998; y del mismo editor *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago, CPU, 1994.

³⁸⁰ Véase la *Memoria del Tribunal Constitucional* correspondiente a 2006, Santiago, Imprenta Vicman, 2007 pp. 23 ss.

³⁸¹ Rol N° 681, publicado en el Diario Oficial el 29 de marzo de 2007.

³⁸² Bruno Bongiovanni: “Jacobismo” en Norberto Bobbio et al.: *I Diccionario de Política*, México DF., Siglo Veintiuno Editores, 1997, pp. 843 ss.

disposiciones contrarias a la Carta Fundamental, perfeccionándolo en armonía con el Derecho superior presente en su articulado. Además, será así posible que el legislador sea esmerado en el mérito constitucional de los preceptos que dicte, más conciente de la misión de control de supremacía que el Poder Constituyente ha fijado al Tribunal. Hoy, esa revisión se extiende a los autoacordados, al juicio de la potestad reglamentaria y a otros actos normativos.

Lo que resulta completamente ajeno al proceso descrito, no querido ni pensado por los Ministros del Tribunal, es entronizar una Magistratura arrogante frente al legislador y los demás órganos de jerarquía institucional máxima. El respeto hacia esos órganos, a sus atribuciones y al sentido que le infunden al ejercicio de ellas ha sido la conducta invariable del Tribunal en sus treinta y cinco años de existencia. Confiamos que nadie se apartará de ella. Las sentencias interpretativas que han sido dictadas demuestran que, sólo en la hipótesis de no ser hallada una interpretación de la Constitución que se avenga con la sostenida en el acto examinado, entonces cabe pronunciar su demérito constitucional, porque la defensa del espíritu, texto y contexto de la Constitución es la finalidad esencial de nuestra Magistratura y, en el servicio de esa misión, son insostenibles las renuencias.

III

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS UN AÑO DESPUÉS DE LA REFORMA

13. INCERTIDUMBRE Y RIESGOS

Retrospectivamente evaluado, 2006 fue un año de desafíos. Estos son retos. Implican, incertidumbre ante lo desconocido y riesgo de frente a lo conocido pero que es

necesario cambiar. Consecuentemente, los desafíos conllevan la idea de oportunidades y, por ende, de éxitos y fracasos; de victorias y derrotas; de brillo o de opacidad; pero siempre de trabajo intenso, porque no hay otra alternativa para vencerlos.

Uno u otro desenlace depende de numerosos factores. Aunque es breve el tiempo transcurrido, creo posible ya formular un supuesto esencial para pronunciarme con respecto al Tribunal Constitucional. Me refiero a que, la realización o frustración de los ideales y proyectos impulsados, es una variable dependiente de:

- La buena o mala voluntad de los Ministros del Tribunal y de su personal;
- De los recursos de infraestructura, presupuesto y apoyo técnico que tenga u obtenga nuestra Magistratura para cumplir su misión de guardián supremo del espíritu y la letra de la Constitución; y
- De la comprensión, por todos los órganos estatales, la profesión legal y la ciudadanía del rol del Tribunal y del compromiso por ayudarlo a cumplirlo plena y oportunamente. Insisto que pienso, primeramente, en los órganos constitucionales, sobre todo en la Presidencia de la República y el legislador, pero también en la Administración del Estado y la Judicatura. Pienso, además, en la doctrina y la profesión legal. Con el tiempo, la deducción lógica será también pensar en la ciudadanía, en el Pueblo conciente de la trascendencia que tiene para él vivir lo escrito en la Carta Fundamental.

Mi exposición tiene que ser evaluativa. Eso intentaré hacer de la manera más objetiva y ecuánime que me sea posible. Espero que Uds. extraigan, fácil y categóricamente, las conclusiones de rigor, ojalá que coincidiendo con nuestro balance.

El enfoque se referirá a los tres tiempos del verbo, o sea, de la acción humana, sin reducirnos al pasado o el recuerdo, como pensó Kierkigaard, ni sólo al futuro o la esperanza, según el mismo autor. Tampoco me limitaré a lo que pensó J. Luis Borges, al escribir que somos nada más que el presente, el ahora. Esta última es la visión de T. Jefferson, quien creyó que la Constitución pertenecía nada más que a las generaciones que conviven hoy.

14. EVALUACIÓN

Teniendo presente lo advertido, doy un paso adelante y pregunto ¿cuál fue, desde la reforma de 2005, la realidad del Tribunal Constitucional frente a la modificación aludida? ¿pedimos y obtuvimos cuanto era necesario para cumplir nuestro rol de defensa de la Constitución? ¿pusimos lo que era nuestro aporte en ese esfuerzo? En el año transcurrido ¿recibió el Tribunal los recursos que requería para su misión? En definitiva, ¿cómo funcionó? ¿cumplió realmente la misión que le ha sido asignada por la Constitución? ¿respondió bien a cuanto se espera de él? ¿cuál es el clima de opinión pública imperante acerca de su labor? ¿qué panorama visualizo para el futuro?

Para responder creo necesario ilustrar, en primer lugar, con cifras que cuantifican nuestro trabajo en el lapso transcurrido desde el 27 de febrero de 2006 al 31 de diciembre de ese año³⁸³:

A. Hasta la primera de esas fechas, el Tribunal dictaba 20 sentencias, en promedio, cada año. En el período que me

³⁸³ Revítese la *Memoria del Tribunal Constitucional* con la labor realizada en 2006, Santiago, Imprenta Vicman, 2007, fuente de cuyas pp. 23 ss. han sido extraídas las cifras citadas en este esquema.

ocupa, en cambio, dictó 97 sentencias definitivas y sobre 300 interlocutorias de admisibilidad y muchas otras resoluciones inherentes a los centenares de roles en trámite;

B. En esa labor sobresale el ejercicio de las nuevas competencias, esto es, la inaplicabilidad de preceptos legales y, desde el 26 de marzo de 2007, su inconstitucionalidad. Concretamente, ingresaron 260 requerimientos de inaplicabilidad y cuatro de inconstitucionalidad;

C. Hemos funcionado en dos salas y en pleno; las sesiones de salas han sido celebradas, generalmente, dos veces por semana; lo mismo ha sucedido con las reuniones del pleno, una de las cuales fue siempre dedicada a ver causas. En los diez meses considerados hemos visto más de cien asuntos, con los alegatos de rigor;

D. Las sentencias han sido unánimes, en su mayoría; y se han pronunciado sobre vicios de forma y de fondo, en contraste con la jurisprudencia que sentó la Corte Suprema³⁸⁴. Entiendo que esa unanimidad revela un rasgo positivo, porque corresponde al consenso pleno, coincidente con una hermenéutica constitucional ajena a connotaciones de contingencia política;

E. Hemos actuado sin esperar que sea aprobada la reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, aunque interesados y preocupados por el curso y suerte de su tramitación. Dando aplicación directa a la Carta Política, y acudiendo a la Ley Orgánica Constitucional de la

³⁸⁴ Raúl Bertelsen Repetto, op. cit., pp. 150 ss.; y Eugenio Valenzuela Somarriva: “Labor Jurisdiccional de la Corte Suprema”, en Eugenio Valenzuela somarriva (coordinador), *Proposiciones para la Reforma Judicial*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1991, pp. 157 ss.

Institución, aún vigente, en todo lo que ha sido razonable y autorizado por ella, el Tribunal no ha diferido ni eludido servir el rol que le fijó el Código Político. Por ejemplo, así lo hemos hecho a propósito de los artículos 30 y 39 a 41 de aquella legislación;

F. La hermosa sede, de relieve histórico, en que ha funcionado los últimos seis años demuestra ya ser inadecuada para el funcionamiento eficiente del Tribunal. Téngase presente los hechos siguientes: la sala de audiencias públicas corresponde al salón de nuestro edificio colonial; cuatro Ministros carecen de oficina en ese recinto; los cinco abogados asistentes se encuentran también distribuidos en dos locales muy distantes entre sí; no tenemos espacio para la biblioteca y centro de documentación; el archivo cuenta con instalaciones reducidas; y la atención del público se efectúa en condiciones precarias; y

G. Una mirada a los recursos financieros disponibles demuestra que el presupuesto del Tribunal Constitucional es casi idéntico al del período anterior a la reforma, más el incremento vegetativo correspondiente³⁸⁵. En suma, trátase de un presupuesto sólo de mantención de gastos administrativos, hecho que impide crecer al Tribunal en lo que le es propio y realizar múltiples actividades de relación con la Sociedad Civil y el Estado a través, por ejemplo, de los servicios de una biblioteca y centro de documentación especializados en Justicia Constitucional, realización de seminarios u otras actividades similares y el perfeccionamiento de sus funcionarios en Chile o el extranjero.

¿Cómo se explica la situación presente? Acudo al enfoque de los tres tiempos del verbo para revisar el pasado. En esa perspectiva surge un Tribunal pequeño, con labor muy

³⁸⁵ Véase la Memoria cit., pp. 112 ss.

reducida, cuyo personal y presupuesto era ajustado a esa imagen de segundo plano en el sistema institucional. Aún así, difícilmente puede coincidirse en que tal condición explique también la falta de biblioteca y de un centro de documentación.

15. NUESTRA ACTITUD

Evaluar implica revisar la conducta del Tribunal Constitucional ante la situación recién resumida y adoptar las medidas que indique ese análisis. Al respecto, manifiesto:

Primero, que la buena voluntad y la paciencia inherente son, obviamente, rasgos que caracterizan la actitud ante los problemas enunciados en las siete evidencias precedentemente resumidas; y

Segundo, que la disposición, abnegada y constante, para resolver las dificultades es otra exigencia ineludible. Desde tales puntos de vista, estoy cierto que vamos progresando, aunque en los últimos rubros descritos el avance es casi nulo o muy lento. Enuncio a continuación las razones de esta afirmación:

A. Hemos aumentado el personal profesional, pero moderadamente y sin llegar a satisfacer la necesidad de abogados asistentes y secretariado;

B. Se recuperó la antigua sede de calle Morandé, pero ya está comprobada su insuficiencia, de modo que nos encontramos en búsqueda de un local más amplio, el pago de cuyo arriendo requerirá la suplementación presupuestaria correspondiente;

C. La insistencia en disponer de un solo recinto, digno y adecuado, para albergar a todos los Ministros, relatores, abogados asistentes y personal en general, sigue siendo nuestra

preocupación primordial, sin que, al cabo de un año y medio de haberla planteado, hayamos obtenido resultados favorables concretos;

D. La insistencia en contar con una biblioteca especializada y un centro de documentación y análisis de jurisprudencia constitucional tampoco ha merecido respuestas satisfactorias;

E. Se torna impostergable instalar un oficio de comunicaciones y relaciones públicas, nexo de la Institución con los medios y la opinión pública, a través del cual se entregue información completa y objetiva;

E. Nos hemos conectado con el Gobierno, el Congreso Nacional y la Corte Suprema a través de la página web; la difusión de nuestros fallos por los medios de comunicación es notoria; la participación de Ministros en seminarios y congresos, en Chile y el extranjero, va en aumento; hemos renovado la serie Cuadernos, infundiéndole calidad en los contenidos, belleza en su impresión y regularidad en la publicación; y

F. Han sido cultivadas las relaciones internacionales al punto de ser susceptible de calificarse como excelentes, siendo nuestro Tribunal el más antiguo de Iberoamérica, singularmente respetado en su jurisprudencia y citado como modelo de desarrollo institucional³⁸⁶.

16. EL FUTURO

La evaluación, por último, lleva a pensar el porvenir del Tribunal y de la reforma, inseparables uno de otra y, por lo mismo, comprometidos en el desenlace de ella.

Al respecto digo que:

³⁸⁶ Consúltese la Memoria cit., pp. 70 ss.

- El nuestro es un Tribunal respetado y cada día más influyente en los órganos estatales y en la opinión pública. No es raro ya informarse por los medios de comunicación sobre anuncios en que uno de los contendientes efectúa en el sentido que acudirá a nuestra Magistratura para decidir la controversia, aviso que basta para estimular el arreglo inmediato de ella y lograrlo;
- Es un Tribunal respetuoso de los otros poderes constitucionales, pero resuelto a hacer valer su propia estructura, naturaleza y funciones, por ejemplo, ante el Poder Judicial y la Corte Suprema en particular, sobre todo en ligamen con la inaplicabilidad de las leyes. Salvo contadas excepciones, hemos logrado convivir en un ambiente de recíproco respeto, hecho positivo que se ha visto comprobado con el complejo problema de los efectos de nuestra reciente sentencia de inconstitucionalidad de un precepto legal;
- Es un Tribunal Constitucional conciente de lo que se espera de él, decidido a cumplir su rol de defensor supremo de la Constitución pero prudente, en el sentido que necesita consolidar esa misión en el sistema institucional. Es un órgano joven, el más nuevo de los entes constitucionales, con excepción del Ministerio Público, rasgo que presupone tesón para lograr lo que necesitamos y paciencia ante la demora ; y
- De los dos roles clásicos de la Justicia Constitucional, vamos enfatizando, sin duda, el más reciente y legitimante de su labor, esto es, ser defensor y promotor de la dignidad y los derechos esenciales que fluyen de esa cualidad de la persona humana. En el régimen de control compartido de supremacía, en que concurren el Tribunal y las Magistraturas Superiores a través de las acciones de *habeas corpus* y

protección, especialmente, debemos sumar y armonizar nuestros esfuerzos en la dirección referida³⁸⁷.

17. BALANCE

El Tribunal atraviesa tiempos promisorios. Pienso así, desde luego, porque espero que pronto sean resueltos, favorablemente y en los términos indicados por nuestra Magistratura, todas las dificultades que resumí. Pero pienso así, además, en atención a que los diez Ministros hemos formado un clima de entendimiento encomiable, cualidad que, por supuesto, no impide las prevenciones y disidencias. Pero coincidimos en lo que es el Tribunal, en sus roles y en lo que Chile espera de él, hallándonos resueltos a asumirlos y realizarlos con éxito. ¡La unidad, entonces, es la clave de nuestra razonada esperanza!

³⁸⁷ Recuérdese lo preceptuado, con el carácter de base del sistema institucional de Chile, en el Art. 6 inc. 2º de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, César Landa *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Ed. Palestra, 2007

BALDASSARRE, Antonio “Parlamento y Justicia Constitucional”, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997

BERTELSEN REPETTO, Raúl *Control de Constitucionalidad de la Ley*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969

BONGIOVANNI, Bruno: “Jacobismo” en Norberto Bobbio et al.: *I Diccionario de Política*, México DF., Siglo Veintiuno Editores, 1997

CEA EGAÑA, José Luis “Una Visión de la Teoría Neoconstitucional, *VIII Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, “Informe con Ideas Precisas”, reproducido en *VIII Revista Chilena de Derecho* N° 1 – 6 (1981). En la misma fuente citada consúltese el artículo 80 del proyecto elaborado por el Consejo de Estado, cuyo inciso 2° tiene relación con lo preceptuado hoy en el artículo 93 inciso 1° N° 7 de la Carta Política

Constitución de 1980, artículo 94 inciso 3°. Revísese en este número de los Cuadernos la monografía dedicada al Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes.

Constitución de Chile, artículo 6 inciso 2°

ESCUEDERO ALDAY, Rafael, *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El Debate Sobre la Incorporación de la Moral*, Madrid, Ed. Civitas, 2004

Escritos de Justicia Constitucional, Prólogo, Santiago, Cuaderno N° 35 del Tribunal Constitucional, 2007

FAVOREU, Louis Joseph “La Constitutionnalisation Du Droit”, en Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (directores), *La Constitutionnalisation Des Branches Du Droit*, Aix en Provence, Presses Universitaires D’ Aix Marseille, 1998

FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006

FRIEDRICH, Karl Joachim, *La Democracia como Forma Política y Como Forma de Vida*, Madrid, Ed. Tecnos, 1966

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Derecho, Etica y Democracia”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

GREPPI, Andrea *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006

HÄBERLE, Peter, “La Jurisdicción Constitucional Institucionalizada en el Estado Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coordinador), *I Derecho Procesal Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006

HESSE, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, en Ernest Benda et. Al.: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996

HUNEEUS ZEGERS, Jorge, *I La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1890.

KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995.

KELSEN, Hans “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, en su obra *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Ed. Debate, 1988

LIJPHART, Arend “Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty – One Countries”, New Haven, Yale University Press, 1984

MEINECKE, Friedrich “La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997

Memoria del Tribunal Constitucional, 2006, Santiago, Imprenta Vicman, 2007.

MEZZETTI, Luca *Giustizia Costituzionale e Opposizione Parlamentare. Modelli Europei a Confronto*, Rimini, Maggioli Editore, 1992

MONTILLA MARTOS, José Antonio, *Minoría Política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2002

NELLY, Alfred H.; **HARBISON**, Winfred A. y **BELZ**, Herman “The American Constitution. Its Origins and Development”, New York, W. W. Norton, 1983.

NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997
“Observaciones sobre la Constitución Chilena”, reproducidas en *XX Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2002

PENNOCK, J. Roland “Democratic Political Theory”, Princeton, Princeton University Press, 1979

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes, Debates, Informes*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005.

Rol N° 681, publicado en el Diario Oficial el 29 de marzo de 2007

ROLLA, Giancarlo, *Garantía de los Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006.

SACCO, Sabina “La Constitución de 1980 como Fundamento y Origen de una Teoría Constitucional de la Irretroactividad”, *XXXIII Revista Chilena de Derecho* N° 3, 2006

SAENGER GIANONI, Fernando y **BRUNA CONTRERAS**, Guillermo, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1925 – 2005*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006.

SAGÜÉS, Néstor Pedro *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ad- Hoc, 2006

SAMUDIO, Héctor Fix, “Breves Reflexiones sobre el Concepto y el Contenido del Derecho Procesal Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coordinador), *I Derecho Procesal Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2006

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (editor), *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago, CPU, 1994.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (editor), *La Cultura Jurídica Chilena*, Santiago, CPU, 1998.

TRIBE, Lawrence H., “American Constitutional Law”, Mineola, The Foundation Press, 1988

VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, “Labor Jurisdiccional de la Corte Suprema”, en Eugenio Valenzuela Somarriva (coordinador), *Proposiciones para la Reforma Judicial*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1991

WEBER, Max, *I Economía y Sociedad*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1969

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principi e Voti. La Corte Costituzionale e la Politica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005.

OS DESAFIOS E AS POSSIBILIDADES DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NOS CONTEXTOS SUPRANACIONAIS

GILMAR MENDES

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. 3. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL. 4. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS. 5. NOTAS CONCLUSIVAS.

OS DESAFIOS E AS POSSIBILIDADES DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NOS CONTEXTOS SUPRANACIONAIS

Gilmar Mendes

1. Introdução

O art. 4º da Constituição do Brasil de 1988 estabelece que a “*República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*”.

Em comentário a esse artigo, o saudoso Professor Celso Bastos ensinava que tal dispositivo constitucional representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais¹.

Outros dispositivos da Constituição do Brasil contêm diretrizes para o estabelecimento das relações entre a Constituição e o Direito Internacional. O art. 5º, § 2º, prescreve que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição brasileira “*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, incorporou a esse art. 5º os §§ 3º e 4º, que dispõem, respectivamente, que “*os tratados e convenções internacionais*

¹ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Editora Saraiva, 1988, p. 466

sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, e “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Os referidos dispositivos constitucionais têm permitido ao Brasil acompanhar a tendência hodierna de uma integração latino-americana cada vez maior. No último decênio, os países latino-americanos têm evoluído significativamente na criação de novos mecanismos jurídicos destinados à integração regional e à maior interação entre o Direito interno e o Direito Internacional.

Nesse sentido, a Constituição do Paraguai também contém cláusula expressa que prevê a inserção desse país em contextos jurídicos supranacionais. Trata-se do art. 145, que dispõe da seguinte forma: *“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”.*

Esses fatos estão a demonstrar que a Constituição, no mundo atual, só pode ser compreendida a partir de sua relação permanente com o Direito Internacional.

O presente artigo analisa o papel da jurisdição constitucional brasileira na definição das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional, especificamente entre a Constituição e os tratados internacionais.

2. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Originariamente, o Supremo Tribunal Federal² parece ter assumido a postura de que seria admissível uma espécie de *aplicação imediata* dos tratados e convenções internacionais, desde que regularmente incorporados ao ordenamento brasileiro.

Ao apreciar o Recurso Extraordinário n° 71.154/PR, o Tribunal Constitucional deliberou nos seguintes termos:

Ementa: Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido. (g.n.)

Nessa decisão, o STF, além de prenunciar, de um modo um tanto quanto confuso, que as normas da Convenção de Genebra seriam passíveis de *aplicação imediata*, manifestou que “[...] os tratados aprovados e promulgados integram a legislação interna em pé de igualdade com as leis federais”.

Apesar de ser possível tecer algumas críticas a essa equívoca técnica decisória adotada quanto à utilização do termo *aplicação imediata* – o qual, de fato, significa que o documento normativo internacional independe de qualquer lei específica de aprovação pelo Parlamento dispendo sobre o assunto —, em um momento posterior, a Corte Constitucional brasileira assumiu a matéria com uma preocupação maior com a precisão jurídica.

² RE N° 71.154/PR, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, DJ de 27.8.1971, RTJ N° 58/744-747.

Nesse contexto, destacam-se três precedentes que traduzem o consenso que se firmou, ao menos no âmbito do STF, sobre o tema.

O primeiro precedente foi fixado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE³, com as seguintes disposições:

Ementa: Convenção de Genebra - Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias - Aval aposto à Nota Promissória não registrada no prazo legal. Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário reconhecido e provido.

O acórdão proferido no Recurso Extraordinário em questão é paradigmático porque norteou a adoção da tese de que conflito entre tratado internacional e lei interna brasileira deve se resolver nos moldes do *lex posterior derogat priori*.

Nota-se, portanto, que, ao invés de aplicar uma determinada disposição de tratado, o Tribunal aplicou norma

³ RE Nº 80.004/SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJ de 29.12.1977, RTJ Nº83/809-848.

interna posterior. Assim, no que se refere aos tratados em geral, deve preponderar a última manifestação normativa aplicável. Por essas razões, o então Ministro Francisco Rezek asseverou que:

*“De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça - **sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional.**”⁴ (g.n.)*

Cabe anotar aqui que os defensores do monismo radical (como, por exemplo, Celso Duvivier de Albuquerque Mello) não se convenceram do acerto do acórdão proferido no RE nº 80.004/SE. Contudo, segundo Luís Roberto Barroso:

“A verdade é que, em exame detido da jurisprudência, Jacob Dolinger constatou que a leitura que a maioria dos autores fazia das decisões do Supremo Tribunal Federal era antes reflexo de sua própria crença no primado do direito internacional do que expressão da realidade dos julgados. Ao contrário do sugerido, a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra

⁴ Francisco Rezek, *Direito Internacional Público: Curso Elementar de Direito Internacional*. 9. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2002, p. 99.

geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior”⁵ (g.n.).

A despeito da questão concernente ao confronto entre o tratado internacional e lei ordinária sob a perspectiva da especialidade, destaca-se o precedente firmado no julgamento do *Habeas Corpus* n° 58.727/DF⁶, no qual assentou-se: “Na colisão entre a lei e o tratado, prevalece este, porque contém normas específicas.”

Ou seja, essa orientação apenas confirma uma hipótese de sobreposição hierárquica do tratado (de extradição) em face da lei interna, com base na aplicação da regra *lex specialis derogat generalis* a favor de pacto internacional bilateral, de natureza extradicional, celebrado pelo Brasil.

Por fim, o terceiro precedente a ser destacado é a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.480/DF⁷. A importância desse caso reside no fato de que o STF, além de reiterar a tese de que os tratados e convenções internacionais apresentariam *status* jurídico de lei ordinária (não podendo, portanto, regular matéria destinada à disciplina de lei complementar por reserva constitucional), analisou as possibilidades de incidência dos sistemas de fiscalização abstrata e concreta de normas para a aferição da inconstitucionalidade ou constitucionalidade desses atos normativos internacionais.

⁵ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 19.

⁶ HC N° 58.727/DF, Rel. Min. Soares Muñoz, *DJ* de 3.4.1981.

⁷ ADI-MC N° 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 18.5.2001.

Nessa oportunidade, a Corte brasileira interpretou a questão do seguinte modo:

“[...] CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. – O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. – Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. [...]. ” (g.n)⁸.

Importante também chamar a atenção para a ADI N° 1.625⁹, ora em julgamento no Supremo Tribunal Federal.

⁸ ADI-MC N° 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18.5.2001.

⁹ ADI 1.625/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa. Julgamento não concluído, em virtude de pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa.

Ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - Contag e pela Central Única dos Trabalhadores - CUT contra o Decreto 2.100/96, onde o Presidente da República torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da OIT (término da relação de trabalho por iniciativa do empregador), pleiteia-se a inconstitucionalidade de denúncia unilateral por parte do governo brasileiro.

Deverá o Supremo Tribunal Federal, nesse caso, decidir se o sistema de denúncias restará na alçada discricionária do Presidente da República ou, contrariamente, se deverá ser exigido o assentimento do Congresso Nacional antes da desvinculação unilateral do Brasil de qualquer tratado internacional. A depender da decisão do STF no presente caso, poderemos ter significativa mudança jurisprudencial.

Conclusivamente, em um panorama geral, os efeitos dos tratados internacionais sujeitam-se a efetiva incorporação ao ordenamento brasileiro. Assim, a aplicabilidade dos preceitos internacionais somente é possível a partir do momento em que cumpridos os requisitos solenes para a sua devida integração à ordem jurídico-constitucional, a saber: i) celebração da convenção internacional; ii) aprovação pelo Parlamento; e iii) a ratificação pelo Chefe de Estado – a qual se conclui com a expedição de Decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que, somente a partir desse momento, passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

3. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL

A incorporação de normas é tema tão presente no Mercosul que se editou uma peculiar norma denominada *Incorporação da normativa Mercosul ao ordenamento jurídico dos estados partes*. Nesse documento, renova-se a obrigatoriedade das normas derivadas do Mercosul e se estabelece um sistema de *fiscalização e acompanhamento* das incorporações normativas e dos respectivos prazos para que isso ocorra (Decreto n° 23/2000).

Os doutrinadores indagam qual força esse tipo de norma apresentaria, considerando que, além de sequer ter passado pelos Parlamentos nacionais, ela apenas repetir o disciplinado em Tratados anteriores.

Assim, o art. 10 do referido documento dispõe, paradoxalmente, que: "*Esta decisão não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados-Partes, nos termos do Art. 42 do Protocolo de Ouro-Preto, por regulamentar aspectos da organização ou funcionamento do Mercosul*".

Do ponto de vista jurídico, a legislação aplicável do Mercosul não é imediatamente coercitiva, no plano interno, para particulares, nem encontra legitimidade supranacional na Constituição brasileira.

O próprio Protocolo de Ouro Preto (complementar ao Tratado de Assunção) reconhece essa falta de aplicabilidade interna de suas fontes jurídicas. Os arts. 38 a 40, inclusive, disciplinam que as normas convencionadas para o Mercosul

apenas entrarão em vigor após a sua incorporação em cada um dos quatro países membros.

Nesse contexto, relativamente ao Mercosul, é possível sistematizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em dois conjuntos principais¹⁰: a primeira versa sobre o Protocolo de *Las Leñas* de cooperação judicial; a segunda, sobre o Protocolo de Cautelares.

O Protocolo de *Las Leñas*, de 1992, consiste em um documento internacional de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os países do Cone Sul. Ele foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto N° 2067, de 12 de novembro de 1996, e objetiva, em termos gerais, facilitar as provas, as trocas de informações, o reconhecimento de sentenças e a cooperação em geral entre os poderes judiciários dos países do Mercosul.

Ademais, progrida ao conferir tratamento não discriminatório ao estrangeiro (pessoas físicas e jurídicas) residente ou sediado no Mercosul¹¹; e, por fim, possibilita trâmites mais céleres para o reconhecimento e execução por carta rogatória.

¹⁰ Claudia Lima Marques, *Direito do Mercosul: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração*. *Revista de Derecho Internacional y del Mercosu/ Revista de Direito Internacional e do Mercosul*. Buenos Aires, ano 7, n.1, fev. 2003.

¹¹ “Art. 3. Os cidadãos e os residente permanentes de um dos Estados-Partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado-Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses. O parágrafo anterior aplicar-se-á às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados Partes.”

Entretanto, essa suposta desburocratização dos procedimentos judiciais internacionais tem sido obstada pela tradição brasileira da homologação judicial e da centralização judicial no STF¹², como exemplifica a decisão do Agravo Regimental na Carta Rogatória n° 7.613¹³, cuja ementa dispôs o seguinte:

“Sentença estrangeira: Protocolo de Las Leñas: homologação mediante carta rogatória. O Protocolo de Las Leñas (‘Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa’ entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira - à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar - para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta à admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provinda dos Estados partes se faça mediante rogatória,

¹² A esse respeito cf. a seguinte série de julgados: CR-AgR n° 7.613/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence *DJ* de 14.4.1997; CR-AgR n° 7.618/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 15.4.1997; CR n° 8240/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 1.3.1999; CR n° 8267/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 22.3.1999; CR n° 7.662/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 11.9.1997; CR n° 7.899/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 2.9.1997; CR n° 8.038/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 15.10.1997; e RCL n° 717/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 19.9.2002.

¹³ CR-AgR n° 7613/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14.4.1997. Ressalte-se que a EC n° 45/2004 transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 105, I, *i*).

o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o *exequatur* se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento.”

Nesse contexto, são elucidativas as seguintes palavras de CLÁUDIA LIMA:

“Note-se que em 1997, 1998 e 1999, o STF utilizou o processo de cooperação previsto no Protocolo de Las Leñas, mas sempre interpretando que as cartas rogatórias deveriam passar pelo Presidente do STF. É típico o caso que envolvia um juiz de fronteira com o Uruguai, da cidade de Livramento (Rio Grande do Sul) separada apenas por uma rua para a cidade uruguaia de Riveira. Neste processo, o juiz, em caso de direito de família, dirigiu-se diretamente ao magistrado uruguaio e sua carta rogatória foi caçada, devendo seguir os trâmites normais do Direito Brasileiro e ir ao STF em Brasília, para só então, depois de meses, retornar ao magistrado uruguaio”¹⁴.

A interpretação de decisões judiciais conferida ao Protocolo de *Las Leñas* pelo Supremo Tribunal Federal possibilitava a homologação via carta rogatória. Porém, ainda persistia, à época dos referidos julgamentos, a centralização imposta pela Constituição brasileira no art. 102, I, *h*, que preceituava competir ao STF processar e julgar, originariamente, “a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do

¹⁴ Claudia Lima Marques, *Direito do Mercosul: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração*, op. cit.

‘*exequatur*’ às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”¹⁵. Por esse motivo, a decisão foi considerada por autores argentinos e uruguaiois como insuficiente, por tornar inócuas as pretensões de economia e celeridade processual almejada pelo sistema.

Nesse sentido, a argentina Maria Noodt é incisiva ao afirmar que: “*La circunstancia de que los exhortos tengan que pasar necesariamente por el Supremo Tribunal Federal dificulta la cooperación judicial internacional*”¹⁶.

Quanto à segunda vertente jurisprudencial¹⁷, observam-se decisões referentes ao Protocolo de Cautelares. Segundo dispõe o seu art. 5º: “*A admissibilidade da medida cautelar será regulada pelas leis e julgada pelos juízes ou Tribunais do Estado requerente.*”

Este protocolo já havia sido apreciado quando do julgamento do Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279¹⁸. O Supremo Tribunal rejeitou expressamente a viabilidade constitucional da aplicação direta, pelo Brasil, do Protocolo de Medidas Cautelares (ou Protocolo de Ouro Preto-MG), por estar a recepção dos tratados ou convenções

¹⁵ Tal dispositivo restou revogado pela EC nº 45/2004, de 8.12.2004, que acrescentou a alínea “i” ao art. 105 da CF, transferindo para o Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

¹⁶ María Blanca NOODT TAQUELA, *Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el MERCOSUR. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, nº 15, p. 186.

¹⁷ CR-AgR nº 8.279/Argentina, Rel. Ministro Celso de Mello, *DJ* de 29.6.1998; e CR-AgR nº 9.194-Argentina, Rel. Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 24.11.2000.

¹⁸ CR-AgR nº 8.279/Argentina, Rel. Ministro Celso de Mello, *DJ* de 29.6.1998.

internacionais em geral e dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul sujeita à disciplina tradicional de aprovação dos tratados, tal como fixada na Constituição de 1988 (art. 49, I).

Desse modo, o Tribunal preconizou que:

“MERCOSUL. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. [...].

O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. – [...] O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham

consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. - Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL. (g.n.)¹⁹

Essa decisão unânime do STF afastou, tendo em vista as disposições constitucionais em vigor, a viabilidade constitucional do princípio da aplicabilidade direta. Todavia, deixou-se em aberto a possibilidade de adoção do princípio, por via de emenda à Constituição, conforme registrou o Ministro Celso de Mello, na parte final de seu voto:

“[...] resulta claro, do exame da controvérsia suscitada na presente causa, que a institucionalização

¹⁹ CR-AgR n° 8.279/Argentina, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.6.1998.

*das bases jurídicas essenciais à posituação de um verdadeiro direito da integração, de índole comunitária, supõe, na perspectiva do ordenamento positivo brasileiro, a instauração de um necessário processo de **reforma constitucional** (g.n.). Enquanto tal não se verificar, revelar-se-á constitucionalmente inviável, entre nós, e no que concerne a acordos e tratados de integração celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, a aplicação do princípio do efeito direto e do postulado da aplicabilidade imediata”²⁰.*

Posteriormente, no julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 9.194²¹, o STF aplicou o Protocolo de Cautelares do Mercosul, já incorporado, nos seguintes termos: “A medida rogada encontra amparo nos arts. 3º, 21 e segs. do Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994, e aprovado pelo Decreto Nº 2626, de 15 de junho de 1998.”

Todavia, tendo em vista a já aludida disposição constitucional conservadora e centralizadora das cartas rogatórias quando ainda no âmbito da Corte Constitucional (CF, art. 102, I, h)²², restou prejudicado o caráter de inovação processual do Protocolo.

²⁰ CR-AgR nº 8.279/Argentina, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.6.1998.

²¹CR-AgR nº 9.194/Argentina, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 24.11.2000.

²² A competência para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias foi transferida para o STJ, de acordo com a EC nº 45/2004.

Como se pode deprender dos julgados referidos, a interpretação do STF ao *Direito do Mercosul* não privilegia, sob hipótese alguma, a almejada integração regional.

Em verdade, a Corte tem assumido a posição centralizadora e formalista que lhe é atribuída constitucionalmente. Tal postura acaba por manifestar uma espécie de *persistente indiferença*, ou até mesmo, uma *má-vontade* do Judiciário brasileiro em relação às questões do direito comunitário, nesse contexto que apresenta como possibilidade uma configuração supranacional.

4. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Em sessão plenária de 22 de novembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal deu um grande passo jurisprudencial quanto à questão da incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, e do RE nº 349.703, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, sete Ministros (Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio) votaram no sentido de se declarar a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia. Entendeu-se que, tendo em vista o caráter *supralegal* dos tratados sobre direitos humanos, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação

da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

O julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Celso de Mello, mas tudo indica que o Supremo Tribunal Federal consolidará tal entendimento, pondo fim a uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o *status* normativo dos diplomas internacionais em matéria de direitos humanos.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado²³ – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos²⁴; b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais²⁵; c) a tendência

²³ Germán J. Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 357.

²⁴ Celso Duvivier de Albuquerque Mello, O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26.

²⁵ Antonio Augusto Cançado, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, nº 113-

que reconhece o *status de lei ordinária* a esse tipo de documento internacional²⁶; d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos²⁷.

A primeira vertente professa que os tratados de direitos humanos possuiriam *status* supraconstitucional. No direito comparado, Bidart Campos defende essa tese em trechos dignos de nota:

“Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etc., con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliarlo con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado – cada una en su situación histórica – en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de lege ferenda) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución. Es cosa que cada Estado ha de decir por sí, pero si esa decisión conduce a erigir a los tratados sobre derechos humanos en instancia prelatoria respecto de la Constitución, el principio de su supremacía – aun debilitado – no queda escarnecido en su télesis, porque es sabido que desde

118, 1998. p. 88-89; Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

²⁶ RE n° 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977.

²⁷ Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia.

que lo plasmó el constitucionalismo clásico se ha enderezado – en común con todo el plexo de derechos y garantías – a resguardar a la persona humana en su convivencia política”²⁸.

Entre nós, Celso de Albuquerque Mello²⁹ é um exemplar defensor da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outros termos, nem mesmo uma emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.

Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal ao analisar o problema, *“assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o*

²⁸ Germán J. Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*, op. cit., 353.

²⁹ MELLO. O §2º do art. 5º da Constituição Federal, cit., p. 25.

controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)³⁰.

Os poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*. Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição³¹, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais.

O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.

A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal

³⁰ RHC n° 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002.

³¹ A aplicabilidade dos preceitos internacionais somente é possível a partir do momento em que cumpridos os requisitos solenes para a sua devida integração à ordem jurídico-constitucional, a saber: i) celebração da convenção internacional; ii) aprovação pelo Parlamento; e iii) a ratificação pelo Chefe de Estado – a qual se conclui com a expedição de Decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que, somente a partir desse momento, passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.

Ressalte-se, porém, que, na medida em que esse tipo de controle possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Internacional.

A experiência de diversos ordenamentos jurídicos, especialmente os europeus, demonstra que as Cortes Constitucionais costumam ser bastante cautelosas quanto à questão da apreciação da constitucionalidade de tratados internacionais. Assim, mesmo em momentos delicados – como os famosos casos *Maastricht* na Alemanha³² e na Espanha³³ –, os Tribunais evitam declarar a inconstitucionalidade de atos normativos internacionais.

Como afirmou o Tribunal Constitucional da Espanha no *caso Maastricht*:

“Aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c, 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la

³² BVerfGE 89, 155 (175); cf. também SCHWARZE, Jürgen, In: BADURA, Peter/ DREIER, Horst, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001, vol. I, p. 224 (229).

³³ Declaração do Tribunal Constitucional da Espanha de 1º de julho de 1992, *caso Maastricht*. In: LÓPEZ GUERRA, Luis. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 603.

eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada.”

É nesse contexto que se impõe a necessidade de utilização de uma espécie de *controle prévio*, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas.

Essa idéia, apesar de todos os óbices do sistema brasileiro, já apresenta os elementos suficientes para a sua exequibilidade. Uma vez que o Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou ainda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil.

Assim, em face de todos os inconvenientes resultantes da eventual supremacia dos tratados na ordem constitucional, há quem defenda o segundo posicionamento, o qual sustenta que os tratados de direitos humanos possuiriam estatura constitucional.

Essa tese entende o § 2º do art. 5º da Constituição como uma *cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. E o § 1º do art. 5º asseguraria a tais normas a *aplicabilidade imediata* nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa.

A hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo em vista seu

caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns, os quais possuiriam apenas estatura infraconstitucional.

Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito³⁴. Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano³⁵.

No Brasil, defendem essa tese Antônio Augusto Cançado Trindade³⁶ e Flávia Piovesan³⁷, os quais entendem que os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição caracterizar-se-iam, respectivamente, como garantes da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Cançado Trindade, que propôs à Assembléia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do atual § 2º ao art. 5º no texto constitucional que estava sendo construído, assim expressa seu pensamento:

³⁴ Flávia Piovesan, A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 44-56.

³⁵ Antonio Augusto Cançado Trindade, A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano 46, nº 12, jul/dez. 1993.

³⁶ Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p.515.

³⁷ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.

“O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional (...). Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira”³⁸.

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos é prevista, por exemplo, pela Constituição da Argentina, que delimita o rol de diplomas internacionais possuidores desse *status* normativo diferenciado em relação aos demais tratados de caráter comum³⁹. Da mesma forma, a

³⁸ Antônio Augusto Cançado Trindade, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, nº 113-118, 1998, p. 88-89.

³⁹ Art. 75 (22) da Constituição da Argentina. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre

Constituição da Venezuela, a qual, além da hierarquia constitucional, estabelece a aplicabilidade imediata e direta dos tratados na ordem interna e fixa a regra hermenêutica da norma mais favorável ao indivíduo, tal como defendido por essa corrente doutrinária⁴⁰.

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*”

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

⁴⁰ Constituição da Venezuela de 2000, art. 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n° 80.004/SE, da relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque⁴¹, e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988⁴².

Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender a terceira das teses acima enunciadas, que prega a idéia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Para essa tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.

⁴¹ Julgado em 1° 6.1977, *DJ* 29.12.1977

⁴² HC n° 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 1° 8.2003; ADI-MC n° 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 18.5.2001; HC n° 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19.8.2005; HC n° 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 20.10.2000; HC n° 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 4.9.1998; RE n° 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 5.9.2003; RHC n° 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.8.2001.

O Supremo Tribunal Federal, como anunciado, passou a adotar essa tese no julgamento do RE nº 80.004/SE. Na ocasião, os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, calcado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após voto-vista do Min. Cunha Peixoto, entendeu que ato normativo internacional – no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*.

Na verdade, o entendimento que prevaleceu foi o exposto no brilhante voto do Ministro Leitão de Abreu, que bem equacionou a questão, da seguinte maneira:

“(...) Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado. Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio ‘lex posterior derogat’

priori'. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas"⁴³.

Sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC n° 72.131/RJ, Redator para o acórdão Ministro Moreira Alves, porém agora tendo como foco o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*. Preconizaram esse entendimento também os votos vencidos dos

⁴³ Tanto foi assim que o Tribunal, posteriormente, no julgamento do RE n° 95.002/PR, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ 13.11.1981, voltou a aplicar a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Carlos Velloso. Deixou-se assentado, não obstante, seguindo-se o entendimento esposado no voto do Ministro Moreira Alves, que o art. 7º (7) do Pacto de São José da Costa Rica, por ser norma geral, não revoga a legislação ordinária de caráter especial, como o Decreto-Lei nº 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil.

Posteriormente, no importante julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares.

A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores⁴⁴ e mantém-se firme na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

Não se pode perder de vista que hoje vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta

⁴⁴ RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, *DJ* 5.9.2003; HC nº 81.319/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, *DJ* 19.8.2005; Cf. também HC n 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, *DJ* 4.9.1998; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, *DJ* 20.10.2000; RE nº 282.644/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, *DJ* 20.9.2002.

como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais⁴⁵.

Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno⁴⁶.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral⁴⁷ como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais⁴⁸ e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

⁴⁵ Peter Häberle, *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77.

⁴⁶ Häberle, *El estado constitucional*, cit., p. 74.

⁴⁷ Häberle, *El estado constitucional*, cit., p. 68.

⁴⁸ Häberle. *El estado constitucional*, cit., p. 67.

Na realidade europeia, é importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais (*cf.* v.g. Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana⁴⁹; os arts. 8^o⁵⁰ e 16⁵¹ da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9^o (2) e 96 (1) da Constituição espanhola⁵²; dentre outros)⁵³.

⁴⁹ O art. 11 da Constituição italiana preceitua que a Itália “*consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações*”.

⁵⁰ Cf. José Joaquim Gomes Canotihlo, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 725-727. Dispõe o atual art. 8.º da Constituição da República Portuguesa (Quarta Revisão/1997): “Art. 8.º (direito internacional). 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internamente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

⁵¹ O art. 16, n.º 1 da Constituição Portuguesa preceitua que: “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Ademais, o art. 16, n.º 2 aduz que: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

⁵² A Constituição espanhola, em seu art. 9 n.º 2, afirma que: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha”. Ademais, no art. 96, n.º 1, dita a regra de que: “os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola”.

⁵³ Jochen Frowein, *Abr. Die Europäisierung des Verfassungsrechts. In: Peter Badura, e Horst Dreier, Festschrift des Bundesverfassungsgerichts. Bd. I, 2001. p. 209-210.*

Ressalte-se, nesse sentido, que há disposições da Constituição de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me, especificamente, a quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

A primeira cláusula consta do parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a “*República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*”, que, conforme mencionado, representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais, na lição do Professor Celso Bastos.

A segunda cláusula é aquela constante do § 2º do art. 5º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira “*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

A terceira e quarta cláusulas foram acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que rezam, respectivamente, que “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”, e “*o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*”.

Convém lembrar, também, que vários países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional.

Assim, o Paraguai (art. 145 da Constituição)⁵⁴ e a Argentina (art. 75 inc. 24)⁵⁵, provavelmente influenciados pela institucionalização da União Européia, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições. A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu artigo 6º, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos argentinos e paraguaios, ao prever que "*A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos.*"

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos

⁵⁴Constituição do Paraguai, de 20.6.1992, artigo 145: "*A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.*"

⁵⁵A Constituição da Argentina, no inciso 24 do artigo 75, estabelece que "*Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis.*"

e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.

No continente americano, o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vem apresentando uma considerável evolução desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos, em 21 de novembro de 1969.

Entretanto, na prática, a mudança da forma pela qual tais direitos são tratados pelo Estado brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual. E um dos fatores primordiais desse fato está no modo como se tem concebido o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.

Importante deixar claro que o anacronismo da tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “*pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC nº 79.785/RJ, pelo voto do Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais. Pertence manifestou seu pensamento da seguinte forma:

“Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou

negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos”⁵⁶.

Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que “*as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional*”.

Anoto, ainda, que o mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)⁵⁷ e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28)⁵⁸.

Também o Reino Unido vem dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se

⁵⁶ RHC nº 79.785/RJ, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso.

⁵⁷ Art. 55 da Constituição da França de 1958: “*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*”

⁵⁸ Art. 28 da Constituição da Grécia de 1975: “*The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary.*”

mostra um soberano absoluto. O “*European Communities Act*”, de 1972, atribuiu ao direito comunitário hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento. Essa orientação tornou-se realidade no caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (N.2) [1991]*⁵⁹.

No Direito Tributário, ressalto a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, previsto pelo art. 98 do Código Tributário Nacional⁶⁰. Há, aqui, uma visível incongruência, pois admite-se o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional⁶¹, mas quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária⁶².

É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito

⁵⁹ Christian Tomuschat, *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*, in Peter Badura e Horst Dreier (org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Tübingen, Mohr-Siebeck*, v. 1, p. 249.

⁶⁰ Na doutrina: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, (coord.). *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Lex Editora; 2005. Hugo de Britto Machado, *Curso de Direito Tributário*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88-89. Na jurisprudência: RE n° 99.376/RS, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 1.6.1984; RE n° 90.824/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 19.9.1980. Há quem defenda a inconstitucionalidade do art. 98 do Código Tributário. Nesse sentido: Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 208-209.

⁶¹ RE n° 99.376/RS, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 1.6.1984.

⁶² HC n° 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 1.8.2003; ADI-MC n° 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 18.5.2001; HC n° 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19.8.2005; HC n° 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 20.10.2000; HC n° 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; *DJ* 4.9.1998; RE n° 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 5.9.2003; RHC n° 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.8.2001.

internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Cito, a título exemplificativo, os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orozimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo.

A premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, “*a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central*”⁶³.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, será possível ao Supremo Tribunal Federal concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso

⁶³ Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit., p. 515.

LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

Podemos afirmar que, sob a perspectiva brasileira, o problema central da justiça constitucional nos contextos tendentes à supranacionalidade apresentados reside não apenas no incipiente grau de institucionalização do Mercosul, ou ainda da recente integração do país ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas, sobretudo, nas dificuldades impostas pelo próprio modelo institucional do Poder Judiciário brasileiro, desenhado pela Constituição Federal.

Reitera-se, portanto, que no âmbito da jurisdição brasileira são patentes as dificuldades para a implementação de uma efetiva justiça constitucional em contextos supranacionais.

Em outras palavras, é necessário derrubar preconceitos e assumir uma postura jurisdicional mais adaptável às realidades emergentes em âmbito regional e mundial.

Ademais, têm sido inúmeras as demandas de democratização da prestação jurisdicional no Brasil. Desde o ano 2000 essas preocupações sociais estão em desenvolvimento sob a forma do debate político daquilo que se convencionou denominar simplesmente por Reforma do Judiciário, que já tiveram, como consequência, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Em suma, as alterações introduzidas pela referida Emenda Constitucional visaram a: i) uma maior celeridade e eficiência processual; ii) maiores garantias para a efetiva inclusão social; e, iii) racionalização do sistema processual e de competências dos órgãos jurisdicionais, de modo a viabilizar a segurança jurídica e a retomar confiança no Poder Judiciário.

É justamente nesse momento crítico que se fazem oportunas algumas propostas pertinentes para a flexibilização do sistema constitucional, principalmente no que concerne aos procedimentos de incorporação dos tratados à ordem jurídica brasileira.

Desse modo, torna-se necessário o redimensionamento dos papéis exercidos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de modo a harmonizá-los a contextos tendentes à *supranacionalidade*.

Como apresentamos, no âmbito do Judiciário, é fundamental que se ultrapasse esse longo período de marasmo e convencionalismo relativamente ao Direito Internacional.

Partindo-se dos instrumentos já existentes, por exemplo, é possível verificar perspectivas de efetivação do sistema de interação entre a ordem jurídica nacional e a comunitária por meio da instauração de um *controle preventivo de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais*.

No âmbito das negociações internacionais do Mercosul, a institucionalização do Tribunal Permanente de Revisão nos permite traçar perspectivas otimistas para o desenlace do impasse vivenciado, até então, no acanhado sistema jurisdicional de solução de controvérsias (de natureza comercial) do Mercosul.

Já no que toca ao aspecto da incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acenou com interessante fórmula. Passa-se a cogitar, portanto, a superação do problema da *aplicabilidade imediata* dos atos normativos internacionais.

Em suma, seja nessa tendência de consolidação do Mercosul, ou ainda da implementação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a questão da justiça constitucional em contextos supranacionais está intimamente vinculada aos limites da relação entre o direito comunitário e o nacional, no âmbito da *transferência de soberania*.

Como todos sabem, embora se mencione o preconceito dos latino-americanos em relação a essa idéia de *transferência*, as reformas implementadas nas constituições da Argentina e do Paraguai já trazem positivadas a própria idéia dessa possível delegação.

Caso se admita isso como solução – extremamente ortodoxa no mundo atual –, certamente ela não virá isenta de problemas, muitos dos quais já colocados concretamente na Europa comunitária.

A primeira pergunta a ser feita seria sobre os limites dessa *transferência*. Qual seria a hierarquia do Direito supranacional admitido em face do Direito Nacional? Como ficam os direitos fundamentais, o nosso princípio da reserva legal ou da legalidade, em face de normas às vezes baixadas por executivos despidos de legitimidade parlamentar?

Admitamos, para argumentar, que enveredássemos pelo caminho desta idéia de *transferência de direitos de soberania*, ainda que submetida a todas as cautelas de estilo, com as aprovações devidas. É verdade, não se pode negar, que neste caso essa *transferência* há de ter, pelo menos, uma pretensão de continuidade ou de duração.

Que faríamos nós, no caso brasileiro, em relação às decantadas cláusulas pétreas? E a defesa de direitos e a proteção

judiciária? Poder-se-ia cogitar essas questões em nosso sistema latino-americano, sem uma revisão do modelo constitucional que marca hoje o Mercosul?

Certamente que ainda não é possível, mas é preciso que tenhamos a abertura suficiente para vislumbrar também essa perspectiva.

Alguns entre nós ainda reagem negativamente à possibilidade de uma eventual *transferência de direitos de soberania*, tal como se fala ou como se expressa no artigo 24, da Lei fundamental de Bonn, desde 1949 – interpretação semelhante já também adotada em relação ao artigo 11 da Lei Constitucional Italiana e demais disposições que se reproduziram no direito constitucional europeu.

Se essa opção deve ser ou não trilhada é uma questão que também o tempo haverá de nos dizer, mas, certamente, temos que meditar profundamente sobre isto, no contexto mesmo da chamada reforma do Estado brasileiro.

Outro problema relevante diz respeito ao sistema federativo. Como operar tranqüilamente, embora já conheçamos algumas polêmicas e algumas soluções alvitradas, com a eventual necessidade de transferência ou de negociação em relação a direitos e competências dos estados-membros em face de uma pretensa estrutura comunitária? Como assegurar igualmente a participação dos estados-membros nesse processo de *transferência*?

É claro que não há como negar que essas reflexões envolvem um repensar de todo o modelo que enfatizava, como princípio fundamental, a idéia de soberania.

Daí a indagação sobre a necessidade de se reverem esses modelos institucionais, ou pelo menos se deixar no texto constitucional abertura para que, no caso de eventual necessidade, o processo de integração se faça sem tumulto, e sem solução de continuidade à adaptação necessária para uma comunidade efetiva e para um ordenamento de caráter supranacional.

Como se pode ver, na verdade temos angústias e indagações, mais do que respostas. Creio também que não estamos muito distantes do ponto central deste debate, que é a relação entre o significado da justiça constitucional nos contextos supranacionais e, nesse particular, no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.

BIBLIOGRAFÍA

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira. São Paulo. Lex Editora; 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, São Paulo, Editora Saraiva, 3ra. Ed., 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; **MARTINS**, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo, Editora Saraiva, 1988.

BIDART CAMPOS, Gérman J.. Teoría General de los Derechos Humanos. Buenos Aires, Astrea; 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, n° 12, jul/dez. 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, n° 113-118, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2ª reimpressão, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2003.

DREIER, Horst. Festschrift des Bundesverfassungsgerichts. Bd. I, 2001.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

LÓPEZ GUERRA, Luis. Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

MACHADO, Hugo de Britto. Curso de Direito Tributário. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. O "Direito do Mercosul": Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração. Revista de Derecho Internacional y del Mercosur / Revista de Direito Internacional e do Mercosul. Buenos Aires, año 7, n.1 Feb. 2003.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NOODT TAQUELA, Maria Blanca, Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el Mercosur. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº 15.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: Temas de Direitos Humanos. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2002.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 9ª.ed., revista, São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHWARZE, Jürgen. In: Badura, Peter/ Dreier, Horst, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Vol. I. Tübingen, 2001.

TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, in Peter Badura e Horst Dreier (org.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Vol. I. Tübingen, 2001.

**SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA Y
DERECHOS HUMANOS.
LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL
COSTARRICENSE**

Luis Paulino Mora Mora

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO PARÁMETRO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. 2. CONDICIONES CARCELARIAS DIGNAS. 3. DEFINICIÓN DE LA NATURALEZA DE LA PENA DE PRISIÓN. 4. DERECHOS DERIVADOS DE LA CUSTODIA. 5. CUMPLIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO LEGAL. 6. OBLIGACIÓN DE SEPARAR A LOS INTERNOS POR CATEGORÍA. 7. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS REGLAS MÍNIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS. 8. RESPETO A LA SALUD E INTEGRIDAD FÍSICA. 9. OBLIGACIÓN DE RESPETAR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. PROHIBICIÓN DE UTILIZAR GASES VESICANTES CONTRA LA POBLACIÓN PENAL. 10. RESPUESTA A GESTIONES EN UN PLAZO RAZONABLE. 11. OTROS DERECHOS RECONOCIDOS.

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA Y DERECHOS HUMANOS.
LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

**SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA
Y DERECHOS HUMANOS.
LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL
COSTARRICENSE**

Luis Paulino Mora Mora

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco a la Corte Suprema de Justicia de Paraguay la invitación para participar en la conmemoración del decimoquinto aniversario de la Constitución, normativa que de seguro ha servido de norte en el rescate de las instituciones democráticas de esta Nación, que lucha por facilitar mayores oportunidades para que sus habitantes disfruten de un sistema en el que el respeto de los derechos humanos sea una realidad. Aprovecho esta oportunidad para tratar un tema de vieja data que sigue teniendo actualidad, especialmente en los países subdesarrollados -como los de nuestro sufrido continente-, el de las condiciones de vida en las cárceles.

Indudablemente que cuando hablamos de sobrepoblación en las cárceles, estamos reconociendo -entre otras cosas-, un problema de deterioro social, de infraestructura, muchas veces también de retraso judicial, de falta de planificación en la política criminal, temas que tienen un trasfondo económico importante -aunque no exclusivo-, con consecuencias catastróficas desde el punto de vista humano. Muerte, motines, suicidios, drogadicción, violencia sexual, enfermedad, son todos problemas penitenciarios que, como sabemos, se agravan con el hacinamiento.

Hace menos de dos años, se hablaba de una sobrepoblación en las cárceles en Honduras de un 146%, 104%

en El Salvador, 63% en Costa Rica, 60% en Nicaragua y de un 21% en Panamá¹. Sin embargo, estas cifras son conservadoras, frente a otras también recientes que hablan de una sobrepoblación en el caso de México de un 104%, Uruguay un 105%, Panamá 121%, Ecuador 131%, Nicaragua 160%, Costa Rica 163%, El Salvador de 204%, Brasil 210% y Honduras un 247%².

Considero que cuando hablamos de sobrepoblación penitenciaria, el tema económico es definitivamente central, por al menos dos razones:

- a) La falta de presupuesto no permite adaptar la infraestructura a los aumentos en la población, en la comisión de delitos, o en la represión.
- b) En los países subdesarrollados la inversión en desarrollo humano se ha visto afectada con el proceso de mundialización o globalización, que ha acentuado aún más las divisiones de clase, empobreciendo aún más a los que menos tienen y concentrando mayor riqueza en los que más tienen³, proceso que sin duda repercute en los índices de criminalidad, al romperse el equilibrio social.

También afecta este tema de alguna forma, el retraso en la solución de los conflictos planteados en los tribunales de justicia, pues muchos de nuestros países, no garantizan al Poder

¹ La Prensa Honduras on the web.

Dirección www.laprensahn.com/caarc/9708/c22004.htm.

² Elías Carranza, "Sistema Penitenciario y Derechos Humanos en América Latina", en *Memoria del Simposio Internacional Derechos Humanos y Justicia Penal. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, Editorial Emahaia S.A. Primera Edición, Toluca México, 1998, pp 93-103.

³ El mencionar los efectos negativos señalados, no significa que se rechace el mercado como principio central de la organización de la vida económica mundial.

Judicial una seguridad económica que le permita hacerle frente, en forma eficaz, al aumento en el volumen de causas que deben conocer los jueces, lo que incide directamente en el número de presos sin condena. No hay que negar que, también juega un papel muy importante, la falta de una política criminal responsable, que obedezca a criterios científicos y no a las encuestas de opinión, o a los medios de comunicación para penalizar o despenalizar una determinada conducta, o para agravarle la pena. En este último caso, hemos visto cómo la permanencia promedio en prisión de un sentenciado se ha prolongado, por el aumento desmedido en las penas. También, en el caso costarricense, se ha dado un cambio en cuanto a la prisión preventiva, que le permite al juez tener personas detenidas, hasta por tres meses, sin necesidad de revisión de las condiciones que dieron origen a esa detención, salvo que las circunstancias hayan cambiado. Todo esto agudiza sin duda el problema de la sobrepoblación o hacinamiento y lo convierte en la principal amenaza a los derechos fundamentales de los detenidos⁴.

Según el Informe sobre Desarrollo Humano, 60 países se han estado empobreciendo constantemente desde 1980. Así como el nuevo orden mundial ha traído prosperidad a algunos, ha empobrecido a muchos otros. Se ha enfatizado mucho en la libertad económica, pero no necesariamente ésta ha implicado mayor equidad.

⁴ Sobre este tema es importante consultar los antecedentes que constan en el trabajo de Elías Carranza, "Sistema Penitenciario y Derechos Humanos en América Latina", en *Memoria del Simposio Internacional Derechos Humanos y Justicia Penal. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, Editorial Emahaia S.A. Primera Edición, Toluca México, 1998.

En efecto, el mundo ha cambiado en forma acelerada desde el fin de la guerra fría, y desafortunadamente para los países en desarrollo, eso ha significado, por ahora, problemas de ajuste, que repercuten en la inversión en desarrollo humano. Se han recortado programas de salud, muy poco puede invertirse en la educación, y mucho menos se va a invertir significativamente en mejorar las condiciones de vida de los que han delinquido, si no se puede hacerlo con los que no lo han hecho.

Pero no sólo nos afecta el creciente déficit fiscal, que nos ha obligado a priorizar, y a los políticos a considerar la inversión en infraestructura carcelaria, como la última de la lista, sino - como ya mencioné-, también nos afecta, la falta de una política criminal basada en criterios científicos. Consecuencia de ello es que en Costa Rica, independientemente del crecimiento de la población, se encarcela cada vez a mayor cantidad de personas, según lo revelan las crecientes tasas de privados de libertad por cada cien mil habitantes.

Tasa de población penitenciaria por cien mil habitantes 1993-1998

Año	Población Nacional	Población Penitenciaria	Tasa (1/100.000)
1993	3,166,962	3,521	111
1994	3,374,025	3,967	118
1995	3,442,917	4,911	143
1996	3,510,637	5,436	155
1997	3,577,579	5,871	164
1998	3,644,120	6,342	174
2007	4,000,000 ⁵	7,713	192

Fuente: Informe Nacional de Costa Rica de Acceso a la Justicia de las Personas Detenidas (PNUD) 1998⁶.

⁵ Población aproximada.

En el año 2007 la cifra de personas detenidas era de 7,713 personas, y la población de aproximadamente 4 millones de habitantes, lo cual revela que la tasa es aproximadamente de 192 detenidos por cada cien mil habitantes. De igual manera, las experiencias revelan una marcada tendencia a mantener cada vez más privados de libertad en regímenes de contención total y cada vez menos en regímenes abiertos.

A esto tenemos que agregar que si bien se ha bajado la tasa de presos sin condena a un 20% o 21%, el porcentaje sigue siendo alto, para un sistema del que se ha dicho que ha superado la capacidad instalada de las cárceles en un 163%.

Evolución del porcentaje de presos sin condena en Costa Rica 1992-1998

Año	Población Total	Indiciados	Sentenciados
1993	2349	580 (25%)	1769
1994	2692	787 (29%)	1905
1995	3392	1144 (34%)	2248
1996	4395	1451 (33%)	2944
1997	5803 ⁷	1207 (21%)	4596
1998	5991 ⁸	1257 (21%)	4734
2006	7,713	1662 (21,54)	5896

⁶ José Ml, Arroyo Gutiérrez, "Acceso a la Justicia de las personas privadas de libertad. Informe Nacional Costa Rica", 1998 (PNUD)

⁷ La población total, a diciembre de 1997, fue de 5871, pero esta cifra incluye 58 detenidos por pensiones alimenticias, y 10 extraditables. En razón de la comparación que se está haciendo aquí entre sentenciados e indiciados, se ha prescindido de esos dos conceptos.

⁸ La población total real, a setiembre de 1998, fue de 6057 privados de libertad. La diferencia con los datos que se apuntan es que se registran 60 prisioneros por pensiones alimenticias y 6 por "otros" que son para extradición.

Fuente: Informe Nacional de Costa Rica de Acceso a la Justicia de las Personas Detenidas (PNUD) 1998 y Estadísticas de Adaptación Social 2006.

Los datos anteriores demuestran que es inexacto señalar que en Costa Rica se encarcela poco. Constantemente el Poder Judicial está siendo cuestionado por la prensa y un sector de policía, por una supuesta timidez en la aplicación de la prisión preventiva en causas en trámite, o bien la pena privativa de libertad, en casos terminados, pero lo cierto es que en Costa Rica, existe una tendencia creciente hacia una mayor represión que demuestra, no sólo que cada vez se encarcela más, sino que además, se hace con un mayor énfasis en el sistema cerrado. Este cambio en la política criminal, repercute directamente sobre la capacidad instalada de los centros penales y pese a los esfuerzos que se han hecho en la presente administración y en la anterior, por mejorar el problema de la infraestructura carcelaria, ha sido imposible adecuarla a las necesidades del aumento en la población y al aumento en la criminalidad, que estamos experimentando. A eso se suma, una política criminal que obedece más a la prensa que a la razón y a la técnica. Con esos criterios se aumentaron en forma desmedida las penas hace pocos años, tanto para adultos como para menores. Como consecuencia de ello la saturación carcelaria que ya existía se agravó, y según datos recientes, los centros penales experimentan un exceso de población penitenciaria preocupante.

Indudablemente que la sobre población que existe en la mayoría de los centros penales de nuestro país, crea un problema de violación de derechos fundamentales que choca con la voluntad y tradición democrática del costarricense.

Ante este panorama, la Sala Constitucional, ha tenido un papel protagónico en la búsqueda de coherencia entre los

principios fundamentales consagrados en la Constitución Política, los instrumentos de derechos humanos vinculantes, y el vigor efectivo de aquéllos. Esta labor ha sido especialmente productiva en el campo penitenciario, en el que se han emitido gran cantidad de sentencias que buscan el respeto al trato digno del privado de libertad y el mejoramiento de las condiciones de vida en prisión.

Afortunadamente, el marco normativo con el que puede trabajar la jurisdicción constitucional es muy amplio, ya que existen garantías aplicables, siendo algunas de las más utilizadas, la Constitución Política (artículos 19, 33, 39, 41, 42), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 4, 5, 6, 8, 11, 12, 13, 14) y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Analizaré de seguido algunas de las resoluciones y temas más relevantes que ha dictado, la Sala Constitucional costarricense, en la materia:

1. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO PARÁMETRO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que cuando el sistema político por el que se opta es el democrático, ello conlleva que todo el sistema normativo deba ser interpretado con aplicación de los principios que informan ese sistema de vida, en el que la persona es el centro, y donde sus derechos deben ser respetados por su sola condición de ser humano, independientemente de su condición, raza, origen, nacionalidad, sin discriminaciones contrarias a su dignidad. Trascendental ha sido también la decisión de incorporar a la Constitución Política, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas

para el Tratamiento de los Reclusos, es decir, de reconocer su aplicación directa con carácter vinculante, decisión que se hace extensiva a cualquier instrumento internacional de derechos humanos que reconozca a la persona derechos fundamentales no explícitamente reconocidos en la Constitución⁹.

2. CONDICIONES CARCELARIAS DIGNAS

Ese reconocimiento sin duda, obliga a tener un sistema carcelario que reúna condiciones dignas para los detenidos, según lo establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en forma específica la Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, y las reglas de Tokyo en materia juvenil¹⁰. En varias sentencias, la Sala Constitucional le ha dado un plazo al Estado para que haga la inclusión de las partidas presupuestarias necesarias, para poder resolver problemas de higiene, falta de colchones, etc, en los centros penales y ha sido enfática en la obligación de cumplir con los compromisos de la Reglas Mínimas de Naciones Unidas, y de garantizar condiciones dignas a los reclusos¹¹. En un caso

⁹ “...las resoluciones números 663 CI (XXXIV) de 31 de julio de 1957, 1993 del 12 de mayo de 1976, 2076 del 13 de mayo de 1977 y 1984/47 del 25 de mayo de 1984 que adoptaron las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” adoptadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, son aplicables a nuestro país, a la luz del Art. 48 de la Constitución Política que ha elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a rango constitucional, los que deberán ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en materia de derechos humanos”. (sentencia 709/91) Estas normas son constantemente aplicadas en la jurisprudencia constitucional para vigilar el resguardo de los derechos fundamentales por parte del Estado.

¹⁰ Ver entre otras sentencias: 1889-91, 2835/96, 3851-95, 2362-96, 1032-96, 5755-96, 2018-96, 2602/96, 5254/94, 5521/96, 4576/96, 4896/96.

¹¹ A manera de ejemplo, en la sentencia 709/91 se dijo:

"En el caso que nos ocupa, se plantea el conflicto entre el valor "seguridad pública", protegido por la acción del Estado, y el valor "dignidad humana", ya que el recurrente se queja de haber sido encarcelado en unas celdas que considera ofensivas a su dignidad, pues no reúnen siquiera las condiciones mínimas higiénicas, de comodidad y arquitectónicas, para mantener detenida a una persona, aunque sea por pocas horas; situación que reconoce el señor Ministro de Gobernación como un problema de desatención estatal. La Sala considera que, como lo han recogido el artículo 40 de la Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados éstos que son legislación plenamente vigentes en nuestro país, por mandato del artículo 7 de la Constitución Política, por haber sido debidamente aprobados y ratificados, la actividad del Estado no tiene por qué producir transgresiones a los derechos fundamentales, ya que la existencia misma del Estado responde precisamente a la necesidad de satisfacer los problemas colectivos de una comunidad y no al contrario, que implicaría que la sociedad existe para preservar al Estado. Por esto, no pueden existir en un Estado de Derecho, consecuentemente respetuoso de los derechos humanos, tratamientos degradantes infligidos a una persona bajo el pretexto de cumplir con una función pública, como lo es entre otras, el resguardo de la seguridad ciudadana. La detención administrativa del recurrente, que no puede durar más de 24 horas conforme al artículo 37 de la Constitución Política, y siempre que esté relacionada con la comisión de un delito, si bien tiene como objeto evitar que con su conducta perturbe la tranquilidad de los demás, no puede bajo ningún pretexto, significar el imponerle condiciones que lesionen su dignidad, como lo es el encarcelamiento en un lugar que no reúne los mínimos requisitos, pues el hecho de ser acusado de la comisión de un hecho ilícito, sea éste, una contravención o un delito, no hace perder al ciudadano ninguno de sus derechos constitucionales. Por el contrario, las normas constitucionales y legales sobre la materia, pretenden proteger al individuo de un proceso penal injusto, para preservar entre otros, el principio de inocencia. El encarcelamiento provisional de un individuo, que se tiene que presumir inocente hasta que se pruebe lo contrario, debe hacerse manteniendo el decoro que todos tenemos derechos a exigir.-"

III.- *La Sala reconoce que el problema de la construcción y mantenimiento de cárceles, ha sido tradicionalmente relegado por muchas sociedades por una concepción errada de la materia, considerándose que la inversión en este tipo de edificaciones no es una prioridad, y por ello, como lo admite el señor Ministro, el problema existe y es grave, pero no debe continuar. La Sala, dentro de sus funciones de resguardo de los derechos*

reciente, se discutió sobre la legitimidad de la oposición de una Alcaldía de impedir la ampliación y remodelación del Centro Penal de Mujeres “El Buen Pastor”. El Centro con 50 años de existencia en esa comunidad, urgía de una remodelación y ampliación, ya que siendo el único centro penal para mujeres adultas ha permanecido con la misma estructura por décadas,

fundamentales de los costarricenses, tienen que declarar con lugar el recurso interpuesto, al haberse sometido a un ciudadano a un tratamiento contrario a su dignidad, con motivo de una simple detención administrativa, por el mal estado físico de la cárcel de la que fue detenido, debido a la omisión inaceptable del Estado de construir adecuados centros de detención. Pero, por otra parte, reconoce que la solución del problema requiere de una acción progresiva y sostenida, que no puede lograrse en pocos días o inclusive en pocos meses, de donde es necesario conforme al artículo 49 párrafo tercero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, otorgar al Ministerio de Gobernación y Policía, un plazo prudencial pero perentorio para que la totalidad de las cárceles que utiliza para detenciones administrativas, sean puestas en condiciones que no ofendan la dignidad del detenido.

IV.- Para ese propósito es necesario tomar en cuenta las resoluciones #663 (XXXIV) de 31 de julio de 1957 y #1993 de ...#2076 de 13 de mayo de 1977 y #1984/47 de 25 de mayo de 1984 que adoptaron las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" adoptadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, que son aplicables a nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política que ha elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a rango constitucional, los que deberán ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en materia de derechos humanos.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso. Conforme al artículo 49 párrafo tercero, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se otorga al Ministerio de Gobernación el plazo perentorio de tres años contados partir de la notificación de esta Sentencia, para que ponga las cárceles que utiliza en condiciones que reúnan al menos los requisitos mínimos para albergar a un individuo detenido administrativamente sin que se viole su dignidad. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados por el hecho que motivó este recurso, los cuales serán liquidados, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativa. Comuníquese".

mientras que la población carcelaria ha aumentado considerablemente, especialmente por la participación de las mujeres en delitos relacionados con el tráfico de drogas. Con una serie de criterios técnicos excesivos y básicamente por temores, la Municipalidad niega el permiso de ampliación y clausura las obras que en ese momento estaban en ejecución. Las internas interponen un amparo, con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales de la Sala sobre condiciones dignas y las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, acogiéndose su pretensión en todos sus extremos con base en las consideraciones siguientes:

"... la denegación basada en criterios diversos de los (técnicos) anteriores, verdaderos criterios ad hoc, como son ... que no se ofrece garantías de seguridad para evitar fugas o tráfico de drogas en una zona urbano de tipo residencial y que el uso del suelo fue declarado por el Concejo Municipal como molesto, en opinión de este tribunal lo que pretende es impedir de forma concluyente y arbitraria la adecuación del Centro de Atención Institucional El Buen Pastor a condiciones compatibles con los mencionados derechos de las reclusas. Adviértase, que en el cantón de Desamparados no se ha demostrado que se encuentre vigente un plan regulador que establezca que el uso del suelo, en el que de por si ha permanecido por más de cincuenta años el centro penal, sea molesto. De otro lado, carece de fundamento la denegación basada en las eventuales dificultades que puede padecer el centro penitenciario en materia de contención y disciplina interior, porque esta predicción, aunque pudiera ser razonable, serviría siempre para impedir el establecimiento o permanencia de cualquier otro centro de esta naturaleza en cualquier lugar del país. En realidad, la denegación municipal apoyada en estos criterios ad hoc produce como resultado objetivo la persistencia o pervivencia de las

condiciones lesivas de las reclusas de El Buen Pastor, puesto que obstaculiza ilegítimamente el mejoramiento de esas condiciones. Por consiguiente, el recurso ha de ser estimado de manera tal que allane la oposición municipal a la actividad emprendida por el Ministerio de Justicia y Gracia. "

Es importante aclarar que la Sala Constitucional ha optado por dimensionar los efectos de las sentencias en esta materia, otorgando plazos de cumplimiento, con el fin de permitirle al Estado la planificación necesaria que permita asegurar el efectivo cumplimiento del pronunciamiento. En Costa Rica el Poder Ejecutivo para lograr la aprobación del presupuesto debe contar con autorización legislativa –luego de un largo proceso-, de tal forma que nada haría el Tribunal Constitucional en solicitar el inmediato acatamiento de sentencias, si el Poder Ejecutivo no está en posibilidad material de cumplirlas por falta de recursos económicos. De allí que haya dado buen resultado el otorgar plazos razonables que le permitan al Poder Ejecutivo estar en una posición de acatamiento o cumplimiento de los fallos constitucionales¹².

En la sentencia 2000-07484¹³, en un caso sin precedentes a nivel regional, la Sala Constitucional, haciendo uso de sus potestades de dimensionamiento le ordena a la Ministra de Justicia no recibir más privados de libertad en el Centro de Atención Institucional de San José, e iniciar un proceso de disminución paulatina hasta llegar a la capacidad real de ese centro carcelario, determinado por las propias autoridades

¹² Generalmente esos plazos son de 6 meses a 1 año dependiendo del caso concreto. A manera de ejemplo ver sentencias 49-97, 1032-96, 2835-96, 4896-96, 5091-96.

¹³ Adicionada mediante resolución 8537-00.

penitenciarias en 470 personas. A ese efecto le otorga un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la resolución.

Al momento de la interposición del recurso la población penal en ese centro penitenciario era de 1,200, ocasionando un "hacinamiento crítico", es decir, mayor o superior al 120%, porcentaje que de acuerdo con los estándares fijados por el Comité Europeo para los Problemas Criminales¹⁴, una vez superado, constituye trato cruel, degradante e inhumano, lesivo de los derechos constitucionales de los detenidos. El centro penal en cuestión, con un hacinamiento superior al 200% había perdido las condiciones mínimas adecuadas de dignidad y respeto al ser humano. Así lo advirtió el Juez de Ejecución de la Pena en el informe rendido a la sala al señalar:

"el hacinamiento es terrible, por lo que los privados de libertad en ocasiones deben dormir encima y a la par de los servicios sanitarios, en los baños, o en el suelo, sin cama, se producen robos de ropa y dinero, ultrajan y violan a los privados de libertad que ingresan nuevos, se vende droga, se matan, hieren y amenazan personas para que paguen protección, hay humedad en todo el Centro, la atención médica ... no es la adecuada ni alcanza para toda la población, atendiéndose casi sólo casos de emergencias...". Como parte de sus argumentos, la Sala Constitucional utiliza los parámetros fijados por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, y las recomendaciones del Comité Europeo para los Problemas Criminales, que en éste último caso, tiene la particularidad de fijar un porcentaje máximo de sobrepoblación permitida (120%) como tope, luego del cual se estiman violados los instrumentos internacionales de derechos humanos. En lo que interesa dice la sentencia:

¹⁴ Reporte de actividad final de 13 de julio de 1999, p. 50.

"... ante la magnitud de la denuncia que presenta el Juez de Ejecución de la Pena en relación con el caso del Centro de Atención Institucional de San José, no puede la Sala Constitucional soslayar su deber como garante de los derechos fundamentales de los habitantes del país, permitiendo que un estado de flagrante violación a la dignidad humana continúe en el centro penal... con la consecuente transgresión a compromisos internacionales adquiridos por el país, por ejemplo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Y es que no se trata de una situación de simple sobrepoblación penal que provoca "incomodidad" a las personas privadas de libertad, sino de un franco hacinamiento, puesto que según datos aportados por el Juez de Ejecución de la Pena, en ese Centro penal la sobrepoblación es alrededor del doscientos por ciento, sobrepasando lo que se ha denominado un "hacinamiento crítico", es decir, cuando en un centro penitenciario hay una densidad superior o igual a ciento veinte detenidos por cien lugares realmente disponibles (Comité Europeo Para los Problemas Criminales "Reporte Final de Actividad", 13 de julio de 1999, página 50), lo que aparte de poner al país en situación de incumplimiento con convenios internacionales, eventualmente podría poner en peligro la salud física y mental de las personas privadas de libertad, así como convertirse en un medio propicio para acrecentar el clima de violencia, que de por sí es propio del medio carcelario, con las lamentables consecuencias que ello puede acarrear y que son de todos conocidas, como agresiones, violaciones y hasta muertes provocadas entre los mismos, reclusos, incluyendo los suicidios. Sobre este particular, debe siempre tener presente la Administración Penitenciaria que la condición de persona y la dignidad inherente a ella, acompañará al

ser humano en todos y cada uno de los momentos de su vida, cualquiera que fuere la situación en que se encontrare, aunque hubiere traspasado las puertas de una institución penitenciaria, de forma tal que la actividad que en ella se efectúa debe ser ejercida respetando siempre la personalidad humana de los reclusos".

Con esta resolución la jurisprudencia constitucional costarricense se une a los estándares Europeos en la materia, con el fin de garantizar que la pena sea cumplida en condiciones que garanticen la dignidad del ser humano.

3. DEFINICIÓN DE LA NATURALEZA DE LA PENA DE PRISIÓN

También la Sala ha aclarado que la pena de prisión, supone únicamente la pérdida de derechos y libertades expresamente relacionados con el sentido de la pena. De allí que se ha dicho que el preso conserva todos sus demás derechos, los cuales puede ejercer de conformidad con las capacidades institucionales, en aras de mantener el orden y la seguridad¹⁵. En lo que interesa se ha dicho:

" II.- Por otra parte, en el caso que ahora nos ocupa, está claro que los privados de libertad gozan de todos los derechos y garantías contenidos en la Constitución Política, con excepción de aquellos que sean incompatibles con su estado. En otras palabras, a pesar de que la pérdida de la libertad ambulatoria constituye la consecuencia principal de la sentencia impuesta, aún conservan los derechos inherentes a su condición de seres humanos: por esa razón la Administración Penitenciaria tiene el deber de respetar y garantizar esos derechos, finalidad que solo puede plasmarse de manera efectiva, si se establecen las

¹⁵ Ver sentencia 2155/93, 1175/98.

condiciones necesarias a fin de que su disfrute se adecue al estado de reclusión en que se encuentran estas personas. Debe considerarse, pues, como ya lo ha expresado esta Sala en otras oportunidades, que si bien los privados de libertad gozan de tan amplias libertades como no les hayan sido expresamente suspendidas por sentencia judicial, ese disfrute está condicionado a las especiales circunstancias propias de su estado"(sentencia 1175/98).

Por ejemplo, los privados de libertad pueden ejercer el comercio, desde el centro penal, pero no se permite el uso de fax, computadora y teléfono celular, si ello afecta las relaciones intracarcelarias o la seguridad del penal. También se ha señalado por ejemplo, que si bien un interno conserva su libertad sexual y su derecho a la visita conyugal, ésta debe ajustarse a los horarios pre-establecidos y demás regulaciones propias del normal funcionamiento del lugar. De igual forma, si bien puede ser visitado por su abogado o contador, por ejemplo, las visitas deben ajustarse al horario diurno de funcionamiento del penal.

4. DERECHOS DERIVADOS DE LA CUSTODIA

También se ha definido que toda persona privada de libertad obtiene una serie de derechos y garantías derivados directamente de su especial sujeción a la Administración, como lo son por ejemplo, el derecho a la alimentación, techo, cama, el derecho a comunicarse con sus familiares, el respeto a su integridad física, a la vida y a la salud:

"Existen ciertas reglas mínimas que se deben cumplir en estos lugares (los centros penales o de detención), como el deber de alimentación, el derecho a comunicarse con sus familiares, su abogado, el acceso al agua, techo, cama y por

supuesto el respeto de los derechos humanos fundamentales como lo son la vida y la salud. El interno pues, como persona que es, está bajo la responsabilidad del ente que lo custodia, por encontrarse privado de su libertad"¹⁶.

5. CUMPLIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO LEGAL

Deben respetarse a nivel administrativo, los principios del debido proceso, de tal forma que no es posible imponer una sanción o suprimir un derecho previamente concedido al privado de libertad, sin concederle al afectado su derecho de audiencia y de defensa. El privado de libertad debe ser notificado, tiene que conocer los cargos o hechos que se le hacen y oportunidad para ofrecer prueba y combatirlos y las resoluciones deben estar fundamentadas¹⁷. Quedan a salvo, por supuesto, las medias cautelares que deban tomarse por razones de urgencia, para salvaguardar la integridad física de los internos y mantener la seguridad del penal. Lo anterior significa que luego de tomada la medida, se puede discutir en un procedimiento interno su validez o no. Sobre las medidas cautelares se ha dicho:

" el criterio externado por esta Sala en forma reiterada ha sido que para garantizar la seguridad, y desde luego la tranquilidad y estabilidad del centro penal, la Administración puede tomar "...las medidas cautelares que la prudencia aconseje, en tanto se den a conocer al interesado los motivos que obligaron a la adopción de misma (sic) y ésta sea temporal" (Entre otras, ver sentencia N°4579-93 de 15:36 horas del 14 de setiembre de 1993). Ello, de conformidad con lo que al efecto dispone el

¹⁶ Sentencia 1889/91.

¹⁷ Ver sentencias: 239/90, 383/90, 1625/91, 1239/90, 1003/91, 1494/91, 2497/93, y 1716/94.

Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad, Decreto N° 22139-J del 20 de abril de 1993, en el artículo 27 y siguientes, de la Sección I, Capítulo II.

En el caso que nos ocupa, al amparado se le impuso una medida cautelar a partir del 28 de noviembre de 1996, pues según afirman las autoridades recurridas bajo juramento, al mismo se le decomisó un arma blanca ese día, y el día siguiente reincide en dicha acción, destruyendo la celda a efecto de sacar otra platina, motivo por el cual, y ante las continuas amenazas a la vida de los funcionarios, el Director del Ambito procedió a tomar la medida precautoria por seguridad institucional y por un período no mayor a ocho días, en los cuales sería revisada, y de hecho, por ser una medida temporal la misma se dejó sin efecto el día 5 de diciembre siguiente (folios 8 de este expediente y 156 del expediente administrativo). No obstante, ni las autoridades recurridas lo indican, ni del expediente administrativo que se ha tenido a la vista, se desprende elemento probatorio alguno del cual esta Sala pueda concluir que al amparado se haya respetado el principio constitucional del debido proceso, que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, y que se desarrolla en el Reglamento de cita - artículos 39 y siguientes- para el caso de las personas privadas de libertad, con algunas particularidades para la imposición de medidas cautelares, a saber, que deben estar fundamentadas por escrito y comunicadas oportunamente al privado de libertad (artículo 28), someterse el documento a conocimiento del Consejo de Valoración, en un plazo máximo de ocho días hábiles (artículo 31), e iniciarse una instrucción a cargo del Area Jurídica o Area de Convivencia, por tratarse de una medida originada en la comisión de una posible falta por portación

de arma blanca (artículos 30 y 46), a partir del reporte que en efecto se levantó" (sentencia 132/97).

6. OBLIGACIÓN DE SEPARAR A LOS INTERNOS POR CATEGORÍA

Desde el inicio de su gestión, la Sala se ha preocupado por que se respete la distinción de categorías de internos, de tal forma que hombres y mujeres estén separados, niños de adultos, indiciados de sentenciados, y presos por deuda alimentaria de los acusados o detenidos por delito, según lo exigen los instrumentos internacionales en la materia¹⁸. No obstante, si bien es cierto que las normas se han respetado entratándose de hombres y mujeres, niños y adultos, no siempre se respeta la división entre sentenciados e indiciados, precisamente porque los problemas de sobrepoblación penitenciaria han obligado a las autoridades a utilizar cada espacio físico disponible. También en este tema recientemente se logró la apertura de un centro para personas detenidas por deuda alimentaria, con el fin de evitar su contacto con la población penal.

7. CONSTITUCIONALIZACION DE LAS REGLAS MÍNIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS

En la sentencia 709/91 la Sala Constitucional, en aplicación del artículo 48 de la Constitución Política, reformado en 1989 - con ocasión de la creación de la Sala Constitucional-, eleva a rango constitucional las resoluciones de Naciones Unidas mediante las que se aprobaron las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. La citada norma constitucional permite incorporar al texto constitucional aquellas normas que impliquen un plus o reconocimiento en materia de

¹⁸ Sentencias 199/89, 1032/96, 1232/98, 3223/98, 9245/98, 5468/96, 709/91.

derechos humanos. Siendo las resoluciones de Naciones Unidas normas que vinculan a los países miembros, como lo es el nuestro, la Sala estimó que esa circunstancia y su naturaleza (derechos humanos), son condiciones que permiten darles el máximo rango para su acatamiento obligatorio. No tengo conocimiento de ningún otro ordenamiento jurídico que le de esta relevancia a esa declaración de los derechos de los privados de libertad.

8. RESPETO A LA SALUD E INTEGRIDAD FÍSICA

En esta materia la jurisprudencia constitucional ha sido abundante, para garantizar no sólo la atención a la salud dentro del penal, sino afuera, cuando razones médicas lo justifiquen, garantizando incluso su derecho al transporte a un centro médico, como un derecho derivado del derecho a la salud. A manera de ejemplo, un interno que padecía de tuberculosis ganó un amparo por la negativa de las autoridades penitenciarias de brindarle transporte para sus citas médicas en un centro de salud externo¹⁹. Asimismo, se ha hecho énfasis en que las trabas

¹⁹ Es cierto es que en el Hospital San Rafael de Alajuela, donde le habían atendido de una Tuberculosis, programaron una cita médica de valoración y continuidad de tratamiento para el día 4 de abril anterior, a la cual no pudo asistir el aquí recurrente debido a la falta de transporte, lo que afectó no sólo al aquí recurrente sino a otros tres internos más. No obstante que, según lo indicado bajo la fe de juramento, se ha procedido a solicitar la reprogramación de la cita, esta Sala en casos similares por ejemplo en la sentencia número 6801-93 de las 17:54 horas del 22 de diciembre de 1993, resolvió:

"...I).- La autoridad recurrida aceptó, que en varias oportunidades, por falta de transporte, el departamento a su cargo, no trasladó al accionante al Hospital de Alajuela, donde recibiría tratamiento médico. Para la Sala, es responsabilidad del Estado, procurar que las personas bajo su custodia, reciban en forma oportuna, la atención que necesitan. De manera alguna se puede admitir una lesión al derecho fundamental a la salud con el argumento de que hay carencia de medios materiales, especialmente; cuando ello se ha convertido en una excusa

burocráticas no son excusas para desatender la salud de la población penitenciaria²⁰. También en materia de protección a la

generalizada de los entes públicos, para la inacción en los campos de su competencia.

II).- Estima este Tribunal, que la atención a la salud del reo, no puede estar sujeta a las posibilidades materiales de transporte del centro donde se encuentra, y que en todos los casos, las autoridades de Adaptación Social tienen el deber, derivado de la función de custodios que les asigna la ley, de procurar al enfermo, el tratamiento requerido. Por lo expuesto, se declara con lugar el recurso, y se ordena a la autoridad recurrida trasladar oportunamente al accionante a las citas médicas, en las que atenderá su padecimiento...".

De este modo, debe también en este caso, declararse con lugar el recurso, ya que, aunque no pretende la Sala ignorar otros esfuerzos que en relación con la salud del recurrente se han hecho, como su atención en la Clínica del Centro, hay que recalcar que también es su deber asegurar que todo tratamiento externo, prescrito médicamente, se lleve a cabo. En ese sentido, las autoridades no pueden seleccionar con cuáles citas cumplir y con cuáles no, puesto que carecen de competencia técnica para ello. Además, están obligados por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. El transporte para toda cita que externamente requiera un privado de libertad, se constituye en un derecho derivado del derecho a la salud".

²⁰ "Sobre la atención médica que debe brindarse a los privados de libertad, este Tribunal reiteradamente ha señalado que la escasez de medios materiales no puede argüirse como excusa para desatender las citas que por razones de salud se confieren a los internos. En este sentido se han dictado, entre otras, las sentencias número 1889-91 de las 14:45 horas del 25 de setiembre de 1991, 4278-93 de las 14:45 horas del 1º de setiembre de 1993 y la 4975-95 de las 9:18 horas del 8 de setiembre de 1995. La primera de ellas estipula:

"I. El deber de custodia que tienen las Instituciones encargadas del manejo de detenidos, sean estos Centros Penales o de detención, implica no sólo la responsabilidad de evitar la evasión de los privados de libertad, sino también, el deber de velar por su integridad física. Es por ello que existen ciertas reglas mínimas que se deben cumplir en éstos lugares, como, el deber de alimentación, el derecho a comunicarse con sus familiares, su abogado, el acceso al agua, techo, cama, y por supuesto el respeto de los demás derechos fundamentales como lo son la vida y la salud. El interno pues, como persona que es, está bajo la responsabilidad del ente que lo custodia, por encontrarse privado de su libertad. Esto ha sido reconocido a nivel mundial en forma oficial desde el año de 1957 cuando el Consejo Económico y Social de las

integridad física, la jurisprudencia revela una participación activa y oportuna de la sala para evitar abusos de la policía. En este tema se ha dicho que el uso de la fuerza debe ser únicamente en casos justificados y sólo para lograr reducir a la impotencia al recluso, no como forma de castigo físico²¹. Por

Naciones Unidas, mediante resolución 663 CI (XXIV) de 31 de julio, aprobó las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos", con el fin de proteger la dignidad humana de los detenidos. Otros instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y nuestra propia Constitución Política, así lo reconocen, al no permitir la discriminación, ni el menoscabo de los derechos fundamentales de la persona en razón de la raza, sexo o condición. ...II. Las razones anteriores y la simple lógica nos indican que no puede depender el derecho a la salud de un detenido, de trámites burocráticos (como permisos previos, vistos buenos), pues como lo demuestra la omisión de respuesta de las autoridades de Adaptación Social en este caso, dichos trámites no son nada expeditos, ni confiables. No es procedente entonces, que se obstaculice una atención médica -si esta fuere necesaria-, so pretexto de la necesidad de contar con permiso previo de la Corte o de esta Sala o de determinada autoridad que no ejerce la custodia directa del detenido."

²¹ "II.- De la relación de hechos que antecede se desprende que los funcionarios penitenciarios reconocen que el día de los hechos (17 de febrero de 1997) solicitaron al amparado ingresar a su celda, y dada su negativa a obedecerlos y su actitud de lanzarles golpes, utilizaron la fuerza necesaria para reducirlo a la impotencia y conseguir aquel fin. Sin embargo, teniendo en cuenta las lesiones que presenta el recurrente, y que los oficiales de seguridad lo aventajaban en número -según consta en el expediente administrativo más de cuatro- no se puede creer que se utilizó la fuerza necesaria para doblegarlo, sino más bien que los funcionarios penitenciarios, quienes tenían la custodia del amparado, se excedieron en su labor causando con ello graves lesiones a la integridad física del accionante.

III. Esta Sala mediante sentencia número 0672-97 de las 12:48 horas del 31 de enero de 1997, notificada el 31 de marzo de 1997, declaró con lugar un recurso de hábeas corpus interpuesto por el mismo recurrente contra personal de seguridad del Centro de Atención La Reforma, pues según se comprobó el 7 de enero 1997 también fue golpeado por sus custodios, lo que revela una actitud persistente en lesionar no sólo la integridad física del amparado sino sus otros derechos fundamentales. De esta manera al constatar que la autoridad recurrida lejos de respetar y proteger los

último, la sentencia 689/99 revela la importancia que le da la sala al trato digno de la población penitenciaria, en este caso, con ocasión de un interno convaleciente al que se le esposa a la cama en forma innecesaria. En el caso se determinó que el uso de esposas en caso de internos enfermos debe ser excepcional, y se justifica únicamente en casos calificados. Se señala la necesidad de que exista una proporción, entre la enfermedad del privado de libertad, su grado de peligrosidad y el grado de contención que exista en el hospital en que se encuentra²².

derechos fundamentales del amparado los han lesionado persistiendo en su actitud, lo procedente es declarar con lugar el recurso. Habiéndose ordenado en la sentencia de cita el testimonio de piezas ante el Ministerio Público y la comunicación al Ministerio de Justicia, reitérese esas comunicaciones".

²² "En asuntos anteriores en los que la Sala examinó la situación de privados de libertad que al ser internados en centros hospitalarios son esposados a la cama, determinó que debe existir relación de proporción entre la enfermedad del reo y la medida de contención que se seleccione para evitar que aproveche su traslado a un centro hospitalario para fugarse; que en cada caso se debe valorar el grado de peligrosidad y el riesgo que corren otras personas, para seleccionar la medida de contención necesaria; que en casos en que la enfermedad que sufre el privado de libertad impida que con su traslado al centro médico pueda evadir la acción de la justicia o que pueda agredir al personal del hospital, no se justifica la medida de esposarlo a la cama; que dicha medida puede en algunos casos poner en peligro la salud del enfermo porque impide una atención oportuna o el normal suministro del tratamiento médico que el paciente requiere; que la custodia del detenido puede ejecutarse perfectamente con el auxilio de uno o varios vigilantes, sin necesidad de hacer uso de las esposas; que en casos en que la medida de esposar a una persona a la cama del hospital resulte irrazonable y desproporcionada, infringe, por haberse convertido en un trato degradante e impropio de la condición de toda persona, la dignidad garantizada fundamentalmente en el Art. 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (véanse al respecto sentencias número 5952-94 de las quince horas con doce minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y 7193-94 de las catorce horas treinta minutos del siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro). De lo dicho anteriormente se desprende principalmente la necesidad que debe imperar para que un privado de libertad que fue trasladado a un centro médico sea esposado a la cama. La utilización de las esposas -sea en una mano o en ambas- resulta una medida excepcional y por

consiguiente debe estar razonablemente fundada en elementos objetivos que reflejen su necesidad en el caso concreto. En ese sentido, debe recordarse que dado que el Estado ha reservado para sí la función de administrar justicia y ejecutar las sanciones que impone, las personas privadas de libertad -ya sea por sentencia firme, por apremio alimentario o por estarse ejecutando una medida cautelar dentro de un proceso penal pendiente- se encuentran en una situación de sujeción especial, en la que el Estado debe proveer -ya que la persona no tiene libertad de decisión en esos casos- la necesaria protección de la salud, la integridad física, la dignidad y demás derechos fundamentales. Lo dicho anteriormente adquiere mayor significación tratándose de casos en los que la privación de libertad se acuerda como medida cautelar, por razones estrictamente procesales, ya que en esos supuestos ni siquiera ha existido un pronunciamiento definitivo de un juez que condene al imputado a la pena de prisión. En materia de salud el Estado (entiéndase administración penitenciaria o cualquier autoridad que sea responsable de la privación de libertad) está obligado a proveer la debida protección, ya sea con la atención médica que se proporciona en el centro penitenciario, o en caso necesario, con internamiento hospitalario. En todo momento la atención a las necesidades de salud de los privados de libertad deben proporcionarse en condiciones tales que no pongan en peligro la integridad de otras personas, que no propicien o permitan su evasión, que no menoscaben su dignidad de persona, pongan en mayor peligro el bien que se pretende proteger -la salud-, impidan u obstaculicen el tratamiento médico que se debe proporcionar, o en alguna forma amenacen o lesionen otros derechos fundamentales de la persona sujeta a prisión. En el presente caso se observa que a pesar de que el expediente clínico refleja que durante el tiempo que el amparado permaneció en el hospital, a la espera de una cirugía, estaba consciente y podía movilizarse (véanse folios 26 a 34), de ahí no puede deducirse razonablemente la necesidad de utilizar las esposas como medio de sujeción adecuado para impedir su fuga o la afectación de otras personas. Por el contrario, existen elementos objetivos de los que se puede deducir que dicha medida no resultaba necesaria en este caso. En ese sentido, se observa que el amparado contó con custodio durante su estadía en el hospital. Es decir, existía otro medio para proveer a su contención que no era tan gravoso como las esposas. Asimismo, se tiene que en ningún momento se refiere, por autoridades médicas o penitenciarias, que el amparado se caracterizara por ser persona peligrosa o agresiva. En ese sentido, el propio custodio, cuyas manifestaciones fueron reproducidas por el Director General del Hospital San Juan de Dios, en su informe, señala que las esposas en ambas manos se utilizan únicamente en casos extremos cuando el privado de libertad muestra una conducta agresiva o existen sospechas de fuga, situación que "no

9. OBLIGACIÓN DE RESPETAR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. PROHIBICIÓN DE UTILIZAR GASES VESICANTES CONTRA LA POBLACIÓN PENAL

En la línea del respeto a la salud y la integridad física de los privados de libertad, la sala ha prohibido la utilización de gases vesicantes por estimarlos como una tortura y tratamiento cruel y degradante, lesivos de la dignidad, integridad personal y de las reglas Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así en la sentencia No. 03684-2006 ²³de las 14:43 hrs. del 22 de marzo del 2006, la sala consideró lo siguiente:

“IV.- Con respecto al uso de gas mostaza que acusa el actor y reconocen los recurridos en su informe, esta Sala se debe estar a lo indagado para la instrucción del recurso de habeas corpus número 06-001545-0007-CO, resuelto mediante sentencia 2006-03678, de esta misma fecha. En el referido expediente, la Sala ordenó al Director del Organismo de Investigación Judicial que procediera al decomiso de los instrumentos para la aplicación de gas irritante (gas mostaza) utilizados por los oficiales de seguridad en el ámbito E del Centro de Atención Institucional La Reforma, por la escuadra

es el caso" (véase folio 14). Esto aunado al hecho de que no resulta motivo válido para presumir la intención de evasión del amparado, la solicitud presentada por su cónyuge para que se le esposara del pie y no de la mano, como quiere hacer ver la autoridad penitenciaria (véase folio 10), ya que de esa petición lo que se puede inferir es la necesidad que tuvieron familiares del detenido de sugerir opciones para que se cambiara la medida de sujeción a una que causara el menor perjuicio posible al enfermo, permite concluir que en este caso se ha producido la infracción a la dignidad del amparado, al aplicarle una medida de contención que no resulta razonable y proporcionada, en relación con la situación de hecho que plantea el caso concreto".

²³ En el mismo sentido ver sentencias 3678/06 y 7617/06.

de Antonio Valverde Díaz, y los remitiera a la Medicatura Forense para su análisis correspondiente. A folio 67 del referido expediente, consta el dictamen médico legal respecto de los objetos decomisados, con el siguiente resultado:

"El Dr. Pablo David Navarro Villalobos rinde dictamen médico legal, en el cual indica que el gas mostaza es un tipo de agente químico utilizado en su mayor uso como arma de guerra; esta clase de agentes son llamados vesicantes, porque con el contacto causan ampollas en la piel y las membranas mucosas; tiene a veces olor parecido al ajo, cebolla o mostaza y ciertos casos no tiene olor; puede causar quemaduras y ampollas en la piel, especialmente en áreas donde la glándulas sudoríparas se encuentran en mayor número; la exposición provoca enrojecimiento de la piel con aparición de ampollas e inflamación, es más dañina para la piel en días húmedos y calurosos o en climas tropicales; causa ardor de ojos, hinchazón de párpados y algunos hombres expuestos en guerras han experimentado disminución del número de espermatozoides. Si es inhalado puede causar quemaduras y ampollas en los tejidos pulmonares, causando una serie de síntomas a corto y largo plazo, que provocan invalidez crónica y en el peor de los casos, la muerte. Respirarlo puede causar tos, bronquitis y enfermedad respiratoria crónica. Altas concentraciones o exposición prolongada atacan las córneas de la víctima, dejándola prácticamente ciega, y en gran cantidad puede causar la muerte. Actualmente, se ha calificado como agente cancerígeno. Los síntomas suelen aparecer al cabo de 4 a 24 horas de la exposición. Los efectos de largo plazo incluyen hipersensibilidad, fatiga pulmonar y tos crónica, dolor de pecho, cáncer de boca, garganta, tracto respiratorio y piel. También ha sido relacionado como causante de leucemia y defectos en fetos. Los estudios de personas expuestas a la mostaza de azufre, durante su producción o en las guerras, así

como los estudios en animales, han demostrado que la sustancia puede causar cáncer de las vías respiratorias. El Departamento de Salud y Servicios Humanos y la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer han determinado que es carcinogénica en seres humanos."

También dentro del mencionado proceso, el dieciséis de marzo de dos mil seis se recibió dictamen criminalístico de la Sección de Química Analítica, según el cual los indicios secuestrados en el Centro de Atención Institucional La Reforma reportan gas CS y gas CN, que:

"...son compuestos químicos que en baja concentración y por contacto producen irritación de ojos, nariz, boca, piel y tracto respiratorio. Este tipo de productos son los componentes activos de granadas antimanifestaciones y armas de aerosoles para defensa personal; el rango de concentración de exposición segura es amplio; el gas CN es uno de los lacrimógenos más tóxicos y el gas CS es un lacrimógeno diez veces más potente que el CN, pero es menos tóxico; desde 1998 el Ministerio de Seguridad Pública inició el retiro de circulación de los productos con gas CN de las delegaciones y los productos con gas CS son empleados para el control de disturbios civiles. Ninguno de los dos compuestos químicos detectados en los indicios reciben el nombre genérico ni común de gas mostaza."

Si bien en el presente caso no resulta totalmente claro que en perjuicio del amparado haya sido gas mostaza, sí lo es que se empleó gas vesicante, en una actuación policial efectuada por un elevado número de agentes. El personal de seguridad penitenciario debe enfrentar la difícil tarea de garantizar el orden institucional con personas que, a menudo demuestran conductas agresivas y severos problemas convivenciales, en un medio que es esencialmente violento: el

encierro de los seres humanos. No obstante, en cualquier circunstancia, las prácticas de contención no pueden sobrepasar el límite de lo permitido, desde el punto de vista de la dignidad humana. Si para reducir de manera racional a la impotencia a un privado de libertad se aplican gases mostaza u otros tóxicos como el gas CN, resulta obligatorio declarar que tales técnicas son contrarias a la dignidad e integridad personales y, como tales, prohibidas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza que:

“Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Además de contrario a la dignidad, el uso de esos gases contra los privados de libertad constituye tortura y un tratamiento cruel y degradante. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Ley No. 7934 de 12 de octubre de 1999), en su artículo 2º, entiende por tortura como:

“todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a

disminuir su capacidad física mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

Además, la Convención establece que:

“Artículo 5.

No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”.

Como señala la Sala en su sentencia 2006-03678 citada, la prohibición de la tortura y los tratamientos crueles y degradantes es absoluta; se trata de un derecho fundamental sin limitación ni límite alguno: cualquier acto que constituya tortura está vedado por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esta prohibición está contemplada, además, del artículo 40 de la Constitución Política, que prohíbe los "tratamientos crueles o degradantes". También se prohíbe en numerosas normas internacionales sobre la materia, entre otras: Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 5, reforzada por la Declaración de Teherán de trece de mayo de mil novecientos sesenta y ocho; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 7 y 10; artículos I y XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículos 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; la Declaración Sobre la Protección de todas las Personas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de la ONU por resolución 3452 (XXX) de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, y reiterada y reforzada por resoluciones 32/63 y 32/64; Código de Conducta Para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve; etc.

V.- De todo lo anterior no es posible otra conclusión que la de declarar que en ningún caso pueden ser utilizados los gases mostaza y CN, ni cualesquiera otros que produzcan efectos similares, especialmente en los centros penitenciarios, porque constituyen el delito de tortura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura antes citado. Además, se debe brindar educación al personal de seguridad de los centros penitenciarios en cuanto al uso de los dispositivos de gases irritantes permitidos. Como en el presente caso se logra determinar que las autoridades del Centro de Atención Institucional La Reforma almacenan para su empleo, gases altamente tóxicos, debe la sala declarar con lugar el recurso también en cuanto a dicho aspecto, por haber tales sustancias sido empleadas en contra del amparado, afectándolo en su dignidad e integridad y poniendo en grave riesgo su vida y su salud. Es por lo anterior que también en cuanto a este aspecto, el recurso deberá ser declarado con lugar, como en efecto se hace”.

10. RESPUESTA A GESTIONES EN UN PLAZO RAZONABLE²⁴

Uno de los aspectos más positivos de la jurisprudencia constitucional en la materia penitenciaria es el rescate al derecho de petición y pronta resolución de las gestiones de los privados de libertad, control que se ha ejercido, tanto frente a las autoridades administrativas, como las judiciales. A manera de ejemplo, en la sentencia 10029/99, la sala le llama la atención a un Juez de Ejecución de la Pena por estimar que ha existido tardanza en la resolución de un incidente de queja promovido por un recluso²⁵, y en la sentencia 1113/99, se declara con lugar

²⁴ Sentencias 476/96, 6405/96

²⁵ "La Sala considera que el Juez de Ejecución de la Pena de Alajuela, como autoridad jurisdiccional que es, tiene la potestad para proveer y tomar las medidas necesarias tendentes a la resolución del Incidente de Queja incoado por el amparado, que a la fecha ha permanecido un lapso excesivo en el despacho judicial sin resolución final, tomando en cuenta la naturaleza de la gestión de que se trata, que involucra el derecho fundamental del amparado a su libertad. En efecto, los Art. 153 de la Constitución Política de la República de Costa Rica y el 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, claramente determinan que corresponde al Poder Judicial, además de otras funciones que la Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso - administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario. El Art. 458 del Código de Rito especifica cuáles son las atribuciones de los jueces de ejecución de la pena, a saber:

"Los jueces de ejecución de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. Podrán hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.

Les corresponderá especialmente:

a) Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento.

- b) Visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes.
- c) Resolver, con aplicación del procedimiento previsto para los incidentes de ejecución, las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos.
- d) Resolver, por vía de recurso, las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
- e) Aprobar las sanciones de aislamiento por más de cuarenta y ocho horas, en celdas." (*El resaltado no es del original*).

El procedimiento previsto para los incidentes de ejecución se determina en el Art. 454 del Código Procesal Penal, que dice:

"El Ministerio Público, el querellante, el condenado y su defensor podrán plantear, ante el tribunal de ejecución de la pena, incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena o de las medidas de seguridad. Estos deberán ser resueltos dentro del término de cinco días, previa audiencia a los demás intervinientes. Si fuera necesario incorporar elementos de prueba, el tribunal, aun de oficio, ordenará una investigación sumaria, después de la cual decidirá.

Los incidentes relativos a la libertad anticipada y aquellos en los cuales, por su importancia, el tribunal lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, citando a los testigos y peritos que deben informar durante el debate.

El tribunal decidirá por auto fundado y, contra lo resuelto, procede recurso de apelación ante el tribunal de sentencia, cuya interposición no suspenderá la ejecución de la pena, a menos que así lo disponga este último tribunal." (*El resaltado no es del original*).

El Art. 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 en igual sentido dice:

"Los juzgados de ejecución de la pena conocerán:

- 1.- De las fijaciones de pena y las medidas de seguridad posteriores a la aplicada por el tribunal de sentencia.
- 2.- De las incidencias y los incidentes formulados en relación con las medidas de control y vigilancia, durante la etapa de ejecución.
- 3.- De la extinción, la sustitución o la modificación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad impuestas.
- 4.- De los incidentes de ejecución, las peticiones, las quejas y los recursos interpuestos por las partes, en esta etapa del proceso.
- 5.- De los demás asuntos que la ley establezca." (*) *El presente artículo ha sido modificado mediante Ley de Reorganización Judicial No. 7728 de 15 de diciembre de 1997. Alcance No. 61 a LG# 249 de 26 de diciembre de 1997.*

un amparo contra el Instituto Nacional de Criminología, por su tardanza en remitir unos estudios técnicos requeridos para el análisis de una solicitud de beneficio de ejecución condicional de la pena²⁶.

Como se puede apreciar, el Juez de Ejecución de la Pena de Alajuela no ha utilizado sus potestades para resolver el Incidente interpuesto por el amparado, habiendo transcurrido ya un lapso razonable para que así hubiera actuado, de manera que ante su inercia efectivamente se constata la mora judicial violatoria del Art. 41 de la Constitución Política en perjuicio del amparado, y en tal virtud se debe acoger este recurso con las consecuencias que se dirán en la parte dispositiva. No es posible que las gestiones de la población privada de libertad ante el órgano jurisdiccional encargado de velar por la legalidad de la ejecución de la pena, quejándose de actuaciones u omisiones imputables a la Administración Penitenciaria que les perjudican en sus derechos legal y constitucionalmente reconocidos, queden precisamente a merced de la voluntad de los funcionarios administrativos, y que el Juez de Ejecución de la Pena se quede impávido esperando, sin tomar medida alguna, a pesar de existir a su disposición en el Ordenamiento Jurídico normas hasta de naturaleza penal, que sancionan el incumplimiento de deberes de los funcionarios públicos que ilegalmente omitan, se rehusen a hacer o retarden algún acto propio de su función, máxime si fue ordenado por un Juez de la República, así como la desobediencia a órdenes impartidas por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Obsérvese además que el Juez de Ejecución de la Pena puede hacer comparecer ante sí a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control, lo que interpretado a la luz de lo que estipula la Constitución Política en su Art. 153, quiere decir que hasta con el uso de la fuerza pública; amén de que para la resolución de los incidentes incoados por las personas privadas de libertad debe respetar un procedimiento establecido, pudiendo incluso —según la importancia del asunto— resolver en audiencia oral, citando testigos y peritos que DEBEN informar durante el debate" (véase sentencia número 1999-09588 de las 12:18 horas del 3 de diciembre de 1999)."

²⁶ "El 3 de febrero de 1999 el Instituto requirió al centro penal el diagnóstico criminológico del penado, pero aún el amparado sigue sin que se le resuelva su gestión por la tardanza injustificada en que han incurrido las autoridades encargada de la valoración técnica del amparado. Esta inactividad de la administración penitenciaria lesiona el derecho del recurrente de obtener una justicia administrativa pronta y cumplida. El hecho que el Centro de Atención Institucional de San José no rindiera el informe sobre el comportamiento del

11. OTROS DERECHOS RECONOCIDOS

La jurisprudencia constitucional costarricense también ha reconocido a los internos su derecho al voto²⁷, a la libertad sexual y visita conyugal²⁸, a la educación²⁹, a un trato digno³⁰, y a no ser torturados o tratados en forma cruel degradante o inhumana³¹, a trabajar en forma remunerada³², a la hora de sol y a tener comunicación con el exterior por teléfono³³.

Un aspecto importante de la jurisprudencia constitucional, que ha contribuido a evitar cifras aún mayores a las actuales de sobrepoblación penitenciaria, es la anulación de legislación que permitía al aparato represivo del estado, tener presas a personas por deudas, por su condición de mendigos o vagabundos, por su condición migratoria (detenidos administrativos), o en razón de apremio corporal por materias distintas a las deudas alimentarias. Estos cuatro temas, por sí solos han evitado que cientos de personas en razón de su condición, status y otros factores ajenos al proceso penal o a las deudas alimentarias, y ciertamente impropios de una nación democrática, agraven el problema de la sobre población que aqueja al sistema penitenciario costarricense.

sentenciado casi ocho meses después de que se lo solicitó el Instituto, no releva a éste de su responsabilidad, pues debió buscar los medios inmediatos para conseguir reunir estos elementos y así remitirlos a las autoridad judicial para que se resuelva la gestión que se presentó. En consecuencia se declara con lugar el recurso y se ordena al Instituto Nacional de Criminología que en término de tres días hábiles deberá remitir al Juzgado de Ejecución de la Pena de San José los estudios técnicos que le fueron requeridos".

²⁷ Sentencia 2016/94.

²⁸ Sentencias 2497/93,1433/96,2175/96,1922/97, 5342/96, 1401/94.

²⁹ Sentencia 410/93.

³⁰ Sentencia 2649/96.

³¹ Sentencias 2649/96, 2018/96,2982/96.

³² Sentencias 1443/96, 547/94.

³³ Sentencias 179/92.

Pero sin duda ha sido el amplio y gratuito acceso a la justicia que tienen los presos, tanto para promover sus recursos de hábeas corpus o amparo ante la Sala Constitucional, como para acudir al Juez de Ejecución de la Pena, lo que ha ayudado a evitar consecuencias aún más trágicas y vergonzosas en el sistema penitenciario costarricense.

Actualmente se recibe un promedio de 25 hábeas corpus al mes de parte de la población penitenciaria, cifra muy reveladora si tomamos en cuenta que la población actual no supera los 8,000 reclusos. Sin duda que a este activismo ha contribuido el acceso gratuito y directo durante las 24 horas del día - incluso vía telegrama o fax, de la justicia constitucional.

Lamentablemente, pese al control constitucional que se ejerce en la materia, la realidad económica y la falta de una política criminal coherente, chocan constantemente con la voluntad y tradición democrática costarricense. En la mayoría de los casos citados, son las autoridades penitenciarias las primeras en avergonzarse de tener personas durmiendo en el suelo, entre los baños y pasillos, sin colchones, sin papel higiénico, ni cloro u otros instrumentos de limpieza, o sin poder brindar condiciones adecuadas de atención a la salud. Pero como mencioné al inicio, y como probablemente ha de ser la realidad en algunos otros países también, la creciente deuda interna³⁴, el déficit fiscal, en fin los problemas típicos de los países en desarrollo, nos impide invertir lo suficiente en desarrollo humano y social, incluido claro está, adecuar la infraestructura carcelaria a las demandas propias del aumento en la migración, crecimiento de la población y aumento de la criminalidad. Ante esta realidad, los políticos prefieren sin duda crear escuelas, inaugurar centros de salud, construir carreteras, acueductos y

³⁴ En Costa Rica, 50 céntimos de cada colón se destinan al pago de intereses de la deuda interna que ya superó el billón de colones.

otras obras públicas, que cárceles. Al mismo tiempo, prefieren satisfacer las encuestas de opinión y endurecer las penas y penalizar toda conducta impopular, independientemente de la coherencia que ello tenga con nuestro régimen de estado social de derecho.

Por otra parte, el Poder Judicial, como encargado constitucional de hacer cumplir la ley, no puede más que hacerlo lo más eficientemente que pueda, de tal forma que, la solución no está en que se le pida “acomodarse” a las circunstancias, ya sea de la opinión pública, que desea mayor represión, o del sistema penitenciario, que espera menos detenidos o sentenciados.

Otro punto importante para garantizar el respeto de los derechos de los detenidos, es procurar que el personal penitenciario esté especializado, y esté al margen de la influencia militar o policial. A fin de cuentas, el cumplimiento de la normativa internacional de derechos humanos, depende de los ejecutores, y éstos deben ser leales al derecho y no a las armas.

Considero también, que es necesario hacer entender a la población, que el costo de mantener una persona detenida por día -con garantía de condiciones dignas-, es casi tan alto como el de lo que se denomina un "día cama " en un Hospital de cierta categoría, de tal forma que es indispensable aplicar la pena de prisión, sólo a aquellas conductas necesarias -y por un tiempo razonable-, y despenalizar o permitir la aplicación de medidas alternativas para toda aquella que no lesione bienes jurídicos de importancia. Si no fuera esto viable políticamente hablando, entonces debe el ciudadano prepararse para asumir el costo de una población penitenciaria creciente, pues como se vio del análisis de la jurisprudencia, la intervención de la sala en esta

materia, es constante, para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los detenidos, obligando si es necesario, a la inclusión de partidas en el presupuesto, para garantizar las condiciones a las que nos hemos comprometido honrar en instrumentos internacionales y en nuestra propia Constitución.

Indudablemente que los instrumentos jurídicos internacionales que obligan a garantizar condiciones dignas en las cárceles, existen desde hace ya mucho tiempo. El paso siguiente es crear mecanismos procesales efectivos para hacerlos cumplir. Estimo que la experiencia costarricense demuestra, la importancia de tener un Tribunal o Sala Constitucional fuerte, que tenga la independencia y posibilidad de hacer cumplir sus resoluciones. Igualmente importante es tener Jueces de Ejecución de la pena preparados, y aprobar instrumentos jurídicos modernos para que éstos actúen con eficacia³⁵. Asimismo garantizar el acceso directo de los detenidos a la justicia, lo que permite que sean éstos sus propios vigilantes y

³⁵ En Costa Rica, también los jueces de ejecución se han involucrado en el mejoramiento de las condiciones en las cárceles. A manera de ejemplo, la Jueza de Ejecución de la Pena de Puntarenas le ordenó al Director de Adaptación Social, en resolución de las siete horas del veintiséis de julio del año en curso tomar una serie de medidas, consideradas "menores", pero indispensables para garantizar la salud de los internos. Señala: "...Por lo expuesto se declara con lugar el Incidente de Queja planteado por los privados de libertad ubicados en el Nivel Semi-Institucional de Puntarenas, se ordena al señor Director General de Adaptación Social en un plazo improrrogable de quince días naturales, a partir del recibo de esta resolución, cumpla con las recomendaciones dadas por la técnica en Protección al Ambiente Humano del Ministerio de Salud, bajo el apercibimiento de incurrir en el delito de Desobediencia tal y como prevé el Art. 305 del Código Penal... tomando en consideración que la cantidad de recursos (materiales y mano de obra) requerida para dar cumplimiento a dichas órdenes es mínima, por lo que no va a significar una crisis en el presupuesto de la Institución, sino más bien que se trata de un asunto de voluntad y deseo de mejorar las condiciones en que se encuentran los privados de libertad y el propio personal que labora para dicha Institución".

defensores, sin necesidad de depender de la capacidad burocrática del Poder Judicial o del propio sistema carcelario.

Por último, es importante lograr -en aquellos países que la legislación lo permita -el sufragio de los internos, y así convertirlos en una fuerza política (con voz y voto), pues ello garantiza que ellos y sus familiares, estarán en posición de ser escuchados, sino a nivel nacional, de seguro que a nivel local, pues se sabe que por cada recluso existen al menos 3 o 4 adultos votantes a él estrechamente vinculados.

Con mucha razón se ha dicho que puede medirse el grado de verdadera democracia y libertad de un país, por el tipo de cárceles que tenga. Si ello es así, vergüenza nos da a muchos vernos en el espejo de cárceles que tenemos en el continente. Pero lo importante es continuar en la búsqueda de soluciones civilizadas y democráticas a estos problemas, y en ese camino, sin duda alguna, el acceso directo a la justicia constitucional y a la justicia legal (Jueces de Ejecución de la Pena) son aliados importantísimos en la lucha por la garantía de los derechos fundamentales de los detenidos.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO GUTIÉRREZ, José Ml, "Acceso a la Justicia de las personas privadas de libertad. Informe Nacional Costa Rica, 1998 (PNUD).

CARRANZA, Elías, "Sistema Penitenciario y Derechos Humanos en América Latina", en Memoria del Simposio Internacional Derechos Humanos y Justicia Penal. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Editorial Emahaia S.A. Primera Edición, Toluca México, 1998.

CARRANZA, Elías, **COGED VEGA** Mario, **MORA MORA**, Luis Paulino, Zaffaroni Eugenio Raúl, El preso sin condena en América Latina, San José, 1983.

Sentencias de la Sala Constitucional

Año 1989

199/89

Año 1990

239/90

383/90

1239/90

Año 1991

709/91

1003/91

1494/91

1889-91

1625/91

Año 1992

179/92

Año 1993

410/93

547/94.

2155/93

2497/93

Año 1994

1401/94

1716/94

2016/94

5254/94

Año 1995

3851/95

Año 1996

476/96

1032/96

1433/96

2018/96

2175/96

2362/96

2602/96

2649/96

2835/96

2982/96.

4576/96

4896/96

5091/96

5342/96

5468/96

5521/96

5755/96

6405/96

Año 1997

49/97

1922/97

Año 1998

1175/98

1232/98

3223/98

9245/98

Año 2000

8537-00

Año 2006

3684/06

3678/06

7617/06

Sitios Web

La Prensa Honduras dirección

www.laprensahn.com/caarc/9708/c22004.htm

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA Y DERECHOS HUMANOS.
LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

**PRODUCCIÓN DE PRUEBAS Y MEDIDAS
PRECAUTORIAS DE OFICIO EN LA ACCIÓN
DE AMPARO AMBIENTAL: ACTIVISMO
VERSUS GARANTISMO**

Néstor Pedro Sagiés

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA IDEOLOGÍA EN JUEGO. EL ACTIVO “JUEZ HÉRCULES”. 3. LA CONTRAPOSICIÓN IDEOLÓGICA: EL GARANTISMO. 4. EVALUACIÓN.

PRODUCCIÓN DE PRUEBAS Y MEDIDAS PRECAUTORIAS DE OFICIO EN LA
ACCIÓN DE AMPARO AMBIENTAL: ACTIVISMO VERSUS GARANTISMO

PRODUCCIÓN DE PRUEBAS Y MEDIDAS PRECAUTORIAS DE OFICIO EN LA ACCIÓN DE AMPARO AMBIENTAL: ACTIVISMO VERSUS GARANTISMO

Néstor Pedro Sagüés

1. INTRODUCCIÓN

El art. 32 de la Ley argentina General del Ambiente 25.675 contiene dos dispositivos procesales de singular interés. De hecho, cláusulas como las que vamos a analizar pueden repetirse en cualquier ley reguladora de derechos constitucionales difusos, también llamados “de incidencia colectiva”; y plantean una interesante confrontación entre la necesidad de proteger especialmente determinados bienes constitucionales (en el caso, el medio ambiente), y la necesidad de salvaguardar el principio del debido proceso.

El primero de ellos es el de producción de pruebas de oficio: “El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”. El segundo alude a la adopción, igualmente de oficio, de medidas precautorias: “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

Tales reglas se aplican, en la medida pertinente y cuando pudieren corresponder, a la acción de recomposición del daño ambiental y a la de indemnización del ambiente dañado, contempladas por el art. 30 de la referida ley. Pero parecen

especialmente atractivas (máxime, las medidas de urgencia) para el amparo ambiental, que procura, según la misma norma, “la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

La presencia de estas normas ha provocado, en general, aplausos en el ámbito procesal civilista. Desde luego, se ha advertido que importan un cambio en la mentalidad tradicional del juez (que incluso puede alterar la imagen clásica del magistrado neutral y, de algún modo, pasivo, condicionado por las peticiones y el impulso de las partes), por la de un juez comprometido con la tutela del ambiente y poseedor de un nuevo arsenal de derechos/deberes que le fuerzan a un intervencionismo para el cual no ha sido históricamente entrenado, según la formación académica y la experiencia forense prevaleciente hasta ahora en el ámbito civil¹.

Un verdadero desafío, en síntesis, no exento de una dosis de conflictividad que cabe asumir.

¹ Ver Néstor Pedro Sagiés, *El amparo ambiental*, en “La Ley” 2004-D-1194. Conviene alertar que el art. 32 de la ley 25.675 incluía otra regla, más audaz todavía, que confería al juez, según las reglas de la sana crítica, la facultad de “extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”, vale decir, la posibilidad de dictar sentencias *extra petita*. Este ramo de la ley fue vetado por el Poder Ejecutivo, quien entendió que violaba el principio de congruencia procesal.

2. LA IDEOLOGÍA EN JUEGO. EL ACTIVO “JUEZ HÉRCULES”²

Es evidente que estos preceptos se insertan en un marco ideológico preciso, de profundo corte activista, que asigna al juez un notorio y decisivo protagonismo en el proceso.

Las bases del perfil de ese magistrado pueden ser varias:

a) la búsqueda de la verdad real o material en el proceso, por sobre respuestas meramente formales o rituarías. Ello importará no solamente i) la condena a la renuncia conciente a la verdad jurídicamente objetiva,³ por más que esa verdad no haya sido correctamente planteada por los litigantes, sino también ii) la tarea realizar gestiones puntuales para lograr acceder a esa verdad. Así, las medidas para mejor proveer, por ejemplo, pasan de ser actos opcionales para convertirse, en algunas versiones muy decididas, en comportamientos obligatorios para el magistrado, condenándose su no realización⁴.

² Como se sabe, Ronald Dworkin (*Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona 1987, ed. Ariel, p. 177), alude al imaginario “Juez Hércules” como un jurista “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas”. En nuestro trabajo, el “Juez Hércules” es un magistrado con facultades ultrapotenciadas.

³ Sobre el tema, Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª. ed. (Buenos Aires), ed. Astrea, 2002. t. 2 p. 201 y sgts.

⁴ Por ejemplo, en “Díaz v. Quintana”, la Corte Suprema de Justicia argentina (*Fallos*, 307:1028), ante la posible deficiencia de una de las partes en el debido diligenciamiento de una prueba conducente para la solución del litigio, reprocha de todos modos a un tribunal no haber hecho mano de sus facultades para dictar medidas para mejor proveer, antes de dictar sentencia, a fin de dictar la resolución adecuada. Para la concepción tradicional, esas medidas son discrecionales de los jueces, de tal modo que no cabría reproche por no haberlas ejercitado. Sin embargo, la Corte revocó la sentencia pronunciada sin haberse practicado dichas medidas. Un antecedente fuertemente activista, en ese sentido, es “Oilher v. Arenillas” (*Fallos*,

b) la clara meta de una justicia y equidad igualmente material, real o sustancial, en la decisión final del tribunal⁵, para satisfacer el postulado constitucional preambular de “afianzar la justicia”.

c) algunas veces, una sensible devaluación (y en algunos casos, hasta superación) del cumplimiento de los recaudos formales que deben observar las partes, con más la amenaza de descalificar su exigencia por los jueces, con el rótulo de “exceso rituario” o clisés parecidos.

d) la cotización, muy alta por cierto, del valor utilidad (o si se prefiere, eficacia o eficiencia) en el sistema de administración de justicia, privilegiándolo sobre otros principios, como los de neutralidad del magistrado o de bilateralidad/igualdad de trato a las partes de la litis. Ello puede acarrear, asimismo, el retraimiento de algunas reglas clásicas del debido proceso en materia de contradicción, y el incremento de resoluciones judiciales (también en temas de fondo) adoptadas sin previa audiencia de la contraparte, con, además, una

302:1621), donde la Corte Suprema detecta también arbitrariedad en una sentencia dictada sin haber hecho el tribunal *a quo* uso de medidas para mejor proveer. Existen otros veredictos similares de la Corte.

⁵ El compromiso del juez con la verdad y con la justicia es destacado, por ejemplo, por Osvaldo A. Gozaini, quien escribe que ante la ausencia de la prueba ofrecida, el magistrado puede convocarla y producirla si considera que mediante ello se incorpora un elemento decisivo para resolver la litis, “siempre que ello sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa”. La tesis contraria llevaría al juez a una actividad pasiva “que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, (que) no se conforma con el servicio de justicia”. Ver Osvaldo A Gozaini, *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso* (Santa Fe, 2004), ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 268/9. Del mismo autor, consultar *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo* (Querétaro, 2002), ed. Fundap, *passim*.

moderación de la capacidad procesal de esta última para atacar con vigor lo así decidido (fomento, sobre todo en los procesos urgentes, de una “bilateralidad atenuada”).

e) aplicar intensamente el “principio de protección” o “de promoción” en materia de derechos humanos, en particular de los fundamentales, en el sentido que el juez no debe ser indiferente en el proceso respecto de la vigencia de tales derechos, sino que tiene que tutelarlos activamente, lo que importa no permanecer impávido o ajeno ante su suerte, sino apoyarlos, impulsarlos y robustecerlos de modo cierto y efectivo. Puede pensarse quizá en la sustitución de una “interpretación imparcial” de las normas, por una “interpretación tuitiva” del derecho en cuestión, e indirectamente de quienes son los portadores de ese derecho. Algunos autores programan incluso una “jurisdicción protectora”, distinta de la tradicional, o “jurisdicción dirimente”, con roles judiciales obviamente muy potenciados⁶.

En ese terreno, se sostiene que el deber de preservación, de garantía y de aplicación de dichos derechos no es tarea exclusiva del Poder Ejecutivo o del Legislativo, sino también compromiso específico de la judicatura, cosa que exige, para el juez del caso, una necesaria actitud de sensibilidad⁷. Y una

⁶ Ver Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª ed. (Buenos Aires, ed. LexisNexis, 2006) págs. 214/5. Sobre la “jurisdicción dirimente” y la “jurisdicción protectora”, ver Adolfo A Rivas, *El amparo*, (Buenos Aires), 3ª ed., La Rocca, 2003 pp. 58/9.

⁷ Ver por ejemplo Rigoberto Espinal Irias, *El juez y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de derecho*, en Autores Varios, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos* (San José de Costa Rica, 1993), págs. 41 a 43. Cabe recordar que el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica obliga a los estados nacionales a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter” que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades enunciadas en el Pacto, y que entre ellas (las de “otro

obligación no abstracta, o meramente conceptual, sino puntual y especificada en las causas que debe investigar y resolver.

f) la conversión del juez civil y comercial, de algún modo, en una especie de (más o menos diluido) juez penal instructor, con amplios poderes (y deberes) de investigación, tanto en general como de modo puntual en lo que hace a derechos humanos fundamentales.

g) en términos generales, entender que en el ordenamiento jurídico –y en particular, en la constitución– hay más, y valen más, los “principios” que las “normas”, y que aquéllos, por su carácter indeterminado, deben ser cotidianamente precisados por el juez activista. El peso de las “normas” y de la autoridad del Poder Legislativo que las ha engendrado, puede ceder así ante el predominio de la rama judicial del gobierno, cuyo robustecimiento aumenta también⁸:

i) ante un uso intenso del control judicial de constitucionalidad, que involucra ahora una más intensa fiscalización de razonabilidad de la norma legislativa; ii) el lanzamiento, por parte de la judicatura, de verdaderas “leyes judiciales”, esto es, la sentencia (o “sentencia-ley”) que define y explicita esos principios, modela o

carácter”), pueden entenderse las sentencias dictadas por tribunales. Así se consideró, v. gr., respecto del ejercicio del derecho de réplica enunciado por el art. 14 del Pacto. Éste contempla explícitamente una ley reglamentaria del mismo, pero en la práctica, después del caso “Ekmekdjian v. Sofóvich” (La Ley, 1992-C-543), se ha instrumentado en Argentina, en el orden federal, merced a sentencias judiciales.

⁸ Cfr. Luis Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Carbonell Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª. ed. (Madrid), ed. Trotta, 2005 p. 131 y sigts. El autor observa que el problema puede desembocar en la omnipotencia judicial. En definitiva, apunta, las leyes siguen condicionando a los jueces, pero solamente a través de la interpretación constitucional que ellos hagan de esas normas (pp. 130/1.)

destruye las normas legislativas, con fallos dotados de efectos expansivos o *erga omnes*, de uso obligatorio por los tribunales inferiores e incluso con pretensión de obediencia para los otros poderes⁹, y

iii) una arrolladora judicialización de la mayor parte de las otrora *political questions*, o asuntos no justiciables¹⁰.

Así, se remiten a los tribunales asuntos como cuáles son los programas que deberían difundir obligatoriamente los canales de televisión, dónde debería construirse un dique o un canal, determinar si un penal de fútbol fue mal o bien decidido por el árbitro del partido, decidir si los fondos dispuestos por el Congreso para ayuda social resultan o no suficientes, corrigiendo llegado el caso el presupuesto aprobado por ley, resolver cuál es el profesor que debe triunfar en un concurso universitario, revisando para ello las pruebas de oposición y llevando el caso, de ser necesario, ante la propia Corte Suprema, etc. etc.

⁹ Interesa apuntar que en Argentina, en el orden federal, la Corte Suprema ha creado jurisprudencialmente, y sin previsión constitucional alguna, la doctrina del efecto vinculante de sus pronunciamientos, que deben por tanto ser seguidos por los demás tribunales del país, salvo que dieran motivos valederos y novedosos (no tratados por la Corte) para poder apartarse de aquellas pautas. V. sobre el tema nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, ob. cit., t. 1 p. 184 y sigts. Al parecer, ciertas cortes supremas provinciales han seguido un camino parecido.

¹⁰ Incluso, alguna Sala Constitucional, como la de Costa Rica, ha anunciado el fin de las cuestiones políticas no justiciables: V. Néstor Pedro Sagüés, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005 p. 285 y sigts.

3. LA CONTRAPOSICIÓN IDEOLÓGICA: EL GARANTISMO

Desde luego, nada es pacífico en ese tema. Las críticas al escenario anteriormente descrito son igualmente intensas. *Grosso modo*, el contrafrente garantista¹¹ postula un redimensionamiento del rol del juez, en base a estas premisas:

a) una concepción unitaria básica del proceso, en instituciones trascendentes como acción, proceso, jurisdicción, pretensión, instancias, procedimientos, actividad confirmatoria y recursiva¹², lo que implica de algún modo transportar al ámbito civil ciertas líneas fundamentales del actual proceso penal, entendido éste, por muchos, no como un dispositivo orientado hacia la búsqueda de la “verdad material”, real u objetiva¹³, sino de (en el mejor de los casos), la “verdad procesal”¹⁴. Además, la

¹¹ Los rótulos de “activismo” y de “garantismo” son en buena medida discrecionales y confusos. Las posturas “activistas” también se reputan materialmente garantistas (por ejemplo, del principio constitucional -preámbulo- de “afianzar la justicia”, de la directriz constitucional –art. 43- de la rapidez y expeditividad en el amparo, etc.), mientras que las corrientes “garantistas” no reniegan de un juez activo destinado a cumplir con los deberes y facultades propios de los magistrados, pero sin exceder sus roles naturales. Por lo demás, no existen versiones únicas del “activismo” y del “garantismo”.

¹² Ver Mauro Chacón Corado, *La jurisdicción civil y penal (poderes, deberes y facultades)*, en Autores Varios, *Teoría unitaria del proceso* (Rosario, ed. Juris, 2001 p. 211; Omar A Benabentos, *Teoría general unitaria del derecho procesal*, (Rosario, ed. Juris, 2001 p. 171 y sgts., 218 y sgts.

¹³ Cfr. Adolfo Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional* (Rosario, ed. Zeus, 2003 p. 152.

¹⁴ Omar A Benabentos., *Teoría general unitaria del derecho procesal*, ob. cit., p. 394. Sobre la “verdad procesal” y la “verdad correspondencia”, ver Corvalán Víctor R., *Acción y reacción en el proceso*, en Autores varios, *Teoría unitaria del proceso*, ob. cit., p. 44/5. En el sentido que en el proceso penal, el fin más relevante es el respeto de los derechos del imputado, lo que se denomina “misión garantista” del derecho procesal penal, v. Pastor Daniel,

evolución habida en el proceso penal, esto es, de modo especial, el abandono del principio inquisitivo (de amplias facultades y deberes para el juez) por el acusatorio (régimen donde el protagonismo procesal vuelve a estar en manos de la fiscalía y la defensa), viene a impactar decisivamente en la esfera del proceso civil, y debe suscitar mutaciones parecidas¹⁵. Para las posiciones garantistas, el Juez Hércules es un resabio de doctrinas autoritarias e inquisitoriales, y hasta el juez instructor penal tradicional, un juez sospechado de inconstitucionalidad.

b) una fuerte cotización de la idea del “debido proceso” adjetivo, y en particular, dentro del mismo, de la imagen del juez, que debe ser tanto *independiente* (no sometido a factores externos), como *imparcial*, en su doble versión de *imparcialidad subjetiva* (no tener interés en la litis, no estar involucrado con las partes, v. gr.), y de *imparcialidad objetiva* o funcional (no adoptar papeles que comprometan la sentencia que debe pronunciar. Por ejemplo, no ser juez de instrucción y del plenario¹⁶; no disponer el juez penal (y aun el civil) pruebas de

El plazo razonable en el proceso del estado de derecho (Buenos Aires), ed. Ad-Hoc 2002 y Fundación Adenauer, p. 554.

¹⁵ Ello conduce a rechazar la absolución de posiciones en sede civil, por el principio constitucional, elaborado en principio para el ámbito penal, de no ser obligado a declarar contra sí mismo: ver sobre el tema Adolfo Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional*, ob. cit., p. 153.

¹⁶ Tal doctrina es recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Disier-Fraticelli”, sentencia del 8/8/06. Allí el tribunal apunta que la “imparcialidad objetiva” exige que el juez ofrezca las suficientes garantías para eliminar “cualquier duda” acerca de la imparcialidad observable en el proceso.

oficio¹⁷, e incluso en el fuero civil, no dictar medidas para mejor proveer¹⁸.

Lo anterior puede conducir a la desconfianza hacia el juez "protector", ya que un juez encargado enfáticamente por la ley de asegurar la tutela de algo reclamado por alguien, o de alguien que reclama algo, con obligaciones procesales para actuar protagónicamente en dicho sentido, en esa gestión de auxilio en pro de una de las posiciones en debate, podría perder una significativa cuota de imparcialidad y volverse "parte", o juez "*partial*" De ahí la condena al "juez defensor" de una de las parte¹⁹.

¹⁷ Cfr. Juan Montero Aroca, *La prueba de oficio (Libertad y garantía frente a autorización y publicización en el proceso civil)*, comunicación presentada ante el Congreso panameño de derecho procesal, versión fotocopiada, p. 275/6. El autor señala que la condición del juez como genuino "tercero" en el proceso, exige que no sea al mismo tiempo parte, ni que realice actos propios de una parte, como ofrecer pruebas. Agrega que detrás de este debate existe un significativo trasfondo ideológico que supera un análisis meramente técnico acerca de las facultades del juez. El asunto se conecta también con el sentido de la prueba, que no es alcanzar a descubrir una presunta verdad objetiva o real, sino cumplir con una tarea de verificación de los hechos alegados y controvertidos por las partes, pero conforme el procedimiento legal en vigor, debiendo tenerse presente que hay valores o derechos superiores a la verdad misma (de ahí que haya pruebas ilícitas o no permitidas, por ejemplo: p. 281). Concluye sosteniendo que el llamado activismo judicial, por su trasfondo autoritario (fascista o comunista), importa una suerte de enfermedad (p. 291). Agradezco a la Dra. Andrea Meroi el aporte bibliográfico utilizado.

¹⁸ Ver Hugo Botto Oakley, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer* (Rosario, ed. Juris, 2004) *passim*, con un detallado estudio del tema en numerosos códigos procesales en lo civil y comercial.

¹⁹ Sobre la condena de "la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes...", V. Adolfo Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional*, p. 306. Ver también Juan Montero Aroca, *Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad*, en Autores Varios, *Teoría unitaria del proceso*, ob. cit., p. 243.

No se trata, desde luego, que ciertos bienes o personas queden desprotegidos, si hay un interés público (o un bien común público) relevante en su defensa. Lo que se procura es que esa defensa quede a cargo y bajo la responsabilidad de *otros* (abogado defensor, y de ser necesario, de un ministerio público altamente calificado, en concurrencia –o no– con la defensoría del pueblo u otro organismo análogo, y asimismo, organizaciones destinadas a la tutela de bienes colectivos, lo que implicaría una “socialización de la legitimación”), pero no del juez que *imparcialmente* debe decidir el litigio²⁰.

4. EVALUACIÓN

En definitiva, cabe asumir, en el ámbito civil y comercial, que existe en la actualidad un profundo debate acerca de los papeles que puede o que debe asumir el juez, y que la solución adoptada por la ley 25.675 en aras de programar medidas precautorias y probanzas de oficio, puede merecer la entusiasta adhesión de buena parte de la doctrina, pero también generar reflexiones críticas muy serias por otro sector de la literatura especializada.

²⁰ El tema es por cierto complejo. De alguna manera, la configuración del ministerio público con legitimación activa en los procesos no dispositivos ha hecho que Juan Montero Aroca lo califique, en ciertos casos, como “creación de una parte artificial”, algunas veces actuante no en virtud del principio de oportunidad, sino de necesidad: *La prueba de oficio en el proceso civil (la situación en el derecho español)*, versión fotocopiada, p. 25. Sobre la participación de asociaciones en procesos donde estuvieren en juego bienes públicos o colectivos, ver del mismo autor, *Los poderes del juez en el proceso civil*, ob. cit., p. 243. Advertimos al respecto que el conferimiento de roles protectores de la sociedad del ministerio público, al estilo del art. 120 de la constitución argentina, no constituye algo anómalo. Pero la constitución (art. 43) puede encomendar esa actuación también a otro sujeto, como lo hace con el Defensor del Pueblo en los amparos relativos a los derechos de incidencia colectiva, entre los que se encuentran los ambientales.

En concreto, quienes procuran crear en el fuero civil un clima con fuerte presencia procesal penal contemporánea, esto es, con un esquema garantista moldeado en un principio acusatorio coincidente con un fuerte principio dispositivo civil, aquellas atribuciones, a las que se acusa de atentatorias contra la *imparcialidad* judicial, pecarían de inconstitucionalidad.

Curiosamente, sin embargo, de proyectarse el esquema garantista a la tutela de *todos* los derechos fundamentales (esto es, no solamente los procesal-penales)²¹, las medidas probatorias y cautelares de oficio podrían algunas veces contar con la aprobación de parte de esta doctrina. El argumento es el siguiente: si la abstención probatoria y precautoria del juez (*ne procedat iudex ex officio*) se justifica en la esfera penal, en virtud del principio de inocencia y de la tutela procesal y penal a favor del acusado (agredido, según se explica, por el sistema punitivo del Estado, y de quien se afirma, es por lo común la parte débil del proceso penal), en otros ámbitos, y en garantía de otros derechos constitucionales “de prestaciones” (a la salud, la alimentación, el medio ambiente, v. gr.), la *garantía* al *débil* podría justificar un juez activista, pronto a auxiliar a quien necesita remedios, comida o la cesación a la agresiones al medio natural, prestaciones insuficientemente proporcionadas por aquel Estado²².

²¹ El garantismo tiene su cuna en el derecho penal y procesal penal, pero también se lo visualiza ahora como “técnica general de tutela de todos los derechos fundamentales”, para arribar a una “teoría general del garantismo”. Ver Andrés Ibáñez Perfecto, *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (Madrid), ed. Trotta 2005, págs.60/1.

²² Agradezco en este punto las observaciones críticas y el aporte del Profesor Mario E. Chaumet.

Cabe destacar que no obstante ese posible enfoque de la cuestión, cierto garantismo que podríamos denominar “fuerte” sostiene que aún ante la presencia de intereses colectivos o en cuyo interés estamos (o deberíamos estar) todos involucrados, el juez debe ser incuestionablemente imparcial, no defensor de partes, y que lo que corresponde es conferir legitimación a otros sujetos, incluyendo asociaciones específicas, para postular a favor de tales bienes, o flexibilizar dispositivos procesales tuitivos de ciertas partes, como medidas precautorias sin caución²³.

Aceptada –y subrayada– por nuestra Corte Suprema la doble condición de imparcialidad subjetiva y de imparcialidad objetiva que debe reunir el juez²⁴, como recaudos del debido proceso en lo criminal, y alertados de que la última puede no empalmar con la referida adopción oficiosa de pruebas y medidas cautelares, de acentuarse la exportación de las tendencias garantistas procesal-penales a la esfera civil (hipótesis por cierto no descartable, a tenor de las perspectivas de los últimos fallos de nuestra Corte Suprema), cabe preguntarse si normas legales como la indicada, en el punto que nos preocupa, no se encuentran en una situación de relativa “constitucionalidad precaria”²⁵. Esto es, que hoy son *todavía* consideradas como constitucionales por buena parte de la doctrina (no por todos), pero que mañana podrían perder esa calificación, si se transportan más intensamente por los

²³ Juan Montero Aroca, La jurisdicción en el proceso civil y penal, ob. cit., p. 243.

²⁴ Por ejemplo, caso “Disier – Fraticelli, sentencia del 8/8/06.

²⁵ Sobre el tema de la inconstitucionalidad “precaria” o “endeble”, nos emitimos a Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos* (Buenos Aires), ed. Ad-Hoc 2006, p. 78.

tribunales los principios del debido proceso penal al proceso civil, posibilidad que no es nada remota²⁶.

En el orden de las realidades prácticas, cabe preguntarse igualmente si no sería más adecuado conferir al ministerio público (ya fiscal, ya de la defensa), en tutela “de los intereses generales de la sociedad” -como expresamente lo dice el art. 120 de la constitución nacional- una actuación intensa y plena en los procesos ambientales, con obvias facultades para ofrecer y reclamar la producción de pruebas y requerir amplias medidas precautorias, en vez de transferirle al juez funciones más propias de una parte que de un sujeto imparcial; o darle aquel papel al Defensor del Pueblo²⁷. Con esto se conformarían tanto –sin duda- las exigencias garantistas del debido proceso, como la útil y legítima custodia de un valor tan relevante como es la preservación del medio natural.

²⁶ En tal sentido, debe tenerse presente que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, relativos al proceso penal, rigen en general y mínimamente en todo proceso (incluyendo el civil y el juicio político, v. gr.). V. Néstor P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., p. 159 y sigts.

²⁷ En tal sentido, debe tenerse presente que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, relativos al proceso penal, rigen en general y mínimamente en todo proceso (incluyendo el civil y el juicio político, v. gr.). V. Néstor P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., p. 159 y sigts.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El debido proceso de la garantía constitucional*, p. 306.

BENABENTOS, Omar A. *Teoría general unitaria del derecho procesal*, ob. cit., p. 394. Sobre la “verdad procesal” y la “verdad correspondencia” en Corvalán, Víctor R. *Acción y reacción en el proceso*, en Autores varios, *Teoría unitaria del proceso*, ob. cit., pp. 44/5.

BOTTO OAKLEY, Hugo. *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer* (Rosario, ed. Juris, 2004 *passim*).

CHACÓN CORADO, Mauro. La jurisdicción civil y penal (poderes, deberes y facultades), en Autores Varios, *Teoría unitaria del proceso* (Rosario), ed. Juris, 2001 p. 211.

ESPINAL IRIAS, Rigoberto. *El juez y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de derecho*, en Autores Varios, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos* (San José de Costa Rica, 1993), pp. 41 a 43.

IBÁÑEZ PERFECTO, Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*. Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (Madrid), ed. Trotta 2005, pp. 60/1.

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba de oficio (Libertad y Garantía frente a autorización y publicización en el proceso civil)*, Comunicación presentada ante el Congreso panameño de Derecho Procesal, Versión fotocopiada, p. 275/6.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, en Carbonell Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª. ed. (Madrid, ed. Trotta, 2005 p. 131 y sgts.

RONALD, Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona 1987, ed. Ariel, p. 177.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4^a. ed. (Buenos Aires), ed. Astrea, 2002. t. 2 p. 201.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *El amparo ambiental*, en “La Ley” 2004.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la constitución*, 2^a. ed. (Buenos Aires, ed. LexisNexis, 2006) págs. 214/5. Sobre la “jurisdicción dirimente” y la “jurisdicción protectora”, ver Adolfo A Rivas, *El amparo*, (Buenos Aires), 3^a ed., La Rocca, 2003 pp. 58/9.

DATOS DE LOS AUTORES⁵¹³

Elodia Almirón Prujel. Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción, Abogada y Escribana Pública por la Universidad Nacional de Asunción. Jueza de Justicia Letrada. Quinto Turno de la Capital. Egresada de la Maestría en Educación de la Universidad Católica. Egresada de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario/Argentina. Egresada de la Escuela Judicial. Especialidad en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca (España). Master en Planificación y Conducción Estratégica Nacional (Instituto de Altos Estudios Estratégicos). Cursos de Derechos Humanos en Costa Rica, Francia, Alemania, Chile y Washington. Miembra del Instituto Paraguayo de Derechos Humanos y del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional. Docente en las materias de Derechos Humanos y Derecho Constitucional. Obras publicadas: *Derechos Humanos y Derecho Constitucional/Intercontinental* Editora; *Instrumentos Internacionales para la Protección de los Derechos Humanos* en coautoría con Rodolfo Aseretto/CIPAE-DIAKONIA.

Sindulfo Blanco. Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas por la UNA, con calificación *cum laude*. Ministro de la Corte Suprema de Justicia. Ex magistrado del Tribunal de Cuentas. Profesor de Derecho Tributario y Economía Política de la UNA. Profesor de Derecho Tributario del Postgrado, en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Profesor Titular de Derecho Tributario en la Facultad de Ciencias Económicas, Contables y Administrativas de la UNA. Profesor del Colegio Nacional de Altos Estudios Estratégicos. Consultor Académico del Poder Judicial. Miembro de la Comisión Nacional de Codificación. Redactor de varios anteproyectos de leyes. Autor de las obras:

⁵¹³ Los datos de los autores fueron incluidos en orden alfabético.

“Manual Impositivo”, Tomos I y II; Compilación “Código Laboral Concordado”; Compilación “Seguridad Social Concordada”; “Manual de Defensa del Contribuyente”, entre otras.

Emilio Camacho. Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Diploma de Especialización en Ciencia Política y Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Una- Filial Coronel Oviedo y de Derecho Político en la Universidad Católica. Docente de la Escuela Judicial en el Módulo Constitucional. Miembro de la Comisión Redactora de la Constituyente de 1992, Subcontralor General de la República 1995-2000. Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-Caso Ricardo Canese.- Senador Nacional (2003-2008). Autor de Constitución y Estado de Excepción (1992), Lecciones de Derecho Constitución (2001). Compilador y coeditor con Luis Lezcano Claude de Comentario a la Constitución T I, 1997 y T II, 2002.

Rodrigo Campos Cervera. Abogado, ex profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UNA y de la UCA; de Derecho Político en la UCA, por concurso desde 1983 hasta ahora. Ex miembro del Consejo Directivo por dos periodos en la UNA y dos en la UCA. Ex Vicepresidente del Senado, ex Presidente del Senado y del Congreso de la Nación, ex Vicepresidente del Parlatino durante 6 años (tres periodos) y ex Miembro del Consejo Consultivo. Libros: “La Inconstitucionalidad de una sentencia sobre Inconstitucionalidad”; coautor “Enmienda Constitucional y Reelección Presidencial”, publicó 105 artículos jurídicos constitucionales y políticos, en diarios, revistas, “La Ley” y “Comentarios a la Constitución” Tomo I y II. Ex Convencional

constituyente en 1967 y 1991-1992. Miembro del “Instituto Interamericano de Derecho Constitucional”.-

José Luis Cea Egaña. Master en Derecho y en Ciencia Política y Doctor en Derecho, grados otorgados por la Universidad de Wisconsin. Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Chile. Profesor titular de Derecho Político y Derecho Constitucional en la Universidad de Chile y en la Universidad Católica de Chile. Desde 1994 Decano en la Academia de Ciencias Policiales. Desde 2002 es Ministro del Tribunal Constitucional. En agosto de 2005 asumió la Presidencia de esta Magistratura. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y Presidente de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Autor de más de trescientas publicaciones en Chile y el extranjero, entre ellas: Teoría Política y Constitucional; Bases de Ciencia Política y Constitucional; Tratado de la Constitución de 1980; Teoría de la Libertad de Expresión, (tres ediciones); Curso de Derecho Constitucional, en cuatro volúmenes (cinco ediciones); El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica; Teoría del Gobierno. Derecho Chileno y Comparado; Instituciones de Gobierno. Derecho Chileno y Comparado; Derecho Constitucional Chileno Tomo I, Tomo II y Tomo III (en prensa); y El Nuevo Derecho Público en la Doctrina Chilena. Ex Presidente del VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional (enero 2004), y de la Vª Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (octubre 2006). Fue Profesor Visitante en Universidades de Europa, Estados Unidos y América Latina.

Evelio Fernández Arévalos. Abogado y Licenciado en Filosofía por la UNA. Profesor de Filosofía del Lenguaje de la UNA. Profesor de Lingüística de la UNA. Profesor de Derecho Constitucional en UNIDA. Miembro de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos OEA. Rector de la Universidad Comunera. Vicepresidente del Centro Paraguayo de Estudios Internacionales (CEPEI). Ex Senador de la Nación (en tres legislaturas), Ex Presidente del Congreso (en dos períodos) y Ex Presidente de la Cámara de Senadores. Ex Miembro del Consejo de la Magistratura (dos períodos). Publicó las obras: "Hábeas Corpus, Régimen Constitucional y Legal en el Paraguay", 2000; "Tratados e Instrumentos Interamericanos de Protección de los Derechos Humanos", 2001; "Inmunidades Parlamentarias y Desafuero", 2002; "Órganos Constitucionales del Estado", 2003; "Opiniones Consultivas, Medidas Provisionales y Medidas Excepcionales y de Urgencia", 2003.

Carlos Alberto González Garabelli. Ex Convencional Constituyente de 1967 y 1992 y Miembro de sus Comisiones Redactoras. Profesor Titular de Derecho Laboral y de Derecho Agrario. Ex Decano de la Facultad de C. Jurídicas y Diplomáticas de la U. C. Ex Diputado - Ex Senador. Ex Embajador del Paraguay en el Brasil y en la Argentina. Autor de varios libros y publicaciones sobre temas de su especialidad.

José Ignacio González Macchi. Abogado por Universidad Nacional de Asunción. Post grado en diferentes países. Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas, de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. Miembro delegado plenipotenciario de la Cámara Alta Latinoamericana de Juristas y Expertos en Ciencias Penitenciarias y representante "ad perpetuum" del Colegio Superior de Catedráticos de Derecho Humanos, otorgado en Curitiba, Paraná. Anteproyectista del Código Procesal Penal del Paraguay. Master in Law por la California Wester School of Law. San Diego-California. Autor de numerosos libros jurídicos: "La Tortura. Una aproximación hacia su tipificación penal". "Código Penal Paraguayo Comentado"(en coautoría)TI. (Arts. 1 al 36). "Preguntas Básicas

sobre el Nuevo Código Procesal Penal Paraguayo”. “Nuevo Procedimiento Penal Paraguayo”. “Juramento de Verdad ante el Fiscal. “Sentencias Penales”.

Violeta González Valdez. Doctora en Ciencias Jurídicas por la UCA, calificación *summa cum laude* con recomendación de publicación. Se especializó en Derechos Humanos en la Universidad Complutense de Madrid, y en Derecho Penal en la Universidad Nacional de Corrientes. Postgrado en Derecho Constitucional, Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Salamanca. Pasantía en el Instituto de Reinserción Social y la Defensoría Pública de Albuquerque, E.E.U.U. Abogada y Escribana por la Universidad Nacional de Asunción. Integrante de la Comisión Nacional para el Estudio de la Reforma del Sistema Penal y Penitenciario. Profesora Titular del Curso de Doctorado y de Postgrado en Derecho Penal Juvenil de la Universidad Autónoma de Asunción; y Profesora Invitada del Curso de Doctorado de la Universidad Católica en la Cátedra de Derecho Penal. Libros: “Defensa Penal” y “La Justicia Penal Juvenil en el Paraguay”.

Luis Lezcano Claude. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Especializado en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado en Historia por la UNA. Profesor de Derecho Constitucional de la UNA y de la UC. Fue constituyente en la Convención Nacional Constituyente 1991/2. Ha publicado varios trabajos en el campo de Derecho Constitucional. Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia, integrante de la Sala Constitucional.

Gilmar Mendes. Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da

Universidade de Brasília-UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), com a dissertação Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos; Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha (1989), com a dissertação "Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht (Pressupostos de admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante a Corte Constitucional Alemã)"; Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha (1990), com a tese "Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal", publicada na série Schriften zum Öffentlichen Recht, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, 2005.). Membro Fundador do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Membro do Conselho Assessor do “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Madrid, Espanha. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE.

Juan Carlos Mendonça Bonnet. Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. Licenciado en Diplomacia por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia en Nueva York (E.E.U.U. de Norteamérica). Postgrado de 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.

Luis Paulino Mora Mora. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Estudios en Psicopatología Forense y Criminología, Derecho Penal, Derecho de Integración Económica, Derecho de Integración Europea, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Ex Ministro de Justicia y Gracia. Ex Director del Área de Asistencia Técnica ILANUD. Publicó varias obras: "Garantías Constitucionales en relación con el imputado"; "Derechos Humanos en la Justicia Penal"; "Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Los Principios Fundamentales que informan el Código"; entre otras.

José Antonio Moreno Ruffinelli. Abogado y Doctor en Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción, tesis aprobada con felicitaciones. Profesor Titular de Derecho Civil, Personas y Familia de la UCA. Profesor Titular de: Derecho Civil, Personas y Familia de la UNA, Profesor del Postgrado en Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UCA, Profesor de la Academia Diplomática, Presidente de la Academia Paraguaya de la Lengua Española. Quinto Árbitro del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Arbitro de la Corte Permanente de Arbitraje, La Haya, Árbitro Paraguayo por el MERCOSUR desde 1995, Árbitro por el Centro Paraguayo de Arbitraje y Mediación. Es miembro, entre otros, de: la Real Academia Española, la Sociedad Científica del Paraguay, International Law Association, la Federación Interamericana de Abogados, del Instituto Paraguayo de Derecho Internacional, la Comisión Nacional de Codificación, desde 1994, Ex Presidente de la H. Cámara de Diputados (1990/93) y Diputado Nacional por varios períodos, Ex Ministro de Relaciones Exteriores (2001/2003). Autor de varias publicaciones, entre ellas: Derecho Civil 1, Parte General, De las Personas; Régimen Patrimonial del Matrimonio; Nuevas Instituciones de la Constitución Nacional; Diplomacia para el Desarrollo; Derecho de Familia, Tomos I y II.

Alicia Beatriz Pucheta de Correa. Abogada y Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Magister en Educación en la UCA. Ministra de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2004 y actual Presidenta de la Corte Suprema de Justicia. Curso de Didáctica Universitaria en la UNA. Curso de Formación docente e investigación en Derecho en la UCA. Docente de Pregrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Docente en cursos de Doctorado y en la Escuela Judicial. Ex Jueza de Primera Instancia, Miembro del Tribunal de Apelación. Miembro titular del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Autora de las publicaciones: Derecho del Menor, Manual del Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Coautoría en varios libros y revistas jurídicas. Expositora en congresos internacionales.

Enrique A. Sosa Elizeche. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Asunción (Felicitación de la mesa examinadora en la tesis doctoral). Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia y Ex Ministro del mismo tribunal. Ex Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Profesor titular de Derecho Administrativo y de Técnica Jurídica de la Universidad Católica. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Asunción. Árbitro Ad-Hoc del MERCOSUR. Árbitro ante la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Autor de varias obras y trabajos sobre temas jurídicos entre ellos “El Amparo Judicial”, “La Acción de Amparo. Derecho Paraguayo y Comparado”, “La Actividad Discrecional de la Administración Pública”, “La función del Poder Judicial y la Constitución de 1992”.

Néstor Pedro Sagiús. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación

Argentina de Derecho Constitucional. Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid y Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

Jorge Silvero Salgueiro. Estudios de Maestría (LL.M.) y Doctorado en Derecho Constitucional, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de Derecho Constitucional y Comparado, UCA de Asunción. Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional (IPDC). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC). Profesor Visitante en la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Profesor Visitante en la Universidad Interamericana de Panamá. Trabajos de investigación publicados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (IIJ-UNAM); la Pontificia Universidad Católica de Perú; la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, España; la Universidad de La Rioja, España; el Anuario de Derecho Público de Alemania; el SELA de la Universidad de Yale; la Universidad de Palermo, Argentina; la Universidad del Salvador, Argentina; la Revista Panameña de Política; la UCA de Asunción y la Revista La Ley Paraguaya. Conferencias impartidas en Alemania, Brasil, Argentina, Colombia, México, Panamá y Paraguay.

José Raúl Torres Kirmser. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción, “*Cum Laude*”. Notario y Escribano Público. Carrera Judicial como Magistrado desde el año 1973. Ministro de la Corte Suprema de Justicia desde marzo de 2004 hasta la fecha y Presidente de la Corte Suprema de Justicia Ejercicio 2006. Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, de la Comisión Nacional de Codificación, del

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y de la Asamblea Universitaria de la UNA, así como de numerosas entidades nacionales e internacionales. Profesor Titular de “Derecho de las Obligaciones”, “Derecho Mercantil II” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Autor de los libros: “*Responsabilidad Profesional de los Médicos*”, “*Honorarios de Abogados y Procuradores*”, “*El Cheque. Régimen Legal. Jurisprudencia*”, “*Derecho Bancario*” (Coautor), así como de numerosas monografías. Realizó cursos de Administración de Justicia en Chile y Estados Unidos de América.

María Sol Zuccolillo Garay de Vouga. Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción con calificación *cum laude*. Abogada, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, con medalla de oro de mejor egresada Notaria y Escribana Pública por la Universidad Nacional de Asunción. Ingresó al Poder Judicial en 1977, ocupando los cargos de Dactilógrafa, Secretaria de Juzgado de 1ª Instancia, Fiscal en lo Civil y Comercial, Jueza de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial, Miembro del Tribunal de Apelación del Trabajo, Miembro del Tribunal de Apelación del Menor y, actualmente, se desempeña como Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 2ª Sala. Publicó la obra “La teoría de la Lesión en los actos jurídicos” y monografías diversas en publicaciones jurídicas.