



COMENTARIO A LA CONSTITUCIÓN

TOMO IV



Homenaje al Vigésimo 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 IV

Homenaje al Vigésimo Aniversario

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

ASUNCIÓN - PARAGUAY
2012

- © CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. División de Investigación, Legislación y Publicaciones (DILP) del Centro Internacional de Estudios Judiciales. “Comentario a la Constitución. Tomo IV. Homenaje al Vigésimo Aniversario”. Asunción – Paraguay.

Alonso y Testanova. Asunción – Paraguay

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 sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

Primera Edición: 1.000 ejemplares

D 342	COMENTARIO A LA CONSTITUCIÓN. TOMO IV. HOMENAJE AL VIGÉSIMO ANIVERSARIO
COR	Corte Suprema de Justicia Asunción – Paraguay. Edición 2012. 556p.

ISBN 978-99953-41-16-9

COORDINACIÓN GENERAL

Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Presidente

Carmen Montanía Cibils, Directora DILP

COMPAGINACIÓN

Carmen Montanía Cibils, Directora DILP

Emily Santander Donna, Investigadora

Marcos C. Villamayor Huerta, Técnico



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ALICIA PUCHETA DE CORREA
Vicepresidente 1º

RAÚL TORRES KIRMSER
Vicepresidente 2º

MIGUEL OSCAR BAJAC
GLADYS ESTER BAREIRO DE MÓDICA
SINDULFO BLANCO
LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA
ANTONIO FRETES
CÉSAR GARAY ZUCCOLILLO
Ministros

ÍNDICE GENERAL

Índice de Abreviaturas.....	XI
Presentación.....	XV
Presentaciones de las ediciones anteriores	XVII
¿NECESITA LA CONSTITUCIÓN DEL AÑO 1992 UNA REFORMA? Elodia Almirón Prujel	1
I. Introito	3
II. Tendencias de reforma.....	5
III. Desequilibrio Constitucional y Constitucionalismo.....	13
IV. El incierto rumbo del constitucionalismo Latinoamericano	15
V. Cuestiones debatidas	17
VI. Un papel inagotable para la Corte Suprema.....	26
VII. Ideas finales	42
Bibliografía	46
 EL DEBIDO PROCESO, EL ART. 17 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL SUMARIO ADMINISTRATIVO PREVISTO EN LA LEY 1626 DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Sindulfo Blanco	 49
I. Introducción.....	51
II. Distinción entre “proceso administrativo” y “procedimiento administrativo”.....	52
III. Naturaleza, fines y principios especiales del procedimiento administrativo.....	55
IV. La “judicialización” de la administración.....	59

V. Delimitación del concepto del debido proceso en el procedimiento administrativo.....	60
VI. ¿El sumario administrativo de la ley de la función pública se ajusta al debido proceso o se encuentra en exceso “judicializado”?.....	61
VII. Conclusiones.....	64
Bibliografía.....	66

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, NO LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. ENMIENDA Y REFORMA. GENERALIDADES. NECESIDAD, CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD DEL PROYECTO. Rodrigo Campos Cervera..... 67

1. Introducción.....	69
2. Exigencias básicas omitidas debido a la errónea denominación en la tapa del texto constitucional.....	70
3. La otra forma de Estado. El Estado unitario del Paraguay.....	71
4. Imperativa exigencia de enmendar el insólito error.....	74
5. Una observación oportuna con carácter de digresión.....	75
6. Procedimientos para reformar la Constitución en los precedentes históricos y en la vigente.....	76
7. De la reforma de la Constitución paraguaya vigente.....	79
8. De los límites y de la potestad de la Convención Nacional Constituyente.....	80
9. De la enmienda de la Constitución vigente.....	80
10. Generalidades sobre la necesidad de modificar la Constitución paraguaya vigente.....	87
11. La reforma total de la Constitución de 1967 y la enmienda de 1977 que estableció el vitaliciado.....	88
12. La inamovilidad, requisito propio de la independencia del órgano judicial que garantiza la no subordinación de jueces a los órganos que los proponen y que los designan.....	90

13. Posibilidad de ejercer sobre los jueces maniobras de seducción o extorsión según reflexiones del iusfilósofo R. Guibourg	91
14. Tendencia a elegir jueces complacientes por los designantes, del mismo pensador	92
15. La elección y confirmación de magistrados en el Paraguay no es un problema de derecho, sino una cuestión política y de poder.....	93
16. Los constituyentes de 1991-1992.....	94
17. Necesidad de la reforma.....	97
18. Condiciones necesarias para la reforma	97
19. Conveniencia para la reforma de la constitución	99
20. Cómo y por qué una concertación previa a la constituyente	100
21. ¿Cuándo realizar la constituyente?.....	101
22. Algunos artículos de la Constitución paraguaya que requieren urgente modificación por la vía de la enmienda	101
23. Artículos de la Constitución paraguaya que pueden ser objeto de tratamiento, vía enmienda según nuestro criterio personal. (arts. 216 y 261).....	102
24. Artículo 216 «del Presupuesto General de la Nación».....	103
25. De la inamovilidad o no de los ministros de la Corte Suprema de Justicia (art. 261).....	105
26. Argumentos y posiciones asumidas por cada una de las partes en controversia sobre los citados artículos	109
27. Consideraciones finales.....	111
28. Reflexión final.....	113
Bibliografía	113

HACIA UN DEBATE DE REFORMA CONSTITUCIONAL.	
Bernardino Cano Radil.....	115
I) Presentación.....	117
II) Antecedentes constitucionales y sus lazos con los ambientes políticos históricos.....	123
III) La Constitución de 1992 es la primera sancionada por una Convención Nacional Constituyente democrática.....	130
IV) El poder constituyente. Naturaleza	132
V) La reforma de la Constitución de 1992. Oportunidad política.....	134
VI) Puntos a reformar. Debate jurídico.	139
EL DERECHO A UN RECURSO AMPLIO E INTEGRAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DEBE CONSTITUIRSE EN UN DERECHO CONSTITUCIONAL.	
José Ignacio González Macchi.....	149
I. Presentación	151
II. Introducción.....	153
III. Propuesta de reforma constitucional	154
IV. Fundamentos	154
V. Problemática actual	156
VI. Cambio de paradigma	161
VII. Conclusiones.....	177
VIII. Tesis final	178
Bibliografía.....	180
LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y REVISIÓN COMO EJERCICIO DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA JURISDICCIÓN. Violeta González Valdéz	
181	
1. Introducción.....	183
2. El recurso extraordinario de casación y sus finalidades	183

2.1. Marco constitucional.....	184
2.2. Marco legal	185
2.3. Recurso de casación y recurso de apelación	187
2.4. El recurso de casación y la sentencia infundada	187
3. El recurso de revisión y sus finalidades	189
3.1. Marco constitucional.....	191
3.2. Marco legal	192
4. La jurisprudencia en nuestro derecho positivo.....	198
5. El recurso de casación ante la jurisprudencia contradictoria.....	200
6. El recurso de revisión ante el cambio de jurisprudencia	204
Bibliografía	210

APUNTES PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

DE 1992. Luis Lezcano Claude	213
I. Introducción.....	215
II. Expectativas en cuanto a la reforma.....	216
III. El momento actual.....	218
IV. El papel del poder judicial y las situaciones de injusticia.....	220
1. Propiedad privada y expropiación.....	222
2. La democracia participativa, el referéndum, la iniciativa popular y la revocatoria popular	227
3. Tribunales militares.....	235
4. Sistema de elecciones.....	241
5. La composición del Poder Ejecutivo.....	243
6. Inhabilidades	245
7. La elección del Presidente de la República.....	246
8. Inmunidades	249
9. La reelección del Presidente de la República.....	250

10. La Vicepresidencia	252
11. La acefalía del Poder Ejecutivo.....	254
12. Senaduría vitalicia.....	259
13. Juicio político	260
14. Las incompatibilidades de los magistrados judiciales.....	264
15. El nombramiento de los ministros de la Corte Suprema de Justicia	265
16. La inamovilidad de los ministros de la Corte Suprema de Justicia	271
17. La remoción de los ministros de la Corte Suprema de Justicia.....	273
18. El control de constitucionalidad.....	273
19. Designación de jueces y miembros de tribunales.....	276
20. Inamovilidad de jueces y miembros de tribunales	277
21. Remoción de jueces y miembros de tribunales	280
22. Consejo de la magistratura y jurado de enjuiciamiento de magistrados.....	282
23. La actuación de congresistas-abogados.....	285
24. Estado de excepción	286
25. Otros temas.....	289
Bibliografía	290
CONSTITUCIÓN Y POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL.	
Daniel Mendonça.....	293
I. Constitucionalismo social	295
II. Estado social	299
III. Derechos económicos y sociales	301
IV. Política económica y social.....	303
V. De la democracia política y la democracia social.....	322

Bibliografía	323
SOBRE LA EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN Y OTROS MITOS. Juan Carlos Mendonça Bonnet	331
I. Introducción	333
II. El mito de que las constituciones no sirven para modelar la realidad	337
III. Los mitos de la inviolabilidad de la Constitución y de que toda violación es igualmente grave	342
La violación cuantitativa	344
La violación cualitativa	345
La crisis institucional	349
Bibliografía	351
LA INAMOVILIDAD DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA: UNA VISIÓN DESDE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL. Diego Moreno R.A.	353
I. Introducción	355
II. A modo de “obertura”: la especial posición de la Corte Suprema en nuestro sistema y el problema de la objeción democrática	359
III. Dos interpretaciones del texto constitucional y algunas consideraciones teóricas sobre la inamovilidad	366
A. Dos interpretaciones contrapuestas	366
B. Tres consideraciones sobre la inamovilidad vitalicia o semi-vitalicia	369
IV. Sobre el defensor o “guardián” de la Constitución	373
A. Entre la supremacía judicial y la doctrina “departamentalista”	374
B. La Constitución paraguaya y su guardián: una propuesta en clave “departamentalista”	379

C. La interpretación judicial sobre la inamovilidad frente a la doctrina departamentalista	383
V. Conclusión.....	387
Bibliografía.....	389
LA INAMOVILIDAD DE MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ¿UN ‘LABERINTHUS CONTINUUS’ LEIBNIZIANO? Horacio Antonio Pettit.....	397
El planteamiento de la cuestión.....	399
El contexto situacional	399
La incardinación de la doctrina nacional.....	401
— por la tesis del Senado	403
— por la tesis de la Corte	406
El tratamiento de la inamovilidad en el derecho comparado.....	409
Nuestra breve conclusión	412
Algunas pistas para sortear aquel laberinto	412
Bibliografía.....	419
LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DESDE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. Juan Pablo Rolón.....	421
1. La importancia del ambiente para el ser humano	423
2. Conceptos básicos que hacen al derecho.....	425
2.1. ¿Ambiente o medio ambiente?.....	425
2.2. Ecosistema.....	427
2.3. Ecología.....	428
2.4. Desarrollo sustentable	428
3. El ambiente en la Constitución del Paraguay de 1992. Principios y valores jurídicos	430
4. La Constitución y el ambiente.....	433

5. Policía y legislación ambiental vigente en el Paraguay	439
6. Leyes forestales.....	445
7. Ley de aguas.....	447
8. Control ambiental.....	448
9. Conclusión.....	451
Bibliografía	452

EL CONTROL DE LOS FONDOS PÚBLICOS Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS. Enrique A. Sosa Elizeche 455

I. Introducción.....	457
II. El art. 256 de la Constitución	459
III. Concepto de la expresión Tribunal de Cuentas	459
IV. El control del presupuesto. Control administrativo, político y jurisdiccional	461
V. La rendición de cuentas, el examen y el juicio de cuentas	463
VI. Antecedentes nacionales	465
1) La ley de Organización Administrativa del año 1909	465
2) La ley Orgánica de los Tribunales de 1918	469
3) La ley de Organización Financiera de 1926	469
4) La ley 1462/35 “Que establece el procedimiento para lo contencioso-administrativo”	470
5) La Constitución de 1940	470
6) La Constitución de 1967.....	471
7) El Código de Organización Judicial	471
VII. Competencias del Tribunal de Cuentas al momento de la sanción de la Constitución vigente	472
VIII. La Constitución vigente.....	473
IX. Funciones de la Contraloría General de la República.....	474

X. La ley N° 1535/99 de Administración Financiera del Estado	477
XI. Competencia constitucional del Tribunal de Cuentas	479
XII. Funciones actuales del Tribunal de Cuentas	480
XIII. El cumplimiento forzoso de la obligación de rendir cuentas	481
XIV. Conclusión.....	482
Bibliografía	485
ACERCA DE LA DENOMINADA “CONSULTA CONSTITUCIONAL”. José Raúl Torres Kirmser. Giuseppe Fossati López.....	487
1. A modo de introducción	489
2. La normativa vigente.....	490
3. Fundamentos teleológicos	494
4. La cuestión en el derecho comparado	501
5. Aspectos de técnica procesal	506
Bibliografía.....	511
DATOS DE LOS AUTORES.....	515

ÍNDICE DE ABREVIATURAS-COMENTARIOS TOMO IV

AA.VV.:	Autores Varios
Ac. y Sent.:	Acuerdo y Sentencia
ADN:	Ácido Desoxirribonucleico
ANC:	Asamblea Nacional Constituyente
ANR:	Asociación Nacional Republicana-Partido Colorado
ap.:	apartado
Art. :	artículo
C.A.D.H.:	Convención Americana de Derechos Humanos
Cap:	capítulo
Cba:	Córdoba
C.E.:	Constitución española
cf/ cfr.:	confrontar
Cn:	Constitución
CN/ C.N.:	Constitución Nacional
C.N.A.:	Código de la Niñez y Adolescencia
C.O.J.:	Código de Organización Judicial

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

C.P.:	Constitución Paraguaya
Cód.Proc.Civ.:	Código Procesal Civil
C.P.P./CPP:	Código Procesal Penal
C.S.J.:	Corte Suprema de Justicia
CSJN:	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DD.HH.:	Derechos Humanos
E.I.A.:	Evaluación de Impacto Nacional
Expte.:	Expediente
H.P.:	Hecho punible
Ibídem:	en la misma obra citada
inc.:	inciso
INTN:	Instituto Nacional de Tecnología y Normalización
JEM:	Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados
L.O.P.J.:	Ley de Organización del Poder Judicial español
LOTIC:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español
N°/Nro./num:	Número

Ob. cit.:	obra citada
Op.cit.:	obra citada
P. /pg.:	página
ps. / pgs./ pp:	páginas
pfo.:	párrafo
PIDCP/ P.D.C.P.:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PLRA:	Partido Liberal Radical Auténtico
PPQ:	Partido Patria Querida
PUNACE:	Partido Unión Nacional de Ciudadanos Éticos
S.D.:	Sentencia definitiva
ss.:	siguientes
T.S.J.:	Tribunal Superior de Justicia
t.:	tomo
UE:	Unión Europea
UCA:	Universidad Católica de Asunción
UNA:	Universidad Nacional de Asunción
vol.:	volúmen

PRESENTACIÓN

Al cumplirse el quinto aniversario de la Carta Magna sancionada el 20 de junio de 1992, se inició la serie de publicaciones “Comentario a la Constitución”. Esta colección, de edición quinquenal, a la fecha comprende cuatro tomos. La presente corresponde al cuarto tomo, homenaje al vigésimo aniversario.

Como en ocasiones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, pone a disposición valiosos comentarios de reconocidos especialistas nacionales, magistrados, docentes, profesionales del foro, legisladores e investigadores. Los temas son de exclusiva responsabilidad de los mismos, aunque esta vez se invitó a los colaboradores a juzgar, especialmente, aspectos tendientes a una reforma constitucional.

En el primer tomo, a cinco años de vigencia de la Constitución, los compiladores consideraban relevante la divulgación de los valores constitucionales en el despertar de una “cultura constitucional” para la consolidación del Estado de Derecho. Basados en los reclamos sociales instaban al funcionamiento firme y decidido de las instituciones democráticas en crecimiento.

A los diez años, rememoraban, el clima de plena vigencia de las libertades públicas en que había sido pactada la Constitución, sin presos políticos y sin proscripción ideológica de ningún tipo. Ese clima de libertad que se mantuvo, decían los compiladores, favoreció el surgimiento de una Doctrina Constitucional, avalada con la producción bibliográfica, los fallos de la Corte, los debates generados en los litigios judiciales y el interés demostrado por hombres de derecho. Subrayaban que esto no se había producido durante la vigencia de las Constituciones de 1940 y 1967, puesto que el régimen dictatorial no lo permitió.

En el décimo quinto aniversario ya se mencionaban institutos y disposiciones como posibles temas de futura reforma constitucional. Los

comentaristas advertían, no obstante, sobre la falsa actitud de pretender atribuir todos los males a supuestas deficiencias de la Constitución, las cuales no podían ser superadas con una reforma constitucional, salvo aquellas de carácter técnico-formal.

Hoy, el cambio es el tema central en los debates, estimulado aún más con el juicio político al Presidente de la República en junio de este año. Se habla mucho del cambio político, como el único que puede dar respuesta a la sed de justicia de los ciudadanos. Si bien, la historia ha demostrado que al poder se le pide mucho más de lo que puede dar.

También en esta edición la reflexión se orienta a la necesidad, conveniencia y oportunidad de cambio, de reforma, sobre si la crisis actual de Estado se origina en los errores de la Constitución del 92 o, por el contrario, en los límites humanos de la clase dirigente, en ensayar razones de por qué a veinte años de la sanción de la Constitución de 1992 en el Paraguay no funciona bien el sistema institucional. Se elevan propuestas de interpretación de disposiciones constitucionales en el ámbito administrativo, el control de los fondos públicos, sobre el recurso de revisión y casación, inamovilidad de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, protección del medio ambiente, política económica y social, y consulta constitucional.

Se mantiene el formato de las ediciones anteriores que incluye sumario de los artículos y un índice de autores, pero difiere de las anteriores en que las monografías se clasifican por orden alfabético.

Apreciamos las colaboraciones que los juristas nos han hecho llegar, respondiendo a la iniciativa de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del CIEJ. A ellos nuestro reconocimiento y gratitud.

**PRESENTACIONES DE EDICIONES
ANTERIORES**

PRESENTACIÓN TOMO I

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

La obra se ha estructurado siguiendo el orden establecido en la misma Constitución, lo que sirve como esquema general, y está dirigida a estudiantes y profesionales del Derecho, a investigadores y a toda persona que se interese en profundizar sus conocimientos jurídicos. En momentos en que vivimos una transición política caracterizada por la intensidad y el apasionamiento de los debates, más que nunca se vuelve necesaria la divulgación de los valores constitucionales, en el proceso de construcción de la "democracia representativa, participativa y pluralista" por la que ha optado el pueblo paraguayo.

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

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

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

**Los
Compiladores.**

PRESENTACIÓN TOMO II

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

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

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

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

la justicia sirve para frenar los excesos del poder y que, en otras ocasiones, esa justicia no llega. Es la lucha por el derecho.

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

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

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

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

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

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

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

**Los
compiladores**

PRESENTACIÓN TOMO III

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**

¿NECESITA LA CONSTITUCIÓN DEL AÑO 1992 UNA REFORMA?

Elodia Almirón Prujel

SUMARIO: I. INTROITO. II. TENDENCIAS DE LA REFORMA. III. DESEQUILIBRIO CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONALISMO. IV. EL INCIERTO RUMBO DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. V. CUESTIONES DEBATIDAS. VI. UN PAPEL INAGOTABLE PARA LA CORTE SUPREMA. VI. IDEAS FINALES

¿NECESITA LA CONSTITUCIÓN DEL AÑO 1992 UNA REFORMA?

Elodia Almirón Prujel

I. INTROITO

Un argumento muy difundido en la Ciencia Política es que el cambio de instituciones es poco frecuente e incremental. En tanto los cambios de reglas son costosos y generan incertidumbre, los actores políticos prefieren mantener las instituciones existentes o, de reformarlas, realizar cambios menores y de detalle. Este razonamiento es particularmente apropiado cuando se trata de reglas constitucionales, cuya reforma requiere por lo general la formación de amplias coaliciones y los efectos de las nuevas reglas son muchas veces impredecibles. Sin embargo, esta hipótesis no se verifica en contextos políticos y sociales cambiantes.

Hasta el año 2008, todos los países de América Latina han reemplazado o reformado, muchas veces en forma drástica, sus Constituciones. Lo mismo ha ocurrido con leyes secundarias que regulan aspectos fundamentales de un régimen político, como por ejemplo el sistema electoral. El propósito de este ensayo es analizar el alcance de una reforma constitucional, sus posibles efectos sobre la calidad de la democracia de nuestro país, y el impacto del cambio frecuente de reglas sobre el valor de las Constituciones como normas fundamentales del régimen político.

Las reformas constitucionales en nuestra América Latina presentan varias paradojas y contradicciones. Desde el punto de vista de su contenido, muchos cambios buscan fortalecer la ciudadanía y promover el ejercicio compartido y consensual del poder. Tal es el caso de la expansión de los derechos individuales y colectivos, la adopción de reglas electorales pluralistas, y el intento de atenuar los poderes de gobierno de los Presidentes.

Al mismo tiempo, sin embargo, existen cambios que buscan centralizar el poder, como es el caso de las normas que facilitan la reelección presidencial. Hay reformas orientadas a disminuir el poder de las dirigencias partidarias, como la personalización del voto y el desbloqueo de listas cerradas, cuyo efecto sobre la calidad de la representación democrática puede llegar a ser substancial.

Desde el punto de vista del Constitucionalismo, resulta beneficioso adaptar las Constituciones teniendo en cuenta la experiencia pasada y el surgimiento de nuevos contextos políticos y sociales. Esto incrementa la probabilidad de éxito de las nuevas democracias y la estabilidad de sus instituciones.

Sin embargo, la amplitud y la frecuencia de los cambios constitucionales, en muchos casos al servicio de intereses políticos de corto plazo, pueden disminuir la autoridad de las Constituciones y reforzar la cultura de débil apego a la ley que caracteriza a nuestra sociedad.

En el Paraguay debido a un cambio político profundo, que fue el paso de un régimen autoritario a uno democrático, se hizo posible la creación de una nueva Constitución democrática que reemplazó a un régimen autoritario saliente, en donde el Paraguay carecía de experiencia y vocación democrática, y la Constitución precedente de 1967 había caído en desprestigio.

Muchos de los intentos de reforma de la Constitución nacional se han puesto de manifiesto ante crisis políticas internas o nacionales. La decisión de reemplazar o reformar la Constitución en estos casos fue precedida por un conflicto político extremo o por una percepción de crisis compartida por la clase política, los medios de comunicación, y la opinión pública. Así por ejemplo se ha dado con la Constitución de Colombia de 1991, y las reformas constitucionales de 1995 en Nicaragua, de 1993 en Guatemala, y de 2000 en Perú.

Los eventos que motivan el reemplazo o la reforma de Constituciones tienen impacto sobre el contenido de los cambios. Nuestra Constitución que fue de transición a la democracia incluyó amplísimas declaraciones de derechos y garantías denegadas durante

nuestro período autoritario, así como un fortalecimiento desmedido del Poder Legislativo, en desmedro de los otros dos Poderes del Estado.

II. TENDENCIAS DE REFORMA

Si tomamos en cuenta las nuevas Constituciones y las reformas más importantes, se puede observar una gran variedad en los cambios de reglas por país. Esta variedad es aún mayor si se incluye en el análisis reformas complementarias en leyes secundarias, como las que afectan el funcionamiento del sistema electoral. No obstante esta complejidad, es posible observar ciertas tendencias de reforma. Me centralizaré en el sentido de los cambios ocurridos en tres áreas de diseño constitucional: derechos y garantías, reglas electorales, y distribución de poderes entre órganos de gobierno.

Fortalecimiento de los Derechos Ciudadanos. Desde los orígenes del Constitucionalismo latinoamericano, en las primeras décadas del siglo XIX, las Constituciones de la región incluyeron Cartas de derechos.

Sin embargo, se establecían a menudo límites, implícitos o explícitos, al ejercicio universal de los derechos por razones de clase, religión, e incluso origen étnico, así como restricciones importantes en caso de emergencias políticas. En el siglo XX, los límites al ejercicio universal de los derechos individuales fueron desapareciendo y muchas Constituciones en América Latina fueron pioneras en materia de creación de nuevos derechos, como los llamados derechos sociales.

En las últimas tres décadas se observa una notable expansión en materia de derechos y garantías individuales, sin duda como reacción a un pasado autoritario en el que frecuentemente se dieron violaciones masivas a los derechos humanos básicos. Aparecieron así nuevos derechos destinados a proteger la privacidad y la identidad de las personas, derechos del consumidor, derecho a la información, y protecciones contra la discriminación por razones de raza, género o religión.

Se expandieron también las acciones judiciales tendientes a prevenir la violación de derechos individuales, como la acción de

Amparo, y acciones para la protección inmediata de derechos, como el *mandado de segurança* de la Constitución brasileña de 1988 y la *acción de tutela* de la Constitución colombiana de 1991.

Con pocas excepciones, las nuevas Constituciones y reformas han mantenido o aumentado el reconocimiento de derechos sociales. Se puede observar también en las nuevas Constituciones de varios países, como Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, nuestro país, y Venezuela, derechos de tipo comunitario, como son los derechos políticos, territoriales y culturales de las comunidades indígenas y pueblos originarios.

En forma menos sistemática, pero creciente, se han ampliado los derechos políticos de los ciudadanos. Fruto de la crisis de representación que aqueja a muchos países de la región, las nuevas Constituciones y reformas han buscado fortalecer la democracia participativa, creando derechos de participación política distintos del sufragio, como la iniciativa popular, el referéndum legislativo, el referéndum constitucional, y, en forma menos frecuente, la revocatoria de mandato.

A diferencia de la expansión de los derechos y garantías individuales, y del reconocimiento de derechos colectivos, que fortalecen la autonomía individual y expanden la ciudadanía, el impacto de los nuevos derechos de participación política es más ambiguo. En muchos casos, las restricciones impuestas al ejercicio de derechos como la iniciativa popular hacen muy difícil su puesta en práctica.

Otros instrumentos de democracia participativa, como son los referendos constitucionales y legislativos, pueden funcionar y han funcionado en los hechos como instrumentos de pugna entre poderes o como mecanismos de movilización popular para plebiscitar políticas y planes de reforma favorables al gobierno. Con todo, en la medida en que los nuevos canales de participación pueden tener efectos impredecibles, a veces desfavorables para los intereses del gobierno de turno, es posible contarlos como un elemento de posible contención a la centralización del poder.

Adopción de Reglas Electorales Incluyentes. A pesar de la variación y contrastes entre países, otra tendencia de las reformas

constitucionales de los últimos 30 años es la opción de los constituyentes a favor de reglas electorales que en vez de forzar la concentración del voto en las candidaturas de uno o dos partidos facilitan una competencia electoral multipartidista. Estos cambios se visualizan claramente en materia de fórmulas para elegir presidente.

La fórmula de mayoría relativa fue predominante en América Latina antes de 1978. Desde entonces, sin embargo, sólo 5 países en la región eligen al Presidente por esa fórmula (de los cuales uno de ellos es nuestro país). De los 13 países restantes, 9 utilizan la fórmula de mayoría absoluta, y 4 la de mayoría relativa calificada (es decir, mayoría relativa con un umbral mínimo de votos).

La mayoría relativa para elegir Presidente, donde obtiene la presidencia el candidato que más votos obtenga, es la fórmula más restrictiva sobre la competencia electoral pues concentra el voto popular en uno o dos candidatos principales. La mayoría absoluta, al requerir que un candidato obtenga más del 50 por ciento de los votos para ganar la elección, establece un umbral difícil de alcanzar y por tanto favorece la aparición de candidatos de pequeños partidos que pugnan por pasar a una segunda vuelta, o bien negociar sus votos a favor de uno de los dos contendientes principales. La mayoría relativa calificada exige umbrales menores al 50 por ciento de los votos para ganar, usualmente entre el 30 y el 45 por ciento. Si bien es una regla más restrictiva que la mayoría absoluta, provee más incentivos que la mayoría relativa para la competencia entre múltiples candidatos.

Si tomamos en cuenta la fórmula para elegir Presidente usada en la última elección registrada antes del año 1978 y contamos las reformas ocurridas desde entonces hasta 2008, se registraron 13 cambios de fórmula. Estos cambios se orientan claramente a hacer más inclusivo el sistema electoral.

Para una visión muy difundida en la Ciencia Política, el tener reglas electorales inclusivas empeora el desempeño de un régimen político, sobre todo si como ocurre en América Latina el régimen es de tipo presidencial. Supuestamente, la división de poderes hace difícil la coordinación entre Presidente y Congreso para elaborar políticas públicas y tomar decisiones políticas cuando la legislatura está

compuesta por varios partidos y el partido del Presidente carece de mayoría como el caso nuestro. Esta visión, sin embargo, es discutible.

En primer lugar, no queda claro que el multipartidismo sea exclusivamente fruto de las reglas electorales, sino que frecuentemente son los partidos los que crean reglas electorales acordes a una dinámica preexistente. Por ejemplo, la adopción de fórmulas de mayoría absoluta para elegir Presidente fue hecha por coaliciones multipartidistas que buscaban preservar un pluralismo partidario preexistente o por partidos tradicionales declinantes que buscaban dispersar el poder electoral de nuevas fuerzas. En segundo lugar, muchos trabajos empíricos recientes demuestran que el multipartidismo no es en sí mismo un factor que disminuya la provisión de políticas públicas o comprometa la estabilidad política de una democracia presidencial. Por el contrario, es posible argumentar que en sociedades plurales, como son la mayor parte de las que existen en América Latina, un sistema multipartidista permite tomar decisiones políticas más representativas y generar por tanto mayor apoyo entre la población.

Personalización del Voto. Otra característica saliente de los recientes cambios institucionales en América Latina es la tendencia a incrementar la influencia de los votantes sobre la selección de representantes por medio de distintas variantes de voto preferencial. Estas reformas, al igual que las que permiten la elección de candidatos independientes, reducen el tamaño de los Congresos, o imponen normas de ética en las actividades legislativas, han surgido en muchos países como respuesta de la clase política frente al descrédito creciente de los partidos y los Congresos ante la ciudadanía.

Una de las críticas ciudadanas más frecuentes en contextos de crisis de representación es que las cúpulas partidarias monopolizan la selección de candidatos que compiten por posiciones legislativas. Este monopolio se considera a menudo una fuente de corrupción, pues desvincula a los legisladores de los votantes, convirtiéndolos en delegados de los dirigentes del partido más que en representantes de los ciudadanos. Una de las instituciones aparentemente responsable de ese divorcio son los sistemas que sólo permiten a los electores votar por listas cerradas de múltiples candidatos, a quienes solo pueden aceptar o rechazar.

Para superar esta crítica y mejorar su imagen ante la opinión pública, los partidos en varios países han impulsado reformas que introducen mecanismos de voto personalizado, sea creando o aumentando el número de distritos en los que se elige un sólo candidato, o permitiendo que en los distritos electorales donde se elige más de un candidato los votantes puedan expresar sus preferencias en forma individualizada, como ocurre en el caso de las listas flexibles (donde existe un orden de candidatos pero ese orden se puede alterar por medio del voto individualizado) y las listas abiertas (donde no existe orden entre los candidatos). De 1978 a 2008 es posible contar 9 reformas que afectan el carácter partidario o personalizado del voto.

El impacto de estas reformas es incierto. En principio, una vinculación más estrecha entre candidatos y votantes podría facilitar la rendición de cuentas de los representantes. Sin embargo, en el contexto de países con altos niveles de pobreza y desigualdad y con partidos de escasa consistencia ideológica, la personalización del voto puede aumentar el riesgo de cooptación clientelista del voto por parte de los candidatos. También puede contribuir a agravar aún más la crisis de representación al debilitar a los partidos y disminuir los incentivos de los legisladores para la provisión de políticas públicas.

El impacto puede variar de acuerdo al tamaño y magnitud de los distritos electorales, los procesos de selección de candidatos al interior de los partidos, y el valor de las etiquetas partidarias como indicadores de programas de gobierno, entre otros factores. Pero los riesgos mencionados son patentes en los casos de personalización más extrema del voto, como ocurre con la introducción de listas abiertas.

Atenuación del Poder Presidencial. Desde la década de los 80, se debatió extensamente en América Latina, principalmente en el ámbito académico pero también en el político, la posibilidad de sustituir el tradicional diseño de separación de poderes del régimen presidencial por uno que incluyera elementos de tipo parlamentario, como la responsabilidad política del Jefe de Gobierno ante el Congreso. La idea central era evitar la dinámica de conflicto institucional y parálisis legislativa que podía afectar a los presidentes minoritarios en situaciones de crisis.

A poco de iniciada la ola de democratización en la región, también se discutieron en muchos países las deficiencias asociadas a la excesiva concentración de poderes en el Ejecutivo, y se propusieron distintas reformas orientadas a fortalecer al Congreso, al Poder Judicial, a las autoridades locales, y a las agencias de control independientes del Ejecutivo.

Las propuestas de “parlamentarización” que llegaron a ser seriamente consideradas, como las que se plantearon en Brasil y Argentina a mediados de los años 80, no buscaban eliminar la figura presidencial, ni siquiera debilitarla. Más bien se quería preservar un Presidente electo, que mantendría Poderes Legislativos considerables, y crear a la par un cargo de Primer Ministro o Jefe de Gobierno, sujeto a responsabilidad parlamentaria. No obstante su carácter moderado, ningún país terminó adoptando estas propuestas.

Sin embargo, varias reformas constitucionales incorporaron instituciones híbridas, que sin alterar la lógica del régimen presidencial fortalecieron el poder de control del Congreso sobre los Ministros del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, al mismo tiempo que muchas Constituciones y reformas mantuvieron poderes preexistentes del Congreso para controlar políticamente a los Ministros, otras los expandieron.

La Constitución de Paraguay de 1992, le otorgó al Congreso el poder no sólo de citar Ministros para recabar información sobre asuntos específicos, sino también de formularles observaciones tendientes a rectificar las políticas que se implementan bajo su jurisdicción.

En forma más radical, otros cambios, como la Constitución de Colombia de 1991, o la Constitución de Argentina de 1994, le otorgaron al congreso la facultad de destituir Ministros.

En un mismo sentido, es posible observar una tendencia a introducir mayores límites y controles en materia de poderes de nombramiento de los Presidentes. Sea como efecto derivado de procesos de democratización que restauraron la celebración de elecciones locales, o como parte de procesos de descentralización política, el poder de los Presidentes de nombrar autoridades ejecutivas locales o regionales se ha

visto disminuido desde 1978, es así que la Constitución paraguaya introdujo la elección popular directa de Gobernadores o autoridades ejecutivas regionales.

Varias nuevas Constituciones y reformas han restringido también el poder de los Presidentes de nombrar jueces de la Corte Suprema o Corte Constitucional con el fin de fortalecer la independencia judicial. Por ejemplo, luego de las reformas de 1994 en Argentina y México, se requiere que los Presidentes ratifiquen sus nombramientos para Jueces de la Corte Suprema por dos terceras partes, en vez de una mayoría simple, de los miembros del Senado.

Reformas similares han ocurrido en relación al poder de nombramiento de los Presidentes sobre el Procurador General, Fiscales, organismos de control de la administración, y directorios del Banco Central.

Ciertamente, no todas estas reformas tienen el potencial de alterar fundamentalmente la centralización del poder en manos de los Presidentes. Por ejemplo, las mayorías exigidas y otras trabas institucionales hacen difícil implementar los nuevos mecanismos de control parlamentario sobre Ministros. Por otra parte, los Presidentes disponen de vastos recursos materiales e institucionales para influenciar a los legisladores e inducir decisiones conformes a sus preferencias.

De todas maneras, el intento reciente de moderar los poderes de gobierno y nombramiento de los Presidentes es un paso a favor de procesos de decisión más acordes a los principios de un régimen democrático pluralista. Se rompe así con la tendencia histórica en América Latina, de inspiración “bolivariana”, de promover la gobernabilidad reforzando los poderes del Presidente.

Expansión del Poder Presidencial. Miradas en conjunto con la adopción de reglas electorales inclusivas, la atenuación de algunos de los poderes que tradicionalmente se han concentrado en el Ejecutivo, apunta al surgimiento de un diseño constitucional que busca dispersar el poder y crear procesos de decisión de tipo consensual. Esta tendencia, sin embargo, no aplica por igual a otras áreas de distribución de poderes, como es la elaboración de políticas legislativas.

La Constitución del Paraguay ha otorgado poder al Presidente de la República para invocar urgencia en el tratamiento de leyes con el fin de que las mismas sean votadas dentro de un tiempo límite, e incluso establece que el proyecto de ley del Ejecutivo se transforme en ley en caso de que el Congreso no decida su aprobación, modificación, o rechazo del plazo establecido.

Por supuesto, el ejemplo más claro del fortalecimiento de los poderes legislativos de los Presidentes en años recientes es el número creciente de Constituciones que otorgan al Presidente la capacidad de emitir decretos con fuerza de ley en situaciones de urgencia. Tal es el caso de la Constitución de Brasil de 1988, la Constitución de Argentina de 1994, entre otras. La tendencia al reforzamiento de los poderes legislativos de los Presidentes no es nueva, pues es posible observarla a lo largo de todo el siglo XX.

Puede llamar quizás la atención que dicha tendencia no se revirtiera durante los últimos 30 años, en los que, muchos cambios institucionales se orientaron a poner límites a los poderes presidenciales y a restablecer el equilibrio de poderes. Pero ocurre que los factores que han llevado históricamente a fortalecer los poderes legislativos de los Presidentes no han desaparecido.

Algunas de las razones estructurales que generan permanentes demandas por parte de Presidentes en ejercicio y partidos con aspiraciones presidenciales para fortalecer las capacidades legislativas del Ejecutivo son la debilidad institucional de los Congresos y la falta de incentivos de los legisladores para proveer políticas públicas. A esto se suma la recurrencia cíclica de crisis económicas, en contextos partidarios fragmentados y con partidos de baja cohesión interna.

Tener Presidentes con fuertes poderes legislativos pareciera un diseño institucional coherente ante la persistencia de Congresos y partidos débiles y legisladores poco interesados en políticas públicas y reformas institucionales de largo alcance. Sin embargo, ese mismo diseño perpetúa el mal que busca combatir, consolidando Congresos poco capacitados, responsables y empoderados del mandato de sus electores.

Por otra parte, la concentración de poder legisferante en manos de los Presidentes degrada el proceso de deliberación democrática, que debe ser público e involucrar la mayor cantidad de intereses posibles. Asimismo, también genera corrupción al facilitar la influencia de intereses económicos poderosos en la toma de decisiones.

Por último, si bien ningún Presidente ha logrado de 1978 a la fecha la reelección indefinida, es preciso observar la recurrencia con la que se suscitan presiones para flexibilizar la reelección presidencial, sea pasando de una reelección alterna a una única reelección inmediata o pasando de una prohibición de reelección a alguna de las anteriores modalidades.

El efecto posible de las reglas de reelección presidencial depende de varios factores, como el término del mandato y el tipo de regla. Seis de los nueve cambios a favor de menores restricciones a la reelección presidencial lo fueron para introducir una reelección inmediata. La reelección del Presidente por una vez, sobre todo cuando el mandato es relativamente corto, puede premiar la eficiencia de una administración y consolidar una labor de gobierno en contextos de crisis.

Pero sus efectos pueden ser perniciosos cuando ocurre en contextos de debilidad institucional. En estas circunstancias, la reelección presidencial limita la alternancia en el poder, provee de incentivos a la corrupción e incrementa el personalismo en la política. En cualquier caso, es una tendencia contraria a la desconcentración del poder en manos del presidente.

III. DESEQUILIBRIO CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONALISMO

Con independencia del contenido concreto de los cambios institucionales que se producen luego de una reforma constitucional, es preciso reflexionar sobre el impacto que tiene en sí mismo el cambio constante de reglas.

Es claro que en contextos políticos, sociales, y económicos inestables, la rigidez constitucional absoluta no es la respuesta más recomendable para promover el respeto a las Constituciones.

La no adaptación de la Constitución a contextos cambiantes puede generar un efecto precisamente contrario, como el desuso o la violación de sus normas, que aumenta el desprestigio de la Constitución ante las élites políticas y los ciudadanos.

Sin embargo, existen distintas formas de adaptar una Constitución a nuevas realidades. La adaptación puede darse por medio de enmiendas constitucionales más o menos amplias sancionadas por el Congreso, interpretaciones emitidas por Cortes autorizadas a juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes, o por el reemplazo de la Constitución, votado en una Asamblea Constituyente.

De todos estos mecanismos de adaptación constitucional, la frecuencia de enmiendas ambiciosas y de Asambleas Constituyentes tiene un posible efecto negativo sobre el valor y autoridad de las Constituciones.

Los principales problemas que aquejan a los ciudadanos en las democracias de América Latina, como la pobreza, la desigualdad social, la falta de crecimiento económico, la inseguridad pública, y la corrupción, tienen origen en políticas públicas inadecuadas o en fallas estructurales de nuestros Estados. Y mejorar las políticas públicas o capacitar al Estado no siempre se logra, al menos no directamente, con normas constitucionales o regulaciones electorales. Por esta razón, la frecuente realización de reformas ambiciosas y la recreación constante de momentos “fundacionales”, generan expectativas que es muy probable sean frustradas, consolidando la creencia social de que las Constituciones son irrelevantes para la vida de los ciudadanos.

Por otra parte, también importa el propósito explícito o implícito de las reformas constitucionales. Una visión muy difundida en América Latina, sobre todo entre juristas, es que la elaboración de Constituciones es un asunto técnico, que debería ser dejado en manos de expertos desinteresados. Sin embargo la adopción y cambio de Constituciones es un acto eminentemente político en el que los intereses y las pasiones ocupan un lugar fundamental.

Las reformas pueden responder a cambios políticos profundos, a crisis políticas, o a intereses partidarios de corto plazo. Los intereses

partidarios siempre tienen un lugar predominante en la selección de instituciones. El problema es cuando en forma visible lo único que buscan los políticos con una reforma es beneficiar electoralmente a un individuo o un partido, incrementar poder, o elevar su nivel de aprobación en el electorado.

Esto tiene un efecto potencialmente negativo sobre la autoridad de las Constituciones. La imagen que se proyecta aquí ante los ciudadanos es que éstas funcionan en los hechos como meros instrumentos al servicio del poder de turno.

IV. EL INCIERTO RUMBO DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Si se piensa en el largo pasado de dictaduras civiles o militares, y de innumerables transiciones frustradas a la democracia en América Latina, no sorprende la cantidad y profundidad de las reformas constitucionales que han tenido lugar en la región desde 1978.

Muchas reglas del sistema político requerían adaptación para corregir instituciones deficientes y fortalecer los nuevos regímenes democráticos. La experiencia acumulada en democracia durante las últimas tres décadas también hizo necesario adaptar las instituciones existentes a nuevos contextos políticos, sociales, y económicos.

Ciertamente la calidad de la democracia depende no sólo de sus instituciones, sino de su desempeño concreto en materia de respeto a las libertades civiles, equidad de los procesos electorales, o límites al poder gubernamental. Pero en la medida en que todos los gobiernos modernos—principalmente si son democráticos— necesitan apoyarse en algún tipo de legalidad constitucional para legitimar sus acciones, no es irrelevante el contenido concreto de las normas constitucionales. Éstas pueden facilitar o por el contrario dificultar un ejercicio del poder acorde a criterios normativos deseables.

Como reacción al pasado autoritario, los Constituyentes de la región han buscado reforzar los derechos individuales y colectivos, crear nuevas garantías, y establecer canales institucionales de participación ciudadana.

También han iniciado procesos de descentralización política en respuesta a las demandas de actores locales. La aparición de nuevos partidos y la fragmentación de sistemas de partidos anteriormente dominantes o bipartidistas han generado un contexto propicio para establecer reglas de poder compartido. Entre estas reglas se pueden mencionar sistemas electorales inclusivos y pluralistas, medidas tendientes a fortalecer la independencia y poderes de los jueces, la creación de nuevas agencias de control, y la disminución de los poderes de gobierno y nombramiento de los presidentes. Todas estas reformas tienden a profundizar el proceso de democratización en la región en tanto que promueven el pluralismo político e incrementan los controles al ejercicio del poder.

Sin embargo, otras reformas pueden producir efectos contraproducentes para la calidad de la democracia en la región. Las frecuentes crisis económicas en contextos políticos de alta fragmentación han llevado a los Constituyentes a mantener Presidentes con amplios poderes en materia legislativa, o a otorgarles más poderes, disminuyendo así la participación del Congreso en la elaboración de políticas públicas (que precisamente no es el caso de la Constitución paraguaya).

La persistencia de crisis políticas y económicas y el surgimiento de partidos personalistas generan presiones constantes para flexibilizar las normas de reelección presidencial, limitando la rotación en los cargos y la alternancia en el poder. La crisis de representación que sufren muchos de los países de la región ha generado como respuesta de los políticos la personalización del voto, que puede debilitar más a los partidos, reducir los incentivos de los legisladores para proveer políticas públicas de gran escala, y engendrar clientelismo.

La frecuencia de los cambios constitucionales, muchas veces fundamentales, invita también a reflexionar sobre su impacto en la cultura legal de América Latina. No es recomendable sacralizar las Constituciones, sobre todo en contextos políticos y sociales cambiantes, donde se requiere una periódica adaptación de sus normas.

Sin embargo, las reformas ambiciosas y las promesas revolucionarias de **refundación del Estado** generan expectativas

desmedidas de cambios sociales, políticos, o económicos, que es probable que no se cumplan en la realidad.

Por otra parte, la manipulación constante de las reglas del sistema político para beneficiar a un líder o a un partido consolida ante los ciudadanos la idea de que **las Constituciones son meros instrumentos de poder al servicio de intereses políticos de corto plazo**. Todo esto no hace sino disminuir la autoridad de las Constituciones y reforzar **la cultura de débil apego a la ley** que caracteriza a muchas sociedades en América Latina, entre las cuales la nuestra puede servir de claro ejemplo a la situación analizada en este punto.

V. CUESTIONES DEBATIDAS

El asiento de la decisión política es algo que emana directamente de la voluntad popular a través de los órganos, que han surgido del sufragio, como en nuestra Constitución, y que residen en el Poder Ejecutivo y en el Poder Legislativo.

Esto lleva a que algunos piensen que hay órganos más democráticos y otros órganos menos democráticos, cuando en realidad no es así. Todos los órganos tienen legitimación democrática si el régimen es en sí mismo democrático, pues si bien es cierto en nuestro sistema constitucional la conformación tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo, se produce en forma directa por el sufragio popular, igualmente la conformación del Poder Judicial se realiza en forma legítima y legal con la participación del pueblo a través de los integrantes del Consejo de la Magistratura provenientes del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, más aún tratándose de los Ministros de Corte Suprema de Justicia, cuya designación se da en el seno de estos dos Órganos.

De modo que no puede hablarse de que en un sistema constitucional un órgano del poder sea más democrático que otro, porque no depende de su forma de nominación sino de la naturaleza toda o de la filiación toda del sistema político en la cual están imbricados o están insertados.

De la elección popular directa puede sí depender la representatividad, pero no la legitimidad; puede decirse con criterio no jurídico que es o parece ser más representativo tal funcionario o tal órgano que otro. Otro de los problemas que plantea esta cuestión es la fuerza, la vitalidad, la energía que debe tener la decisión política y la dirección política en un sistema de democracia constitucional.

A mayor vertebración de la sociedad hace falta menos dirección política, e inversamente cuando hay una menor vertebración es mayor la dirección política que suele corresponder, porque precisamente la sociedad la requiere, y las decisiones políticas, pueden salvar su integración, salvar su coherencia, salvar su propia subsistencia.

Éste es más un problema de evolución social y de nivel cultural que de grado jurídico o de formas meramente institucionales, que no pueden ser solucionados simplemente con una reforma constitucional, sino con reformas muchas más profundas de nuestra sociedad.

A los efectos de la imbricación de estas ideas, se pueden formular ciertos criterios necesarios para entender cómo en una democracia constitucional la decisión política y la dirección política deben estar enmarcadas, siendo también importantes ciertos pares de tracciones que se registran indefectiblemente en los sistemas de democracia constitucional, los cuales deben ser considerados al momento de una reforma ya sea total o parcial de nuestra Constitución.

Las tracciones que pueden ser analizadas, son las siguientes:

Conceptos confrontados como ser Democracia vs. eficacia. Cuando se hace referencia a la democracia constitucional, se está hablando por oposición a los regímenes autocráticos, ya sea de mero carácter autoritario o de neto corte totalitario, como todos conocen en una distinción que es ya universalmente aceptada. Da la impresión que hay sociedades que desglosan sus expectativas de democracia y de eficacia y que reconocen en ciertos periodos el predominio de estas notas en detrimento o en sacrificio de la otra. Muchas veces se ha entronizado la democracia sacrificando la eficacia y otras se ha impuesto el valor de la eficacia con menosprecio o subestimación de las reglas democráticas, sería como la contraposición de valores sociales de libertad vs.

seguridad. Esto es falso, no puede concebirse una democracia constitucional propiamente dicha si no están equilibrados ambos valores. Hoy en día, resulta inadmisibles pensar en una democracia sin eficacia, como es inadmisibles la pura eficiencia de un régimen gerencial de resultados, sin participar de los valores o de las reglas del juego de los límites, y de los procedimientos del sistema democrático. Pero la tensión está allí, podrá aliviarse, podrá equilibrarse, pero es muy difícil poder eliminarla, porque obviamente los estados de ánimo de la sociedad, la relación entre inputs y outputs, de requerimientos y satisfacciones, no es estática, depende las situaciones y muchas veces los momentos de crisis, los estados de necesidad, las llamadas emergencias llevan a que se agudice esa tensión.

El segundo par de tensiones se registra entre los *valores de representatividad y gobernabilidad*. Aquí también ha habido preferencias; hay quienes han acentuado estos valores y han, minimizado el otro; incluso hay autores muy serios como Huntington quien señaló que el exceso de participación cuestiona y pone en crisis, la posibilidad de gobernabilidad; además, las instituciones democráticas no deben dejar de serlo, pero tienen que asentar algún límite a los institutos de participación para que no sufra un detrimento muy grave la gobernabilidad. La Constitución reconoce plenamente dos formas de participación como ser el referéndum legal y constitucional así como la iniciativa popular, pero en estos veinte años de vigencia sólo ha sido puesta en práctica una de las formas (referéndum constitucional-y no de la mejor manera, pues al efecto de la modificación del artículo constitucional que posibilite la participación de connacionales en el sufragio, no era esta la vía, sino la de la reforma total), y ello es debido a las trabas constitucionales y legales que no permiten su ejercicio pleno por parte de la ciudadanía; por lo que resulta necesario un cambio en la redacción de los artículos constitucionales referentes al referéndum y a la iniciativa popular, a los efectos de hacerlas plenamente efectivas; es así que el referéndum no debiera depender de la voluntad del Legislativo, es decir, debe ser vinculante su resultado para así potenciar la participación ciudadana, y en el caso de la iniciativa popular las trabas administrativas deben ser dejadas de lado, para que el principio de nuestra democracia participativa sea real y no una simple entelequia.

El tercer par se da entre dos sumatorias: *la expectativa que hay respecto de decisión más ejecución*. Se está hablando así de decisión política, de dirección política, y la expectativa que tiene que estar siempre presente aunque sea como un valor moral, aunque si es posible institucionalmente también, en la suma de límites y de controles. No basta con los límites si no hay controles y, más aun, no basta con los controles si no hay mecanismos que aseguren el validamiento específico de la responsabilidad, porque el control es la antesala de la responsabilidad. De nada vale el control, si el control se transforma en un acto abstracto que no se traduce en consecuencias jurídicas institucionales que hagan efectiva la responsabilidad, que es una nota esencial, no sólo de la forma republicana de gobierno sino también de las monarquías constitucionales como miembros que son de las grandes democracias constitucionales contemporáneas. En nuestro caso, el control prescripto en el artículo 3, se basa en el sistema de pesos y contrapesos, pero este sistema no es balanceado, pues el control ejercido sobre los actos del Poder Legislativo son inocuos por parte de los otros órganos del Estado, ya que no es efectivo en lo que hace a la calidad legislativa –trabajo por antonomasia del Poder Legislativo–, por lo que resulta absolutamente necesaria, la consideración de un control más férreo por parte del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo en cuanto al alcance de la inconstitucionalidad como garante del orden jerárquico constitucional, debiendo ser este *erga omnes* y no sólo *inter partes*, pues también con este tipo de control estamos lesionando el principio de igualdad en el acceso a la justicia, prescripto en los artículos 46 y 47 de la Carta constitucional.

Un cuarto par de tensión es el que se da entre la *idealidad* y los *condicionamientos que emanan de la realidad subyacente*. La idealidad lleva a pergeñar planes maximalistas, a veces de utopía institucional, pero los condicionamientos que emanan de la realidad obligan a tomar en cuenta esa realidad y operan como una limitación metajurídica o extrajurídica de todo Constituyente. Nuestra realidad subyacente permite pensar en una reforma constitucional integral en cuanto a la consideración organizacional del Estado paraguayo, pues deberían ser eliminadas las gobernaciones (por su falta de eficacia y eficiencia) debiendo potenciarse los gobiernos locales (municipios) por su cercanía con la población zonal y con las necesidades de la comunidad; o bien en caso contrario, si se piensa mantener el gobierno departamental, hacer

realidad de una vez por todas nuestro supuesto Estado descentralizado, y reformular su estructura constitucional como dependiente del Poder Ejecutivo.

Un quinto orden de tensiones, se da entre *los valores de la coherencia y las notas de la esquizofrenia jurídica*. Las instituciones tienen que estar pergeñadas con coherencia. Cuando se tiene que cambiar algo, se tiene que cambiar con la misma coherencia con que se estableció la institución preexistente. Si el reformador no tiene coherencia en su propia visión de las cosas, o incrusta instituciones que guardan alta posibilidad de invertebración con las instituciones preexistentes que subsisten dentro del nuevo régimen, es como meter un elefante en un bazar.

La esquizofrenia se da en el texto y se da en el lenguaje, cuando el lenguaje tiene manifestaciones abiertamente contradictorias entre sí. Por ejemplo en el caso del Ministerio Público, que a través del artículo 266 de la Constitución crea un cuarto poder del Estado, en el mismo rango que el Ejecutivo, el Legislativo, y el Judicial; pero en la sistemática constitucional forma parte del Poder Judicial.

Otro par de tensiones se da en la *conformación de los que actúan como creadores o gestores del orden institucional*. Es la tensión entre el hipernormativismo y el hiperfactualismo, entendiendo por hiperfactualismo la resignación ante las prácticas consumadas, no el realismo constitucional que es una virtud, pues las Constituciones deben estar en función y a la medida de las realidades que se tienen que afrontar y enfrentar. El hipernormativismo no es creer que por la sola presencia de la norma se va a cambiar la realidad; es creer que cambiando la norma *ope legis* se cambia la realidad; cuando se sabe que la norma lo que da es el cauce, el ámbito, pero la realidad se cambia través del juego de las grandes fuerzas morales y sociales que, en definitiva, la comunidad pone en funcionamiento para manejarse con esas normas y operar los cambios en su consecuencia. De hecho el contenido normativo de la Constitución, no permitió un cambio en nuestra sociedad a pesar de la novedad y amplitud garantista del propio texto, por lo que no podemos pensar que un nuevo texto normativo de la Constitución operaría en tal sentido.

El séptimo par de tensiones es el eterno, entre Estado y sociedad. La conquista del constitucionalismo (una de las grandes conquistas del constitucionalismo) entendiéndolo éste como una de las eras de la humanidad, a partir del siglo XVIII y con los antecedentes inmediatos anteriores del siglo previo en Inglaterra, es que esa línea demarcatoria tiene que existir. Nadie pretende que sea fija, pétrea o inamovible, porque obviamente la sociedad cambia y por lo tanto el Estado tiene que cambiar; por eso es absurdo negarse a la transformación del Estado o taparse los ojos ante el aggiornamiento de las instituciones.

Con respecto a este punto, es muy antigua la expresión “la crisis del Estado”, porque desde que hay Estado, éste ha estado en crisis, en el sentido de que tiene situaciones de tensión que provocan transformación y viene una nueva adecuación para afrontar esas nuevas situaciones.

Pero lo fundamental en la democracia constitucional es que, cualquiera que sea el corrimiento, la línea debe existir. Y eso es lo que diferencia los sistemas totalitarios de los sistemas de democracias constitucionales o de democracia liberal. La línea demarcatoria existe, porque es la que permite que funcione en la práctica el valor de la seguridad jurídica. Es decir, conocer anticipadamente las consecuencias que tendrán los actos, actos humanos que vamos a realizar: saber antes de firmar un contrato si está gravado o no está gravado; saber antes de empuñar un arma si es delito o no es delito, en definitiva saber qué nos va a pasar porque de eso depende que lo hagamos o que no lo hagamos.

Como bien lo señalaba el sociólogo Max Weber en adelante, el gran secreto del crecimiento de Occidente y la clase de bóveda de la Revolución Industrial y del auge del capitalismo, ha sido la seguridad jurídica, que la llamamos así y que, en varios países con otra expresión, se alude a lo mismo cuando se refieren a términos como Estado de Derecho, o Estado constitucional y el Rule o Law de los anglosajones, y en fin expresiones equivalentes. Es decir, que entre Estado y sociedad tienen que estar claramente establecidos sus respectivos ámbitos de incumbencia.

Estos son algunos de los resortes que permiten resumir la formulación de las condiciones para que asegure el equilibrio, cualquiera sea el reparto de incumbencias en la toma de las decisiones políticas:

Primera pauta: a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, un acentuamiento de las garantías y un perfeccionamiento de las responsabilidades, dicho más brevemente a mayor poder, mayor control. La equivalencia del poder requiere el reajuste simultáneo de los resortes de control, de las herramientas del garantismo y de los mecanismos de responsabilidad; advirtiendo que en la sociedad contemporánea, doblemente pluralista no sólo por las ideas sino también por los intereses en juego y por las entidades que agrupan a esos intereses en juego.

La segunda pauta es la de la necesidad de una progresiva transformación de las facultades discrecionales en poderes reglados. Esto es propio del Estado democrático constitucional de Occidente, es propio de la era del Constitucionalismo y se ha acentuado en lo que va del siglo y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de la comprobación de los enormes abusos cometidos por los sistemas totalitarios, aun de aquellos de origen popular o de tipo eleccionario, y la crisis que el simple positivismo jurídico había causado desde el punto de vista de la generación de una situación de anomias, es decir sin límites, sin barras, sin marcos de referencia. Esto no implica negar que siempre queda el remanente de las llamadas zonas de reserva, que tienen todos los poderes del Estado, no sólo el Ejecutivo, también el Legislativo, el Judicial. Un sistema democrático requiere expandir la órbita de las facultades regladas y acotar las órbitas de los poderes discrecionales, porque discrecional significa exento de control y todo el que está exento de control pasa a integrar la tentación de la soberanía. Soberano es en definitiva el que no tiene un poder por encima, el que no reconoce límites y el que no se sujeta a control. Reconocer poderes discrecionales es reconocer una esfera de soberanía que, si cualitativa y cuantitativamente pasa a ser considerable, obviamente pone en juego el equilibrio del sistema; por eso es que, cuando se habla del control, no sólo se debe hablar de la independencia del órgano que la practica sino del objeto sobre el cual recae el control. En las democracias constitucionales el objeto del control no puede ser lo nimio o secundario, tiene que ser lo fundamental, aquello que hace a lo decisivo y decisivo y no a la meramente coyuntural. El sistema de control entre poderes, como ya fue expresado en párrafos anteriores, hace a un Estado democrático constitucional, pues la supremacía de uno sobre otro, puede convertir a una democracia en una dictadura del Poder Legislativo, o del

Ejecutivo o del Judicial, por lo que nuestro sistema constitucional de control de poderes, debe ser indefectiblemente reformulado.

La tercera pauta se refiera al sistema electoral, entendiendo que en toda democracia constitucional hay una porción considerable del poder político que emana de la voluntad popular. El sistema electoral tiene que ser pergeñado de tal manera que no conceda las mayorías especiales al gobierno en turno para permitirle por sí solo modificar las reglas del juego mismo; ésta es la llave de oro. Si un solo partido o un solo grupo tiene la mayoría suficiente para cambiar ellos solos las reglas del juego, el juego se transforma en definitiva en un eufemismo; porque obviamente aunque la Constitución se proclame rígida, se flexibiliza por la existencia de un sistema electoral que lo permita.

La cuarta pauta, es que todo depende en última instancia de la independencia del controlante respecto del controlado. No todos los sistemas que formalmente se proclaman de democracia constitucional, tienen asegurado un juego de poderes en el cual los órganos de control sean independientes del controlado. Es imposible practicar el control si aquel que tiene que cumplir esa función tiene vedada la información, o no tiene espacio para cumplirlo, o carece de independencia, o porque puede ser removido, o puede ser desautorizado, o puede ser revocado por otro órgano de naturaleza política o político partidaria. En el caso del Consejo de la Magistratura o del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, la supremacía del poder político representativo (representantes del Poder Legislativo) vicia una selección o juzgamiento imparcial de la magistratura nacional.

La quinta pauta, el pueblo no delega, no puede delegar, en una democracia constitucional la más amplia libertad de crítica hacia sus gobernantes como capítulo y parte de esa gran libertad de expresión de la cual es una especie fundamental la libertad de prensa, no existiendo a la fecha en materia de derechos humanos derechos absolutos, porque todos los derechos son relativos, en el sentido de que la concepción de un derecho absoluto sería una concepción antisocial. Todos los derechos son relativos, pues si consideramos a algunos derechos absolutos se pueden producir desequilibrios en la ponderación de los derechos. De esto se puede colegir que la parte dogmática del texto constitucional no necesita grandes reformulaciones en la concepción de los derechos, pues

se puede observar en la estructura de los mismos la imposición de límites en su ejercicio.

La sexta pauta expone que es necesario que ciertos aspectos de la libertad política, se puedan asumir por el ciudadano sin tener que valerse de la intermediación exclusiva y excluyente de los partidos políticos. Un sistema así puede funcionar siempre y cuando, el pueblo tenga oportunidad de manifestar su voluntad, sin necesidad de esa intermediación, a través de algún mecanismo de democracia semidirecta, equilibrado, razonable, debidamente contemplado, es decir institucionalizado y no improvisado.

La séptima pauta, es en relación a las situaciones de emergencia, las cuales no deben ser abordadas fuera de la ley, es decir desatadas de la norma. Nuestro estado de excepción, de hecho ha sufrido una modificación muy importante si lo comparamos con el estado de sitio contemplado en la Constitución de 1967, pero aún así cuenta con lagunas (v.g. las relativas a las opciones que pueden ser tomadas por las personas cuya libertad de circulación sea limitada) que deben ser aclaradas por la próxima Convención Nacional Constituyente.

Es importante resaltar que la gran conquista del constitucionalismo democrático es que también la crisis tiene que ser abordada desde la Constitución y a través de la Constitución. Es inadmisibles sostener que la crisis signifique suspender la Constitución o signifique la emergencia, acceder *ipso facto* a instituciones supraconstitucionales exentas de control, y no sujetas a límites ni de otros órganos del Estado, ni de la sociedad que queda sometida a las medidas que la necesidad le impone a criterio del iluminado gobernante de turno.

Las emergencias son situaciones anormales pero transitorias también sujetas al control, no la urgencia en sí, sino la medida de los poderes que se ejercen en función de la declaración de emergencia; allí está el meridiano que traza la diferencia entre el poder absoluto o la anarquía absoluta.

VI. UN PAPEL INAGOTABLE PARA LA CORTE SUPREMA

El propósito de este punto de análisis es el de re-pensar el papel de la Corte Suprema en el nuevo siglo¹. Si se pretende volver a pensar la tarea de la Corte ello no se debe, meramente, a un ánimo favorable al cambio. Se trata de reflexionar sobre la misión de la Corte a la luz de los numerosos problemas que han surgido, desde su creación, para justificar el sentido y alcance mismos de dicha misión. Es posible definir la tarea de la Corte un modo que haga compatible la labor del máximo tribunal con el debido respeto que merece la autoridad democrática (de la ciudadanía y sus representantes). Ocurre que, algunos críticos del Poder Judicial –y, en particular, del control judicial de constitucionalidad– consideran que cualquier decisión de la Corte limitando la validez de una ley implica, directamente, una “ofensa” a la democracia.

Son dos, al menos, los problemas que afectan al Poder Judicial poniendo en riesgo la justificación de su tarea de control de constitucionalidad. Uno de ellos tiene que ver con las dificultades propias de la interpretación constitucional, mientras que el otro se vincula con la famosa cuestión de la legitimidad democrática de la justicia.

Un modo posible de acercarnos al primero de los problemas citados sería el siguiente. Partamos, en primer lugar, de lo que Jeremy Waldron ha denominado “el hecho del desacuerdo,” un dato que se constituye en marca esencial de las sociedades contemporáneas, y que dice que vivimos en sociedades plurales, en las que estamos divididos por desacuerdos profundos relacionados con cómo pensar y resolver los principales dilemas morales a los que nos enfrentamos. Este tipo de desacuerdos hacen que difiramos acerca de cómo resolver cuestiones tan básicas como cuál arreglo económico puede considerarse justo, cómo resolver la cuestión del aborto, cómo evaluar la eutanasia, qué política penal adoptar, cuál es la dimensión protegida por la idea de privacidad. Sin embargo, agrega el autor neocelandés, a pesar de todo lo que nos separa en materia valorativa, queremos seguir viviendo en sociedad,

¹Aunque en ocasiones me referiré al “Poder Judicial,” en general, se debe entender que el análisis está fundamentalmente restringido a la Corte Suprema (o similares tribunales superiores).

queremos seguir estando juntos, no queremos que eventuales desacuerdos tornen imposible nuestra convivencia. Estas son, las características principales de las sociedades democráticas modernas: el desacuerdo y –por él y a pesar de él- la voluntad de seguir conviviendo juntos.

En principio, uno podría pensar que ese tipo de circunstancias no sólo no perjudican la labor de los jueces sino que, en definitiva, y simplemente, les ofrecen a ellos la materia prima de su trabajo. Necesitamos jueces -alguien podría decir- para poder resolver de modo pacífico nuestros desacuerdos y hacer posible la convivencia que nos interesa mantener. Sin embargo, las cosas son menos sencillas de lo que parecen porque, y éste es el núcleo de la argumentación de Waldron, los profundos desacuerdos que nos separan no culminan sino que se mantienen (o se agudizan) cuando leemos el Derecho y tratamos de “descifrar” el contenido “real” del mismo, es decir, cuando tratamos de *interpretarlo*. Si contásemos con fórmulas más o menos precisas para la interpretación del Derecho y, en particular, para la interpretación del significado de *los derechos*, luego, alternativas tales como el control judicial no merecerían ser acreedores de mayores reproches. Finalmente, en la rama judicial nos encontramos con expertos en Derecho, entrenados en su tarea a partir de cientos de casos, con tiempo y ausencia de presiones electorales capaces de permitirles pensar adecuadamente cada problema.

Sin embargo, no es fácil mantener una conclusión como la anterior. Infinidad de sentencias judiciales nos ratifican lo que de antemano podíamos sospechar, esto es, que nuestros desacuerdos no se disuelven sino que se reproducen en la esfera judicial. Numerosos fallos nos hablan no sólo de la fragilidad de la estructura judicial, y de las presiones a que pueden estar sujetos sus miembros (tema que aquí no me ocupa) sino, sobre todo, de los profundos y genuinos desacuerdos que separan a nuestros jueces. En última instancia, cada decisión dividida de cualquier tribunal colegiado –pongamos, por caso, las de cualquier Corte Suprema- nos hablan de los profundos desacuerdos que pueden encontrarse aún en las instancias más relevantes de la estructura judicial, y aún entre los miembros más preparados de la comunidad jurídica. Es decir, aún en relación con los derechos más básicos, algunos de los miembros del tribunal piensan que la Constitución dice una cierta cosa,

mientras que otra parte del mismo tribunal considera que la Constitución dice exactamente lo contrario, por lo que no sería tan necesaria una reforma constitucional, sino una acabada interpretación de la misma.

El otro problema que, desde hace dos siglos al menos, afecta la justificación de la tarea del control judicial, se relaciona con la legitimidad democrática de los jueces para llevar a cabo el tipo de tareas que habitualmente realizan. El problema consiste en que, a pesar de lo sostenido por algunos de los primeros y más lúcidos defensores de la tarea judicial (pienso, particularmente, y siguiendo a Bickel, en Alexander Hamilton y al juez John Marshall en su famoso fallo *Marbury v. Madison*), cada vez que los jueces invalidan una ley ponen en cuestión la autoridad democrática del pueblo. Es decir, cada vez que ellos declaran inconstitucional una ley, aparece la pregunta acerca de cómo puede justificarse que la rama política del poder, que es la que cuenta con mayor legitimidad democrática en términos relativos, sea “derrotada” por aquella que, en tales términos, aparentemente, goza de menor legitimidad.

Conviene advertir, desde ya, los fuertes vínculos que existen entre la primera de las cuestiones mencionadas (referida a los problemas existentes en materia de interpretación constitucional), y la segunda (referida a la menor legitimidad democrática de la justicia). La conexión entre ambos problemas resulta bastante evidente: en la medida en que mayores sean las dificultades para resolver las dificultades que plantea la interpretación constitucional –es decir, ante todo, cuanto mayores sean nuestros desacuerdos sobre cómo entender el contenido y los alcances de cada artículo de la Constitución- mayores serán los problemas para defender la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Por el contrario, en la medida en que las dificultades de la interpretación constitucional sean menores –es decir, cuanto menores sean nuestras desavenencias en relación con el significado de la Constitución- menores serán las dificultades que enfrentemos para justificar el control judicial. Finalmente –diríamos aquí - los jueces estarán haciendo lo que cualquiera de nosotros haría, puestos en lugar de alguno de aquellos. Lo único que estaría en juego, entonces, sería una poco polémica cuestión relativa a la división social del trabajo –no un problema de legitimidad democrática de la función judicial, como el que hoy existe.

A partir de lo visto hasta aquí, la defensa del control judicial de constitucionalidad podría basarse en alguna de las siguientes estrategias. Por un lado, alguien podría tratar de negar la existencia de problemas significativos relacionados con la legitimidad del Poder Judicial, mostrando que el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de ningún modo afecta nuestros compromisos democráticos. Si esos problemas de legitimidad no existiesen, entonces nadie debería quejarse ante cualquier acto judicial destinado a inaplicar una ley en un caso concreto. Una estrategia diferente consistiría no tanto en afirmar la legitimidad democrática de la tarea judicial, sino en negar la existencia de problemas realmente interesantes en materia de interpretación constitucional. Si esta última línea de argumentación probase ser exitosa, entonces tampoco podría criticarse el control judicial de constitucionalidad, aún por parte de quienes reconocieran el menor valor de las credenciales democráticas del Poder Judicial.

Conforme a lo señalado más arriba, alguien podría defender el control judicial de constitucionalidad mostrando que no hay ningún problema realmente serio, capaz de afectar la legitimidad de la tarea que desarrollan los jueces cada vez que revisan la validez de una ley. Las estrategias destinadas a sostener la legitimidad democrática de la tarea judicial han sido innumerables, y aquí sólo tomaré en cuenta unas pocas, que considero especialmente influyentes.

Lo primero que uno podría decir –siguiendo lo que dijeran en su momento Hamilton o Marshall- es que los jueces, cuando cumplen con su tarea controladora, no desafían sino que simplemente permiten que prevalezca la voluntad democrática del pueblo. Según la citada línea de argumentación –llamémosla “Hamilton-Marshall”- al invalidar una ley los jueces no socavan de ningún modo la autoridad democrática del pueblo, sino que reafirman dicha autoridad, porque al hacer que prevalezca la Constitución sobre una ley inválida, ellos permiten que prevalezca, en definitiva, la “verdadera” o más alta expresión de la voluntad popular, que es la que está encerrada en la Constitución. Este argumento, como sabemos, no resulta plausible, justamente por el tipo de problemas a los que ya hicieramos referencia acerca de las graves diferencias que nos separan respecto a cómo interpretar la Constitución. La afirmación de “Hamilton-Marshall” sería irreprochable si el significado de la Constitución fuera más o menos unívoco, pero esta

situación resulta imposible más aún cuando se producen en el texto constitucional graves errores semánticos y sintácticos en el uso del lenguaje.

Dado el fracaso de la primera línea de argumentación, muchos han optado por afirmar que el Poder Judicial no se ve afectado por ningún problema de legitimidad democrática, sosteniendo que sus miembros también son elegidos –aunque, normalmente, de modo indirecto- por el pueblo, y porque además tales sujetos se relacionan directa y cotidianamente con la ciudadanía, en el ejercicio de sus funciones. El problema con este argumento es que nadie niega la (relativa) legitimidad democrática de la justicia (nadie dice que el Poder Judicial está en contradicción con, o es enemigo de, la democracia). Lo que se afirma es que, dado su menor grado de legitimidad democrática, el Poder Judicial debe mantenerse alejado de algunas tareas que se reservan para los órganos que cuentan con mayor legitimidad popular. Para decirlo de un modo más evidente, un jefe de policía también cuenta con cierta legitimidad democrática –en la medida en que, por caso, es escogido por la rama ejecutiva, que a su vez apoya su autoridad en el voto democrático; a lo que se agrega el hecho de que dicho jefe de la policía también se relaciona cotidianamente con la ciudadanía en el ejercicio de su función. Sin embargo, a nadie se le ocurriría decir que esa (parcial) legitimidad democrática lo autoriza para legislar, resolver conflictos entre poderes, o firmar tratados internacionales.

El problema en juego tampoco se soluciona señalando (como pueden señalarse, con razón), los graves problemas de legitimidad que afectan a los representantes del pueblo. Me refiero a problemas como los identificados desde hace tiempo por la teoría política con ideas tales como la de “crisis de representación,” o dificultades como las resultantes de la (descrita por algunos) “apatía política” de la ciudadanía. Según esta línea de argumentación, la afirmación referida a la mayor legitimidad democrática de las ramas políticas del poder resulta simplemente insostenible, cuando advertimos el grado de desconocimiento que la ciudadanía tiene sobre sus legisladores y su actividad cotidiana, o la radical ausencia de medios institucionales para entrar en diálogo con ellos –finalmente, cuando reconocemos la enorme distancia que existe entre “los legisladores” y “nosotros.” El argumento fracasa otra vez, sin embargo, porque la existencia de estos obvios

problemas de legitimidad democrática en relación con la legislatura, si algo reclaman, es reformas destinadas a reforzar esa legitimidad democrática, antes que medidas destinadas a socavar aún más a la regla mayoritaria.

Finalmente, tampoco puede decirse que el control judicial es irreprochable dado que el Poder Judicial ha sido preparado especialmente –al menos, en una mayoría de las democracias constitucionales que conocemos- para la tarea de controlar la validez de las leyes. El argumento en cuestión tiene lo que podríamos llamar una faceta “negativa,” y otra “positiva.” Según la primera, es simplemente irracional y contrario a la lógica pedirle al mismo poder mayoritario que pone o es capaz de poner en riesgo los derechos de las minorías, que evalúe la validez de las normas que él mismo ha decidido dictar. En una sociedad apropiadamente democrática, dicha tarea de control debe quedar en manos de un órgano diferente del que ha dictado la ley que hoy se impugna. La faceta “positiva” de este argumento, mientras tanto, dice que el Poder Judicial se encuentra especialmente bien preparado para la tarea de vigilar la validez de las leyes, porque cuenta con el entrenamiento, la capacitación y el tiempo que son necesarios para llevar a cabo tareas como la del control de las leyes.

El primero de estos argumentos, sin embargo, se enfrenta con al menos dos problemas. Por un lado, la dificultad para justificar el control *legislativo* de las leyes no importa una justificación del control *judicial* de las leyes –cuestión que requiere de una justificación independiente. Por otro lado, la dificultad para justificar el control *legislativo* de las leyes, tal como hoy existe, no torna imposible la alternativa de contar con otras formas de control mayoritario, menos reprochables. Finalmente, el argumento a favor del control judicial tampoco resulta enteramente persuasivo. Y es que alguien puede sostener con razón que la apropiada decisión sobre, por ejemplo a que si el derecho al aborto es compatible con la afirmación del principio de la autonomía individual, no depende del tiempo que tengamos para reflexionar, o de la cantidad de libros que hayamos leído, o de los años que hayamos estudiado leyes. Razonablemente, podríamos sostener que dichos casos deben resolverse a partir de procesos de deliberación colectiva, y no por medio de la reflexión aislada de alguna élite bien preparada. Este es, justamente, el

punto que le interesa defender a los demócratas críticos de la revisión judicial.

La idea es que, aún si fuera cierto que la justicia enfrenta un problema (irresoluble) en términos de legitimidad democrática, ello no debería llevarnos a concluir que el control judicial de constitucionalidad es injustificable. Si, por ejemplo, pudiéramos demostrar que existen formas más o menos incontrovertibles para la interpretación constitucional, luego, podríamos luego sostener que la tarea del control judicial no merece mayores reparos. Es decir, aún si las “credenciales democráticas” de los jueces no fueran tan significativas como las de los legisladores, no habría razones para impugnar el control judicial. Ello, en la medida en que pudiéramos demostrar que en sus decisiones, los jueces aplican reglas de interpretación que nadie cuestiona o tiene buenas razones para cuestionar. El problema con el que nos encontramos en este caso, es el problema de la interpretación constitucional, que luego de más de doscientos años de reflexión sobre cuestiones relacionadas con la misma, todavía estamos muy lejos de haber conseguido algún tipo de acuerdo significativo en relación con la pregunta acerca de cómo debe interpretarse la Constitución.

Por supuesto, lo dicho no niega algo muy importante y es que, a lo largo de todos estos años, por lo menos, hemos aprendido a distinguir entre buenas, malas y muy malas teorías interpretativas. Del mismo modo, lo dicho no niega que los argumentos relacionados con la interpretación constitucional se han sofisticado muchísimo en las últimas décadas. El problema, sin embargo, es que a pesar de este tipo de clarificaciones y refinamientos, todavía estamos muy lejos de llegar a zonas más o menos pacíficas –territorios más o menos compartidos- en torno a cómo debe interpretarse la Constitución. Más bien lo contrario: todo parece señalar que estamos demasiado lejos de alcanzar cualquier acuerdo significativo en la materia.

Los problemas a los que me refiero son, según diré, muy graves, pero ellos adquieren una gravedad todavía mayor cuando lo que está en juego es, justamente, la interpretación constitucional. Es decir, si por la naturaleza propia del lenguaje y el lenguaje escrito, cualquier texto presenta problemas de interpretación (por ejemplo, a partir de los problemas de vaguedades y ambigüedades que son propios de los modos

habituales en que nos expresamos), dichos problemas se potencian al extremo cuando lo que tenemos que interpretar es un texto constitucional. Ocurre que las Constituciones, tal como las conocemos, se comprometen de modo explícito con valores y principios abstractos, destinados aparentemente a regir a lo largo del tiempo. Ese mismo tipo de compromisos, sin embargo –el compromiso con valores como la libertad, la justicia, la igualdad, la no-discriminación- radicalizan los problemas de interpretación propios de cualquier texto escrito, porque exigen que, necesariamente, nos involucremos en procesos de razonamiento y argumentación extremadamente complejos de llevar a cabo –cómo dar cuenta, finalmente, del contenido preciso que, frente a un caso concreto, debe dársele al principio de la autonomía individual, o al valor de la justicia social?.

Se pueden identificar los siguientes criterios de interpretación constitucional: i) interpretación literal, orientada a seguir, en la medida de lo posible, “la letra de la ley”; ii) interpretación “popular,” orientada a leer las distintas cláusulas y los distintos términos que aparecen en la Constitución en sintonía con el significado que la ciudadanía le asigna a los mismos; iii) interpretación “especializada,” que piensa en el sentido “técnico,” antes que “popular,” de los términos; iv) interpretación “intencional,” que procura desentrañar la intención presente en los legisladores constituyentes; v) interpretación “voluntarista,” que busca respetar la “voluntad” del legislador prestando atención especialmente a la voluntad expuesta por el mismo durante los debates constituyentes del caso; vi) interpretación “justa,” que pretende guiarse ante todo por fundamentales principios de justicia; vii) interpretación “orgánico-sistemática,” que sugiere que en ocasiones es necesario apartarse del sentido pleno u orgánico de la Constitución para hacer prevalecer el sentido que se infiere del juego armónico de los distintos artículos que componen la Constitución; viii) interpretación “realista,” que toma como criterio interpretativo último ciertos “imperativos” de la realidad, tales como la estabilidad o seguridad económicas; ix) interpretación que parte de la existencia de un “legislador perfecto,” lo cual implica presumir que el Derecho es claro, preciso, coherente, sin lagunas; x) interpretación “dinámica,” orientada a actualizar o “mantener vivo” el texto de la Constitución, adecuándola a “la realidad viviente” de la época; xi) interpretación “teleológica,” que procura guiarse por los “fines últimos” enunciados por la propia Constitución; xii) interpretación conforme a la

autoridad “externa,” que se apoya principalmente en las opiniones de la doctrina o, fundamentalmente, la jurisprudencia extranjeras; xiii) interpretación “constructiva,” que afirma que, a la hora de interpretar el Derecho, es necesario optar por la lectura que se muestre capaz de mantener a salvo los poderes del Estado, facilitando su eficaz desempeño; xiv) interpretación “continuista,” que privilegia la posibilidad de que la decisión del caso sea compatible con el respeto de los precedentes judiciales; xv) interpretación “objetiva,” que afirma que cada norma debe ser interpretada, ante todo, teniendo en cuenta el sentido “objetivo” de la misma, lo que implica afirmar –a *contrario sensu*- que debe rechazarse toda posibilidad de interpretar a la misma conforme a criterios “subjetivos”. Esta clasificación es problemática porque, entre otras razones, separa criterios que se encuentran básicamente superpuestos, y no distingue entre criterios que son diferentes entre sí.

Los problemas que sugiere un panorama como el referido son numerosos. Ante todo, estamos ante múltiples criterios interpretativos que los jueces pueden utilizar de modo más o menos indistinto (sin que ello implique, obviamente, el menor riesgo para sus carreras) en un contexto en el que –y esto es lo que agrava todo el problema- muchos de tales criterios, contrastados entre sí, llevan a soluciones opuestas. Para tomar sólo algún caso evidente: el recurso a criterios interpretativos “históricos” (pongamos, la voluntad original de los constituyentes, los debates que se dieron entre ellos, sus intenciones), tiende a conducirnos (aunque no lo haga necesariamente) a la obtención de criterios directamente opuestos a los que obtendríamos si recurriéramos a concepciones interpretativas “actualizadas” (por caso, concepciones que pretenden mantener al derecho alineado con el pensamiento social predominante). Ello, simplemente, porque el pensamiento de los “padres fundadores” de la Constitución (redactada en sus bases, pongamos, hace 20, 50 o 200 años atrás) tiende a ser diferente, sino directamente contrario, al que la sociedad sostiene décadas después, especialmente en cuestiones morales (de hecho, las apelaciones a la necesidad de “actualizar” la Constitución surgieron, inexorablemente, a partir de las disconformidades generadas por la alternativa de “anclar la Constitución en el pasado”) Es decir, la justicia puede llegar a una solución, o a otra exactamente contraria a aquella, sin recibir el menor reproche por ello, y

con sólo optar por sopesar de un modo diferente la o las teorías interpretativas que, en los hechos, decida utilizar en el caso concreto.

El hecho habitual con que nos encontramos, entonces, es el de diferentes jueces decidiendo –en diferentes casos, o aún en el mismo- de modo diferente, a resultas de la diferente conjugación de principios interpretativos por el que opten en el caso concreto. La situación que se genera resulta, entonces, enormemente preocupante: el Derecho empieza a aparecer como compatible con casi cualquier solución jurídica; los niveles (reales) de inseguridad jurídica aumentan; y comienza a tambalear la misma idea de contar con un Estado de Derecho. Ello, sobre todo, porque el Derecho pasa a depender cada vez más de *quién decide*, y menos de otros criterios más “objetivos.”

Lo dicho, por lo demás (la existencia de criterios interpretativos que nos permiten alcanzar una solución o la contraria, sin que los decisores puedan ser institucionalmente reprochados por ello) abre una posibilidad (demasiado cercana) cual es la de que los decisores definan de antemano cuál es la solución jurídica que prefieren, o que mejor se ajusta con sus pre-juicios o convicciones ideológicas o intereses, y luego “salgan a la búsqueda” de la doctrina interpretativa que les permita decir lo que ya sabían de antemano que querían decir. Esto, a su vez, provee de un enorme incentivo a políticos inescrupulosos, que pueden aprovechar dicha situación (que el Derecho dependa tan decisivamente de quién es el que lo interprete) para presionar sobre la justicia a favor de decisiones que les resulten favorables.

Dicho trágico contexto se agrava todavía más cuando se presentan, como en el caso del Paraguay, dos situaciones contextuales muy serias. Por un lado, en casos como el paraguayo no existe una cultura del precedente que permita acotar los amplísimos márgenes de maniobra con que cuentan los jueces. Por otro lado, países como el Paraguay tienen una historia de inestabilidad jurídica tal, que permite encontrar antecedentes para decisiones judiciales de absolutamente cualquier tipo (por ejemplo, decisiones garantistas y anti-garantistas; decisiones ofensivas frente a los derechos humanos y protectivas de los

derechos humanos; decisiones hostiles y amigables frente al Derecho internacional)².

Finalmente, nadie debería pensar que el problema en cuestión se resuelve forzando a los jueces o a las Cortes a definirse de modo explícito a favor de alguna o algunas teorías interpretativas. Estos casos existen, por supuesto, y en todo caso, tienen el importante efecto de disminuir los grados de incerteza ciudadana que existen, frente al derecho. Cualquiera de los caminos interpretativos por los que podamos optar (pongamos, el histórico/originalista) es compatible, a su vez, con una multiplicidad de decisiones, muchas veces opuestas entre sí, dependiendo del modo en que se construya la teoría interpretativa en cuestión. Para aclarar lo dicho, piénsese en ejemplos como los siguientes. Si uno fuera un juez “historicista-originalista,” luego, ¿qué lecturas de la historia debería privilegiar? ¿Debería rastrear la “voluntad” o las “intenciones” de los legisladores originarios? ¿Y qué documentos debería leer? ¿Debería tomar en cuenta el pensamiento socialmente predominante en la época fundacional, o por el contrario las voluntades de los responsables de la escritura de la Constitución? ¿Debería, en todo caso, tratar de rastrear la voluntad de la o las personas que escribieron el

²Alguien podría decir, entonces, que la verdadera fuente del problema se encuentra en lo señalado en el párrafo anterior, es decir, en la dramática ausencia de una cultura del precedente, que se acompaña con la presencia de “antecedentes para todos los gustos.” Sin embargo, creo que tal tipo de observaciones son parcialmente erróneas, lo cual se evidencia en el hecho de que problemas como los que señalo aparecen también en países estables jurídicamente, y con cultura del precedente. Como señalara el ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, Geoffrey Stone, analizando la jurisprudencia norteamericana de los últimos años, en dicho contexto ha aparecido un uso manipulativo y arbitrario de los antecedentes. Ello se torna posible, por un lado, por una diversidad de razones. Por un lado, en muchos casos, resulta claro que los antecedentes existentes, por más que sean claros, deben ser dejados de lado. Por otro lado, aún en dichos contextos aparecen antecedentes total o parcialmente contradictorios. Finalmente, ello es así porque aún antecedentes relativamente claros deben ser interpretados. Éste era, en todo caso, el punto que más preocupaba a Stone, dado que los actuales jueces de la Corte norteamericana parecen recortar casi a gusto los antecedentes del caso, y distinguir casos presentes de los pasados a partir de razones demasiado disputables (por ejemplo, “en el caso 2, X robó el automóvil y apuñaló a su dueño, del mismo modo que había ocurrido en el caso 1, pero en 1 dicho robo fue realizado un jueves por la tarde, y en 2 en cambio, el robo fue realizado un viernes por la noche”). El ejemplo que doy, como el que daba Stone, es exagerado, pero sirve en todo caso para hacer visible el problema: los casos se parecen o se diferencian, en todo o en parte, depende del modo en que se los recorte, del nivel de abstracción con que se los lea, etc.

artículo en cuestión? ¿O, en todo caso, la voluntad de la o las personas que idearon dicha cláusula, de las que participaron en la Convención Constituyente o aún la de quienes no participaron de ella)?. En definitiva, los problemas de interpretación constitucional se han instalado entre nosotros desde el momento en que escribimos una Constitución, y ellos tienen la pretensión bien fundada de quedarse para siempre entre nosotros, aun cuando la Constitución sea nuevamente reformulada.

Llegados a este punto, creo que es posible intentar una vía de escape frente a este problema de redacción de nuestro texto constitucional a los largo de estos veinte años de vigencia, mostrando que muchas de las dificultades arriba mencionadas (relacionadas con la llamada objeción democrática o contra-mayoritaria y con las tremendas dificultades que enfrentamos en materia de interpretación constitucional) pueden comenzar, lentamente, a disolverse. Para ello, según diré, debemos trasladarnos un escalón todavía más arriba, y plantearnos algunas cuestiones vinculadas con la teoría democrática. Desde allí, trataría de mostrar luego la posibilidad de encarar de modo más esperanzador nuestras preocupaciones constitucionales, y la posibilidad de su reforma por un mero capricho político o ansias de modificación por la modificación misma.

La pregunta de la cual partiría sería la siguiente: cuando criticamos al control judicial de constitucionalidad por la debilidad de las credenciales democráticas del Poder Judicial, ¿qué concepción particular de la democracia tomamos en cuenta? La pregunta, según entiendo, es muy importante, y fue formulada en su momento, no sorpresivamente, por Ronald Dworkin. Según Dworkin, la mayoría de las críticas que se formulan sobre el control judicial resultan, más que infundadas, mal fundadas, dado que ellas se basan en una peculiar e implausible concepción de la democracia, a la que él denomina concepción *estadística o mayoritaria* de la democracia, y yo denominaría concepción *populista* de la democracia. La concepción estadística parte de la idea según la cual “todas las cuestiones de principio (deben ser) decididas por el voto mayoritario: la democracia, en otros términos, consiste en la adopción de la regla mayoritaria para todos los casos.” Según Dworkin, si esto es lo que significa democracia, entonces, “un esquema de revisión judicial que le da a los jueces el poder de dejar de

lado juicios de moralidad política que una mayoría ha aprobado resulta anti-democrático.” Su conclusión es, entonces, que la crítica más habitual que se realiza contra el control judicial se funda en verdad en un entendimiento demasiado poco atractivo sobre el significado de la democracia. Parece claro, si nuestra *definición* de democracia reclama la primacía de la regla mayoritaria *en todos los casos* –si cada vez que se recurre a una toma de decisiones que no esté guiada por el principio mayoritario consideramos que hay una violación a la democracia– entonces la justificación del control judicial de constitucionalidad se encuentra irremediabilmente perdida. Sin embargo, se pregunta Dworkin ¿no resulta insensata tal concepción de la democracia? ¿Puede ser que consideremos como un “insulto” a la democracia cualquier esquema de procedimientos que no responda indefectiblemente a la regla democrática? ¿No estaríamos poniendo en práctica, de ese modo, una concepción demasiado simplista de la democracia, según la cual la única regla válida sería la regla mayoritaria?³.

Aunque no es cierto que todas las críticas a la legitimidad democrática de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad se basen en una concepción tan simplista de la democracia, sí es cierto que muchas de tales críticas están fundadas en visiones de ese tipo –visiones, digamos, poco sofisticadas de la democracia, que fundamentalmente identifican a la democracia con la regla mayoritaria.

Las defensas más habituales del control judicial *también* encuentran su apoyo último en una concepción de la democracia inatractiva. Llamaría a dicha concepción una concepción *elitista* de la

³ Dworkin contrasta esta visión con la suya, a la que denomina una concepción constitucional de la democracia. Conforme a la misma, democracia significaría “el autogobierno por todos actuando colectivamente, como miembros de un emprendimiento cooperativo, en el que participan en pie de igualdad.” Esta concepción no identificaría, entonces, a la democracia con la regla de la mayoría. Aquí, democracia requiere tanto respetar a la mayoría como respetar a la minoría. Según Dworkin, si se parte de una definición tal de la democracia, luego, no puede verse al control judicial como una institución democráticamente anómala. Ahora no puede decirse que el control judicial es anti-democrático porque no honra el principio mayoritario. Conforme con la concepción constitucional de la democracia, más bien, el control judicial puede desafiar a la regla mayoritaria pero al mismo tiempo estar justificado, en la medida en que consiga mejor que métodos alternativos, asegurarle a cada uno la igual voz, el igual status, y el respeto a sus elecciones privadas.

democracia. Esta postura tiene una extensísima historia dentro de la historia de la filosofía política, y puede remontarse al elitismo británico, y a autores como Edmund Burke, que distinguían entre el “juicio” y la “mera voluntad de la ciudadanía;” entre las “preferencias” u “opiniones” de la ciudadanía y los “intereses” de la misma. Esta línea de pensamiento ha seguido permeando las discusiones políticas contemporáneas. Son muchos quienes, como Burke, siguen partiendo de una postura que se basa en una profunda *desconfianza* frente a las capacidades políticas de la ciudadanía (una desconfianza que contrasta con la profunda *confianza* que parecía propia de la revisada postura de los populistas).

Este tipo de posturas se fundan, entonces, en una clara desconfianza hacia la regla mayoritaria como medio apropiado para la toma de decisiones imparciales, que contrasta con una fuerte confianza en las capacidades de las élites de gobierno –y particularmente, confianza en aquellas élites compuestas por funcionarios bien entrenados y aislados de las mayorías, como los funcionarios judiciales- para decidir de modo justo. En mi opinión, resulta muy obvio que son este tipo de presupuestos –que considero elitistas- los que apoyan, finalmente, muchas de las posiciones hoy vigentes destinadas a sostener al control judicial de constitucionalidad.

Ambas concepciones de la democracia, sin embargo, resultan poco atractivas: ambas se muestran como posturas simplistas; ambas aparecen, finalmente, como defectuosas. En este sentido, podría decirse, ni la crítica ni la defensa que se hace actualmente del control judicial resultan, finalmente bien apoyados en la teoría democrática.

La teoría democrática en cuestión tiene que ver con la llamada postura de la *deliberación democrática*. El sistema democrático se justifica sólo y en la medida en que contribuye a que tomemos decisiones imparciales, para lo cual -se presume aquí- resulta imprescindible apoyarse en un proceso igualitario de discusión colectiva. El ideal regulativo en cuestión consiste en una situación en donde todos los potencialmente afectados por una cierta decisión participan de una discusión sobre los contenidos que va a tener la misma, y lo hacen desde una posición de relativa igualdad. Los elementos de este ideal son tres, y conviene distinguirlos: uno es el de la *inclusión*, ya que se aspira a que el proceso de toma de decisiones no deje a nadie de los potencialmente

afectados fuera del mismo; el segundo es el de la *deliberación*, ya que se asume que la discusión es un medio imprescindible para que los distintos participantes se escuchen y corrijan mutuamente; y el tercero es el de la *igualdad*, ya que se entiende que, en presencia de fuertes desigualdades sociales todo el proceso de discusión colectiva pierde sentido (en dicho caso, previsiblemente, algunos no estarán en condiciones anímicas, psicológicas, o inclusive físicas de participar en ese debate).

La idea de la democracia en cuestión presume, a diferencia de las visiones *elitistas*, que todos estamos en condiciones de intervenir en ese proceso de toma de decisiones colectivo (predomina aquí un supuesto de “confianza,” que contrasta con la “desconfianza” hacia la regla mayoritaria presente en aquellas visiones). Por otro lado, esta idea de democracia presume, a diferencia de las concepciones *populistas* arriba expuestas, que la regla mayoritaria es un recurso necesario pero insuficiente para la adopción de decisiones imparciales. En otros términos, sin una amplia garantía de libertad de expresión; sin libertad de asociación (especialmente libertad de asociación política); y sobre todo sin un proceso de debate entre iguales, la regla mayoritaria pierde su sentido.

¿Qué es lo que puede decirse, entonces, sobre el control judicial, si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia? Según entiendo, ahora puede decirse que el control judicial puede ser compatible con el ideal de la democracia sólo si, y en la medida en que, se ejerza de cierto modo. ¿De qué modo? De uno que, a la vez de ser respetuoso del predominio de la autoridad democrática, sirva al debate colectivo, y contribuya a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgarle sentido a la deliberación colectiva. Esto requiere, por ejemplo, que el Poder Judicial deje de hacer lo que habitualmente hace, es decir, simplemente reemplazar la voluntad del legislador por la propia, cada vez que considera (a partir de la teoría interpretativa que escoja privilegiar) que la actuación del legislador es impropia. Esto requiere que el Poder Judicial reconozca cuál es el lugar y el papel que le corresponde en el proceso de toma de decisiones, como motor y garante de la discusión colectiva. Esto requiere que el Poder Judicial se ponga al servicio de la discusión pública, y que se abra a ella, en lugar reemplazarla (y así, finalmente, desalentarla).

Ser motor y garante de la discusión pública requiere de los jueces la asunción de un papel más modesto -acorde con sus capacidades y su legitimidad- pero al mismo tiempo un papel crucial dentro del proceso de toma de decisiones democrático: ellos deben ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; deben forzar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones; deben poner sobre la mesa pública argumentos o voces ausentes del debate; deben impedir que quienes están en control del poder institucional prevengan a quienes están afuera del mismo a que participen de él y lleguen a reemplazarlos; deben impedir que desde los órganos decidores se tomen no fundadas en argumentos –decisiones que sean la pura expresión de intereses de grupos de poder. Actuando así, los jueces promueven un objetivo importante: el diálogo democrático. Y dicho fin, además, puede y debe lograrse por medios también dialógicos, es decir, ofreciendo argumentos, creando foros de debate, organizando comisiones para la discusión de temas públicos, etc.

Notablemente, y actuando del modo sugerido, los jueces comienzan a disolver algunos de los gravísimos problemas que aparecen cuando pensamos en la interpretación constitucional. Ellos no estarán ni optando por la pasividad y el silencio (como si fueran ajenos al conflicto constitucional en juego), ni optando por el activismo y la imposición de sus propios criterios a las mayorías democráticas (como si fueran legisladores). Lo que estarán haciendo, en cambio, es ayudar a esas mayorías democráticas a pensar y a decidir. En sociedades plurales, marcadas por el “hecho del desacuerdo,” ellos estarán contribuyendo del mejor modo posible a aclarar, pulir y acercar posiciones, favoreciendo la convivencia deseada. De este modo, también, ellos estarán bloqueando la posibilidad de que el proceso de toma de decisiones se convierta en una mera fachada al servicio de particulares grupos de interés, e impidiendo que el Congreso se convierta en la pesadilla del mero acuerdo entre poderosos.

En Colombia, la Corte Constitucional ha propuesto, de modo pionero, la creación de diversos mecanismos destinados a promover el diálogo entre poderes –mecanismos tales como las mesas de diálogo, en donde se reúnen representantes de las distintas ramas del gobierno, más empresas o grupos de particulares partícipes del conflicto en juego. En casos de enorme relevancia institucional, dicha Corte ha establecido

pautas y plazos, antes que impuesto soluciones concretas, con el objeto de favorecer que el propio poder político resuelva, a su criterio, tales graves conflictos.

Dicho lo anterior, corresponde resaltar la enorme potencia que tiene la adopción de soluciones de tipo dialógico. Y es que, al abrazar esta nueva forma de pensar la democracia y, desde allí, este nuevo modo de concebir la función judicial, aparece un enorme espacio inexplorado para re-pensar la política institucional y la relación entre los Poderes.

Finalmente, lo que ocurre es que, si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia, luego, no puede considerar que el mero hecho de que muchas manos se levanten al unísono sea sinónimo de decisión democrática. Tal requisito no basta para darle legitimidad constitucional a una ley: en democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar. Por ello, puede decirse que hay un problema cuando los Diputados y Senadores votan sin saber el contenido de lo que votan; que hay un problema serio si un representante cambia de opinión (como obviamente puede hacerlo) sin decirle a la ciudadanía, con una mano en el corazón, por qué lo hizo; que es contrario a derecho "abrir un debate" cuando ya se tiene firmado el proyecto que se quiere aprobar; que comenzar una deliberación diciendo que no se va a "cambiar ni una coma" del proyecto que se presenta constituye un modo poco auspicioso —y agregaría, jurídicamente inválido— de comenzar esa deliberación; que discutir implica estar abierto a aprender de aquel con quien discutimos; que una democracia constitucional no debe tolerar nunca el abuso de la fuerza, así se trate, por supuesto, de la fuerza abrumadora, estrepitosa, aplastante de los números.

VII. IDEAS FINALES

Es necesario admitir la necesidad de un doble equilibrio: por un lado el equilibrio de los poderes que es regla histórica del Derecho constitucional, pero por otro lado, algo que hace a ese equilibrio y que es la oxigenación de la sociedad.

De nada vale la Constitución ideal; el Profesor Hugo Preuss cuando diseñó la Constitución de Weimar con el asesoramiento de

Weber, creía que era la octava maravilla del mundo y ni siquiera fue necesario derogarla. El nacional-socialismo la extinguió por el sólo acceso al poder y el ejercicio de tentación del poder, en un tiempo exiguo.

Oxigenar la sociedad significa, evidentemente, poner el acento no sólo en las normas sino también en saber cómo está la salud de esa sociedad; y para conocer esta salud de la sociedad, el termómetro de los problemas sociales es un instrumento de medición muy importante.

Hay muchas sociedades plurales donde hay pluralidad de ideas y de intereses, y pluralidad de situaciones, pero ser pluralista significa que la sociedad asuma conscientemente esa pluralidad, se comporte en consecuencia como vale para una sociedad pluralista. No es el mero reconocimiento de la pluralidad, sino el comportamiento consecuente con ello.

El acceso a los ejercicios de las libertades es fundamental para motorizar instituciones de las cuales depende el control, del cual a su vez dependen los equilibrios. Entonces la pregunta es ¿dónde está el asiento de la decisión política en el régimen de la democracia constitucional?, lo cual no tiene una respuesta unívoca.

Parte de la decisión política, la toma el poder político que se compone fundamentalmente del Congreso y del Poder Ejecutivo; a veces predomina uno, a veces predomina otro, y a veces las incumbencias están suficientemente separadas; parte de la decisión la toma el pueblo cuando la oportunidad de ser juez de las situaciones y prestando el consenso o retaceando el consenso provoca la alternancia o provoca la continuidad de las políticas vigentes. Es decir que el pueblo tiene un resorte fundamental y lo hace a través de las opciones que le ofrece esa intermediación política, y los partidos políticos han sido erigidos en un factor de decisión política.

En este punto es preciso recordar que existen tres tipos posibles de reforma constitucional: 1) la introducción de una norma nueva; 2) la supresión de una norma preexistente, y 3) la sustitución de una norma preexistente (es decir la supresión de una norma vieja combinada con la introducción de una norma nueva). Pero comúnmente, toda reforma

constitucional comporta la modificación del conjunto preexistente y la modificación de éste da lugar aun conjunto diverso; porque son diversos los elementos que lo componen, que es precisamente lo que sucedió con la reforma constitucional de 1992.

Por otra, la promulgación de una nueva Constitución implica no la abrogación de todas las leyes promulgadas bajo la Constitución anterior, sino más bien la (tácita) recepción en bloque de todas las leyes precedentes. Por otro lado, está claro que la Constitución puede poner límites a la legislación futura, pero no a la legislación pasada.

Sin embargo la nueva Constitución –si es rígida- limita el ingreso (mediante recepción) en el nuevo ordenamiento de las normas pertenecientes al ordenamiento anterior. Este límite no se refiere en modo alguno al procedimiento de formación de las leyes: es claro que las viejas leyes no son formalmente válidas según el parámetro de la nueva Constitución, ni nunca podrían serlo (no tendría sentido pretenderlo).

El límite se refiere más bien al contenido de las leyes viejas, y, más precisamente, no a los supuestos de hecho regulados en las leyes viejas sino a las consecuencias jurídicas conectadas a tales supuestos (en suma, no a la materia regulada, sino al modo de regularla). Las leyes viejas no pueden entrar de pleno derecho en el nuevo ordenamiento constitucional cuando contradicen sustancialmente cualquier norma de la nueva Constitución, o cuando violan cualquier prohibición dirigida por la Constitución al legislador.

El modelo de la separación de los poderes resulta de la combinación de dos principios: el primero atiende a la distribución de las funciones estatales; el segundo, a las relaciones entre los órganos competentes para ejercerlas. Los principios en cuestión son: 1) el principio de especialización de las funciones, y 2) el principio de independencia recíproca de los órganos, a ser tenidos en consideración.

En otras palabras, separar significa especialización cuando está referido a las funciones; significa otorgar recíproca independencia cuando se refiere a órganos. Cualquiera de los dos principios actúa a través de una serie de reglas específicas. Una función puede decirse especializada cuando es ejercida por un cierto órgano (o conjunto de

órganos) de modo exclusivo y enteramente. En particular, una función especializada —es decir, constituye atribución exclusiva de un órgano dado- si, y sólo si, existen reglas que prohíben a cada órgano del Estado: 1) ejercer aquella función; 2) interferir en el ejercicio de esa función por parte del órgano al que está atribuida (obstaculizando o impidiendo el ejercicio), y 3) privar de eficacia los actos de ejercicio de esa función.

Se puede decir que la función jurisdiccional es especializada a condición de que esté prohibido al Legislativo y al Ejecutivo resolver controversias y, además, que esté prohibido al Legislativo y al Ejecutivo privar a una decisión jurisdiccional de la autoridad de la cosa juzgada; donde en la realidad fáctica de nuestros Estados constitucionales, ninguno de los tres órganos actúan como compartimentos estancos, al contrario comparten funciones propias de cada uno de ellos, como ser la de administrar, legislar y juzgar.

Dos órganos pueden decirse recíprocamente independientes cuando cada uno de estos está libre de cualquier interferencia por parte del otro en cuanto a su formación, a su funcionamiento y a su duración; situación que no se lee en la Constitución paraguaya de 1992, pues el órgano que debería ser especializado en su formación (Poder Judicial) tiene una fuerte incidencia de política partidaria en su formación y en el juzgamiento de sus integrantes, no ocurre lo propio con el Legislativo y el Ejecutivo.

En nuestro país se repite también aquello de que los grandes problemas no pasan por el orden de las normas sino por el orden de los comportamientos, y del ajuste de estos comportamientos a ciertos valores que se supone que las normas han recepcionado. En consecuencia, el tema de la decisión política y de la dirección política, el tema del equilibrio del poder, es también un problema cultural; hay que apuntar a la generación de condiciones que favorezcan la mayor igualdad de oportunidades en el acceso a las libertades. Porque de nada vale tener un Ministerio Público independiente, si no hay un sociedad que no lo inste a actuar. De nada vale tener todo un arsenal de resortes: Defensoría del Pueblo, comisiones de investigación, Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, y todas las instituciones que ya tenemos y otras que pueden ser agregadas, si la sociedad está sumida en la resignación y cloroformada en aceptar pasivamente la consumación

de los hechos, sin asumir su protagonismo histórico para lograr los cambios que hagan posible una sociedad más equitativa y con goce pleno de derechos.

No es posible, por tanto, realizar una reforma constitucional mediante un procedimiento distinto al establecido en la Constitución. En consecuencia, los procedimientos de reforma o enmienda constitucional que no se desarrollen conforme a las normas constitucionales que los regulan, o que versen sobre asuntos o materias que la Constitución prohíbe, son inconstitucionales y pueden ser controlados por la Jurisdicción Constitucional, en nuestro caso, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El problema de la relación entre rigidez y revisión constitucional, sin embargo, deriva de la situación fronteriza entre el derecho y los hechos, en la cual se mueven. No ha sido infrecuente en América Latina, que a pesar de las previsiones constitucionales, se hayan producido reformas parciales e incluso totales de los textos constitucionales sin seguirse los procedimientos prescritos para las reformas o enmiendas, originándose sin duda, inconstitucionalidades, que luego, por la fuerza de los hechos, han encontrado alguna legitimación política circunstancial.

El problema radica en la duración de la estabilidad constitucional que pueda derivarse de la supuesta legitimación y en el consenso que se haya podido haber obtenido para las reformas.

Reformas impuestas por minorías o por mayorías circunstanciales sin que hayan sido producto de acuerdos, compromisos y consensos, es decir, de verdaderos pactos políticos, generalmente no tienen larga vida y las más de las veces, la vida que tienen termina estando vinculada a la vida política del o de los actores que las impusieron.

BIBLIOGRAFÍA

1. Arteaga Nava, Elisur. Derecho Constitucional. Editorial Oxford University Press. Méjico, 2002.
2. Bidart Campos, Germán J. Manual de la Constitución reformada. Tomos I al III. Ediar. Buenos Aires, 2000.
3. Carbonell, Miguel (compilador). El principio constitucional de igualdad. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Méjico, 2003.
4. Carpizo, Jorge. Estudios Constitucionales. Editorial Porrúa. Méjico, 1996.
5. García Belaunde, Domingo. Constitución y política. 3ra. Edición, revisada y corregida. Lima, 2007.
6. Gordillo, Agustín, El nuevo sistema constitucional de control. Separata Nro. 62 de la Revista Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA.
7. Quiroga Lavié, Humberto. Derecho Constitucional Latinoamericano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Méjico, 1991.
8. Sagués, Néstor. Interpretación constitucional y alquimia interpretativa. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos). Lexis Nexis. Buenos Aires, 2004.
9. Salvadores de Arzuaga, Carlos I. Los controles institucionales en la Constitución reformada. 28/II/96.
10. Scalia, Antonio. A Matter of Interpretation. Princeton: Princeton University Press, 1997.
11. Spota, Alberto Antonio. En el estado de derecho los poderes constituidos son y deben ser limitados. El Derecho, 17/III/97.
12. Boletín informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Año XI, Nro. 116, Legalidad y legitimidad en el Estado de derecho, diciembre, 1995.

13. Revista Lecciones y Ensayos, El poder político y los grupos de fuerza y de presión en la crisis contemporánea de la representación política, Nro. 13, 1959.

EL DEBIDO PROCESO, EL ART. 17 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL SUMARIO ADMINISTRATIVO PREVISTO EN LA LEY 1626 DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Sindulfo Blanco

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DISTINCIÓN ENTRE “PROCESO ADMINISTRATIVO” Y “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”. III. NATURALEZA, FINES Y PRINCIPIOS ESPECIALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. IV. LA “JUDICIALIZACIÓN” DE LA ADMINISTRACIÓN. V. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DEL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. VI. ¿EL SUMARIO ADMINISTRATIVO DE LA LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA SE AJUSTA AL DEBIDO PROCESO O SE ENCUENTRA EN EXCESO “JUDICIALIZADO”? VII. CONCLUSIONES

EL DEBIDO PROCESO, EL ART. 17 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL SUMARIO ADMINISTRATIVO PREVISTO EN LA LEY 1626 DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Prof. Dr. Sindulfo Blanco (*)

I. INTRODUCCIÓN

Se plantea en este trabajo la cuestión relativa a la naturaleza procedimental del sumario administrativo establecido en la Ley 1626/2000 de la Función Pública, en relación con su ajuste a los principios del procedimiento administrativo; interpretados en concordancia con los elementos del debido proceso previstos en el Art. 17 de la Constitución Nacional. En otros términos, nos preguntamos si el sumario administrativo previsto en la Ley de la Función Pública se encuentra o no exageradamente “judicializado” o “burocratizado”, adelantando que de ser positiva la respuesta, estaríamos frente a serios vicios que desnaturalizan los fines propios y particulares del procedimiento administrativo.

Como cuestión previa y a fin de delimitar conceptos, hablaremos sobre las diferencias que acostumbran dar los doctrinarios entre el *proceso administrativo* y el *procedimiento* administrativo. Entretanto se realiza la distinción, también se irá discuriendo sobre las diferencias existentes entre la actividad administrativa y la actividad jurisdiccional o judicial.

Una vez aclarada la cuestión semántica, analizaremos la naturaleza misma del procedimiento administrativo así como sus particulares principios que lo hacen estructural y teleológicamente diferente al proceso judicial. Luego, nos referiremos a la denominada “judicialización” administrativa y delimitaremos los alcances del debido proceso en esa sede. Entendemos que todo este prefacio es necesario

* Se agradece la colaboración para este artículo de la Abogada Pierina Ozuna Wood.

para analizar y calificar en su justa medida el sumario administrativo contenido en la Ley 1626 de la Función Pública.

Queda claro que esta exposición tiene el fin de aportar ideas para el momento de reformulación del artículo constitucional citado -si así fuere el caso- en alguna Convención Nacional Constituyente, así como para la modificación de la Ley 1626/200 en lo pertinente.

II. DISTINCIÓN ENTRE “PROCESO ADMINISTRATIVO” Y “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”

Manuel María Diez distingue el “*proceso administrativo*” del “*procedimiento administrativo*”, entendiendo este último como la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por cuya virtud uno es precedente necesario del que le sigue y este, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Refiere que existe procedimiento en toda actividad (privada o pública) que necesite una consecución de actos. Entre estos debemos mencionar el “administrativo”¹.

Por tanto, -prosigue el citado autor- deben reconocerse diferencias entre las funciones judiciales y las administrativas a consecuencia de la diversa naturaleza de las partes y de la distinta posición y carácter de los órganos: “La Administración, a diferencia del Poder Judicial, no actúa ‘directamente’ para la aplicación de la ley. A aquella le preocupa, en primer lugar y de modo directo, la consecución de fines prácticos del interés general (satisfacer el bien común). Ello se refleja también en el procedimiento administrativo, que es el cauce formal de la función administrativa, donde no siempre el órgano resuelve un conflicto entre un particular y la Administración”.

Concluye, entonces, que en el procedimiento administrativo no hay dos partes y un órgano imparcial que resuelve. En múltiples oportunidades el particular actúa como un verdadero colaborador de la Administración; por ello preferentemente se lo denomina “interesado” y no “parte”. No siempre hay un conflicto entre un particular y la

¹ DIEZ, Manuel María Derecho Procesal Administrativo, Edit. Plus Ultra, Bs. Aires, 1996, págs. 11 y sgtes.

Administración, ya que no siempre se utiliza el procedimiento administrativo como un presupuesto de la impugnación judicial.

En el proceso, en cambio, el juez actúa como un tercero imparcial e independiente. En el caso del procedimiento administrativo es la propia Administración la que resuelve la cuestión que se le plantea, aunque esta sea un conflicto surgido entre un particular y ella. La decisión del órgano administrativo carece de la fuerza de verdad legal o cosa juzgada, de que goza la decisión judicial. Siempre toda decisión administrativa puede ser cuestionada ante un órgano judicial.

La función que se ejercita en el proceso es pues “judicial”; la que se realiza en el procedimiento es “administrativa”. Es importante entender, a los fines de dilucidar nuestro planteamiento inicial, que entre ambos no rigen los mismos principios.

Finalmente, el autor citado reserva la noción de “proceso” para la función judicial y la de “procedimiento” para la administrativa.

Por su parte, Roberto Dromi también distingue los vocablos “procedimiento administrativo” y “proceso administrativo”: “Nosotros mismos, en varios proyectos de leyes, usamos el vocablo ‘proceso’ para indicar *el proceso judicial, el proceso administrativo*, equivalente judicial del proceso civil, comercial, penal, laboral, y reservamos el vocablo procedimiento para referirnos al trámite administrativo previo. La solución idiomática no es satisfactoria, pero como el uso del lenguaje es también un convencionalismo, creemos que esta delimitación de ‘materia y sede’ entre proceso y procedimiento administrativo es conveniente, práctica y útil”².

Aclara, además, que el procedimiento es en rigor respecto de la voluntad administrativa, “lo que el *acueducto al agua*”, el conducto por el que transita la actuación administrativa, y distingue dentro de este dos etapas procedimentales: una primera, *de formación* de la voluntad administrativa; y otra *de fiscalización, control e impugnación*, que comienza cuando concluye la primera... Comprende tanto el

² DROMI, Roberto, El procedimiento administrativo, Ciudad Argentina, Edit. de Ciencia y Cultura, Bs. Aires, 1999, pág. 32.

procedimiento que regula la *formulación* del acto (*constitutivo*) como su cuestionamiento y fiscalización (*impugnativo*)³.

De lo expuesto, valga decir, reservaremos en este trabajo la voz de “proceso administrativo” o “contencioso administrativo” al control judicial de los actos de la administración o a los “juicios” en sí mismos, en tanto que utilizaremos la voz de “procedimiento administrativo”, para los actos o secuencia de actos realizados por la Administración.

Gordillo, con didáctica claridad, refiere que existe un concepto amplio y otro restringido de la voz “proceso”⁴. En el primero, habría proceso en cualquier función estatal y podríamos hablar entonces de proceso judicial, proceso legislativo y proceso administrativo; pero esta aplicación del vocablo no sería conveniente. Razones históricas y políticas le han dado al proceso un concepto más restringido, como secuencia de actos que tienen por fin decidir una controversia entre partes (litigio) por parte de una autoridad imparcial e independiente (juez), con fuerza de verdad legal (autoridad de cosa juzgada).

Concluye el citado autor, sobre la distinción que “la terminología en sí no es fundamental: lo importante es señalar que participando en algo de lo esencial del proceso judicial, -hace relación al procedimiento administrativo- en el sentido de afectar los derechos de un individuo, le son de aplicación los mismos principios y las mismas garantías que están destinadas a la protección formal de esos derechos en el proceso judicial. De allí entonces que rechazar la calificación de ‘proceso’ no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales; ni tampoco dejar de sustentar la aspiración de que el procedimiento administrativo sea objeto de regulación jurídica expresa y formal para la Administración, que encauce su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento”⁵.

³ DROMI, Roberto, op. cit. pág. 31.

⁴ GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Macchi, Bs. Aires, Argentina, 1991 Parte general, Tomo 2, pág. XVII-2.

⁵ GORDILLO, Agustín A., Op. cit. pág. XVII-5.

Extraemos de la transcripción una reflexión clave a los fines de este trabajo: debe darse la aplicación analógica de todos los principios procesales del proceso judicial al procedimiento administrativo, pero siempre y cuando sea *en la medida de lo compatible*.

¿Y cuál será la medida de lo compatible? Solamente se llegará a este resultado si alcanzamos a comprender adecuadamente la naturaleza, fines y principios especiales y particulares del procedimiento administrativo.

III. NATURALEZA, FINES Y PRINCIPIOS ESPECIALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Gordillo define el procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa⁶.

El fin del proceso –con la denominación que hemos adoptado– es dictar una sentencia para decidir una causa. El procedimiento administrativo en cambio puede tener diversos fines: decidir una cuestión, aplicar una sanción disciplinaria, seleccionar a un contratista, nombrar a un profesional, comprar suministros, etc.

Hay que entender que el procedimiento administrativo, con la acepción así aceptada por la doctrina mayoritaria, es decir, como conjunto ordenado de actuaciones desplegadas por la administración (anterior a la sede contencioso administrativa), tiene principios que le son propios y particulares, tales como el de la legalidad, el de la oficialidad, el de la verdad material, el informalismo, la celeridad y la eficacia.

1-Principio de legalidad objetiva: En virtud del cual, el procedimiento tiende a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo, por lo que se explica la existencia del interés público en su sustanciación. De este principio se desprenden,

⁶ GORDILLO, Agustín A., Op. cit. pág. XVII-9

por así decir, el carácter oficioso e instructorio de la administración, y la primacía de la verdad material sobre la formal⁷.

2-Principio de oficialidad: Por el cual la autoridad administrativa tiene una función “inquisitiva” de dirigir e impulsar el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada. El principio inquisitivo o de impulsión de oficio domina en el procedimiento administrativo; en tanto el principio dispositivo o instancia de parte prevalece en el proceso administrativo (judicial). La autoridad administrativa, en virtud de este principio, debe investigar la verdad material y no solo limitarse a la producción de pruebas por las partes interesadas⁸.

De este principio se desprende también que el desistimiento del recurrente no exime a la administración de la obligación de determinar si existe o no la legitimidad aducida y resolver el recurso, y que incluso el fallecimiento del recurrente no varía tal conclusión⁹.

Al comentar el carácter oficioso del procedimiento, Agustín Gordillo refiere que su impulsión queda en manos de la administración porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo, y el propio interés administrativo: de allí que la inacción del administrado no puede determinar normalmente la paralización del procedimiento. Por eso el citado autor desaconseja la “creación legislativa” de una caducidad o perención de instancia¹⁰, manifestando que estas nociones son “incompatibles” con el principio de impulsión de oficio.

3-Principio de la verdad material: Se da por oposición al principio de la verdad formal, que campea en los procesos judiciales de tipo civilista. Mientras que el proceso civil se mueve con la actividad desplegada por las partes y el juez debe juzgar según las pruebas aportadas por ellas, en el procedimiento administrativo el juez instructor

⁷ GORDILLO, Op. cit. Pág. XVII-12

⁸ DROMI, Roberto, Op. cit, pág. 77.

⁹ GORDILLO, Op. cit., pág. XVII-12.

¹⁰ GORDILLO, Op. cit. pág. XVII-16.

debe resolver según el principio de verdad material o real; por ejemplo, puede utilizar pruebas que no han sido producidas por las partes como ser hechos de público conocimiento, o que estén en expedientes paralelos que la administración conozca de su existencia y pueda verificarlos¹¹.

4-Principio de informalismo procesal: En virtud del cual – a decir de Roberto Dromi- el procedimiento administrativo es elástico y flexible, y otorga una mirada benéfica hacia las partes que no están así “atadas” al rigorismo procesal que predomina en sede judicial. Es muy importante aclarar que este principio es pro-administrado, es decir, que el procedimiento es informal solo para el particular, quien es el único que puede invocar este principio a su favor; no así la Administración. Como ejemplo, una calificación errónea de las pretensiones puede ser corregida; hasta los recursos pueden ser calificados erróneamente por las partes y deben ser interpretados no de acuerdo a la letra de los escritos sino conforme a la intención del recurrente. Otro ejemplo es que la equivocación del destinatario del recurso no debería afectar su procedencia¹².

5-Principios de celeridad, eficacia y sencillez: Para Escola, los procedimientos deben ser rápidos, de modo que en el tiempo más breve posible se llegue a una resolución fundada, que ponga término al caso suscitado¹³. Refiere que esta celeridad interesa a la Administración Pública, que con una pronta decisión puede actuar inmediatamente, cumpliendo su cometido, y que también interesa a los administrados, para quienes una decisión lenta podría aparejar la desaparición de sus derechos e intereses. Los procedimientos administrativos deben ser simples, sencillos y directos, omitiendo todo recargo o burocratización en las actuaciones en sede administrativa.

Pero entendemos que la celeridad sin eficacia tampoco es buena para el actuar administrativo. El hecho de que un sumario concluya en forma rápida pero sin que la administración logre el resultado buscado (por ejemplo, alcanzar la verdad material del caso) a nadie resulta útil.

¹¹ GORDILLO, Op. cit. pág. XVII-22.

¹² DROMI, Roberto, op. cit. págs. 78 y sgtes.

¹³ ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Ediciones Depalma, Bs. Aires, Argentina, 2da. Edición actualizada, 1981, pág. 129.

Debemos decir aquí que nos hemos limitado a citar solamente los principios considerados relevantes a los efectos propuestos, ya que existen otros cuya comprensión adecuada resulta también fundamental para entender la especificidad del procedimiento administrativo.

“Esos principios generales del procedimiento administrativo son los que le otorgan su especial individualidad y contribuyen a diferenciarlo del procedimiento judicial, con el que no puede ser confundido ni por su estructura y dinámica, ni por la finalidad inmediata que cada uno de ellos trata de posibilitar que se alcance”¹⁴.

De estos principios extraemos las diferencias más notorias entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, como es el de la oficialidad propia del primero frente a la impulsión de partes del segundo. Además, en el proceso judicial el juez es independiente, actúa en forma libre, sin ningún tipo de sumisión a un superior jerárquico. En el procedimiento administrativo, en cambio, el juzgador no tiene la nota de independencia, ya que los órganos administrativos actúan ligados por una relación de subordinación. No solo actúan en relación de subordinación, sino que tampoco mantienen una posición equidistante de las partes interesadas, al no existir contienda litigiosa, sino una acción administrativa tendiente a ejecutar finalidades también administrativas¹⁵.

Refiere Escola que se deben tener en cuenta estas notables diferencias entre una y otra función para no caer en errores como lamentablemente se dan en forma frecuente, al pretender ante la ausencia o insuficiencia de normas propias del procedimiento administrativo, recurrir a las propias del proceso judicial: “Ese trasplante automático del procedimiento judicial al proceso administrativo debe ser, en principio, desechado, y la aplicación de las normas procesales judiciales a la esfera del proceso administrativo solo debe llevarse a cabo una vez que se haya determinado que tal asimilación es procedente, por tratarse de normas que no están en contradicción con las particularidades y exigencias del proceso administrativo”¹⁶.

¹⁴ ESCOLA, Op. cit., pág. 124.

¹⁵ ESCOLA, Op. cit. pág. 13.

¹⁶ ESCOLA, Op. cit., pág. 14.

IV. LA “JUDICIALIZACIÓN” DE LA ADMINISTRACIÓN

Llamamos judicialización de la administración a la importación innecesaria de institutos procesales propios de contiendas judiciales, al procedimiento administrativo. En otros términos, al trasplante recargado e irracional de normas inherentes al proceso judicial, a un procedimiento tan particular como el que se da en sede administrativa, con la consiguiente desnaturalización de este último.

Al respecto, el Prof. Salvador Villagra Maffiodo refiere que “aún cuando la ley reglamentaria no puede llegar a suprimir un derecho constitucional a título de reglamentación, sí puede hacerlo con los recursos administrativos, por la sencilla razón de que subsiste el contencioso administrativo, de modo que no se habría eliminado el derecho a la defensa que tiene su verdadera garantía en este último recurso. Es este recurso el que no puede ser suprimido, por estar específicamente prescrito en los Arts. 248 y 265 de la Constitución”¹⁷.

El ilustre maestro sostiene que la razón de ser de los recursos administrativos consiste en dar a los particulares la oportunidad de obtener a la mayor brevedad la satisfacción de sus derechos y a la Administración, la de enmendar sus propios errores. Pero si esos mismos recursos llegan a constituir una traba para acceder a los tribunales y un recargo inútil para la Administración, de tareas cuasi-judiciales que no le son propias, no hay ningún impedimento de orden constitucional para que la ley los suprima o los deje a opción de los particulares, manteniendo expedita la vía contencioso-administrativa. Esta es, en efecto, la llamada “judicialización de la administración”. Muchas veces el procedimiento administrativo, lejos de ser una vía previa y rápida para la judicial, se convierte en un obstáculo para la investigación y la realización del debido proceso.

“En la instancia administrativa, como ya lo hemos dicho, faltan las condiciones o cualidades para una verdadera justicia: un juez independiente, no sometido a instrucciones y órdenes de superiores, un

¹⁷ VILLAGRA MAFFIODO, Salvador, Principios de Derecho Administrativo, Revisión y actualización normativa de Javier Parquet Villagra, Servilibro, Asunción, 2007, págs. 398 y sgtes.

procedimiento que haga posible la más amplia defensa, y la consecuencia de hacer cosa juzgada la resolución”. Según nuestra Constitución, solo el Poder Judicial puede conocer y decidir en los actos de carácter contencioso. “Hay que haber trajinado por las oficinas administrativas para convencerse de que los recursos puramente administrativos no bastan para la protección de los derechos de los particulares. Aun las mejores autoridades, justamente por ser las mejores, tienen en cuenta los intereses de la Administración antes que los de los particulares y no están entrenados ni cuentan con el tiempo ni el ambiente propicio para hacer de jueces”.

Roberto Dromi ha dedicado insignes páginas sobre el tema de la judicialización de la administración: “El procedimiento administrativo es y debe ser una herramienta pro consagración del Estado Social de Derecho, sin necesidad de estar sometido a los límites del rigorismo jurisdiccional”. Para este autor la “juridización” es admisible, en el sentido de incremento de la regulación jurídica racional del procedimiento, que en el pasado eran informales o discrecionales. Pero es reprochable la “procesalización” de la Administración Pública, por la que se toma al proceso como modelo extensible a los ámbitos de la materia administrativa y de manera particular en lo que respecta a los recursos¹⁸.

V. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DEL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El Art. 17 de la Constitución Nacional enumera los derechos básicos de toda persona que sea sometida a algún proceso penal o a cualquier otro del que pueda derivarse una sanción. Entre ellas, la presunción de inocencia, el juicio fundado en una ley anterior al hecho, el derecho al juez natural, etc.

Revisadas las sesiones plenarias de la Convención Nacional Constituyente, vemos que los constituyentes se referían para la redacción del artículo en cuestión más bien al proceso penal y no a otro tipo de procesos. No obstante, consideramos normal y lógico que el debido proceso se aplique también a la esfera administrativa, pero respetando su

¹⁸ DROMI, Roberto, Op. cit., pág. 38.

naturaleza propia o como habíamos dicho líneas arriba “en la medida de lo compatible”. Entendemos que institutos propios del proceso penal o de cualquier otro jurisdiccional, no deberían ser transvasados en forma automática al procedimiento administrativo, es decir, debe respetarse en todo momento su especificidad y fines particulares.

Así las cosas, es innegable que el procedimiento administrativo puede derivar en una sanción, como sería, en el caso de la Ley de la Función Pública, una de tipo disciplinario (apercibimiento, multa, suspensión, destitución, etc.), cumpliéndose así el presupuesto fáctico de la norma constitucional precitada, con lo que el debido proceso debe ser aplicado, sin lugar a dudas, también a la materia administrativa.

En general, los derechos básicos que en doctrina y jurisprudencia se reconocen al administrado involucrado en un procedimiento administrativo son:

- a. El derecho a ser oído;
- b. El derecho a ofrecer y producir pruebas;
- c. El derecho a una decisión fundada (motivación de la resolución);
- d. Posibilidad de ser representado por un profesional;
- e. Derecho a recurrir la decisión dictada por el órgano administrativo.

VI. ¿EL SUMARIO ADMINISTRATIVO DE LA LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA SE AJUSTA AL DEBIDO PROCESO O SE ENCUENTRA EN EXCESO “JUDICIALIZADO”?

A continuación analizaremos algunas normas del sumario administrativo de la Ley 1626:

-Una derivación del “debido proceso” es el derecho al Juez Natural:

“De forma concreta, este derecho, también conocido como ‘derecho al juez natural’, pretende garantizar que la persona encargada de juzgar al investigado, sea imparcial e independiente. Sin embargo, cuando es la Administración la que debe ejercer su potestad sancionadora, dicho principio puede resultar lesionado. Por ejemplo, la selección que generalmente se hace de los miembros del Órgano Director puede, eventualmente, obedecer a una decisión premeditada de un jerarca, quien con el fin de garantizar una sanción, delega la instrucción del procedimiento en personas sobre las cuales eventualmente podría ejercer algún tipo de influencia. Contar con una planilla fija de personas que asuman dicha función, a quienes se les asignen los casos según un rol de trabajo, debe ser uno de los objetivos de la Administración, para garantizar el principio del juez natural”¹⁹.

En esta búsqueda del juez natural el Art. 100 de la Ley 1626 organiza un registro de abogados integrantes del plantel de funcionarios públicos a fin de designar por sorteo, de esta lista, los jueces instructores para la conducción de los sumarios administrativos.

Encontramos en esta disposición una tremenda contradicción. El Juez Instructor del sumario administrativo es simplemente la persona encargada de recolectar evidencias y documentos apuntando a obtener la verdad material del caso. Su función culmina al elevar su parecer —en forma de resolución fundada— sobre la culpabilidad o inocencia del investigado, quedando a cargo de la máxima autoridad del organismo o entidad respectiva, la aplicación de la sanción que corresponda (Art. 77, Ley 1626). Entonces, ¿quién es en definitiva la persona que resuelve el caso? ¿El Juez instructor o la máxima autoridad del ente?

Suponiendo que este juez instructor sea el que en definitiva resuelva el caso, se busca quizás a través del registro de abogados previsto en la Ley de la Función Pública la percepción de una persona más independiente que el asesor jurídico de la entidad o que la de algún otro subordinado. Pero como contracara, tratando de favorecer al principio del juez natural, se está menoscabando el de celeridad,

¹⁹ VARGAS LÓPEZ, Karen, Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador. Monografía publicada en <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica14/art4.pdf>.

economía y eficacia analizados líneas más arriba, ya que como ha sucedido, mientras que el juez sorteado procura la obtención de su viático, en caso de que deba trasladarse para producir pruebas o llevar a cabo audiencias – viático que nadie sabe a ciencia cierta quién debe abonarlos- posiblemente ya transcurrieron o están por vencer los 60 días hábiles de duración del sumario.

-El citado Art. 100, segunda parte, de la Ley 1626 dispone cuanto sigue: “Procederá la recusación contra el juez sumariante por las causales enunciadas en el Código Procesal Civil. La misma será resuelta por el Secretario de la Función Pública. *En ningún caso el proceso estará a cargo de un juez sumariante en relación de dependencia con el superior jerárquico que ordenó el sumario administrativo*”.

La norma citada viabiliza la recusación contra la persona –Juez Instructor- que en definitiva, como hemos visto, no es la que resuelve el caso, al ser la máxima autoridad del ente la encargada de aplicar la sanción. Va también a contrapelo de la naturaleza misma del procedimiento administrativo, ya que es normal en este estadio que la autoridad administrativa sea juez y parte, por lo que no puede pedírsele la misma objetividad que la que se le reclama a un magistrado judicial.

En toda actuación administrativa existirá siempre el predominio del interés general sobre el particular. Entonces es lógico suponer que no pueda existir una imparcialidad a rajatabla como la entendida en sede judicial; por tanto el trasplante del instituto de la recusación a la sede administrativa carece de la lógica más mínima.

Por tanto, la “búsqueda del juez natural” en sede administrativa y conforme al debido proceso, no debe ser entendida, en modo alguno, como la búsqueda de un “tercero imparcial” porque ello va en contra de la naturaleza propia de la actividad administrativa. El art. 17 de la Constitución Nacional requiere que el juicio no sea realizado por Tribunales especiales, sin que prive a la autoridad administrativa de la posibilidad de juzgar de acuerdo con criterios de oportunidad las cuestiones que se le planteen, por una jurisdicción preestablecida. El debido proceso, de tal modo, se preserva a través de la posibilidad del control jurisdiccional de la actividad administrativa.

-Por otro lado, la disposición del Art. 76 de la Ley de la Función Pública, de que el sumario concluirá a los sesenta días hábiles de su inicio, solamente ha acarreado hasta el momento terribles casos de impunidad, precisamente por la interpretación distorsionada a la que aludimos y la errónea aplicación de normas e institutos procesales propios de la sede jurisdiccional. Esta situación conspira gravemente contra el principio de búsqueda de la verdad material del caso, privilegiando solamente la celeridad por la celeridad misma. Ya hemos dicho que a nadie beneficia la celeridad sin eficacia.

Por lo demás, si el Juez Instructor es poco “diligente” y por ende, no culmina el sumario, la norma citada determina la declaración de inocencia del inculcado, y como lógica consecuencia de ello tenemos que quien manda en la Institución no es el Jefe Superior Jerárquico sino el Juez Instructor, grave contradicción legal.

-Otra consecuencia necesaria de lo expuesto hasta aquí es que lo dispuesto en el Art. 17 de la Constitución Nacional no afecta o no se contradice en nada con el procedimiento administrativo, en los términos comúnmente entendidos por la clase jurídica del país, porque, como bien señalaba el siempre bien recordado Prof. Dr. Salvador Villagra Maffiodo, la justicia administrativa no es “cualificada”, en tanto que la judicial, lo es. Muy por el contrario, la falta de afinamiento de la interpretación en sede administrativa y la manipulación de dicha norma constitucional genera los problemas a los cuales hemos intentado referirnos en estas líneas.

VII. CONCLUSIONES

Podemos concluir que los derechos procesales consagrados en el Art. 17 de la Constitución Nacional pueden y deben ser aplicados al procedimiento administrativo conforme con el principio hermenéutico fundamental de adecuación, esto es, en una medida que resulte ajustada a este tipo particular de procedimiento, que posee particularidades y finalidades propias; lo que debe llevar, primordialmente, a evitar el abuso o la judicialización o el recargo de institutos procesales-judiciales que son ajenos al actuar administrativo. La finalidad principal del procedimiento administrativo y el derecho procesal que allí debe ser salvaguardado de modo inmediato, se concentra en la recolección de

pruebas para su evaluación en sede administrativa y posterior control eventual en sede jurisdiccional.

A mayor abundamiento, y en atención a que la función del procedimiento administrativo simplemente es la de recolectar rápidamente –en función del Principio de Eficacia- los elementos de juicio primarios que permitan al Jerarca asumir prontamente una determinación positiva o negativa; es en el desarrollo de esta actividad que deberá permitirse al sumariado el control de las pruebas realizadas y su derecho a impugnarlas, en concordancia con las disposiciones constitucionales y en fin a armonizar dichos preceptos con los principios claves del procedimiento administrativo, que no puede verse “judicializado” en extremo so pena de perder los caracteres que le son propios y que informan indefectiblemente la actuación de la Administración, la cual, insistimos, no tiene y no puede tener carácter jurisdiccional.

Es la producción de las pruebas de cargo y descargo la que debe tener actividad de control e impugnación de la parte afectada, a los efectos de su adquisición definitiva a las constancias sumariales, puesto que el juicio sobre el mérito de las mismas corresponde a una etapa posterior en la cual la actividad jurisdiccional podrá desplegarse *a posteriori*, mediante la intervención eventual del Tribunal de Cuentas. Allí se ven salvaguardados los derechos de índole procesal, puesto que solamente en dicha ocasión se advierte un proceso con decisión de tercero imparcial, que juzga la actividad administrativa. Dicha actividad administrativa, pre jurisdiccional, debe permitir primariamente al sumariado el control de las pruebas recolectadas, aspecto que concentra la función principal del sumariante y en el cual este agota su actividad.

Por estas razones, la interpretación predominante en torno a las normativas que regulan el sumario previsto en la Ley de la Función Pública, hacen que dicho instituto se torne excesivamente judicializado y burocratizado, con lo que el mismo, amén de verse desnaturalizado, ve implantados en su seno institutos que le son impropios y que además resultan incompatibles con la principal función del mismo; adelantando cuestiones de control jurisdiccional que en la etapa sumarial deben enfocarse únicamente en la actividad de control probatorio por parte del sumariado, conjuntamente con el derecho a ser oído antes de la adopción

de la decisión que recaiga. Naturalmente, estas desviaciones hacen que se configure un procedimiento sumarial deficiente, burocrático e ineficaz, que en muchos casos es fuente de impunidad de aquellos funcionarios deshonestos que obtienen la liberación de toda sanción mediante chicanerías e incidentes, por el mero transcurso del tiempo.

Reencauzar este tipo de procedimiento es una necesidad imperiosa no solo de los operadores del derecho que transitan en sede administrativa, sino de todos los usuarios de justicia que se verán beneficiados con una Administración Pública más eficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- DIEZ, Manuel María; Derecho Procesal Administrativo, Edit. Plus Ultra, Bs. Aires, 1996.
- DROMI, Roberto; El procedimiento administrativo, Ciudad Argentina, Edit. de Ciencia y Cultura, Bs. Aires, 1999.
- ESCOLA, Héctor Jorge; Tratado General de Procedimiento Administrativo, Ediciones Depalma, Bs. Aires, Argentina, 2da. Edición actualizada, 1981.
- GORDILLO, Agustín A.; Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Macchi, Bs. Aires, Argentina, 1991, Parte general, Tomo 2.
- VARGAS LÓPEZ, Karen, Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador. Monografía publicada en <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica14/art4.pdf>.
- VILLAGRA MAFFIODO, Salvador; Principios de Derecho Administrativo, Revisión y actualización normativa de Javier Parquet Villagra, Servilibro, Asunción, 2007.

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, NO LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. ENMIENDA Y REFORMA. GENERALIDADES. NECESIDAD, CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD DEL PROYECTO

Rodrigo Campos Cervera

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EXIGENCIAS BÁSICAS OMITIDAS DEBIDO A LA ERRÓNEA DENOMINACIÓN EN LA TAPA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL. 3. LA OTRA FORMA DE ESTADO. EL ESTADO UNITARIO DEL PARAGUAY. 4. IMPERATIVA EXIGENCIA DE ENMENDAR EL INSÓLITO ERROR. 5. UNA OBSERVACIÓN OPORTUNA CON CARÁCTER DE DIGRESIÓN. 6. PROCEDIMIENTOS PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN EN LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS Y EN LA VIGENTE. 7. DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA VIGENTE. 8. DE LOS LÍMITES Y DE LA POTESTAD DE LA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 9. DE LA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE. 10. GENERALIDADES SOBRE LA NECESIDAD DE MODIFICAR LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA VIGENTE. 11. LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1967 Y LA ENMIENDA DE 1977 QUE ESTABLECIÓ EL VITALICIADO. 12. LA INAMOVILIDAD, REQUISITO PROPIO DE LA INDEPENDENCIA DEL ÓRGANO JUDICIAL QUE GARANTIZA LA NO SUBORDINACIÓN DE JUECES A LOS ÓRGANOS QUE LOS PROPONEN Y QUE LOS DESIGNAN. 13. POSIBILIDAD DE EJERCER SOBRE LOS JUECES MANIOBRAS DE SEDUCCIÓN O

EXTORSIÓN SEGÚN REFLEXIONES DEL IUSFILOSOFO R. GUIBOURG. 14. TENDENCIA A ELEGIR JUECES COMPLACIENTES POR LOS DESIGNANTES, DEL MISMO PENSADOR. 15. LA ELECCIÓN Y CONFIRMACIÓN DE MAGISTRADOS EN EL PARAGUAY NO ES UN PROBLEMA DE DERECHO, SINO UNA CUESTIÓN POLÍTICA Y DE PODER (EDI. ABC COLOR 11/02/09). 16. LOS CONSTITUYENTES DE 1991-1992. 17. NECESIDAD DE LA REFORMA. 18. CONDICIONES NECESARIAS PARA LA REFORMA. 19. CONVENIENCIA PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. 20. CÓMO Y POR QUÉ UNA CONCERTACIÓN PREVIA A LA CONSTITUYENTE. 21. ¿CUÁNDO REALIZAR LA CONSTITUYENTE?. 22. ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA QUE REQUIEREN URGENTE MODIFICACIÓN POR LA VÍA DE LA ENMIENDA. 23. ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA QUE PUEDEN SER OBJETO DE TRATAMIENTO, VÍA ENMIENDA SEGÚN NUESTRO CRITERIO PERSONAL. (ARTS. 216 Y 261). 24. ARTÍCULO 216 «DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN». 25. DE LA INAMOVILIDAD O NO DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (ART. 261). 26. ARGUMENTOS Y POSICIONES ASUMIDAS POR CADA UNA DE LAS PARTES EN CONTROVERSIA SOBRE LOS CITADOS ARTÍCULOS. 27. CONSIDERACIONES FINALES. 28. REFLEXIÓN FINAL

**LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL
PARAGUAY, NO LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.
ENMIENDA Y REFORMA. GENERALIDADES.
NECESIDAD, CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD
DEL PROYECTO**

Rodrigo Campos Cervera

1. INTRODUCCIÓN

Escribir una monografía sobre los dos procedimientos habilitados para modificar la Constitución vigente en el Paraguay exige referirse, con carácter de previo y especial pronunciamiento, a la denominación dada a nuestra ley suprema, y manifestar nuestro total desacuerdo con el rótulo de Constitución Nacional asignado en tapa, sin ton ni son.

Esta opinión proviene de las observaciones objetivas y reflexivas que formulamos en su oportunidad, sin otro interés que mostrar —como lo dijimos en entregas periodísticas publicadas muchos años atrás— que dicho título se tomó sin consulta ni debate alguno en la Comisión Redactora ni en las sesiones de la plenaria.

Grave despropósito el mencionado, atendiendo a las correctas denominaciones que recibieron, en su momento, todas las constituciones históricas del Paraguay, y a un elemental principio de Derecho Político de carácter universal, que guarda directa relación con el Derecho Constitucional.

En efecto: poco después de concluir la Convención Nacional Constituyente de 1992 y luego de salir a la luz el texto oficial con el rótulo de Constitución Nacional, preguntamos, extrañados, al Convencional Prof. Dr. Óscar Paciello, Presidente de la Comisión Redactora, cuándo y quiénes intervinieron en el uso de dicha

denominación en la tapa de cada uno de los ejemplares oficiales distribuidos¹.

Su contestación literal fue la siguiente: «Nunca tratamos el título de tapa, ni en la Comisión Redactora ni en la Plenaria de la Convención, porque su nombre correcto es obvio, también para mí fue una sorpresa el rótulo adoptado en tapa de las ediciones oficiales». Le contestamos que nos ocurrió lo mismo, porque en ambos cónclaves participamos permanentemente y jamás se trató ese punto, tan importante por sus derivaciones (sic).

2. EXIGENCIAS BÁSICAS OMITIDAS DEBIDO A LA ERRÓNEA DENOMINACIÓN EN LA TAPA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

Nuestro criterio sobre el título utilizado proviene, repetimos, de un análisis objetivo que permite apreciar la equivocación, sin interés personal alguno, salvo, como ya se dijo, el de dar cuenta del error en que se incurrió por desconocimiento de principios básicos de Derecho Político y de los antecedentes constitucionales paraguayos.

Una noción elemental de Derecho Político, referida a la forma de Estado en cuanto a su elemento físico o territorial, enseña, según todos los tratadistas, aunque solo citamos aquí a Posadas, mencionado por Bidart Campos², que *la manera según la cual funciona la actividad del Estado y al funcionar se concreta en una organización y una estructura, según el poder estatal se ejerza en relación con la base física en que asienta el estado pueden dividirse en unitario y federales.*

La forma de Estado federal admite organizarse en estados, departamentos o provincias según la denominación que reciba el ámbito federal territorial en que se divide el país. Cada una de ellas tiene organización, estructura y autonomía, que les permite contar con constituciones y órganos gubernamentales propios, los cuales están subordinados a una constitución central superior llamada, usualmente,

¹ Constitución Nacional de la República del Paraguay. 3.ª edición oficial. Junio de 1992.

² BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ: Derecho Político. Argentina: Aguilar Argentina, 1972, 2.ª edición, 373 pp.

Constitución federal del país correspondiente, con la única excepción de la Constitución Argentina de 1853 y las sucesivas o derivadas que mantienen la denominación de Constitución Nacional.

Se puede decir entonces que la única excepción a la regla general en países federales se da con la Constitución de la nación hermana y sus derivadas, aun cuando es menester reconocer que varios constitucionalistas argentinos dicen en sus obras como corresponde Constitución de la República Argentina o Constitución de la Nación Argentina.

Una anécdota significativa sobre el particular: el eminente constitucionalista Germán Bidart Campos, durante una entrevista con la que nos honró en una oportunidad en la Argentina, comentó que, varias décadas atrás, un casual visitante extranjero a su país incoó una acción de inconstitucionalidad porque se le había aplicado una gravosa sanción tributaria, y planteó la no vigencia o aplicación de la Constitución Nacional, pues, a su criterio, solo podía aplicarse a los nacionales y no a los extranjeros. Obviamente, el absurdo planteamiento fue rechazado, pero una equívoca denominación puede conducir a cuestionamientos como el mencionado.

3. LA OTRA FORMA DE ESTADO. EL ESTADO UNITARIO DEL PARAGUAY

Se organiza en una sola estructura constitucional superior, **que impone la existencia de una única constitución**, a la que se denomina, unánime y universalmente, en todos los Estados unitarios, Constitución de la República del país correspondiente, salvo la Constitución vigente en el Paraguay, que recibió el insólito nombre en tapa de Constitución Nacional.

Agrede aún más el malogrado rótulo adoptado, porque todos los precedentes constitucionales de nuestro país, a partir de la Constitución formal originaria de 1870, la Carta Política de 1940 y la Constitución de

1967, se denominan, correctamente, Constitución de la República del Paraguay³.

En conclusión, la Constitución vigente de 1992, con el título de tapa Constitución Nacional, no solo se aparta de un principio elemental contenido en la ciencia política, o en el Derecho Político, como se lo llama todavía en muchas de las facultades de derecho, sino arroja al canasto la correcta denominación recibida en cada una de las constituciones históricas de nuestro país.

Conviene también dejar en claro que en ninguno de los países de América, ni en los que integran la Unión Europea, con las dos lamentables excepciones mencionadas —la federal Argentina de 1853 y la unitaria del Paraguay de 1992— se utiliza la denominación equívoca de Constitución Nacional.

Gracias al Digesto de la Biblioteca del «Centro de Estudios Constitucionales», que nos lo proporcionó su consejero Dr. Daniel Mendonça⁴, citamos el nombre y la fecha de promulgación de la Constitución de cada uno de los países de Iberoamérica, sean ellos Estados federales o unitarios: «CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA» (1994), «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE 1967» (Bolivia), «CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL» (1988), «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA» (1996), «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA» (1997), «CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA» (1992), «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE» (1997), «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR» (1998), «CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR» (1996), «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA» (1994), «CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS» (1995), «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS» (1998), «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA

³ MENDONÇA, JUAN CARLOS: Constitución de la República del Paraguay y sus antecedentes. Asunción: Emasa, 1971, 1.ª edición, 408 pp.

⁴ Bajo esa denominación aparece publicada en 1994: AGUIAR, LUIS y LUIS LÓPEZ GUERRA: Las Constituciones de Iberoamérica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, 1171 pp.

REPÚBLICA DE NICARAGUA» (1995), «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ» (1994), «CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY» (1992) (así se la denomina en la versión original firmada por la Mesa Directiva de la Constituyente, antes de la impresión oficial) «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ» (1993), «CONSTITUCIÓN DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO» (1952), «CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA» (1966), «CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY» (1996) y «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA» (1993)⁵.

Como pudo verse, ninguna de las leyes supremas de América, tanto bajo la forma de Estado federal o unitario, lleva la denominación de Constitución Nacional, salvo, repetimos, **la Argentina de 1853 y sus derivadas y la tapa de la Constitución Paraguaya vigente**.

A nuestro juicio, es título equívoco, porque si bien su redacción está a cargo exclusivo de los nacionales, su aplicación y vigencia se impone a todos los que habitan en el territorio paraguayo, nacionales, extranjeros, incluso a los meros transeúntes de otras nacionalidades que circunstancialmente llegan a él.

Reconocemos que el título de Constitución Nacional lo utilizan, en forma casi unánime, juristas, magistrados, abogados, autoridades, políticos, legisladores, periodistas, profesores, estudiantes y la población en general. Para entender el porqué de esa contumacia sobre el particular, preguntamos a algunos amigos conocedores del tema el motivo del empleo del título equivocado, que no se compadece con las acertadas denominaciones históricas.

La respuesta de algunos de ellos fue que no es fácil sustraerse a la inercia de la denominación incorrecta establecida y empleada en la tapa de los ejemplares oficiales, sumado a ella el respeto —a nuestro criterio inmerecido y equivocado— al título de tapa de la Constitución vigente.

⁵ La actual es denominada «Constitución de la República Bolivariana de Venezuela» (1999).

Conviene recordar a dos eminentes catedráticos de reconocida solvencia ética e intelectual, los doctores Antonio Tellechea Solís y Luis Lezcano Claude, quienes la denominaron correctamente en su obra editada por *La Ley Paraguaya* que figura en la portada del libro «Constitución de la República del Paraguay»⁶, aparecido poco tiempo después de promulgarse la de 1992.

Hoy, muchos autores paraguayos que se ocupan de temas constitucionales, eliminan el equívoco y mal logrado nombre de Constitución Nacional y usan el único válido de Constitución de la República del Paraguay o, simplemente, Constitución.

Lo que resulta difícil excusar es la supina ignorancia del autor o autores que la bautizaron con el erróneo título de Constitución Nacional, desconociendo, recalcamos, no solo un elemental principio de Derecho Político, sino las correctas denominaciones empleadas en todas y cada una de las Constituciones históricas del Paraguay.

4. IMPERATIVA EXIGENCIA DE ENMENDAR EL INSÓLITO ERROR

No podemos olvidar el comentario mordaz de un eminente profesor de Derecho Público, senador y colega vicepresidente del Parlamento Latinoamericano, quien, en una reunión de los miembros de la Junta Directiva de la institución, nos preguntó: *¿Acaso el Paraguay cambió su forma de estado tradicional?*

Captamos la sorna y respondimos que fue un mero error de tipografía, advertido tardíamente, pero que se mantiene la denominación por respeto a la edición oficial (sic). La sonrisa final del colega denotó que la fragilidad de nuestra explicación no le satisfizo.

Concluimos esta observación inicial, que la consideramos fundamental manifestarla por la gravedad que reviste la denominación dada a la Constitución de 1992, con la opinión del célebre jurista británico Sir Kenneth Wheare, ex vicescanciller de la Universidad de

⁶ LEZCANO CLAUDE, LUIS y TELLECHEA SOLÍS, ANTONIO: Constitución de la República del Paraguay. Asunción: La Ley Paraguaya, 1995, 2.^a edición, 371 pp.

Oxford y eminente especialista en Derecho Constitucional Comparado, quien, al preguntarse en su libro «Las Constituciones Modernas», Capítulo 1, ¿Qué es una Constitución?⁷, expresa: [...] *la palabra Constitución [...] no actúa separadamente sino que forma parte del sistema de gobierno o estructura constitucional del país.*

Recogemos también la opinión sobre el mismo tema del profesor doctor Dominique Rousseau⁸ emitida en la conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UCA y en el Colegio de Abogados del Paraguay, quien, al referirse a la palabra Constitución, dijo: *¿Qué es una Constitución? Una Constitución es un texto jurídico que tiene por ambición dar una forma, dar una identidad a la sociedad que ella organiza. Si ustedes leen una Constitución, encuentran siempre la divisa del país.*

Nada más debe agregarse para destacar la total incoherencia de la denominación que aparece en la tapa del texto de la Constitución de 1992, por lamentable desconocimiento del autor o autores, al darle el nombre de Constitución Nacional a la de nuestro país, que es un Estado unitario; y agregamos que se habría mantenido incólume la denominación de Constitución de la República del Paraguay, aun si el Paraguay hubiese tenido la forma de Estado federal.

Esperamos que alguna vez quienes la denominan erróneamente comprendan y rectifiquen el equívoco nombre en ediciones oficiales futuras y quienes la invoquen utilicen la denominación que corresponde.

5. UNA OBSERVACIÓN OPORTUNA CON CARÁCTER DE DIGRESIÓN

Sobre el punto: como se dice habitualmente «abrir el paraguas», con motivo de tratar ciertos temas del contenido de esta monografía, que podrían interpretarse o concluirse que nuestro interés es demostrar

⁷ CLINTON WHEARE, SIR KENNETH: Las Constituciones modernas. Argentina: Labor, 1971, p.9.

Sir Kenneth Clinton Wheare fue un académico australiano que hizo la mayor parte de su carrera docente en la Universidad de Oxford, Inglaterra. Era un experto en la historia de las constituciones del Commonwealth Británico.

⁸ ROUSSEAU, DOMINIQUE: ¿Reformar la Constitución para cambiar la sociedad?

conocimientos académicos innecesarios, favorecer o perjudicar a quienes puedan beneficiarse o molestarse por las opiniones que emitimos sobre algunos de los temas que trataremos en este trabajo, sostenemos, con carácter apodóctico, que todas nuestras opiniones, las emitidas antes y las de ahora también, expresan lo que consideramos válido por los fundamentos expuestos, sin pretender que sean tenidas como acertadas, y las reconoceremos como equivocadas si se nos demuestra, fundada y racionalmente, lo contrario, porque jamás nos animó el propósito de obtener ventajas del orden que fueren, salvo el riquísimo premio que nos otorgamos en este tiempo ya muy largo de la transición, de expresar con toda libertad nuestros pensamientos, acertados o no, que en épocas pretéritas nos «premiaron” con muchas prisiones, expulsión de la Facultad de Derecho por un año y un destierro de seis años.

6. PROCEDIMIENTOS PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN EN LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS Y EN LA VIGENTE

6. La Constitución formal de la República del Paraguay de 1870

6.1. Procedimiento

En la Constitución de 1870, sus artículos 122 al 125 establecen lo atinente a su reforma total o parcial, que podía darse a partir de los cinco años de su promulgación. Se la mantuvo sin modificación alguna durante 70 años, no obstante haber gobernado durante su vigencia dos partidos tradicionalmente adversarios, que se desplazaban del poder por la fuerza, incluso dentro de su organización interna las fracciones antagónicas pugnaban entre sí, muchas veces hasta con violencia y pérdida de vidas humanas.

La reforma debía ser declarada por una mayoría calificada del Congreso, luego se elegían los convencionales, ciudadanos naturales de 25 años de edad, que tenían la atribución de modificar la Constitución solo en los puntos señalados por el órgano legislativo, siempre que la reforma no haya sido declarada necesaria en su totalidad, también por el parlamento.

6.2. La Constitución de la República del Paraguay de 1940 (Carta Política de 1940 es la denominación que realmente le corresponde)

6.2.1. Procedimiento

La Carta Política de 1940, en su artículo 94, establecía la posibilidad de la reforma total de la Constitución luego de 10 años de su promulgación, y disponía que la necesidad debiera ser declarada por la Asamblea Nacional, con dos tercios de votos afirmativos de sus miembros.

La misma Asamblea debía declarar la necesidad de introducir reformas parciales, y si así se hiciese se debería someter a un plebiscito coincidente con las elecciones para la renovación del periodo presidencial vigente a la sazón.

Como curiosidad y omisión importante destacamos que la Asamblea Nacional tenía la atribución exclusiva y excluyente de declarar la reforma total o parcial de la Constitución, según el art. 94, pero ni en este ni en ninguna otra disposición de la Carta Política del 40 se aclara cómo se forma y quiénes la integran.

Presumimos que la Asamblea Nacional debería estar integrada por la Cámara de Representantes y el Consejo de Estado, organismo este de carácter corporativo, creado en esta Carta Política en su art. 92, y reproducida en la Constitución de 1967, artículos 188 al 192, con ligeras diferencias en cuanto al número de miembros y atribuciones. Con relación a las funciones de la Asamblea Nacional —de existencia meramente nominal— nada se dice en la Carta Política del 40.

6.3. La Constitución de la República del Paraguay de 1967

6.3.1. Procedimiento

La Constitución de 1967, en su Capítulo XI, comprende los artículos concernientes a la reforma, desde el 219 al 231. El art. 219 establece que la reforma total no podrá hacerse hasta después de 10 años de promulgada, en tanto que para introducir enmiendas se requiere el

trascurso de cinco años desde la promulgación. La declaración de la necesidad de la reforma total o de la enmienda debería ser hecha por la Asamblea Nacional conformada por los miembros de las dos Cámaras del Congreso y del Consejo de Estado (art. 220).

La iniciativa para que la Asamblea Nacional se expida sobre la necesidad de la reforma o de la enmienda queda a cargo del Poder Ejecutivo, o de una de las dos Cámaras del Congreso, resuelta por mayoría absoluta de votos (art. 221). Las demás disposiciones pertinentes se referían a una ley especial, que debe establecer las pautas sobre el funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente, los requisitos para ser constituyente, el número de sus miembros, etc.⁹.

Si se declarase la necesidad de la reforma total, la Convención Nacional Constituyente quedaría habilitada a modificar todos los artículos, salvo que se declarase la necesidad de introducir enmiendas, caso en el que la Convención Nacional Constituyente solo podrá modificar los artículos indicados por la Asamblea Nacional (art. 226). El art. 228 prohíbe a la Convención arrogarse las atribuciones de los poderes constituidos ni sustituir a sus integrantes, y los convencionales gozarán de las mismas inmunidades que los miembros del Legislativo.

6.4. La Constitución de la República del Paraguay de 1992, mal titulada en la tapa Constitución Nacional

6.4.1. Procedimiento

La Constitución vigente, en el TÍTULO IV, instituye, en artículos separados, lo relativo a la reforma y a la enmienda.

Por primera vez, en la historia constitucional del Paraguay, se instituyen preceptos y procedimientos diferentes para reformar o enmendar la Constitución. Esta innovación, que la consideramos conveniente, trajo no obstante conflictos interpretativos motivados, en ciertos casos, por convicciones o intereses de carácter político, que ocasionaron contiendas o enfrentamientos entre los órganos judiciales y

⁹ MENDONÇA, JUAN CARLOS: Constitución de la República del Paraguay y sus antecedentes. Asunción: Emasa, 1971, 408 pp.

una comisión del Legislativo, conflicto que después se extendió a otros ámbitos.

7. DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA VIGENTE

El art. 289 establece las exigencias básicas para emplear esa modalidad de modificar la Constitución. Son ellas: plazo de diez años de vigencia para que proceda; la solicitud de reforma a iniciativa del 25% de senadores o diputados; por el Presidente de la República o bajo petición firmada por 30.000 electores.

La declaración de su necesidad debe ser aprobada por mayoría absoluta de dos tercios de los miembros de cada Cámara del Congreso, caso en el cual el Tribunal Superior de Justicia Electoral llamará a elecciones dentro de los 180 días para elegir a los convencionales.

El número de miembros de la Convencional Nacional Constituyente no podrá exceder del total de los integrantes del Congreso; gozan de las mismas inmunidades establecidas para los legisladores, en tanto que las incompatibilidades serán fijadas por la ley, así como sus condiciones de elegibilidad. Sancionada la nueva Constitución por la Convención Nacional Constituyente queda promulgada de pleno derecho.

Destacamos que en el art. 227 de la Constitución de 1967 se dispuso, por primera vez, cuanto sigue: *La Convención Nacional Constituyente no se arrogará las atribuciones de los Poderes del Estado* [lo correcto hubiera sido escribir órganos del Estado], *ni podrá substituir a quienes se hallaren en ejercicio de ellos*. Este precepto fue conveniente y oportuno, porque en el Derecho Constitucional Comparado ocurrió, en alguna oportunidad, esta situación que la Convención Constituyente asumió, fácticamente, uno o más de los poderes constituidos ocasionando así un golpe de estado *sui generis*.

Este golpe se pretendió justificar alegando que el poder constituyente supremo, por encima de los poderes constituidos, sin limitación constitucional en la precedente, tenía atribuciones para substituir en sus funciones a uno o más de ellos.

8. DE LOS LÍMITES Y DE LA POTESTAD DE LA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE

El art. 291 puntualmente establece ciertos límites a la Convención Nacional Constituyente, tales como: es independiente de los poderes constituidos; no podrá arrogarse las funciones de los órganos del Estado ni podrá sustituir a quienes se hallaren en ejercicio de ellos; se limitará, durante el tiempo que duren sus funciones, solo de la reforma, excluyendo cualquier otra tarea; tampoco podrá acortar ni ampliar su mandato.

No obstante, los convencionales que la integran tienen potestad absoluta para modificar todos los preceptos de la Constitución que se sometan al procedimiento de la reforma, aun cuando se desee limitar por acuerdos previos al cónclave, dado que no existen cláusulas pétreas.

9. DE LA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

El art. 290 cita las condiciones para realizar la enmienda: después de tres años de promulgada la Constitución; la iniciativa de llevarla a cabo queda a cargo de los mismos habilitados para solicitar la reforma.

El texto íntegro de la enmienda propuesta deberá ser aprobado por mayoría absoluta en la Cámara de origen y, de igual modo, en la Cámara revisora. Se lo consideraría rechazado si una de las Cámaras no lo aprobase, no pudiendo volver a presentarse dentro del término de un año.

De aprobarse el texto de la enmienda, el Tribunal Superior de Justicia Electoral, dentro del término de 180 días, debe convocar a un referendo y si el resultado de este fuere afirmativo, el texto quedará sancionado y promulgado y se lo incorporará al cuerpo constitucional. Si el referendo fuese derogatorio, la enmienda no podría promoverse sino al cabo de tres años.

9.1. Controversias sobre la interpretación y alcance del último párrafo del art. 290

El citado párrafo establece limitaciones para utilizar el procedimiento de la enmienda y transcribimos literalmente su contenido a los efectos de exponer aspectos de la cuestión controvertida: *No se utilizará el procedimiento indicado de la enmienda, sino el de la reforma, para aquellas disposiciones que afecten el **modo de elección**, la composición, **la duración de mandatos** o las atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado [órganos del Estado], o las disposiciones de los Capítulos I, II, III y IV del Título II, de la Parte I.* (Las negritas y subrayados son nuestros).

La disputa o controversia interpretativa del art. 229 de la Constitución se originó a propósito de una respetuosa consulta formulada por el doctor José Alberto Alderete, entonces presidente de la Asociación Nacional Republicana (ANR) y ahora exsenador, que la transcribimos literalmente: *Si por el procedimiento de la enmienda previsto en el artículo 290 de la Constitución Nacional (sic) es posible modificar la prohibición de reelección del Presidente y del Vicepresidente de la República estatuida por el artículo 229 del mismo cuerpo legal citado. Recurrimos a Ud. a fin de esclarecer el tema planteado atendiendo a su reconocida versación jurídica e independencia intelectual, seguros de que su opinión constituirá un gran aporte para dilucidar una cuestión que interesa a toda la ciudadanía.*

El mismo texto fue recibido por los otros consultados, profesores doctores Juan Carlos Mendonça y Luis Enrique Chase Plate. Como puede apreciarse, la solicitud de opinión estaba exenta de todo estímulo o contraprestación que no fuera el reconocimiento a la solvencia intelectual de los profesores especializados en Derecho Constitucional, Dres. Mendonça, Chase Plate y al autor de esta monografía, quien, igual que el primero de los nombrados, emitió sus opiniones sobre el tema casi una década atrás¹⁰.

¹⁰ MENDONÇA, JUAN CARLOS, RODRIGO CAMPOS CERVERA y LUIS ENRIQUE CHASE PLATE: Enmienda constitucional y reelección presidencial. Asunción: Editora Litocolor, 2006, 25 pp.

La respuesta de los consultados fue unánime a favor del procedimiento de la enmienda; la opinión y los dictámenes se dieron coincidentemente, sin que haya habido previa consulta entre las tres personas.

Vale la pena destacar que en contestación a la solicitud formulada por el presidente de la ANR, se reprodujo literalmente lo que remitimos, tiempo antes, sobre el tema a la Dra. Mirta Rodríguez L., entonces presidenta de la Fundación «Mujeres al Poder»; y agregamos también que si se publicaba nuestra opinión remitida a la ANR, debían hacerlo respetando el texto idéntico enviado a la institución mencionada.

Muchas voces se alzaron en contra de las opiniones y dictámenes emitidos, algunas con fundamentos, a nuestro criterio, no válidos desde el punto de vista estrictamente jurídico-constitucional; otros eligieron el atajo de los denuestos, incluso con injurias y difamaciones, revistiéndolos con la falsa y perversa conclusión que las opiniones fueron hechas como «traje a la medida» para un presunto beneficiario, sumando también la maldad y falacia de supuestas contraprestaciones económicas que nunca existieron.

Quizá sí pudo existir en la mente de quienes así dijeron, juzgando sus propios actos, y en la hipótesis inexistente que se hubiese planteado o sugerido de parte de la ANR, contraprestación, en fin, de la índole que fuera, por la opinión solicitada, pero el rechazo hubiese sido terminante y radical, y no hubiéramos aceptado emitir nuestra opinión.

Solo animaba nuestro interés el propósito, como fue siempre nuestra conducta, de interpretar el art. 229 desde la óptica estrictamente jurídico-constitucional, sin los prejuicios de los intereses políticos, económicos o de cualquier otra laya, que distorsionan y acomodan corruptamente la interpretación de la Constitución a favor de esos designios, que no pocas veces la alimentan también los adversos provenientes de malquerencias o resentimientos, para oponerse a los fundamentos que corresponden jurídicamente, ya que carecen de apoyo legal válido, que no alcanzan a cubrir la orfandad de fundamentos constitucionales racionales, costumbre propia e inveterada de la mayoría de los políticos de este tiempo.

Algunos exconvencionales, muchos de ellos distinguidos, emitieron una declaración publicada en el 2006 en los periódicos de la capital, en la que ensayaron conceptos equivocados como, por ejemplo, este: *La modificación sobre el tema de la elección, por la gravedad de su naturaleza, será tratada única y exclusivamente por el procedimiento de la REFORMA Y NO EL DE LA ENMIENDA*, y agregaban los convencionales actores de la citada Declaración: *La Reforma establece condiciones más severas para modificar la Constitución.*

¿Cuáles serían ellas? Al contrario, la vía de la reforma habilita la posibilidad de hacer lo que se quiera con la Constitución sometida a ese procedimiento. Lo cual, obviamente, da un margen prácticamente ilimitado para incluir o eliminar preceptos que no resulten convenientes o se acomoden a intereses circunstanciales que se establecen en acuerdos, no siempre favorables a los del país, sino a los convencionales de distintos orígenes partidarios o movimientos políticos que se acomodan circunstancialmente.

Hemos sostenido que los firmantes de la declaración incurrieron en gruesas equivocaciones al citar las razones para impedir el procedimiento de la enmienda del citado artículo 229 de la C.P., porque ninguna es real y válida, porque omitieron por desconocimiento o apasionamiento que las más importantes disposiciones de la Constitución pueden modificarse por el procedimiento de la enmienda.

En efecto, olvidaron o desconocieron que el procedimiento de la enmienda es justamente lo plenamente válido, nada menos que para modificar el TÍTULO I «De las Declaraciones Fundamentales», que comprenden los tres primeros artículos de la ley suprema, llamados de apertura, porque son los que orientan el rumbo e indican las modalidades fundamentales que deben informar indefectiblemente todo el contenido de la Constitución que se elabora. Ellos son los referidos a la «FORMA DE ESTADO Y DE GOBIERNO» (art. 1); «DE LA SOBERANÍA» (art. 2); y «DEL PODER PÚBLICO» (art. 3). ¿Puede haber algo más importante en la Constitución que, «por la gravedad de su naturaleza» (sic), impida la modificación por la vía de la enmienda? La respuesta sería obvia si se evitara que los intereses políticos o la malquerencia al posible beneficiario impidiera aceptar los errores de las afirmaciones hechas en la declaración.

Refirma más todavía que el procedimiento de la enmienda está habilitado para tratar otras cuestiones, las cuales *por la gravedad de su naturaleza* (sic) estarían excluidas de esa vía, según la afirmación categórica expresada por una treintena de exconvencionales en la referida declaración publicada en los periódicos el 8 de octubre de 2006.

Efectivamente, al leer, sin prejuicios, lo que claramente dispone el último párrafo del art. 290 de la Constitución, se concluye, sin lugar a dudas, que se pueden reformar, por el procedimiento de la enmienda, las disposiciones de los CAPÍTULOS V «De los Pueblos Indígenas» (arts. 62 al 67), CAPÍTULO VI «De la Salud» (arts. 68 al 72), CAPÍTULO VII «De la Educación y de la Cultura» (arts. 73 al 85); CAPÍTULO VIII «Del Trabajo», Sección I «De los Derechos Laborales» (arts. 86 al 100), Sección II «De la Función Pública» (arts. 101 al 106); CAPÍTULO IX «De los Derechos Económicos y de la Reforma Agraria», Sección I «De los Derechos Económicos» (arts. 107 al 113), Sección II «De la Reforma Agraria», art. 114 al 116; CAPÍTULOX «De los Derechos y de los Deberes Políticos» (arts. 117 al 126), CAPÍTULO XI «De los Deberes» (arts. 127 al 130), CAPÍTULO XII «De las Garantías Constitucionales» (arts. 131 al 136).

El citado último párrafo del art. 290 habilita también modificar, por el procedimiento de la enmienda, la Parte II, que está expresamente excluida de las prohibiciones establecidas en dicho precepto.

Debemos aclarar, para evitar interpretaciones capciosas, que muchos artículos de los CAPÍTULOS V al XII de la Parte I, así como los comprendidos en la Parte II, están expresamente excluidos de la enmienda y su modificación solo puede hacerse a través de la reforma de la Constitución, dado que ellos se refieren, respecto de la Parte II, (...) *para aquellas disposiciones que afecten el modo de elección, la composición, la duración de mandato o las atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado* [órganos del Estado] (...).

El Prof. Dr. Lezcano Claude comenta en su libro *Derecho Constitucional, Parte Orgánica*¹¹, las disposiciones constitucionales que,

¹¹ LEZCANO CLAUDE, LUIS: *Derecho Constitucional, Parte Orgánica*. Asunción, 2008. pp 596 – 602.

a su criterio, están excluidas de modificación por la vía de la enmienda, y las cita en un pormenorizado catálogo. Nos permitimos, con todo el respeto que nos merece el autor, disentir de muchas de las disposiciones incluidas en esa lista, como prohibiciones para modificarlas por la vía de la enmienda, cuya dilucidación requiere un análisis, cambio de ideas y reflexiones que permitan aclarar la posición antagónica entre el criterio emitido, por una parte, por el Prof. Dr. Lezcano Claude y, por la otra, los del iusfilósofo Dr. Mendonça y el autor de esta monografía¹².

También se incurrió, en oportunidad de entrevistas radiales y de otro tipo, en interpretaciones semánticas, a nuestro criterio incorrectas, al atribuir significados opuestos a los que corresponden a las expresiones «modo de elección» y «duración de mandatos».

Todo cuanto se afirma precedentemente, respecto a la controversia suscitada sobre el punto, se puede apreciar con los detalles y extensión debidos, en el citado libro que figura en la nota al pie de página.

El carácter democrático de la enmienda, a nuestro criterio, tiene incluso mayor entidad que el de la reforma, por varios motivos:

1. En el procedimiento de la reforma, solo se necesita la aprobación de la mayoría absoluta de dos tercios de los miembros de ambas Cámaras para declarar su necesidad, y una vez aprobada el Congreso le otorga un «cheque en blanco» para que los convencionales decidan todo lo que se les ocurra hacer con relación a la modificación de uno o de todos los artículos de la Constitución que será objeto de reforma, sin limitación de la cantidad de preceptos por modificarse en la redacción o el contenido de estos. En tanto que en la enmienda el texto íntegro es sometido al estudio, aprobación o rechazo, en ambas Cámaras. Si las dos lo aceptan, se lo somete a un referendo constitucional con la participación del cuerpo electoral, que tiene la última palabra para aceptarlo o rechazarlo.

¹² MENDONÇA, JUAN CARLOS, RODRIGO CAMPOS CERVERA y LUIS ENRIQUE CHASE PLATE, op cit. p.61.

2. En segundo término, en la reforma solo participan los convencionales exponentes de la **democracia representativa**, a quienes se les entrega, repetimos, un «cheque en blanco», en tanto que en la enmienda se suma a la intervención del Congreso (democracia representativa), también a través del referendo constitucional, el cuerpo electoral, igual a **democracia participativa**, para aprobar o rechazar el texto sometido a su decisión.

3. Varios países de la UE, y otros que no lo son, adoptan la enmienda para modificar la Constitución siguiendo el procedimiento similar al que adoptamos nosotros, vale decir, el Parlamento, Congreso o Cuerpo legislativo, según sea la denominación que reciba, dándose así participación a la democracia representativa y, en muchos casos, se somete la enmienda a referendo del cuerpo electoral, con lo cual se habilita también la intervención directa de la democracia participativa.

4. Citamos algunos ejemplos: la República de Irlanda, Dinamarca, Italia, Suiza, Australia y los 54 Estados Norteamericanos. Con la intervención del cuerpo electoral a través del referendo, se obtiene la participación de ambas democracias, que acertadamente expresa el doctor Antonio Leal, profesor de Pensamiento y Filosofía Política de la Universidad de Santiago de Chile y de la de Diego Portales, en el capítulo «El Poder del Pueblo y Teoría Democrática» de su libro¹³: *Sobre la base del instituto de la participación en la versión lockiana y de aquella que funda la democracia sobre la base de la participación en la versión rousсенiana*.

Culminamos esta parte con una reflexión de Pío XII expresada en la Navidad de 1944, al definir las consultas populares como la *técnica para que los hombres ejerzan mejor la democracia, así como el derecho de los ciudadanos a no ser obligados a obedecer sin ser oídos, ubicando de esta manera al referéndum entre los medios de limitación y moderación del poder*.¹⁴

¹³ LEAL, ANTONIO: El Crepúsculo de la Política. Santiago de Chile: LOM. Marzo, 1996, p. 27.

¹⁴ MENDONÇA, JUAN CARLOS, RODRIGO CAMPOS CERVERA y LUIS ENRIQUE CHASE PLATE, op. cit. p. 32.

En general, las enmiendas, en el Derecho Constitucional Comparado, habilitan a modificar aspectos de la Constitución en un plazo relativamente más corto, siempre menor que el de la reforma, que se corrijan, con mayor prontitud, importantes errores en órganos o preceptos que la experiencia aconseja su enmienda, por no ajustarse a los propósitos previstos en el diseño vigente.

La reforma, repetimos, admite que se modifiquen todos los artículos de la Constitución sin que pueda limitarse esa atribución por ley alguna, dado que no tenemos lo que se denominan «cláusulas pétreas» que deben establecerse expresamente con dicho carácter en la ley suprema, lo que impediría su modificación, su tratamiento o discusión.

Por ello y siendo como es un «cheque en blanco» a los convencionales, se debe cuidar su gestación para el momento y ambiente oportunos, que evite caer «de la sartén al fuego». Generalmente, se presentan diversos proyectos de Constitución y se resuelve, como se hizo con la actual, adoptar una de ellas como guía no vinculante.

10. GENERALIDADES SOBRE LA NECESIDAD DE MODIFICAR LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA VIGENTE

La sociedad en general considera conveniente formular enmiendas o reformas que permitan modificar preceptos de la Constitución paraguaya vigente.

Es cierto que varios aspectos, especialmente los de la parte orgánica, necesitan ser modificados, ora porque existen deficiencias propias en su contenido *que facilita la controversia interpretativa por ser lingüísticamente deficiente*¹⁵ en su redacción, ora porque ciertas disposiciones no se adecuan a los requerimientos exigidos por las circunstancias actuales endógenas y exógenas, producto las primeras de circunstancias variadas, resultado de experiencias que muestran poca eficacia de sus contenidos preceptivos, los cuales fueron establecidos, en algunos casos, como justificada, pero también excesiva reacción al esquema autocrático de la parte dogmática de la Constitución de 1967.

¹⁵ MENDONÇA, JUAN CARLOS: Crítica al nacimiento de una Constitución. Asunción: Litocolor. 2000, pp. 137-138.

La Constitución de 1967 creó «el Estado peligroso», denominación dada por el eminente constitucionalista doctor Justo José Prieto¹⁶ a los preceptos constituidos por los contenidos perversos de los artículos tales como el 79 y el 181 sobre el estado de sitio preventivo, disposiciones estas que indicaron las pautas relativas a las medidas por tomarse, las prohibiciones establecidas, las facultades otorgadas al Ejecutivo, etc.; la exclusión del juicio de responsabilidad política al presidente de la República; la disolución del Congreso (art. 182) y la insólita exclusión del órgano legislativo para prorrogar las sesiones ordinarias o convocar a extraordinarias.

Tríptico de conceptos perversos con los que la autocracia, aneja a otras atribuciones e interpretaciones torcidas, contribuía a la permanencia en el poder y a la inclemente persecución de opositores políticos y trabajadores en general, durante más de tres décadas.

11. LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1967 Y LA ENMIENDA DE 1977 QUE ESTABLECIÓ EL VITALICIAO

La decisión de la Asamblea Nacional formulada sobre la reforma total constituyó un imperativo categórico realizarla por el carácter autoritario y antidemocrático de la parte orgánica, algunas de las cuales ya se mencionaron. Sería impropio decir que la vigente no subsanó todas esas incorrectas sumas de poderes a favor del Ejecutivo autocrático; al contrario, restó algunas atribuciones propias de este a favor del Legislativo.

No obstante, debemos aceptar que la vigente tiene defectos tanto en el contenido de los preceptos operativos como en los programáticos, sobre los cuales comentaremos en otra ocasión, sin excluir las críticas de la distribución del ejercicio del poder en los tres órganos del gobierno, que rompe el equilibrio de los poderes, mediante atribuciones y controles excesivos a favor del Legislativo, en desmedro del Ejecutivo. Ilustra al respecto la monografía del doctor Juan Carlos Mendonça B.¹⁷.

¹⁶ PRIETO, JUSTO JOSÉ: Constitución y Régimen Político en el Paraguay. Asunción: El Lector, 1987, pp. 165-177.

¹⁷ MENDONÇA BONNET, JUAN CARLOS: Comentario a la Constitución. Homenaje al Quinto Aniversario. Asunción: Servicios Gráficos del Poder Judicial, 2007, pp. 27-52.

También nos permitimos mencionar algunas reivindicaciones válidas, establecidas en la Constitución de 1870, que fueron preteridas en la Carta Política de 1940 y en la Constitución de 1967 que mencionamos, en la monografía inserta en el libro que se indica en la nota al pie de página¹⁸. Al mismo tiempo, reconocemos que una parte del contenido de nuestra monografía citada, como producto de un mayor cuidado en el estudio y análisis de conceptos y criterios emitidos en esa ocasión, dieron lugar a encontrar a graves equivocaciones, a las que hemos dado debida publicidad, como debe ser y es nuestro estilo de proceder, que nos permite mantener la tranquilidad de nuestra conciencia incólume, desterrando así la porfía o el obstinamiento en el error.

Vale la pena destacar que las atribuciones referidas en la Constitución de 1967, que permitían la concentración de poder en el Ejecutivo, la disolución del Congreso, la eximición de responsabilidad política al presidente de la República, el estado de sitio preventivo, ya fueron instituidas en la Carta Política de 1940 en los artículos 52 y 53 y luego reproducidas en la ley suprema de 1967.

Lo incoherente, lamentable y reprochable de lo mencionado precedentemente es que varios destacados convencionales de 1967, del sector oficialista, cuya mayoría absoluta de dos tercios —80 de 120 convencionales, según la ley electoral entonces vigente— impuso el contenido autoritario, despótico y antidemocrático de la Constitución en su parte dogmática, fueron antes severos y acertados críticos de la Carta Política del 40, pero no tuvieron recelo alguno en aceptar y apoyar lo que ellos reprocharon con razón y justicia años antes.

Consideramos oportuno resaltar la conducta asumida por el profesor doctor Miguel Ángel Pangrazio, quien renunció a su cargo de convencional titular ante la presión de sus colegas para apoyar decisiones antidemocráticas.

Las circunstancias exógenas se refieren a los cambios comprendidos en los tratados multilaterales y de integración, y de la globalización, los cuales no se limitan a extender sus consecuencias

¹⁸ CAMPOS CERVERA, RODRIGO: Comentario a la Constitución. Homenaje al Quinto Aniversario. Asunción: Servicios Gráficos del Poder Judicial, 2007, pp. 249-287.

positivas o negativas en los ámbitos tradicionales, económico y social, inicialmente, sino también político y tecnológico, que no pocas veces exigen que un país pequeño y mediterráneo como el nuestro establezca en su ley suprema principios que resguarden su soberanía en variados aspectos que deben tutelarse.

12. LA INAMOVILIDAD, REQUISITO PROPIO DE LA INDEPENDENCIA DEL ÓRGANO JUDICIAL QUE GARANTIZA LA NO SUBORDINACIÓN DE JUECES A LOS ÓRGANOS QUE LOS PROPONEN Y QUE LOS DESIGNAN

Con motivo de las resoluciones administrativas inconstitucionales —ya emitimos, hace más de una década, nuestro parecer favorable a la inamovilidad—, dictadas en esa ocasión por el Consejo de la Magistratura y ahora por una mayoría del Senado relativa al cese fáctico e inconstitucional de siete ministros de la Corte, volvió a surgir con fuerza la idea de la reforma de la Constitución paraguaya vigente, a fin de modificar, entre otros, preceptos relacionados con la designación, duración, confirmación, inamovilidad y enjuiciamiento de los magistrados en general, así como de los órganos y de los procedimientos establecidos para mejorar esas cuestiones en diversos aspectos.

Es sabido que existe opinión generalizada acerca del discreto, impropio y cuestionado comportamiento de la mayoría de los magistrados, abarcando este concepto a los Jueces de Primera, de Segunda Instancia y a los ministros de la Corte Suprema de Justicia. Previamente, sería conveniente estudiar, con la mayor ecuanimidad, sinceridad y objetividad, las causas que conducen a esa situación negativa y frustrante para todos los habitantes de nuestro país.

Transcribo las opiniones del Prof. Dr. Rousseau¹⁹, quien, basado en la experiencia de Francia (ya superada), dice: La primera, es la presencia en el seno del Consejo de la Magistratura de un diputado y un senador. Evidentemente, no cuestiono la calidad de estas personas, digo simplemente que teniendo en cuenta el principio de la separación de poderes, hay un problema, porque hay confusión entre el Poder

¹⁹ ROUSSEAU, DOMINIQUE, op. cit. p. 21.

Legislativo y el Poder Judicial. Esa era la situación en Francia y he visto cuando era el caso, que la sociedad andaba muy mal.

Mucho nos equivocáramos si consideráramos que el origen del problema existente, relacionado con el comportamiento de los jueces, tiene su origen solo en la conducta personal impropia de muchos magistrados, en el orden ético o funcional, y omitiéramos bucear, con mayor profundidad, y encontrar las otras causas que determinan los defectos y falencias que se observan y critican, generalizando o aumentando la entidad de los hechos.

En esa línea de pensamiento, creemos que los protagonistas —funcionarios públicos que integran los distintos organismos encargados de la elección, designación, remoción—, deben estar, en lo posible, exentos de intereses propios o de sus partidos, y encaminar su acción a favor del país. Sobre el punto: el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados acaba de destituir a dos Camaristas y a dos Jueces de Primera Instancia. Felicitamos la decisión, dadas las graves faltas denunciadas en las que incurrieron esos magistrados.

13. POSIBILIDAD DE EJERCER SOBRE LOS JUECES MANIOBRAS DE SEDUCCIÓN O EXTORSIÓN SEGÚN REFLEXIONES DEL IUSFILOSOFO R. GUIBOURG

Sobre el particular, acudimos al pensamiento del esclarecido iusfilósofo Ricardo A. Guibourg, que aparece en la presentación que hizo del libro «Cómo hacer cosas con la Constitución»²⁰ su autor, Daniel Mendonça, otro eminente iusfilósofo. La reflexión de Guibourg dice: *La selección de los jueces de última instancia tiene un componente inevitablemente político y, en ese sentido, es común que los encargados de hacerla tomen en cuenta algo más que la mera idoneidad profesional de los candidatos.*

Por otra parte, las instituciones de un Estado se hallan inmersas en la vida del mismo Estado, por lo que no es imposible ejercer sobre

²⁰ MENDONÇA, DANIEL: *Cómo hacer cosas con la Constitución*. Asunción: Intercontinental, 2008, p. 24, llamada número 8.

ellas negativas maniobras de seducción, extorsión u otras de persuasión no argumental que disminuyan de hecho su independencia de criterio.

Desde luego, estas posibilidades excluyen la mala fe cuando se trata de jueces honestos y de todos modos, han de suponerse excepcionales en la generalidad de los casos. Pero, cuando se hallan en juego intereses políticos relevantes, lo que sucede normalmente cuando hay conflictos de poderes, existe siempre el peligro de que todos los recaudos se releven insuficientes (las negritas son nuestras).

14. TENDENCIA A ELEGIR JUECES COMPLACIENTES POR LOS DESIGNANTES, DEL MISMO PENSADOR

Como corolario de esas afirmaciones, Guibourg menciona una reflexión suya tomada del trabajo «Democracia subordinada», presentado en el 19.º Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social en New York (1999), que dice: *La natural tendencia de los órganos políticos a elegir jueces complacientes hacia sus deseos puede compensarse mediante cláusulas que aseguren a los jueces permanencia vitalicia o, al menos, por periodo prolongado y diferente del de los demás organismos. Pero este procedimiento, sin duda ventajoso, no sustrae a los magistrados de las presiones políticas internas*²¹ (el subrayado es nuestro).

Coincidente, mutatis mutandis, con nuestra opinión que la emitimos hace más de 12 años, con indulgencia hacia nosotros del lector por la innecesaria jactancia al pretender semejanza con lo expresado por Guibourg.

El comentario nuestro emitido el 24 de abril de 2000 en el diario Última Hora, página 18, se refiere concretamente a la inamovilidad que sostenemos como pilar fundamental de la independencia del poder judicial, establecida casi universalmente también para evitar intenciones *non sanctas* y presiones interesadas que pretenden distorsionar la disposición de carácter especial del art. 261 de la CONSTITUCIÓN PARAGUAYA que rige y prevalece sobre la disposición de carácter

²¹ MENDONÇA, DANIEL: Cómo hacer cosas con la Constitución, op. cit., p. 24.

general del art. 252, tesis esta que se considera como indiscutible en la interpretación del derecho.

Así también lo afirma, en otros términos, el editorial de ABC Color fechado el 11 de febrero de 2009, que dice en la página 16: *Así se hace prevalecer la disposición general del Art. 252 sobre la especial del Art. 261, lo que de suyo es un criterio errado de interpretación de la ley.* Opinión expresada en término similar, hace varios años, por el eminente constitucionalista argentino, docente y exsenador, Jorge Reinaldo Vanossi, quien comentó la prevalencia del art. 261 sobre el art. 253.

15. LA ELECCIÓN Y CONFIRMACIÓN DE MAGISTRADOS EN EL PARAGUAY NO ES UN PROBLEMA DE DERECHO, SINO UNA CUESTIÓN POLÍTICA Y DE PODER. (EDIT. ABC COLOR 11/02/09)

Y se reafirma ABC Color, en negritas, en otro párrafo del mismo editorial, una atinadísima y válida reflexión que dice: Toda esta problemática nunca fue de derecho y ni siquiera de interpretación de la ley. Siempre fue y sigue siendo una cuestión de política y de poder personal o grupal.

En el art. 248 se establece como una proposición independiente y primordial: Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Fácticamente, se pretende no solo desvirtuar ese principio cardinal sino retornar o mejor dicho, casi empeorar lo dispuesto en la parte orgánica antidemocrática de la autocracia estronista, establecida en los artículos 196, 180 inciso 8 y 151 inciso 2 de la Constitución de 1967. Según esas disposiciones eran designados por cinco años, igual que lo dispuesto en el art. 252 de la vigente, asimismo también por la cámara de senadores, según dispone el art. 264 de la actual.

En resumen, nada cambió acerca del término de cinco años y la forma de nombramiento establecidos por la autocracia en la Constitución de 1967, con relación a la actual vigente, que pretendíamos los convencionales unánimemente independizar al máximo la última institución judicial —pero el art. 261 redactado impropia— en especial de las presiones, intereses políticos e injerencias de los órganos ejecutivo y legislativo que pueden desvirtuar y en nuestro país hasta hoy

desvirtúan la independencia institucional y la funcional del órgano judicial.

No escapa a la sociedad en general las molestias, irritaciones y desagrados justificados por el comportamiento del órgano judicial en su conjunto, relativos al valor jurídico, el retraso y la lentitud de sus resoluciones. Sin desconocer exageraciones en las que incurren los críticos por intereses propios particulares o de estamentos u órganos del gobierno, no precisamente justos o válidos.

También se debe reconocer responsabilidad en el Consejo de la Magistratura, en cuanto a su integración con representantes de órganos políticos, que inciden indebidamente en la selección y propuesta de las ternas, con candidatos sin la entidad ética ni la eficiencia que los cargos requieren, salvo los servicios que prestarían a sus benefactores de turno.

Parece como una premoción lo que Guibourg describe, por todo cuanto ha acontecido en nuestro país desde la primera renovación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia hasta ahora.

16. LOS CONSTITUYENTES DE 1991-1992

Quienes integramos la Convención Nacional Constituyente de 1992 tratamos de crear muchas instituciones así como la modalidad de su integración, de manera a garantizar la independencia del Poder Judicial, principio fundamental este, baldado en los precedentes históricos constitucionales, especialmente en la Constitución de 1967, que sometía la designación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales al Poder Ejecutivo y la Cámara de Senadores, y el término de duración del mandato de todos los magistrados, coincidente con el periodo presidencial de cinco años del Poder Ejecutivo.

Con el propósito de eliminar esas perversas prácticas se creó el Consejo de la Magistratura, de integración pluralista por representantes de las Cámaras del Congreso, de la Corte Suprema de Justicia, de los abogados y de las dos universidades más antiguas del país, organismo al que se le atribuyó la selección de las ternas de candidatos de todos los miembros del Poder Judicial.

La designación de los Jueces de Primera y Segunda Instancia se reservó a la Corte Suprema de Justicia, y a los miembros de esta, designados por el Senado de la Nación, con acuerdo del Presidente de la República.

Tanto la institución creada como el sistema de nombramientos merecieron la aprobación casi unánime de los convencionales en la plenaria, y de la ciudadanía en general, porque pensábamos que así se erradicaría el nefasto sometimiento de la justicia al Poder Ejecutivo en la Constitución de 1967. En la práctica, se ha visto que el sistema creado, en teoría válido, no ha dado el resultado esperado.

Creemos que el motivo proviene de variadas causas, entre las que citamos: la composición del Consejo de la Magistratura, que facilita que las condiciones de los candidatos seleccionados en las ternas no se ajusten, en muchos casos, a los atributos propios que deben adornar la personalidad de quienes tienen a su cargo impartir justicia, debiendo observarse en ellos no solo la idoneidad, sino también, y, especialmente, el comportamiento ético, omisión motivada también por intereses de poder de los políticos, incluso de los gremiales, que presionan a favor de los propuestos, aunque no reúnan todas las excelencias requeridas.

En segundo término, acaso el más importante por ser causa eficiente de muchos de los problemas que nos aquejan y guardan relación directa con lo que ya dijimos, es la situación que crea el desencanto «por la política». Al respecto, nos permitimos volver citar al Dr. Leal, quien, en su obra «El Crepúsculo de la Política»²², expone su opinión atinente al tema: *Se vive mundialmente un fenómeno de desafección por «la política», es decir por las instituciones, los partidos, los temas tradicionales de los cuales ella se ocupa y se ocupan los políticos con poder de decisión, las formas de organización y movilización social que fueron características de una determinada praxis política. Y aclara: esto no hay que confundirlo con desafección por la democracia o por «lo político» sino como una distancia y una profunda insatisfacción respecto de decisiones políticas que aparecen empobrecidas conceptualmente.*

²² LEAL, ANTONIO, op. cit. p. 63.

Esta reflexión puede aplicarse, lamentablemente, a muchas situaciones de nuestro país en la tarea política en general. A nadie escapa que esta larga e infructuosa transición no corrigió uno de los aspectos más relevantes y deletéreos: la corrupción, que si bien disminuyó con relación a los tiempos de la dictadura, constituye el vicio más importante y funesto del comportamiento moral, como agresión a los recursos del Estado y al uso de los de las binacionales, antes solo limitado a los que pertenecían a los factores reales de poder que sostenían la hegemonía del régimen abatido en febrero de 1989.

Durante la transición, la corrupción se atenuó pero no desapareció, se generalizó o «democratizó» hasta alcanzar amplios niveles de protagonismo, que, en atinadas reflexiones y estadísticas, Daniel Mendonça expone en dos de sus libros indicados al pie de página²³.

Esos ámbitos de corrupción, de acuerdo con varias notas periodísticas de los medios de comunicación radial y televisiva, incluyen a los integrantes de los tres poderes del Estado, pero tampoco escapan muchas empresas de colusión orquestada con los que deciden las cuestiones atinentes, específicamente ciertas licitaciones de instituciones del Estado e instituciones paraestatales.

También se comenta, con insistencia, que se «estimula» en muchos de los proyectos de ley, para evitar su concreción en norma jurídica o facilitar su creación. No escapan de esas críticas generalizadas, y con más fuerza aún, sentencias y resoluciones provenientes del Órgano Judicial en general.

Creemos justo y conveniente no incluir a todos los autores como comprometidos con la corrupción en cada uno de los niveles mencionados precedentemente, porque existen excepciones valiosas: aquellos que cumplen a cabalidad los compromisos asumidos con la patria, con ética y eficiencia, que son pautas fundamentales que deben guiar el comportamiento de los funcionarios.

²³ MENDONÇA, DANIEL: Un Estudio sobre la corrupción en el Paraguay. Asunción: Intercontinental. 2005.; Infame condición, Paraguay: Democracia pobreza y corrupción. Sevilibro –CEPUC, Asunción, 2003.

Hay denuncias graves, no acompañadas de testimonio personal alguno, salvo las derivadas de los hechos publicados, algunos de ellos, con nombres y apellidos y otros con la calificación generalizada, por ejemplo, de «corrupción en el Poder Judicial» o «en tal Cámara del Poder Legislativo» o «de los integrantes de otras instituciones del Estado», sin arrimar nombres de sus presuntos autores, ni pruebas justificadas que sostengan las acusaciones que habiliten su imputación.

Dejamos también constancia de que, a nuestro juicio, la generalización enjuiciando colectivamente no ha sido nunca justa ni prudente, porque se mezclan corruptos y honrados en una misma bolsa, en lógico desmedro de la personalidad y buen nombre de quienes actúan, en los órganos o instituciones, correctamente, dentro del marco ético, acrecentándose así el pesimismo y descreimiento de la población en general.

17. NECESIDAD DE LA REFORMA

De acuerdo con el criterio de la mayoría de políticos de la oposición y del gobierno, se estima necesaria la realización de una Asamblea Nacional Constituyente encargada de modificar la Constitución, dentro de un plazo inmediato.

Manifestamos nuestra personal opinión coincidente con la necesidad de modificarla, pero solo en la ocasión apropiada, y limitado a algunos preceptos que exijan únicamente el procedimiento de la reforma para su modificación.

Sin embargo, esa tarea, una de las más importantes para el futuro del país, requiere condiciones especiales que eviten el malogro de los buenos propósitos que animen a la modificación de la ley suprema.

18. CONDICIONES NECESARIAS PARA LA REFORMA

Muchos son los factores indispensables para llevar a cabo con éxito esta suprema empresa, pero la limitación de la extensión de la monografía impide enunciarlos y desarrollarlos en forma pormenorizada. Entonces nos limitaremos solo a expresar, breve y puntualmente, algunas condiciones políticas, sociales y económicas que inhabilitan su

realización hasta conseguir un momento de mejor estabilidad y credibilidad con instituciones más sólidas y funcionales que las actuales.

En lo político, son públicos los enfrentamientos entre los partidos y movimientos que pujan a favor de sus intereses y omiten considerar y resolver los del país. Igual situación acontece en los propios partidos y movimientos políticos, ámbitos en los que las pugnas se dan con mayor fuerza y agresividad que entre los partidos adversarios entre sí, salvo cuando los intereses comunes de los partidos, con representación en el Congreso, los aglutinan férreamente, aun en evidente oposición a los del país, como está ocurriendo con el bochornoso y lamentable caso de los 50.000.000 de dólares para el Tribunal de Justicia Electoral mediante la ampliación presupuestaria destinada, en su mayor parte, a los más importantes partidos políticos para mantener a operadores políticos de los legisladores en la cantidad increíble de 10.000.

También hoy 46 diputados, 25 liberales, 9 colorados y 11 del Unace, rechazaron el veto del Ejecutivo habilitando «el empleo temporal» de sus operadores políticos en desmedro de urgentes e impostergables necesidades sanitarias, educativas, etc. La calificación de este comportamiento bochornoso e ignominioso esperamos tenga su condigna sanción y que la Cámara de Senadores repare esta ignominia repudiada por todo el pueblo paraguayo.

En lo social, ocurre un fenómeno algo similar en cuanto a los enfrentamientos y reclamos, y muchos de sus protagonistas pretenden, con razón o sin ella, forzar la obtención de sus pedidos, los cuales pueden ser legítimos o no según se los examine desde ópticas diferentes, con entredichos de momento por los destinos impropios o como consecuencia del rechazo de sus pretensiones por la falta de recursos empleados en ampliaciones presupuestarias decididas por intereses partidarios para contratar a sus operadores políticos, con perversa preterición de las necesidades básicas pendientes, urgentes y legítimas que no se solucionan por falta de recursos.

En lo económico, se reconoce que existe una macroeconomía sólida, pero el mismo carácter no puede asignarse a la microeconomía, atendiendo a los indicadores de pobreza y desempleo generalizados, que

alcanzan cifras alarmantes, factores estos que exigen determinar y establecer preceptos y medidas que satisfagan aspiraciones legítimas, las cuales se eluden o postergan con comportamientos, resoluciones y leyes que sirven a otros intereses.

19. CONVENIENCIA PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Todo cuanto manifestamos anteriormente ocurre y ocurrirá, quizá con mayor fuerza todavía, cuando se ponga, **si se pone**, en marcha la Constituyente. En resumen, la reforma de la Constitución de 1992 requiere el mejoramiento de muchas de las condiciones impropias mencionadas en lo político, lo social y lo económico, a fin de que las pasiones políticas, el desborde de requerimientos legítimos o no y el proyecto de Presupuesto General de la Nación, con alto déficit por culpa de las ampliaciones, muchas de ellas irracionales, inoportunas e inconvenientes, se analicen racional y prudentemente.

Cuanto se necesita aprender y aplicar lo dispuesto en las Constituciones de países organizados de América como Chile, Colombia y Uruguay, los cuales establecen categóricamente que el órgano administrador es el único que tiene atribuciones para iniciar las ampliaciones presupuestarias bajo dos condiciones ineludibles: 1) remitir al Congreso la fuente pormenorizada de los recursos propios correspondientes y 2) obtener la aprobación de cada una de las cámaras del legislativo por mayoría de dos tercios.

Tal es, repetimos, el ejemplo nefasto de los centenares de miles de millones de guaraníes que se destinan al Tribunal de Justicia Electoral para un propósito maquillado y aparente de supuesto buen destino, tratando de encubrir —sin lograrlo— el interés de sectores y partidos políticos que desean sustraer de las arcas públicas el dinero indispensable y necesario que debe emplearse para moderar las deficiencias que hay en materia de necesidades y cuidados básicos al pueblo, que mitiguen el hambre, que faciliten el acceso a la salud, la educación, incrementen la seguridad, y se creen empleos reales, etc.

Al respecto, transcribimos los versos de un poeta paraguayo: Cómo es posible que quepa tanta pena, tanto dolor de pobre para esa ínfima dicha que piden los humildes.

Los inútiles enfrentamientos, las disputas o censuras acres que se emiten y se califican recíprocamente los poderes legislativo y judicial provocan situaciones perjudiciales e inconvenientes para la consideración de tareas y resoluciones correspondientes a ambos órganos, cuyas consecuencias negativas recaen sobre los múltiples intereses legítimos postergados del país en general y de los particulares en especial.

Los inconvenientes ya señalados exigen, creemos, acordar, imperativamente, tanto una suerte de tratado de paz previo como un pacto para la concreción de los preceptos constitucionales por modificar, gracias a previas concertaciones entre los autores principales.

20. CÓMO Y POR QUÉ UNA CONCERTACIÓN PREVIA A LA CONSTITUYENTE

El acuerdo que se realice entre los protagonistas de la reforma es indispensable, pero puede parecer anómalo, y quizá sea correcto ese criterio habida cuenta de que toda constituyente vía reforma, art. 289 de la C.P., es soberana, sin limitación alguna para modificar en su totalidad los preceptos de la ley suprema, de manera que cualquier limitación a los convencionales, hecha fuera de la Convención Constituyente, puede dejarse sin efecto, lisa y llanamente.

A pesar de ello, los protagonistas que ejerzan o tengan poder para decidir sobre la cuestión pueden acordarla, mediante un pacto escrito, con testigos calificados e independientes del quehacer de la política militante, no de lo político, tales testigos, solamente como ejemplo, pueden ser: miembros de iglesias, de gremios de trabajadores, de empresarios, etc.

Repetimos que no es el sumun de garantía para la consecución de la limitación propuesta, pero se puede correr el riesgo y que su incumplimiento habilite sanciones políticas a los transgresores, que les

dificulten o impidan la concreción de sus aspiraciones políticas futuras, en lo nacional o partidario.

21. ¿CUÁNDO REALIZAR LA CONSTITUYENTE?

Algunos políticos y legisladores proponían la realización inmediata de una Constituyente, consideramos y seguimos creyendo que esa tesis es inapropiada por los motivos ya expresados, afortunadamente se diluyó la intención, ahora se plantea realizarla después de las elecciones del 2013. Esta última propuesta sería más conveniente, pero, a nuestro juicio, siempre que se pueda lograr y atender lo puntualizado en los subtítulos precedentes «Condiciones necesarias para la reforma», «Conveniencia para la reforma de la Constitución» y «Cómo y por qué una concertación previa a la Constituyente».

22. ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA QUE REQUIEREN URGENTE MODIFICACIÓN POR LA VÍA DE LA ENMIENDA

Las condiciones políticas, sociales y económicas actuales y en un futuro próximo, que obstaculizan la realización de la reforma constitucional, sin embargo no excluye la posibilidad de modificar la Constitución por la vía de la enmienda, si se admitiese utilizar este medio.

Si bien el procedimiento para modificar algunos artículos no exige la concertación previa, con los alcances y condiciones propias para la reforma, mencionados *ut supra*, se debiera también, con carácter previo, establecer una mesa de diálogo con la participación de los sectores gravitantes en los partidos y movimientos políticos que participan en el Congreso.

Esta miniconcertación deberá limitarse a acordar los artículos de la ley suprema que pueden y deben modificarse por ese procedimiento, así como la redacción y alcance de los preceptos que modificar. Además de lo expuesto, siempre que se concierte disponer la enmienda constitucional y concluirla en el curso del periodo legislativo que termina el 30 de julio de 2013, se deben fijar los plazos para la aprobación del texto de la enmienda, que evite un proceso dilatorio que

prolongue innecesariamente el término previsto para concluirla y aprobar el proyecto concertado.

23. ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA QUE PUEDEN SER OBJETO DE TRATAMIENTO, VÍA ENMIENDA SEGÚN NUESTRO CRITERIO PERSONAL (ARTS. 216 Y 261)

Los preceptos que consideramos urgentes y factibles de modificar o ampliar su contenido serían los artículos 216 y 261 que se refieren, respectivamente, al Presupuesto General de la Nación y a la remoción y cese de ministros de la Corte Suprema de Justicia.

El primero, por constituir motivo de enfrentamientos causados fundamentalmente por las ampliaciones presupuestarias sin los recursos para satisfacerlas, y el otro que origina y crea fricciones casi irreconciliables entre los poderes, mejor dicho entre los órganos legislativo y judicial, ambas cuestiones negativas favorecen el debilitamiento de la gobernabilidad en perjuicio del país, bajo el gobierno que fuere.

Cuatro años antes, en disertaciones expuestas con otros siete destacados exponentes del Derecho Constitucional o del Derecho Político con ejercicio de la docencia en esa disciplina y otros abogados versados en esas materias, cada uno pertenecientes a diferentes partidos y movimientos políticos, se realizó un ciclo de conferencias en el Aula Magna del Congreso Nacional.

En esa oportunidad, comentamos temas coincidentes como el que estamos tratando ahora, y propusimos que la enmienda podía recaer, a criterio nuestro, sobre tres artículos, dos de ellos que ahora también proponemos.

El tercero que incluimos entonces fue el art. 120 referido a la injusta y perversa exclusión de los paraguayos que viven en el exterior, felizmente enmendado, aprobado e introducida la nueva redacción del artículo en el texto constitucional. No es el momento de referirnos al contenido que propusimos como texto de dicho artículo, pero creemos que del modo propuesto se hubiese evitado incurrir en gastos dispendiosos como los que propone el Tribunal Superior de Justicia

Electoral para la inscripción de los ciudadanos connacionales residentes en el exterior.

En aquel entonces, pensábamos que ese derecho político inalienable debía cumplirse por etapas, en cuanto a lugares de inscripción, Consulados y Embajadas, eliminando los inscriptores ex profeso del Paraguay, para evitar costos que no se disponen, ante otras exigencias más urgentes y necesarias que demandan satisfacerlas imperiosamente.

24. ARTÍCULO 216 «DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN»

Con relación a la propuesta que hacemos, ella no constituye precisamente una modificación, sino un agregado que intercalamos entre los párrafos primero y segundo del art. 216, de modo que no altere, en modo alguno, lo preceptuado constitucionalmente en ese artículo, siendo lo propuesto una suerte de reglamentación legal del artículo, que en vez de figurar en la Ley del Presupuesto, cuyo contenido y alcance puede modificarse cada año, permanezca inalterable por el plazo que transcurra, sin que se lo modifique, salvo con otra enmienda o reforma.

El agregado propuesto, entre el primero y segundo párrafo del art. 216 de la C.P., sería: El dictamen de la Comisión Bicameral y las modificaciones que introduzcan las Cámaras de Diputados y Senadores durante el estudio del Presupuesto General de la Nación solo podrán referirse a reprogramaciones presupuestarias que requerirán para su aprobación, en cada una de las Cámaras, mayoría de dos tercios. La iniciativa de ampliación de la ley del Presupuesto General de la Nación será atribución exclusiva del Órgano Ejecutivo, que deberá, para su consideración, acompañar obligatoria y detalladamente, las fuentes de financiación correspondientes, y para su aprobación se requiere mayoría de dos tercios en cada Cámara.

Como se aprecia, nada se modifica en el artículo 216, es un **mero agregado reglamentario**, que, repetimos, podría ser incluso instituido por una ley reglamentaria de dicha disposición constitucional.

En buena parte de los países de Latinoamérica —no podemos opinar sobre los países de la Unión Europea, porque no hemos tenido tiempo de estudiar sus disposiciones—, se expresa en sus constituciones, categóricamente y en algunos con mayores exigencias, cuanto establecemos en el agregado mencionado *ut supra*.

- Constitución de Chile, segundo párrafo del art. 64.
- Constitución de Colombia, segundo párrafo del art. 349.
- Constitución de Costa Rica, art. 179.
- Constitución de Ecuador, cuarto párrafo del art. 258.
- Constitución de El Salvador, segundo párrafo del art. 227.
- Constitución de Panamá, segundo párrafo del art. 268.
- Constitución de la República Dominicana, art. 115.
- Constitución del Uruguay, art. 215.

Lo que sería una innovación en nuestro país, como lo dejamos indicado, es común en muchos países latinoamericanos, sobre todo en aquellos que han pasado por una situación política, económica o social parecida a la nuestra.

Consideramos este agregado de necesidad imperiosa para evitar que se ocasionen, durante gobiernos de partidos y movimientos políticos de la orientación que fueren, distorsiones económico-financieras, inflación presupuestaria, desgovernabilidad, etc., por excesos en los costos provenientes de demandas sociales o de carácter político partidario que puedan ser legítimas o no, pero inoportunas e inconvenientes por no contarse con los recursos provenientes de fuentes de financiación reales y válidas.

Se conoce, por reiterada experiencia, que, en otros países, las ampliaciones presupuestarias originadas en el Congreso conducen a

situaciones de ingobernabilidad, mostrada por la desestabilización del gobierno, que impide la atención de problemas acuciantes e impostergables en torno a lo educativo, sanitario, seguridad, y ni qué decir en el nuestro, donde la pobreza extrema y el desempleo, en cifras alarmantes, agobian al castigado e indefenso pueblo del Paraguay, que no puede satisfacer las necesidades básicas de alimentación, salud y educación.

Tal como lo proponemos es un mero agregado, que se establecen en los países mencionados a través de sus respectivas constituciones la responsabilidad de la iniciativa de las ampliaciones presupuestarias está a cargo exclusivo del Órgano Ejecutivo o Administrador, sujeta a dos condiciones imperativas e ineludibles: **1) acompañar detalladamente a la propuesta de ampliación presupuestaria del Ejecutivo, las fuentes reales de financiación correspondientes y 2) la aprobación de cada Cámara del Congreso por mayoría calificada de dos tercios.**

En doctrina y en los países que establecen la iniciativa de las ampliaciones presupuestarias como atribución exclusiva del poder, mejor dicho, órgano administrador o ejecutivo, lo fundamentan en el mayor conocimiento, manejo del ingreso, de las disponibilidades de los fondos públicos y de su aplicación. Para todo lo cual cuentan con la estructura amplia y competente para los fines propios de cada uno de los objetivos económicos financieros del Estado.

Esta natural atribución exclusiva evita que intereses de partidos o sectores de influencia, presionen a favor de gastos dispendiosos o inoportunos. Toda gestión económica del órgano administrador debe ser objeto de estricto control por los mecanismos establecidos en la Constitución y la Ley.

25. DE LA INAMOVILIDAD O NO DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (ART. 261)

La sociedad en general considera, y nosotros también, que el término de duración en el cargo de ministro de la Corte Suprema de Justicia es demasiado prolongado, incluso para los que estamos a favor de la interpretación favorable a la inamovilidad establecida en el art. 261 de la Constitución, plazo en el cargo que se extiende desde el

nombramiento hasta los 75 años, salvo que se diera alguna causa de remoción legal, o por fallecimiento.

Esta opinión nuestra solo reconoce el criterio, exento de cualquier otro interés, de la necesidad de alternancias después de un plazo razonable en el ejercicio de la más alta magistratura con atribución jurisdiccional definitiva, y se dé lugar a que otros profesionales, con el título y las condiciones de honorabilidad y capacidad habilitantes, puedan ocupar dichos cargos.

Coherente con esa tesis, repetimos, presentamos en el 2008, en ocasión de la disertación mencionada en la Sala Bicameral del Congreso, un anteproyecto de modificación del art. 261 que lo reproducimos ahora, con modificaciones. El citado anteproyecto de entonces, y el de ahora, pensamos que podría admitirse por el procedimiento de la enmienda constitucional, siempre que las partes en conflicto acerca de la interpretación prevalente del art. 261 sobre el 252 de la Constitución y viceversa, depongan actitudes intransigentes al respecto.

Con buena voluntad y comprensión que permitan soslayar motivos de impedimentos legales que puedan alegar una y otra parte en disputa, según como interpretan los artículos 252 y 261 de la Constitución. Si se accede a ello, la disposición que podría ser objeto de una modificación por la vía de la enmienda es el artículo 261: **«De la remoción y cesación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia»**.

El anteproyecto de artículo con la modificación propuesta quedaría redactado del siguiente modo: Los ministros de la Corte Suprema de Justicia solo pueden ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo al cabo de nueve años cumplidos en el ejercicio de sus funciones, que se computará desde su designación, o cumplida la edad de 75 años. El Consejo de la Magistratura deberá tener seleccionada la terna, o en su caso las ternas, noventa días antes del tiempo máximo establecido en este artículo para el cese en el cargo, y elevarlas de inmediato a la Cámara de Senadores de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del art. 264. El plazo de cesamiento incluye a los actuales ministros en funciones. No se admite la reelección en ningún caso. Los ministros de la Corte Suprema de Justicia que obtuvieron

inamovilidad, cesarán en el cargo ocho meses después de la promulgación de esta disposición constitucional y se seguirá el procedimiento establecido en este artículo para llenar las vacancias.

Destacamos que el agregado se limita, además de la inelegibilidad, al cese de las funciones en el cargo de ministro que ocurrirá al cumplir 75 años, o al transcurrir diez años en sus funciones como tal, contado ya desde su designación anterior. Debe destacarse que ese agregado se encontraría en las prohibiciones establecidas en el último apartado del art. 290, en cuanto a la duración de los mandatos se refiere, según la interpretación que se haga al aplicar el art. 252, párrafo segundo, por una parte, y el art. 261, por la otra, tal como dijimos más arriba.

Sin embargo, creemos que deponiendo intereses —aclaramos que aludimos solo a los intereses referidos a la interpretación de la Ley suprema—, por una parte de quienes alegaron, en la generalidad, la continuidad en sus funciones de ministros de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 261 de la Constitución vigente y, por la otra, de los miembros de la Cámara de Senadores, que disienten de esa opinión, porque consideran que lo aplicable es el art. 252 en el párrafo citado.

Creemos que esta contienda no resulta conveniente para nadie, porque soslaya, incluso malversa, la atención que requieren importantes intereses del país, y, de igual modo, de los propios poderes u órganos enfrentados en esta cuestión al crear innecesarias molestias, enconos, desagradados y acusaciones recíprocos, provenientes de la cuestión suscitada con motivo de la interpretación de las disposiciones mencionadas de la Constitución.

Doce años atrás, en el 2000, en el diario Última Hora²⁴, se publicó una entrevista que nos hicieron en ese medio, oportunidad en la que nos mostramos favorables a la interpretación y aplicación del artículo 261, por encima de lo dispuesto en el artículo 252.

²⁴ Diario Última Hora. 24 de abril de 2000, p. 16.

Consideramos que la inamovilidad es uno de los fundamentos más importantes que asegura la independencia tanto institucional como funcional. La primera reconoce como fundamento el principio de separación de poderes, mejor dicho de los órganos, y que goce de real autarquía económica; la segunda se relaciona con el juez, como órgano persona, cuya competencia debe ser respetada y protegida.

Estas sucintas reflexiones corresponden a ideas tomadas del libro del profesor doctor Marcos Riera Hunter²⁵, honesto y capaz Magistrado del Poder Judicial. También de conformidad con la doctrina y en la mayoría de las constituciones comparadas, coincidente en la necesidad y aplicación de esa garantía que evita o modera, en gran parte, la influencia de intereses extraños que desnaturalizan la independencia de los magistrados en general, y, en especial, de los que asumen el grado máximo del órgano judicial.

Hasta hoy mantenemos idéntica postura, porque nadie, a nuestro criterio, nos ha demostrado, de manera fehaciente, la preeminencia del art. 252 de carácter general, sobre la disposición especial del art. 261 de la Constitución Paraguaya vigente. Consideramos también que fue una lamentable omisión en la Constituyente al no haberse limitado el tiempo del ejercicio en el cargo a una década como máximo.

Recordamos que los criterios de inamovilidad, en buena parte de los países, diferencian las condiciones establecidas a jueces de primer y segundo grado, respecto de los miembros del Tribunal Superior de Justicia o tercer grado. A estos últimos se les otorga una inamovilidad más amplia, incluso vitalicia, como en los Estados Unidos, habida cuenta las atribuciones y responsabilidades que tienen para juzgar y resolver situaciones más importantes desde el punto de vista jurisdiccional, institucional y político que pueden comprometer incluso hasta el curso del país y se requiere entonces protegerlos de presiones provenientes de otros poderes.

²⁵ RIERA HUNTER, MARCOS: La Independencia del Poder Judicial. Asunción: La Ley Paraguaya, 1991, pp. 17 – 20.

26. ARGUMENTOS Y POSICIONES ASUMIDAS POR CADA UNA DE LAS PARTES EN CONTROVERSIA SOBRE LOS CITADOS ARTÍCULOS

El argumento de mayor peso que se invoca para demostrar la preeminencia del art. 252 se refiere a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo: *Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos periodos siguientes al de su elección, adquirirán la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los ministros de la Corte Suprema de Justicia.*

En dicho segundo párrafo, la palabra *magistrado* lo presentan como el argumento hipotéticamente válido y concluyente de la tesis sostenida por los adversos a la inamovilidad de los ministros, y es así porque, genéricamente, comprende los tres grados del poder jurisdiccional, concepto este último con el que si bien estamos de acuerdo, pero no constituye causa real o válida para fundamentar sus conclusiones.

Por tanto, sostenemos que el término genérico de magistrado no es suficiente ni definitivo para excluir a los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la inamovilidad que se desprende del artículo especial 262, que no aclara expresamente.

Si hubiera coherencia, en los que sustentan lo dispuesto en el art. 252, para aplicarlo a los ministros de la Corte, por la denominación genérica de magistrado, entonces también se los debería someter a los ministros al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, conforme se establece también genéricamente, para los magistrados en el artículo 253, y el artículo 225 quedaría inane.

En tanto que si empleáramos, consecuente y coherentemente, el mismo criterio que sostenemos, la norma especial del artículo 225 de la Constitución se aplicaría, y se aplicó ya como corresponde —solo nos referimos en cuanto al procedimiento adoptado—, a los ministros de la Corte con prevalencia sobre la disposición general del artículo 253 de la Ley suprema, que solo atañe a los demás magistrados del Poder Judicial.

Otra muestra importante que no se compadece con la tesis de los adversos es lo establecido en el primer párrafo del citado artículo 253, que también se refiere y establece: *Los magistrados son inamovibles en cuanto al cargo, a la sede o al grado durante el tiempo para el cual fueron nombrados*. No es menester explicación alguna por lo obvio, que a pesar de referirse a los magistrados, no comprende a los ministros de la Corte Suprema de Justicia, por ser esa disposición de aplicación imposible a los ministros.

Divorciar, o separar la aplicación del primer párrafo del segundo, en el artículo 253, no representa una tesis jurídica apropiada, porque siendo los dos párrafos integrantes de una misma disposición, considerar solo una parte y excluir la otra implicaría, *mutatis mutandis*, aceptar la parte favorable de un contrato y rechazar la desfavorable, siendo ambas integradas al mismo instrumento legal.

Oímos supuestos argumentos que justifican por qué no se aplica a los magistrados (ministros) de la Corte Suprema de Justicia el artículo 253, sí el 255 de la Constitución, ambos referidos al Juzgamiento. Según lo oído, porque en ese artículo se menciona concretamente a los «ministros de la Corte Suprema de Justicia».

Hacemos uso del mismo argumento y nos preguntamos por qué entonces no se aplica el mismo procedimiento de remoción de los magistrados (ministros) de la Corte Suprema de Justicia —juicio político—, establecido en el art. 261 de la Constitución, también a los demás magistrados. Nuestro absurdo argumento es al solo efecto de mostrar otra incoherencia derivada de la aplicación interesada del art. 252 sobre el 261, por una parte, y, por la otra, del 253. Otros argumentos expresaron distintas personas, vacías intereses políticos o personales, a favor de la interpretación correcta sobre la inamovilidad.

Para concluir esta cuestión, mencionamos otra extraordinaria obra del iusfilósofo Juan Carlos Mendonça²⁶: «La interpretación literal en el Derecho», y citamos de la Parte IV del libro lo referente a «Interpretación y Falacias». Y nos permitimos mencionar solo lo

²⁶ MENDONÇA, JUAN CARLOS: *La interpretación literal en el Derecho*. Asunción: Intercontinental, 2012, pp. 139, 141 y 147.

atinente, interpretado estrictamente según nuestro personal criterio, al tema que estamos tratando, y mencionamos lo concerniente a «la falacia no formal de atinencia» que el autor la describe así: *Tienen fuerza disuasiva psicológica, si bien no son argumentos correctos. Y continúa diciendo: Es que sus premisas carecen de atinencia lógica con respecto a sus conclusiones y, por ende, son incapaces de establecer su verdad.*

Además, el autor enumera varias falacias de atinencia, de las que recogemos dos que también, a nuestro exclusivo discernimiento, se ajustan al caso analizado para demostrar la equivocación de los antagonistas a nuestra tesis: 1) *La falacia de accidente consiste en aplicar una regla general a un caso particular cuyas circunstancias especiales (accidentales) hacen inaplicable la regla general.* 2) *La causa falsa tiene dos formas diferentes y nos referimos a la primera: la non causa pro causa: consiste en confundir lo que no es causa como si lo fuera es decir tomar como causa de un efecto algo que no ha sido demostrado ser su causa real.*

Con todo respeto a los que disienten de nuestra posición, consideramos que las falacias no formales mencionadas se ajustan perfectamente para presentar como falsa causa la atribuida a la palabra «magistrado», que los adversos la erigen como causa real y válida y afirmar así, apodícticamente, la aplicación del segundo párrafo del art. 253 de Constitución a los ministros de la Corte Suprema de Justicia.

27. CONSIDERACIONES FINALES

Hubiéramos deseado concluir esta monografía con algunas reflexiones sobre los artículos de la Constitución que debieran modificarse, en la oportunidad que la situación, las condiciones necesarias y convenientes, habilite el procedimiento de la reforma tanto de los artículos correspondientes al contenido operativo y programático, como de ciertos órganos con atribuciones muy amplias, pero con controles insuficientes o sin ellos y carente, por ejemplo, de sanciones constitucionales al mal desempeño, producto de irregularidades en el ejercicio de algunas funciones que tienen los miembros del Órgano Legislativo, tales como las interpretaciones impropias y burdas de la Constitución, el desconocimiento de disposiciones judiciales desobedeciéndolas y, un caso extremo todavía, el rechazo de desafueros

a senadores vitalicios, de lo que resulta fácticamente el sobreseimiento libre en sede legislativa por toda la vida de un senador que es solo realmente un cargo honorífico.

Estos senadores vitalicios no tienen fueros de detención y de antejuicio, inmunidades estas reservadas exclusivamente a senadores electos para que puedan participar del funcionamiento y de la voluntad de la Cámara, lo que se consigue, respectivamente, con la integración del quórum y el derecho al voto, de los cuales carecen los senadores vitalicios (art. 169 de la C.P.), que no reciben remuneración y no son funcionarios públicos.

El Legislativo es el único órgano del gobierno cuyos miembros están exentos de sanciones por mal desempeño de sus funciones, lo cual constituye, además de una notoria desigualdad, un estímulo a la impunidad e irresponsabilidad por esas causas.

Los hechos y las ideas expuestas precedentemente se fundamentan en los quince años de labor legislativa que tuvimos; en la lectura de libros de estudiosos del tema; en el aprendizaje de más de cuatro décadas de ejercicio de la docencia universitaria y en la experiencia de más de 65 años de actividad política y en político.

Mencionamos los autores paraguayos que contribuyen a comprender mejor el contenido de la Constitución vigente, reconocer errores cometidos, cómo corregirlos y orientar, para mejorar, la Constitución cuando se la enmiende o se la reforme. Los libros son de autores conocidos como los iusfilósofos Juan Carlos Mendonça y Daniel Mendonça y recordamos alguna de sus obras: Juan Carlos Mendonça: «Crítica al nacimiento de una Constitución». Editora Litocolor, S.R.L.; Año 2000; «La Garantía de Inconstitucionalidad» publicado por la misma Editora y en el mismo año; «Conocimiento, validez y derogación de normas jurídicas». Editora Litocolor, S.R.L. Año 2000; «La interpretación literal en el derecho». Editora Intercontinental, Abril 2012. Daniel Mendonça: «Algunos problemas constitucionales». Editora Intercontinental. Año 2011. De Daniel Mendonça y el iusfilósofo Ricardo Guirbourg: «La odisea constitucional, constitución teoría y método». Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, España.

Año 2004. «Análisis de la Constitución una introducción», «Como hacer cosas con la Constitución». Editora Intercontinental. Año 2008.

No queremos omitir las obras de otros juristas que aportan reflexiones atinadas sobre cuestiones constitucionales tales como la del Prof. Dr. Riera Hunter: «La Independencia del Poder Judicial»; Luis Lezcano Claude: «Derecho constitucional. Parte orgánica», tercera edición; Daniel Mendonça y Marcello Lachi: «Perspectivas Constitucionales». «Diseño Constitucional y Gobernabilidad Democrática», con variados temas a cargo, entre otros, de Jorge Salgueiro, Daniel y Juan Carlos Mendonça B, Diego Moreno y Emilio Camacho. Hace pocos días se puso a la venta, que recién lo adquirimos, «Constitución de la REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Comentada, concordada y comparada» en dos tomos, sus autores son Evelio Fernández Arévalo, José A. Moreno Ruffinelli y Horacio Antonio Pettit.

28. REFLEXIÓN FINAL

Concluimos esta monografía transcribiendo una apropiada reflexión emitida por Francisco Lieber, en su vetusto libro «La Moral Aplicada a la Política»²⁷, que dice: *El estado además de ser una sociedad jurídica es una comunidad de seres morales. Las constituciones no crean la libertad, ni el progreso político puede ser decretado ni producido por una ley. La libertad necesita crecer y vivir, vivir en el alma de cada ciudadano, no sólo como un conocimiento de nuestros deberes políticos; sino también como una profunda veneración por la moral cívica.* Agregamos otra del iusfilósofo Juan Carlos Mendonça: *NO ES LO MEJOR VIVIR ÉTICAMENTE BUSCANDO RECOMPENSA, SINO HACER UNA RECOMPENSA DE VIVIR ÉTICAMENTE.*

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, LUIS y LUIS LÓPEZ GUERRA: Las Constituciones de Iberoamérica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998
- BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ: Derecho Político. Argentina: Aguilar Argentina, 1972, 2.^a edición

²⁷ LIEBER, FRANCISCO: La Moral Aplicada a la Política, Buenos Aires: Félix Lajouane, 1896.

- CAMPOS CERVERA, RODRIGO: Comentario a la Constitución. Homenaje al Quinto Aniversario. Asunción: Servicios Gráficos del Poder Judicial, 2007
- CLINTON WHEARE, SIR KENNETH: Las Constituciones modernas. Argentina: Labor, 1971
- Constitución Nacional de la República del Paraguay. 3.ª edición oficial. Junio de 1992
- Diario Última Hora. 24 de abril de 2000
- La actual es denominada «Constitución de la República Bolivariana de Venezuela» (1999)
- LEAL, ANTONIO: El Crepúsculo de la Política. Santiago de Chile: LOM. Marzo, 1996
- LEZCANO CLAUDE, LUIS y TELLECHEA SOLÍS, ANTONIO: Constitución de la República del Paraguay. Asunción: La Ley Paraguaya, 1995, 2.ª edición
- LEZCANO CLAUDE, LUIS: Derecho Constitucional, Parte Orgánica. Asunción, 2008.
- LIEBER, FRANCISCO: La Moral Aplicada a la Política, Buenos Aires: Félix Lajouane, 1896
- MENDONÇA BONNET, JUAN CARLOS: Comentario a la Constitución. Homenaje al Quinto Aniversario. Asunción: Servicios Gráficos del Poder Judicial, 2007
- MENDONÇA, DANIEL: Cómo hacer cosas con la Constitución. Asunción: Intercontinental, 2008
- MENDONÇA, DANIEL: Un Estudio sobre la corrupción en el Paraguay. Asunción: Intercontinental. 2005.; Infame condición, Paraguay: Democracia pobreza y corrupción. Sevilibro –CEPUC, Asunción, 2003
- MENDONÇA, JUAN CARLOS, RODRIGO CAMPOS CERVERA y LUIS ENRIQUE CHASE PLATE: Enmienda constitucional y reelección presidencial. Asunción: Editora Litocolor, 2006
- MENDONÇA, JUAN CARLOS: Constitución de la República del Paraguay y sus antecedentes. Asunción: Emasa, 1971, 1.ª edición
- MENDONÇA, JUAN CARLOS: Crítica al nacimiento de una Constitución. Asunción: Litocolor. 2000
- MENDONÇA, JUAN CARLOS: La interpretación literal en el Derecho. Asunción: Intercontinental, 2012
- PRIETO, JUSTO JOSÉ: Constitución y Régimen Político en el Paraguay. Asunción: El Lector, 1987
- RIERA HUNTER, MARCOS: La Independencia del Poder Judicial. Asunción: La Ley Paraguaya, 1991
- ROUSSEAU, DOMINIQUE: ¿Reformar la Constitución para cambiar la sociedad?

HACIA UN DEBATE DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Bernardino Cano Radil

SUMARIO: I) PRESENTACIÓN. II) ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y SUS LAZOS CON LOS AMBIENTES POLÍTICOS HISTÓRICOS. III) LA CONSTITUCIÓN DE 1992 ES LA PRIMERA SANCIONADA POR UNA CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICA. IV) EL PODER CONSTITUYENTE. NATURALEZA. V) LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992. OPORTUNIDAD POLÍTICA. VI) PUNTOS A REFORMAR. DEBATE JURÍDICO.

HACIA UN DEBATE DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Bernardino Cano Radil

**“...nuestra justicia es como un trapo sucio...”
Isaías, 64;6**

I) PRESENTACIÓN

La crisis de la transición democrática iniciada en 1989 por incapacidad e inoperancia se constituyó con el tiempo en una crisis de Estado, y un aspecto central del debate actual es si esta crisis se origina en los errores de la Constitución del 92, o por el contrario, la actual Carta Magna vigente, pese a sus errores, como obra realizada por seres humanos, es una simple excusa para esconder el dolo, la mediocridad y la codicia sin límites de nuestras clases dirigentes, en particular empotrada en la política y la justicia.

Dentro de la problemática general descrita en el párrafo anterior, encontramos que el nivel ético y profesional de la justicia nacional se equipara a la queda del gran profeta bíblico. Por cierto, que sea de antaño la crítica no implica desconocer su actual relevancia en su deber de facilitar y hasta viabilizar la convivencia ciudadana en la sociedad política.

Es más, entre las principales causas de las revoluciones siempre se citan las injusticias. Sean estas sociales, económicas o en un sentido más literal el daño que acarrea el Poder Judicial cuando no cumple con su deber, al tener como consecuencia, con el tiempo, la desintegración social y una anomia generalizada.

Como decía Goethe en **Las Cuatro Estaciones**: “Para lograr la paz inalterable basta que cada cual tome lo suyo y de buen grado a los demás conceda el derecho a su parte, como es justo” y “Si a ser libre aspiras, hijo mío, aprende lo que es justo y a ello atente”.

No pensemos solo en la injusticia del Estado, sino en los actos privados, en las relaciones interpersonales, la “injusticia de la justicia” ha sido la principal causa de miles de crímenes, venganzas y desarmonía social. Justicia como virtud de dar a cada uno lo que le pertenece.

Decía el fundador de la política en **La Política** que: “*cometer una injusticia es más malo que sufrirla*” y Platón, en **La República**: “*La injusticia es el mayor de los crímenes que puede cometerse contra el Estado*”.

Pero desde el Islam surge idéntico clamor: “Quien teme a Aláh, Él le facilitará sus asuntos (65:4). Porque la base del temor de Aláh es ser justo y abstenerse de oprimir a las personas. Con la justicia se sienten seguros el individuo y la sociedad, pero con la injusticia se alteran los asuntos, el fuerte se aprovecha de los débiles, quitándole sus bienes y su honor. [...] lo justo será lo que es conforme a la ley y a la igualdad, y lo injusto será lo ilegal y lo desigual.

Por eso surge con una sabiduría que trasciende la emergencia de los tiempos el axioma: “Todas las virtudes se encuentran en el seno de la justicia”. Aristóteles, **Ética a Nicómaco**, Libro V cap I.

Ante estas reflexiones que poseen miles de años de historia y quebranta el alma y la razón de quienes deseamos vivir en una sociedad civilizada; a veinte años de la sanción de la Constitución de 1992 corresponde interrogarse porque en el Paraguay no funciona bien nuestro sistema institucional. Los poderes constituidos y la Parte Orgánica de la Constitución de 1992, en especial su capítulo judicial.

Con el desarrollo del presente trabajo, intentaremos dar algunas respuestas a este interrogante, y desenmascarar una actitud hipócrita de nuestras elites, y en particular, la jurídica, que como en pocos países de la región se ha prestado tanto a retorcer el derecho, la justicia y abusar de una supuesta libertad de interpretación de la ley. Confundiendo dolosamente la clásica distinción liguista legada por los griegos entre *doxa* y *episteme*. Es decir, entre opinión y ciencia, degradando en el país la ciencia jurídica a un simple torneo de opiniones.

Una actitud deleznable, por ciento que aparentemente muy lucrativa por el suntuoso modo de vida que beneficia a sus principales cultores sean éstos juristas de nota, funcionarios del Ministerio Público o magistrados judiciales. Como este trabajo es una reflexión académica, no daré ejemplos personales, solo agregaré que será suficiente revisar la prensa y saldrán fulgurantes los nombres, cargos y bienes de relevantes integrantes de nuestras clases dirigentes que integran el estamento jurídico.

Agregando, por ésta vez, solo que una *justicia como trapo sucio* es impensable sin la participación cómplice del funcionarios judicial o del ministerio público, del abogado de una o a veces las dos partes en conflicto y el cliente que prefiere pagar su costo a la aplicación de justicia que los correspondientes honorarios de un profesional honesto.

En resumen una tergiversación sistémica del funcionamiento de la justicia con autores protagónicos, cómplices y beneficiarios silenciosos. Solo la víctima, ocasionalmente, eleva su voz de protesta; pero es irrelevante ante la cultura del flash que sacude la comunicación de masas y los renovados escándalos que nos salpican diariamente.

Ante este crucial interrogante cabe una sola respuesta. Es deber de los paraguayos el aprender civismo y comprender que los derechos que no se ejercen, ni se defienden, inexorablemente, se pierden. Y si alguna vez miro al costado ante la corrupción del sistema jurídico político porque en la coyuntura me beneficia, nunca tendré la certeza ni aún siendo poderoso, que no me caiga sobre mi cabeza ante la primera modificación de la correlación de fuerzas. Y la objetividad que demanda el imperio de la ley y la justicia, bien gracias; pero en los papeles y el ritual. Tristemente ausentes en la vida real.

En la fecha en el Paraguay el derecho es una red que nos recuerda a Anárcasis: “*La ley es una telaraña que atrapa las moscas y deja pasar a los pájaros*”. Revalorizando desde los clásicos que si la ley no se impone al gobernante, la sociedad política civilizada ingresa en un plano de oscuridad sin fin. Lamentablemente olvidamos a Heráclito cuando sostenía que la “*virtud es el camino más corto a la gloria*” substituyéndolo por una visión meramente crematística de la existencia.

Nuestra elite jurídica y política está alejada de la virtud como pasión motora de vida. Siente el poder como el derecho casi divino de transgredir las normas. Impera una visión del poder y del Estado como organizador del bien común y servicio al prójimo distante y transmutada en mezquindad y “*poti*”; la jefatura del poder, pero carente de reglas. Mas asimilable al “Macho Alfa” y su horda o un padrillo y su manada. Primera forma de organización de nuestra especie. El caudillo primordial simplemente mandaba, no se ajustaba a reglas. Los griegos hace dos mil años le impusieron a ese déspota la razón de la ley “*nomos*” que nos liberada de su arbitraria voluntad. Desde allí una República era ordenada, más aún gobernada por normas que antecedían y debían suceder al gobernante de turno.

La ley obligada a gobernantes y gobernados, ya no se mandaba, se gobernaba en base a una *politeia*, buscando la eunomía (bien común). Es decir, desde los griegos quienes se gobernaron por las leyes era *politeia* o República, quienes no lo hacía eran los “bárbaros”¹.

En otros términos, quienes buscaron aplicar y aplicaron las reglas de la Constitución de 1992 y el sistema legal vigente contribuyeron a consolidar la República, quienes violaron este pacto de convivencia la destruyeron como los bárbaros en la antigüedad.

En el Paraguay todavía el poder y el Estado se lo visualizan en su sentido originario indoeuropeo, primitivo. Un poder político como autoridad absoluta. Entonces, es natural interrogarse si este retorno a conductas cívicas tan primitivas es solo responsabilidad de la Constitución de 1992 por su errado diseño o viene de algún otro lado. A veinte años de su sanción es válido deliberar sobre tópicos tan interesantes.

Resulta que el Estado Social de Derecho asienta sobre un axioma de valor universal: es impensable un derecho sin su correlativo deber. El derecho de ciudadanía integra siempre su contraparte del deber de ciudadanía. Una premisa que permite y viabiliza la evolución humana

¹ Estos temas se han profundizado en Manual de Derecho Constitucional y Político, Ed. Catena y Teoría Política, Ed. El Pacífico ambos de Cano Radil Bernardino.

de formas primarias de organización social a estructuras institucionales más complejas.

De allí que a una sociedad sin ciudadanía, ni compromiso con la virtud o la verdad se le torna hartamente complejo su funcionamiento institucional. Si bien es correcta la premisa que una tendencia general será la contravención de la norma al no ser eficientes los mecanismos de control, no es menos cierto que los referentes jurídicos y políticos no nacen de un repollo o ejercen sus altas investiduras desde París. Son formados en nuestra sociedad por familiares, escuelas, sistemas educativos y axiológicos, iglesias, amigos, la ejemplaridad de conducta de los referentes institucionales y modernamente los medios masivos de comunicación social.

En otras palabras. Nuestros corruptos públicos y privados y nuestros aprendices de dictadores son consecuencias del diseño institucional de 1992 o su proliferación y dominio hegemónico sobre el andamiaje de la República responde a otras causales. Como suele afirmarse con validez científica, en estas disciplinas no existen mono causas, por lo general los hechos sociales devienen de muchas causales.

Ergo, por lo menos será prudente reconocer que todas las causas de nuestros males no vienen de la Constitución de 1992 y por ende es prudente incorporar al análisis facetas sociológicas y culturales que hacen a nuestro imaginario social y revisar cómo definimos el poder y la libertad. Derechos y deberes.

Estos problemas hicieron que la transición democrática no culminara en consolidar un Estado Social de Derecho, aunque haya fructificado con una alternancia pacífica con Lugo, por primera vez en la historia.

Las violaciones constitucionales en estos veinte años son decenas. No es posible, por la brevedad del espacio, pero a modo de ejemplo citaremos de memoria algunas de tantas. Imagínese la primera Corte Suprema de Justicia electa en 1995 ya la violentó al enviar el Consejo de la Magistratura nueve ternas al Senado y este cuerpo legislativo seleccionó siete ministros uno de cada terna, de una terna ninguno y de otra dos ministros.

También tuvimos por un fallo de la Corte Suprema de Justicia un candidato vencedor en la interna del Partido Colorado que le impidieron ser candidato a nivel nacional, un senador Presidente por cuatro años y cinco meses, Directivos Ejecutivos de la binacionales que ejercieron su cargo por años sin ser confirmados, miembros de la Corte Suprema que se dieron la inamovilidad por quince años, otro caso de ministros de Corte Suprema electos, dos de una sola terna, miembros del Superior Tribunal Electoral electos de ternas desintegradas y últimamente un Contralor General de la República que se presentó al cargo de Subcontralor.

De lo único que nos salvamos de las intenciones de violar la Constitución de 1992 y que fuera, sinceramente, creemos, uno de sus grandes aciertos fue el prohibir para siempre la reelección presidencial. Aparentemente todos la quisieron, pero ninguno pudo avanzar con su reelección pese a la campaña pública de por lo menos dos de ellos: Nicanor Duarte Frutos y Fernando Lugo Méndez. Ni hablar las veces que diputados y senadores violaron la Carta Magna como en esta última ocasión que pretendieron por una simple resolución administrativa destituir sin juicio político a siete ministros de Corte. Increíble!

A veinte años de vigencia de nuestra Constitución del 92 tampoco todavía respetamos plenamente la voluntad popular, como sucediera recientemente en las “*urnas delivery*” de la interna liberal, aunque un avance crucial fuesen las elecciones del 20 de abril, que inauguró el voto castigo en el Paraguay. Conquista política oscurecida por las denuncias de fraude en las internas de todos los partidos políticos que compitieron en aquella oportunidad, al reinar la más absoluta impunidad en las internas partidarias. Un dato de la realidad que no deviene del espíritu, ni la letra de la Constitución del 92.

La reflexión inicial, retorna con fuerza inusitada y desgarrar el alma ciudadana. Esta sucinta descripción del estado actual de anomia generalizado que nos agobia es palpable. ¿Pero su matriz se interpreta en clave jurídica?

Es decir: ¿Es culpa de las leyes, y entre ellas, de la Constitución de 1992? O es un nudo cultural que atrofia a sus clases dirigentes (elites)

y se superará fortaleciendo la educación ética y moral, el sistema institucional y mediante el transcurso del tiempo.

Con sinceridad no creemos que el diseño jurídico sea el origen de tantos males, aunque obviamente tenga errores y deba ser mejorado.

Aceptado que la actual postración no se engendra en forma exclusiva, y menos excluyente en la actual Constitución y reconociendo la posibilidad de mejorarla, el segundo interrogante que nos planteamos en esta ocasión es: ¿Están dadas las condiciones para iniciar el proceso político que desemboque en una Reforma Constitucional y en convocar a una próxima Convención Nacional Constituyente. Sobre este segundo tópico, arriesgaremos también una respuesta provisoria.

Ambas hipótesis las exponemos a la crítica más adversa, conscientes que en el debate libre y plural hallaremos parte de las soluciones a los problemas que nos aquejan.

II) ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y SUS LAZOS CON LOS AMBIENTES POLÍTICOS HISTÓRICOS

Sin intención de extendernos en cuestiones históricas, apenas, acotaremos ciertos hitos documentales de nuestra evolución institucional, para explicar los insoslayables vínculos entre los contextos políticos y culturales, y los resultados o textos jurídicos. En el plano teórico derecho y política se muestran como ámbitos opuestos, el derecho se presenta como una tendencia universalista opuesta o independiente a político. Nada más falso.

Siempre defendimos la tesis que derecho y política son inseparables. En la realidad histórica y en los ejemplos de nuestro pasado, nadie podrá negar que se superpongan e influyan recíprocamente.

La realidad del derecho depende y se sujeta a las circunstancias del poder y éste solo se expresa en el Estado, como lo anunciaron pensadores como Maquiavelo y Hobbes, o desde otra perspectiva, Marx y Lenin. Un axioma que geoméricamente se radicaliza si hablamos de

una nueva Constitución y de una posible Convención Nacional Constituyente.

Alección Kelsen: *“La norma fundamental no se crea mediante un procedimiento jurídico por parte de un órgano cuya tarea es crear el Derecho. Ella es válida --como sucede con la norma jurídica positiva-- no porque haya sido creada de una manera dada por un acto jurídico, sino porque se presupone como tal; y se presupone válida, porque sin tal supuesto ningún acto humano podría ser interpretado como acto jurídico y especialmente como creador de normas...”*

Hobbes, por su parte, en su clásico Leviatan señaló: *“ Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno”*. Un fenómeno que Napoleón Bonaparte lo expresó por medio de una alegoría: *“Sólo hay dos poderes en el mundo: la pluma y la espada”*.

Esto indica que la norma fundamental kelseniana, Constitución, no es válida en sí misma desde un punto de vista jurídico, **se valida desde una óptica política, a través de un eficiente poder del Estado**. Una legitimidad vital que emana del poder política y se sujeta al accionar cotidiano de sus actores con sus miedos, culturas, vanidades, ambiciones y conciencia de legalidad. Las leyes, ni siquiera una constitución se independiza en su funcionamiento de su contexto social, institucional y político. Ejemplos en la historia hay muchos, batan dos muy conocidos: Qué pasó con las autoridades y constituciones de Cuba y Paraguay en 1959 y 1989 respectivamente. Cambiaron las leyes o más bien una dramática mudanza en las relaciones de fuerza y poder que sacudieron el árbol jurídico.

Así una Constitución y una Reforma Constitucional son problemas políticos en primer término, después llegan los aspectos técnicos jurídicos. Una Constitución se efectiviza mediante el accionar de la seguridad y certeza jurídica que tienen los derechos, deberes y competencias ciudadanas. Un terreno subordinado a la coerción del Estado y la transparencia y credibilidad de los árbitros pactados que integran el sistema judicial, el ministerio público y los registros de orden público en particular y los poderes constituidos en sus respectivas esferas de independencia, equilibrio y recíproco control.

Ahora un breve repaso de antecedentes constitucionales.

a) Nota 20 de julio de 1811 y Reglamento de Gobierno de 1813

Concluida la revolución libertaria de mayo de 1811, el 20 de julio de 1811 la Junta Gubernativa del Paraguay envía un Oficio a la Junta Gubernativa de Buenos Aires. Esta “Nota” es una proto-Constitución de nuestra República al buscar sentar las bases de nuestra futura organización política. En la misma es de uso indistinto "forma de gobierno" y "Constitución" al asimilar ambos conceptos a acuerdos para fundar una comunidad política organizada.

Una propuesta política jurídica que fracasó históricamente al no concretarse el Congreso General del ex Virreynato del Río de la Plata, y no sancionarse una Constitución confederal. El ambiente político al no favorecer lo pactado hizo naufragar las ideas más nobles y hermosas receptadas desde la Ilustración y las revoluciones norteamericana y francesa.

El 30 de septiembre de 1813 se inauguró en el templo de la Merced de Asunción un Congreso General integrado por más de mil diputados. Rechazada la propuesta de integración a las Provincias Unidas del Río de la Plata, el Dr. Francia y Caballero fueron nominados para redactar un Reglamento de Gobierno, que fue aprobado el 12 de Octubre del mismo año.

Este “**Reglamento...**” inauguró el Consulado que solo duró hasta el año siguiente, en que el Dr. Francia, en nuevo Congreso, se designó Dictador Supremo de la República, solo por cinco años y posteriormente con carácter de perpetuidad. Ejemplo histórico patrio de lo infortunado que resulta para las instituciones, el no aprender a cumplir pactos entre los distintos actores políticos protagónicos de una sociedad.

Una Constitución no se hace imponiéndose un sector a otro, obviamente, esa es la mejor fórmula para el fracaso. La Primera Prueba nacional fue este “Reglamento...” de 1813, de efímera vida y matriz de una larga dictadura. Ninguna ley, “Reglamento” o Constitución frenaron un golpe, revolución o crisis de Estado si las condiciones políticas y su

correlación de fuerzas no lo permitían, solo recordemos a Hobbes y su relación entre pactos, espada y meras palabras.

b) La Constitución de 1844 y su reforma de 1856

El Congreso General de 1844 inició sus deliberaciones el 13 de marzo, y allí, Don Carlos Antonio López, propuso la adopción de una Constitución bajo el título: "Ley que establece la administración política de la República del Paraguay, y demás que en ella se contiene" y se promulgó el 16 de marzo de 1844. Una Constitución que mereció el reparo de Juan B. Alberdi "El país era antes esclavo del Dr. Francia; hoy lo es de su Constitución". Sentenciando: "Es la primera vez, que se ve una Constitución republicana, sin una sola libertad".

Una vez más el ambiente político incidió de un modo absoluto, para la aprobación de esta Constitución, pese a ser sancionada por un régimen que encarnó la más acabada expresión del Despotismo Ilustrado en toda la región. Este segundo ejemplo histórico ratifica la imposibilidad de pergeñar leyes o constituciones, abstraídos del ambiente político.

c) Constitución de 1870

No es motivo del presente trabajo analizar la guerra de la Triple Alianza, ni sus devastadoras consecuencias. Basta con recordar que cinco años de guerra cruel, genocida e inhumana sepultaron a un Paraguay alumbrado como República roussoniana, e impusieron una Constitución de clara orientación liberal, aunque tuviese la sana intención de limitar el poder, no se internalizó, al no estar acorde con el contexto político y cultural imperante de la época.

En 1869, Asunción, cayó en manos de los ejércitos invasores de Argentina y Brasil. Devastado se integró un gobierno provisional con Círculo Antonio Rivarola, Carlos Loizaga y José Días de Bedoya que convoca a Convención Nacional Constituyente. Se sancionan una nueva Carta Magna el 18 de noviembre de 1870.

El proyecto base fue del convencional Juan José Decoud, publicado en su periódico "La Regeneración", una copia de la Constitución Argentina de 1853, redactada por Juan B. Alberdi. El

problema que la desnaturaliza fue que el poder real constituyente, no estaba ni en el Gobierno Provisorio, ni en la Convención.

Cuenta la historia, las veces que tanto el gobierno, como los convencionales, cruzaban a las carpas de los ejércitos invasores para consultarles sobre algún punto del régimen político o jurídico a instalarse.

La Primera Asamblea Nacional Constituyente, por lo menos con tal denominación reunida en Paraguay tampoco pudo abstraerse, ni soslayar la fuerza e influencia del contexto político en el cual sesiona. Su producto, naturalmente, reflejó las ideas de los actores extranjeros de la época, un dato de la realidad historiográfica que no juzgamos, pero ratifica nuestra tesis.

d) El Decreto N° 152 de 1936

Terminada la Guerra del Chaco (1932/1936) se produjo un movimiento revolucionario por descontento con los gobiernos liberales que detentaron el poder nacional desde 1904. El 17 de febrero de 1936, Jefes y Oficiales de las tres armas suscribieron una "Proclama del Ejército Libertador" en Antequera e inician el desmantelamiento de la Constitución de 1870, por no estar sustentada, según los revolucionarios, en las condiciones culturales de nuestro pueblo.

Como si fuera hoy, denuncian en su Proclama: "Ya no existía patria, sino intereses de partido complotados permanentemente contra la suerte de la colectividad, como única explicación de la larga hegemonía del grupo de políticos descastados que han arrojado al país al borde de su desaparición".

Aquí principia una ruptura del modelo democrático liberal impuesto por la Constitución del 70 hacia parámetros más estatistas y autoritarios, con un fértil campo en el país, por nuestra comprensible reivindicación histórica de Francia y los López ante el brutal y cruel genocidio que fuimos víctimas. Nuevamente, la política, administra el proceso jurídico. Otra prueba fehaciente de la tesis sustentada.

e) Constitución de 1940

Derrotada la revolución de Febrero el 13 de agosto de 1937 por otro golpe de Estado respaldado por el Partido Liberal, asume la Presidencia Provisoria de la República, Félix Paiva. Se restaura efímeramente la “república liberal” y su Constitución de 1870, pero ambos estaban heridos de muerte.

El 18 de Febrero de 1940, el Presidente Estigarribia realiza un auto-golpe y afirma que los: "arbitrios constitucionales son impotentes para salvar la paz - más adelante y el progreso- de la nación (sic)" y anuncia que convocará al pueblo a "Una Convención Nacional Constituyente" cuando "sean dominados los factores de la anarquía". Posteriormente, se nos impone una nueva Constitución por el Decreto-Ley N° 2242 el 10 de julio, se la plebiscita el 4 y jura el 15 de agosto del mismo año.

Obviamente, estos procedimientos no estaban previstos en la Constitución de 1870. Otro claro ejemplo histórico del extremado y sensible vínculo entre una constitución y el ambiente político nacional.

¡No hay dudas que los gobiernos de Morínigo y Stroessner se estaban incubando en el Paraguay desde 1936, sin contar la guerra civil de 1947 y la anarquía colorada del 48 al 54.

Anarquía y autoritarismo es el trágico ciclo de la política nacional que debemos trascender y que aparentemente lo hemos logrado tras la Constitución de 1992, pero que todavía abre ciertos interrogantes ante el brote de síntomas anárquicos sumamente preocupantes como los sufridos en la fecha ante el incumplimiento avieso de las órdenes judiciales, la existencia de grupos armados irregulares, la constatación de territorios liberados del poder de imperio del Estado y la puesta en tela de juicio de los derechos de propiedad sin registros ciertos por parte del Estado.

Datos que preanuncian un inevitable caldo de cultivo para males mayores y que de no enfrentar con decisión y voluntad política tendrán efectos sobre el andamiaje institucional de la República, amenazando, incluso, el precario Estado de Derecho que tenemos.

f) Constitución de 1967. Enmienda de 1977

Cuando el Gral. Stroessner (1954/1989) ocupó el poder mediante un golpe de Estado militar con apoyo civil el 4 de mayo de 1954, no necesitó modificar la Constitución de 1940, era afín a su proyecto autoritario. En 1967 Stroessner tuvo que modificarla solo por aspirar a una tercera reelección consecutiva que no permitía, ni siquiera la autoritaria Constitución del 40. La necesidad política de reelección motivó su reforma. Nuevo ejemplo.

En 1966 se convocó a Convención Nacional Constituyente, participando representantes de cuatro partidos políticos reconocidos por la autocracia: Asociación Nacional Republicana (Partido Colorado), Partido Liberal, Partido Liberal Radical y Partido Revolucionario Febrerista. Una vez más el derecho siguió mansamente al poder.

Por eso tenemos tan frágil consciencia de legalidad, el que puede viola la ley, solo por ser más fuerte, y ésta solo se le aplica al débil. Patética realidad nacional que emana de la cultura con sus prácticas políticas e institucionales deleznable, y nunca de las normas jurídicas. Por supuesto su reforma en 1977 fue una simple bufonada para perpetuarse en el poder Stroessner, hasta su muerte. Una reforma a cañonazos de la correlación de fuerzas en el seno del gobierno cambió la historia, sin reforma constitucional.

Si culminó su vida en Brasilia fue únicamente porque el 3 de febrero de 1989 se lo removió mediante un recurso anti-jurídico: un golpe militar cruento. Instancia que abrió las puertas al más largo período democrático de nuestra historia, y que por supuesto, demandaba, como los nuevos tiempos, otra Constitución.

Una vez más el poder marcó los lineamientos al derecho, máxime en un escenario de bajo nivel institucional como el Paraguay, con escasa cultura de legalidad y falta de tradición democrática.

III) LA CONSTITUCIÓN DE 1992 ES LA PRIMERA SANCIONADA POR UNA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICA

Derrocada la dictadura de Stroessner el 3 de febrero de 1989, el Gral. Andrés Rodríguez, emite este mensaje: "Queridos compatriotas, apreciados camaradas de las Fuerzas Armadas: Hemos salido de nuestros cuarteles en defensa de la dignidad y del honor de las Fuerzas Armadas: por la unificación plena y total del coloradismo en el gobierno; por la iniciación de la democratización del Paraguay; por el respeto a los derechos humanos; por la defensa de la religión cristiana, católica, apostólica, romana".

Si el derecho nace de la fuerza, esta proclama simbolizó que las Fuerzas Armadas en su sector vencedor, ofrecía al pueblo paraguayo un nuevo pacto jurídico-político, al agotarse el autoritarismo, por no expresar la nueva realidad mundial: Fin de la Guerra Fría y caída del muro de Berlín (1989), ola democrática en Latinoamérica impulsada por Estados Unidos y el auge de la globalización.

Cabe remarcar y destacar que el Gral. Rodríguez se ciñó a terminar el mandato de 5 años de Stroessner, y sin ningún "reproche" jurídico llamó a elecciones para que un nuevo Ejecutivo y otro Congreso culminaran el período. La Constitución de 1967/77 bien gracias, nuevamente, la realidad del poder político impuso sus condiciones a la esfera del derecho.

En 1991 se reunió la Asamblea Nacional aprobando por unanimidad la necesidad de la reforma total de la Constitución de 1967, e inmediatamente se convocó a Convención Nacional Constituyente. El Congreso dictó la ley de convocatoria para elegir a ciento noventa y ocho convencionales constituyentes el 1º de diciembre del 91, que iniciaron sus deliberaciones a fines de ese año y culminaron su labor el 20 de junio de 1992.

La Convención de 1992 fue la más soberana, libre y democrática de la historia nacional. Sus aciertos o errores son productos únicos y exclusivos de los convencionales, que tuvieron un enfrentamiento hasta con el Ejecutivo (Gral. Rodríguez), quien finalmente aceptó la soberanía

de la Convención. Un hito trascendente y sin precedentes en nuestra accidentada vida constitucional, que legitimó al Jefe Militar vencedor ante la historia, e inauguró un nuevo ciclo político que con sumo cuidado debemos evaluar.

Un período que inició su clausura con la alternancia y elección del Presidente Fernando Lugo, al frente de la Alianza Patriótica Nacional y que culminará cuando él finalice su mandato y sea protagonista de un nuevo traspaso de poder político estrictamente reglado según el resultado de las urnas en comisión libres y transparentes.

Teníamos todas las condiciones para hacer una buena Constitución, salvo una, faltó tradición democrática. A escasos días de las elecciones, el pueblo, ignoraba la propuesta jurídico-política por cual votar, solo se sufragó por partidos y/o proyectos políticos. No se votó ninguna idea jurídica constitucional.

Además, el único proyecto institucional integral fue el de la Asociación Nacional Republicana en el cual colaboramos en su redacción junto al Dr. Oscar Paciello.

La Convención del 92 congregó a los paraguayos en un trabajo integrado y respetuoso. Se erigió en un verdadero Pacto Político Social y Económico no superado. El Partido Colorado, pese a imponerse por cerca del 58% de los votos, facilitó un ambiente democrático afín al debate. Se soñó con un país mejor.

Lamentablemente tanta euforia, con el tiempo, se diluyó y si bien la Constitución que nace tuvo desaciertos, los graves problemas que vivimos son más productos de la mediocridad, codicia e intolerancia de los hombres; más que defectos de la Carta Magna.

El robo electoral, el sistema de impunidad y la pasión por el autoritarismo que evidencian nuestros dirigentes no responden a una matriz constitucional, ni siquiera jurídica, emana de las raíces más profunda de nuestros vínculos culturales con el poder.

Reiteramos. Fraude electoral, corrupción, instrumentación de la justicia y pasión por el autoritarismo no fueron paridos por la

Constitución de 1992. Es más, defendemos la tesis, que estas taras culturales y cívicas devienen desde Domingo Martínez de Irala y su conflicto con Alvar Núñez Cabeza de Vaca, y se hubiesen agudizado a no ser por la Constitución de 1992. Una Ley Fundamental que pese a sus errores, goza de un interesante equilibrio en la distribución de derechos, deberes y obligaciones en el imprescindible pacto entre gobernantes y gobernados.

La Constitución del 92, en general, se define como "Presidencialista con control parlamentario". Nunca tuvimos un régimen político con un Congreso tan activo, y diferente al modelo de 1940 y 1967. Congreso que goza de notables competencias de control sobre el Ejecutivo y que no se emplearon con real eficiencia, pese a varios períodos legislativos, con mayoría opositora al ejecutivo de turno por deficiencia de sus integrantes, no por ausencia de mecanismos políticos idóneos. Un sistema institucional intermedio entre el Presidencialismo al estilo norteamericano, y el parlamentarismo europeo.

IV) EL PODER CONSTITUYENTE. NATURALEZA

Creímos oportuna esta reflexión ante la enorme preocupación que tenemos sobre si estamos en mejores condiciones veinte años después para la empresa de una Reforma Total de la Constitución de 1992. Tenemos una dirigencia política más madura y responsable de sus obligaciones. Un Estado más orgánico, aumentó o disminuyó la conflictividad social. Son temas de gran trascendencia a reflexionar cuando se menciona un Poder Constituyente sea originario o derivado, este es el motivo por el cual agregamos esta meditación. Cuidado con aumentar la anomía y la crisis buscando su solución por medidas correctivas sumamente peligrosas sino se administran con circunspección y visión de Estado, anteponiendo aunque suene ingenuo los intereses de la Patria a los personales o sectarios.

Resulta que una comunidad política organizada tiene un instante fundacional, donde hombres y mujeres, las más de las veces, por medio de representantes legítimos, deciden organizarse, estructuran sus órganos de gobierno y fijan los respectivos derechos, deberes y competencias de gobernantes y gobernados. Este acto primigenio por el cual se instituye una comunidad política organizada es el Poder

Constituyente. Fundada la sociedad política es de esperar el normal desarrollo de los poderes constituidos, que deben actuar en el marco de esa Constitución pactada.

Si el poder constituido modifica la Constitución, por mecanismos no previstos, acontece una ruptura del Estado de Derecho acordado. El poder constituido que excede sus funciones es extralegem, al reformular competencias originales marcadas desde la ley fundacional.

Como una Constitución es una transacción sobre las relaciones reales de poder, quebrado el marco jurídico, nos alejamos del derecho e imperan las correlaciones de fuerza y poder.

No olvidar que el derecho es la única defensa del débil frente al poderoso y garantía del gobernante ante los gobernados. Si rompemos los frágiles vínculos del derecho se inicia la ley de la selva y nos alejamos de una convivencia civilizada.

Una norma constitucional no impedirá, dislocado el Estado de Derecho, que en un conflicto entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial se imponga a falta de un mecanismo institucional idóneo, la voluntad “arbitraria” del más fuerte. Como la tendencia natural es mantener la unidad del poder del Estado, este fenómeno fáctico sucede para evitar su disgregación, obviamente, el peor de los males. Un Poder Constituyente equilibrado debe tener en cuenta estas posibilidades.

Ningún Estado de Derecho en el mundo es poseedor de una fórmula perfecta para evitar el desviacionismo del poder constituido, cuando haciendo gala de la fuerza simbólica o efectiva del Estado impone su voluntad, y desconoce derechos constitucionales, generando episodios y procesos autoritarios.

Estos actos “discrecionales” del poder constituido son destructivos del Estado de Derecho, excesos recurrentes en nuestra historia y que debemos contrarrestar acudiendo a un examen profundo de los grandes organismos formadores de nuestra identidad cultural. Debemos revisar los programas de estudios de las escuelas, colegios y

universidades. El rol de las Iglesias, los partidos políticos, las fuerzas vivas, etc.

Y en especial, no rehuir la responsabilidad de asumir que mientras reina la impunidad para el abuso del poder ninguna formación será suficiente ante la fuerza de la ejemplaridad de los gobernantes para actuar con el poder. Mientras los jóvenes y niños se acostumbren a convivir con la impunidad, nada habrá cambiado y no habrá diseño jurídico institucional que nos eleve del fondo del pozo que siente la ciudadanía.

Un Poder Constituyente originario o de Reforma (Total) es trascendente, al facultársele a sobrepasar el orden jurídico positivo vigente, y hasta a los poderes constituidos. Un Poder Constituyente originario o de Reforma Total actúa después de una revolución que modifica drásticamente el régimen político anterior, o por la destrucción del Estado tras un conflicto interno o externo. Al ser momentos liminares de la política práctica, rige con mayor ímpetu aún la correlación de fuerzas y no la lógica de las leyes.

Es la entidad jurídica formal más relevante en la historia de un Estado, y por lo menos, en teoría, no reconoce límite a su facultad extraordinaria de fijar un rumbo. Su horizonte y límite lo enmarca la correlación de fuerzas existente durante el debate del Poder Constituyente. Nada, ni nadie, puede impedir que se auto constituya en originario como sucedió en Colombia, Ecuador, Venezuela y acaece hoy en Bolivia.

V) LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992. OPORTUNIDAD POLÍTICA

Es hasta si se quiere un debate permanente la necesidad de una Reforma Constitucional en el país. Diversas expresiones del mundo político, jurídico y de la sociedad civil informan, recurrentemente, sobre la necesidad de realizar ciertos cambios.

Estas opiniones, las más de las veces apresuradas y generales, diluyen la dimensión real del problema. Desvían la atención y evitan concretar acuerdos políticos de una calidad diferente o una autocrítica

cultural que coadyuven a nuestra sociedad a levantarse de la actual postración ética, económica y política. La Reforma Constitucional no tiene que ser una excusa para ocultar la reflexión sobre nuestros males que se pueden resumir en una inmadurez institucional crónica. La idea de *politeia* todavía no forma parte de nuestros hábitos y costumbres,

Como primera aproximación al tema “Reforma Constitucional” y por experiencias vividas creemos peligroso impulsarla sin un previo consenso político. El marco de una campaña electoral para elegir constituyentes, donde se disputa el régimen político en una república, no es el escenario más conveniente.

Para colmo, en este particular momento, se mezclan, erróneamente, necesidades políticas, como por ejemplo cambiar la Corte Suprema, con una Reforma Constitucional. Síntoma preocupante sobre la estabilidad y el buen funcionamiento de las instituciones de la República.

Ir a una Reforma Constitucional no será fácil por las siguientes características socio económicas estructurales.

Un emergente sector populista imbricado y legitimado con postergaciones graves de los desposeídos, conviviendo con graves males sociales como el incremento del comercio de la marihuana en el campo, el lavado de dinero y el país como tránsito del tráfico de drogas duras. En un escenario de corrupción endémica y ausencia de calidad en la gestión pública.

Un sector propietario con escasa sensibilidad social, salvo notables excepciones que apuestan por modernizar el país. Que se mira el ombligo sin comprender que cuando los excluidos y marginados son más, el sistema político se quiebra, porque el desarrollo exige inclusión social.

Una historia de acumulación de patrimonio en el país no vinculado a la economía de mercado, ni a un régimen de libre competencia política económica. Con inmensos sectores con economía negra, posiblemente, igual o mayor que la formal con dinámica influencias políticas y judiciales.

La Constitución de 1992 tiene una ideología y define un régimen político preciso en sus artículos 1, 2, 3, 107 y 109. La tirantez entre quienes adhieren a proyectos populistas, sumados a otros clasistas confrontados con otro extremo conservador en quienes detentan el poder económico y social crea un paisaje político especial. Una compleja cohabitación que no empieza, ni a acomodarse y que se debe solucionar mediante consensos y mediaciones y no apuntando a resolverlo a votos en una campaña a elegir constituyentes o eventualmente en la propia Convención. Peligrosísimo. Recuerden no hay ninguna necesidad de cambiar la Constitución de 1992 para reducir la asimetría entre quienes tienen y los desposeídos. La pobreza, el atraso, la indigencia se erradican no con constituciones, sino con políticas públicas y voluntad política; y posiblemente algunas reformas legislativas.

Este no es un escenario auspicioso para una eventual Reforma Constitucional. La Reforma Constitucional nunca puede ser un atajo para el ajuste de cuentas políticas, económicas, ni sociales. Una Constitución Legítima y que perdure en el tiempo, no nace como una imposición de un sector sobre otro, lo prueba la historia, ni por la fuerza de las armas, ni por la fuerza de los votos.

De ser así, sería frágil su futuro, y modificable nuevamente al cambiar la correlación de fuerzas. Una Constitución con este derrotero no estabilizaría las instituciones, profundizaría el atraso, la pobreza y al final, como siempre sucede ante la ausencia de procesos modernos y desarrollistas, la asimetría social.

Una eventual Reforma Constitucional debe impulsarse cuando la sociedad, entre sus diferentes actores políticos, sociales y económicos, acuerde consensos amplios de gobernabilidad institucional, y esté destinada a estabilizar el funcionamiento eficiente del sistema.

Con nuestra recurrente crisis de hegemonía y el fracaso de los distintos gobiernos que se sucedieron tanto a nivel ejecutivo, como legislativo y judicial desde 1992, no sentimos un ambiente propicio para una empresa de tamaña envergadura.

Cuidado con abrir la Caja de Pandora, o buscar atajos para producir los necesarios cambios que necesitamos. En nuestras frágiles

democracias ir a un Reforma sin pactos previos, agudizará la crisis institucional, y puede ser el último gran error político del Presidente Fernando Lugo, que debe concluir su período constitucional.

Por otra parte, pensar en una futura Reforma y su convocatoria a Convención Nacional Constituyente abre interrogantes:

¿Una próxima Constituyente tendrá una mayoría absoluta de algún sector político o será realmente plural como en 1992 pese a la mayoría absoluta del coloradismo?

¿Se abrirán nuevas negociaciones en su seno o crispará aún más el ambiente político?

¿Si la Constituyente establece la disponibilidad de los cargos judiciales y fiscales, designando otros actores? ¿Con que mecanismo se los designará?.

¿Se revisará el régimen económico y de propiedad privada de un modo radicalmente distinto al actual previsto en el artículo 107 y 109?

Si hoy la dirigencia política fracasa en su oportunidad de articular acuerdos: ¿Una constituyente es el instrumento para emprender los cambios institucionales que las elites políticas fracasan a diario para ejecutar? Como lo testimonia diariamente las crisis recurrente entre poderes del Estado.

¿Unirá o dividirá aún más a la familia paraguaya y a la sociedad civil?

Compartimos que la Constitución de 1992 debe ser reformada, al igual que la Ley Electoral. Lo reconoce una mayoría absoluta del pueblo paraguayo según indican varias encuestas de medición pública, pero no acudamos a su reforma ante el actual fracaso de construcción de acuerdos.

¿Que garantiza que no suceda un fracaso aún mayor en una constituyente?

De una Reforma Constitucional nada es más peligroso que los palabreríos huecos, frases rimbombantes o slogans populistas que no harán más que confundir. Hay que precisar con meridiana claridad el régimen político, social y económico consensuado.

El Paraguay en el fondo, no tiene un problema de leyes, pese a ser conscientes que se podrá mejorar el actual marco jurídico. Nuestros obstáculos son culturales, y derivados de éste, institucionales para la construcción de elites.

Derecho y política siempre están en movimiento, al cambiar la sociedad y necesitar expresarse nuevas fórmulas. El interrogante crítico es: ¿Cuándo es apropiado el traslado de la nueva realidad a un cuerpo normativo, en particular, una Constitución? Creemos en la oportunidad de actuar con suma cautela.

La sociedad y el Estado si bien cambian, requieren de una permanencia que permita diseñar y ajustar su desarrollo futuro sobre bases sólidas. Cimientos que no se deben cuestionar de un modo regular o cíclico según mayorías electorales coyunturales. Seamos cuidadosos y no alentar cambios fuera del marco constitucional, un mecanismo que evolucionará a la anarquía o la dictadura.

La historia enseña que las reformas constitucionales son producto de nuevos consensos que no se enmarcan en el esquema institucional vigente y en la actualidad no detectamos estos síntomas y preocupados sentimos la posibilidad de mayores dificultades para reeditar el ambiente democrático, plural y tolerante que reinó en la constituyente de 1992.

No olvidando que las constituciones deben contar con la aceptación de todos (o casi todos) los sectores de la sociedad. Mientras más personas se sientan representadas en una Carta Magna, más fácil será que la misma sea acatada y obedecida de forma voluntaria y libre. De lo contrario, podrá ser legal, pero no legítima y una constitución ilegítima es propia de las tiranías y dictaduras.

En la actualidad la reflexión debe centrarse si la Constitución consensuada en 1992 es útil o no para el Paraguay por la experiencia

vivida y en que temas precisos debería, eventualmente, ajustarse. Insistimos, no será sencillo recrear el ambiente de consenso y camaradería que la alumbró.

En el Paraguay estamos mal. Se profundiza el sentimiento de anomia social entre gobernantes y gobernados, como denunciemos hace quince años en artículos firmados en el Diario Última Hora y otros libros y que nunca se comprendieron a profundidad.

No hay inversión pública, ni estabilidad política. El poder judicial está severamente cuestionado desde dentro y fuera del país². Pero el interrogante es de hierro y requiere una demanda honesta: Esta triste realidad ¿Es consecuencia del erróneo diseño constitucional acordado en 1992 o responde a otras raíces más profundas?

VI) PUNTOS A REFORMAR. DEBATE JURÍDICO

Es oportuno iniciar el debate jurídico e incluso político informal entre partidos y estamentos sobre una probable Reforma Constitucional. Este trabajo de consultas podría desplegarse este año y de arribarse a consensos importantes, que amerite una constituyente, en los temas judiciales y electorales convocarla a fines del 2013.

La Constitución de 1992 fue un texto acordado al salir de una dictadura larga y cruel. Se legisló bajo la sombra de Stroessner y una tradición nacional de pasión enfermiza de abuso del poder. No obstante, honestamente estimamos que si bien la Constitución del 92 adolece de algunas lagunas, incoherencias e imperfecciones cumplió su rol histórico de diseñar una sociedad plural, en un país sin tradición ni historia democrática.

Fue tan eficaz, pese a sus críticas, algunas justificadas y otras que solo buscaron ocultar intereses políticos sectarios o faccionalistas que con su texto y pese a los errores cometidos por la dirigencia política nacional logró dos objetivos centrales, para una etapa que pretendía dejar en el pasado la larga noche oscurantista de la dictadura.

² Cuando una persona comete una injusticia contra alguien, en el fondo se siente superior. Está seguro que su conducta injusta quedará impune y en esencia ultrajando en su dignidad al otro.

A veinte años de su sanción los gobernados ya no perciben como natural e inmodificable su condición de ciudadanos de segunda o tercera categoría. Ahora pretenden un status igual al de los gobernantes y otros sectores privilegiados. Siendo todos conscientes que el instrumento para ejercer una presión eficaz sobre el poder para que mediante sus órganos, satisfaga sus demandas es la protesta y cada vez más una contestación abierta.

El Siglo XXI en el Paraguay es la época del progresivo avance del principio de la igualdad a través de la estrategia de la protesta. Ya no se toleran diferencias agudas económicas, sociales o políticas; y la desigualdad que, a pesar de todo, permanecen, son percibidas como ilegítimas y que deben ser modificadas por fuerza de las leyes o de los hechos.

Muchos miran la Constitución de 1992 como si este fuera el camino. Nada más erróneo, ni equivocado. El atraso cívico y la desigualdad no son causados, ni son efectos directos de nuestra Carta Magna. En algunos casos pueden ser por deficiencias legales, nunca constitucionales; pero llegó la hora de asumir que estos conflictos nacen de una baja capacitación, de un espíritu sano de competencia ausente y de una mala calidad de las políticas públicas por corrupción, mediocridad e ineficiencia. Sin olvidar el cotidiano aporte del sector privado en estos tópicos.

El consenso de los diferentes miembros de una comunidad política democrática hace a la legitimación de cualquier Estado, aun el más democrático demanda este consenso en el respeto de las reglas de juego, donde la primera es la Constitución. Tener presente que el pueblo no es una suma abstracta de individualidades como pretende el mito liberal. Cada gobernado integra un colectivo directa o indirectamente con asimétrica cuota de poder en el control del gobierno y en el proceso de formación de las decisiones políticas. Lo anterior es la realidad, lo otro es una ficción jurídica que legitima y fundamenta la ideología democrática pero no la agota.

Por eso, si a la asimetría en la influencia del poder se le suma la arbitrariedad y el no respeto a las reglas de juego; se pone en entredicho el pacto fundacional de una sociedad democrática y el Estado Social de

Derecho, única motivación para que en el seno de una sociedad democrática los gobernados acepten someterse a los gobernantes.

Interrumpido este normal desarrollo de los hilos invisibles de la legitimidad, los gobernados se sienten liberados del deber de obediencia y el sistema jurídico civilizado que nos aleja de la violencia de la ley de la fuerza se diluye hasta extinguirse; al no cumplir su función de legitimar el poder constituido. Inicia una etapa de convulsiones o de revolución social y política.

Con estos principios fundamentales de una sociedad democrática la elite política y jurídica del Paraguay está jugando al borde de un abismo, arriesgando los hitos conquistados tras largos años de lucha contra la dictadura y trabajo en la construcción de la sociedad democrática. De allí que su conducta, su traición a los principios de la honestidad y respeto a las reglas procesales pactadas son imperdonables y causaron un daño, ojalá que no irreversible, a la consolidación del dificultoso sistema jurídico legítimo que intentamos construir.

Porque solo cuando el poder es estable y capaz de cumplir sus objetivos básicos (justicia, seguridad, educación, salud, desarrollo económico y un mínimo de equidad) justifica su propia existencia. Permite la adaptación de los gobernados a la cruel realidad de la vida con su mandato bíblico de ganarse el pan con el sudor de su frente.

Solo el respeto a las reglas constitucionales y del principio de legalidad garantiza, en un Estado de Derecho democrático, que no se quiebre el deber de obediencia de los gobernados hacia los gobernantes.

Entonces, creemos que las dos metas deseadas, retornando a la Constitución del 92 que anidaban en el corazón de los constituyentes fueron:

1. Organizar una sociedad plural con garantías ciudadanas tanto tiempo conculcadas, con un aceptable nivel de democracia electoral.
2. Permitir la expresión de las grandes mayorías, incluso la alternancia pacífica como sucediera en el 2008 con la

asunción al Poder Ejecutivo del Presidente Fernando Lugo, desplazando al coloradismo de forma democrática y pacífica. Rescatando, el aporte histórico de la mencionada nucleación política al conducir la primera alternancia pacífica en el poder nacional de toda la historia independiente del Paraguay.

Por otra parte, sin pretender agotar la temática de ningún modo, proponemos detener nuestra atención sobre estos puntos a ser estudiados en un eventual diálogo sobre las Reforma Constitucional.

1. Eliminar la exigencia del voto directo para todas las elecciones en cualquier nivel y cargo. Hay que legislar proporcionando la libertad de organización a las instituciones partidarias. El voto directo no solucionó los problemas de representación como se pretendió y casi extirpó un aspecto central de la política que es su función mediadora y articuladora de acuerdos entre los sectores de una misma nucleación política. Favoreció y cristalizó el faccionalismo y sobrevaloró la incidencia del dinero en las internas partidarias.
2. Posibilitar que un dirigente político se presente a candidato a presidente o vicepresidente y parlamentario al mismo tiempo. De lo contrario baja la calidad del Congreso, dramáticamente. En 1992 por presiones claramente electorales y demagógicas se diseñó para que existieran muchos más cargos de los necesarios en disputa, perjudicando la existencia de una dirigencia política entrenada en los asuntos públicos y creando condiciones para una franja dedicada a la política supernumeraria que demanda un Estado agregativo.
3. Incluir un referéndum, plebiscito e iniciativa popular no sujetos a la voluntad del Congreso. El pueblo debería tener algún mecanismo que habilite una consulta directa, realmente directa, para dirimir graves conflictos institucionales o tomar grandes decisiones nacionales. Por supuesto excluyendo ciertos temas de esta posibilidad y no

pudiéndose recurrir a este mecanismo más que una vez cada dos o tres años.

4. Eliminar las listas bloqueadas y cerradas o modificar las circunscripciones electorales para buscar instrumentos que acerquen más a los representantes de los representados.
5. Dotar de una mayor autonomía a los partidos políticos en su organización interna. Los ciudadanos deben estar en condiciones de defender por su propia actividad sus espacios en su seno y elegir entre las distintas opciones ofrecidas.
6. Descentralizar más el Estado, pero no a nivel de departamentos, una burocracia intermedia innecesaria que debe erradicarse. Fue una concesión en 1992 a las presiones demagógicas de crear cargos con fines electorales, aunque no se justificaren por carecer de competencias y territorio propio. La descentralización hay que enfocarla dando mayores funciones y fondos a los municipios, que por su validez histórica, sociológica y política son la forma primaria de la descentralización. Una descentralización real y efectiva es prioritaria en el Paraguay.
7. Erradicar las Senadurías vitalicias, no cumplió su misión y solo trajo conflictos. Es un auténtico despropósito interpretar la Constitución de 1992 sosteniendo que los Senadores vitalicios tienen fueros, porque el argumento es muy simple. Un Senador vitalicio no tiene fueros, porque detenta una nominación honorífica. Carece de fueros porque no cumple funciones de Senador.
8. Fueros parlamentarios. Las inmunidades son "garantías de funcionamiento", no deben interpretarse en forma personal o aplicarse a beneficios personales. Incorporar un mecanismo de control extra-parlamentario para evitar los abusos cometidos que fueron muchos. La corrupción en el congreso es inocultable, al igual que en el Poder Judicial y Ejecutivo.

9. Voto de Censura vinculante, el alto funcionario censurado debe separarse del cargo. Esta es la mejor solución, porque de lo contrario, asciende la escalada de confrontación entre Ejecutivo y parlamento.
10. Deberes y atribuciones del Congreso: Prohibirse que éste incremente el monto del Presupuesto enviado del Ejecutivo. Solo debería reprogramar, ni ampliar, ni crear egresos sin partidas. La falta de límites hace que los presupuestos se inflen innecesariamente y eso solo habilita para obstaculizar el control y hacer crecer aún más la burocracia central por los pedidos parlamentarios bajo extorsión.
11. Deberes y atribuciones del Vicepresidente. Presidir el Senado o directamente eliminar la figura, indagando otras alternativas para los casos de permiso, ausencia o vacancias del Presidente de la República. Al mismo tiempo no se perdería tanto tiempo en discutir la mesa directiva de esa cámara.
12. Corte Suprema de Justicia. Estudiar incorporar su inamovilidad desde su nombramiento. Las sentencias de inconstitucionalidad con efectos erga omnes implementar.
13. Introducir un Tribunal de Garantías Constitucionales, para evitar el recurrente conflicto entre Corte Suprema y Ejecutivo. Entre Corte y Congreso; y entre Congreso y Ejecutivo. Con la salvedad que estos roces son problemas políticos. Un Tribunal con una conformación jurídica y política con plenas facultades de arbitrar en los atolladeros mencionados. La premisa que le orientará, de crucial relevancia, es que los poderes constituidos son iguales y ninguno prima sobre el otro.
14. Hay que garantizar el real funcionamiento de las garantías, definiciones y principios que señalan el artículo 3° de la actual Carta Magna. Recordando que el modelo institucional de 1992 quedó trunco cuando por negociaciones se tuvo que ceder los efectos erga omnes ante las demandas de

inconstitucionalidad y el Tribunal de Garantías Constitucionales por un error de apreciación de los constituyentes no colorados.

15. Enjuiciamiento y remoción de magistrados. Conformar un Tribunal Especial con abogados de la matrícula con ciertos requisitos objetivos por sorteo y exclusión. Iniciada una denuncia contra el magistrado, fiscal o defensor público se integra el Tribunal Especial. Esas personas no integraran otro hasta que se concluya la lista a sortearse.
16. Consejo de la Magistratura. Es un "engendro" sin pies ni cabeza debe ser suprimido, volviendo al clásico vinculo donde elige el Senado de ternas que envía el Ejecutivo y/o la Corte según grado, naturaleza o competencias en forma separada y/o complementaria. No comparto todavía la carrera judicial, salvo prueba en contrario, porque no creo en el sistema meritocrático de las instituciones de enseñanzas.
17. Contraloría General de la República, dotarla de potestad de querellar en forma adhesiva para que no se diluyan sus denuncias. Un aspecto a solucionar con una reforma legal sin rango constitucional. Enseñando Kelsen: "*La democracia sin control es a la larga imposible, pues el abandono de la autolimitación que representa el principio de legalidad supone la autodisolución de la democracia*". Tribunal de Cuentas y Contraloría General de la República deberían aclararse sus competencias para evitar los abusos judiciales y que los afectados manipulen el derecho con fines de lograr un estatus de impunidad.
18. En base a la experiencia evitar que la nueva Constitución sea muy reglamentarista en lo relativo a los poderes constituidos; facilitando modificaciones o ajustes a nivel legislativo sin tener que mellar su validez.

Solo resta hacer votos para que una futura y probable nueva Convención Nacional Constituyente supere la actuación y producto del esfuerzo de 1992 y no sea un retroceso en ninguno de los tópicos que

hacen a la esencia de los derechos, deberes y competencias de gobernantes y gobernados que hacen al funcionamiento del Estado Social de Derecho.

Alertando, con cierta vehemencia tener cuidado que el acudir a las leyes y su diseño no sea una mera excusa de una elite nacional que con estos subterfugios solo pretende disimular con hipocresía su mediocridad e incapacidad de construir generosamente una sociedad mejor, con menos asimetría y mayor equidad.

Será un real y concreto desafío nacional. Una prioridad de la voluntad política de los actores principales de las distintas elites en lo político, económico, intelectual y social para no seguir postergando a un país de enorme potencial en riquezas materiales, que habita una población pobre y extremadamente pobre por su falta de calidad en la administración pública.

Sugiriendo los siguientes objetivos como nación:

1. Expansión progresiva de los servicios públicos como escuela, vivienda y asistencia médica de calidad.
2. Mercados abiertos y competitivos sin especuladores, ni oligopolios.
3. Introducción de un sistema fiscal basado en el principio de la tasación progresiva.
4. Institucionalización de una disciplina del trabajo orgánica dirigida a tutelar los derechos de los campesinos, funcionarios, empleados y obreros frente a los empleadores.
5. Redistribución de la riqueza para garantizar a todos los ciudadanos un rédito mínimo acorde con su compromiso con la sociedad.
6. Persecución del objetivo del pleno empleo con el fin de garantizar a los ciudadanos un trabajo y que no dependen del asistencialismo inconducente o la prebenda.

7. Combate pleno a la corrupción, la haraganería y la mediocridad imperante.
8. Un sistema de seguridad ciudadano eficiente y no sujeto a privilegios, ni arbitrariedades.
9. Una justicia independiente, pronta y económica. Un Congreso y Ejecutivo donde prime la excelencia y el patriotismo.

Objetivos como nación que obligan a diferencias cuales encontrarán una respuesta en el marco jurídico constitucional e institucional y los que responden a una revolución educativa y axiológica. Porque la progresiva recuperación de la disciplina laboral y social, productividad, capacitación y honestidad no dependerá solo de las leyes, sino de las urgentes transformaciones que exigen nuestra cultura y compromiso institucional con la patria. No nos engañemos, ni mintamos demagógicamente a nuestro castigado y sufrido pueblo.

El Paraguay no necesita una revolución jurídica. Le es imperiosa una revolución política y cultural que nos levante del actual estado de postración, a fin de asimilar con eficiencia el potencial enorme que tenemos en riquezas naturales, étnicas y de ubicación geográfica durante las primeras décadas del Siglo XXI. Un tiempo de inflexión para sumarnos al carro de la globalización detectando nuestras ventajas comparativas y alianzas estratégicas a desplegar en este vertiginoso mundo de principios de siglo, en especial con Brasil y Argentina. O definitivamente confirmar nuestro atraso y cercanía institucional con la zonas más postradas del planeta.

Objetivos nacionales que demandan una elite capaz, competitiva, valiente y transparente que no esté dispuesta a más de lo mismo y se sienta en condiciones de refundar la República. Con prácticas políticas, cívicas e institucionales indispensables para la expansión económica y la equidad social. No existe, no habrá, ni siquiera será posible ningún atajo constitucional que resuelva esta problemática acuciante que nos desvela, nos compromete y nos compele a actuar.

Ante el presente diagnóstico y a veinte años de la sanción y promulgación de la Constitución de 1992, insisto, la más soberana, democrática y legítima de la historia institucional del Paraguay será determinante no afrontar el desafío de una Reforma de la Constitución, sin que ésta sea pactada entre las principales fuerzas políticas, sociales, económicas e intelectuales del país.

Podrían ser rondas amplias de consultas varias y a partir de las mismas ir construyendo textos alternativos por títulos, capítulos y temas a ser modificados. En ningún caso debería repetirse la experiencia de 1992 donde se podía cambiar todo, sin ningún parámetro de contención o acuerdo y que aspectos tan relevantes de la estructura institucional de la República esté sujeta a mayorías coyunturales, casuales o basada en pactos espurios de intereses sectarios o personales.

El riesgo será tan dramático que existe la eventualidad de perder las mejoras que eventualmente se puedan o deban incorporar. La sociedad paraguaya debe tener sumo cuidado de iniciar una aventura en tal sentido, pudiéndose trabajar durante el presente año e iniciar el proceso formal a partir de los comicios generales del 2013.

Veintidós años después no restan dudas sobre nuestros deberes, derechos y competencias como gobernantes y gobernados. Manos a la obra que las generaciones futuras nos esperan; porque, recordando con añoranza y reconocimiento al legendario Blas Garay, nunca más reciente que hoy su reflexión en el Diario La Prensa un 4 de julio de 1899:

“No son precisamente principios lo que nos falta; con que se efectuaran los que las leyes han consagrado, tendríamos de sobra; aquí lo que se precisa son hombres, imbuidos en las nuevas corrientes de ideas que informan las ciencias sociales y capaces de digerirlas y aplicarlas racionalmente a la gobernación del Estado”.

**EL DERECHO A UN RECURSO AMPLIO E
INTEGRAL DE LA SENTENCIA
CONDENATORIA DEBE CONSTITUIRSE EN UN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

José Ignacio González Macchi

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. INTRODUCCIÓN. III. PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL. IV. FUNDAMENTOS. V. PROBLEMÁTICA ACTUAL. VI. CAMBIO DE PARADIGMA. VII. CONCLUSIONES. VIII. TESIS FINAL

EL DERECHO A UN RECURSO AMPLIO E INTEGRAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DEBE CONSTITUIRSE EN UN DERECHO CONSTITUCIONAL

José Ignacio González Macchi

Una propuesta de reforma constitucional: incluir la garantía en el artículo 17 de la Constitución Nacional

I. PRESENTACIÓN

Constituye un elevadísimo honor, el hecho de ser nuevamente convocado como en quinquenios anteriores a satisfacer algunos “comentarios” particulares respecto a Normas Constitucionales y al Derecho Constitucional. En aquella primera oportunidad, cuando en 1997 la Corte Suprema de Justicia nos había convocado a expresarnos en un Libro Homenaje al Quinto Aniversario de la Constitución Nacional, lo que hicimos fue promover la imperiosa necesidad de la reforma del proceso penal, no sólo para adecuarlo a la Constitución, sino para proveer un moderno sistema de enjuiciamiento criminal respetuosos de los Principios del Debido Proceso Penal.

En aquella oportunidad, siendo Juez de la Republica me cupo expresar opiniones respecto a las Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, y al hacerlo iba sembrando la idea de la que la Constitución del 92 imponía una profunda y necesaria transformación del proceso penal que regía en Paraguay en virtud del vetusto Código de 1890. Recuerdo haber iniciado mi presentación citando a **Bidart Campos** al distinguir los dos campos esenciales que debían ser abarcados por el Derecho Constitucional moderno: el Derecho Constitucional del Poder, para explicar la Teoría del Estado; y el Derecho Constitucional de la Libertad, para exponer los Derechos y las Garantías de los ciudadanos respecto a las obligaciones del Estado. Adentrándome en definitiva a exponer porqué la reforma de la Constitución nos obligo a pensar en un nuevo modelo de proceso penal,

más humano; más efectivo; más garantista, pero al mismo tiempo, respetuoso de las víctimas.

Posteriormente *-junto a otros compañeros de ideales comunes-*, me cupo en función encargarme de promover un nuevo Código de Proceso Penal, acorde con la Constitución y respetuoso de los DD.HH. Hoy, alejado de la función juzgadora *-no por voluntad propia-*, enraizado en la defensa de los derechos que corresponden a los justiciables desde el rol de litigante en el fuero penal, ya casi no me encuentro con mis antiguos parceros, más no he olvidado aquellos ideales que han guiado mis esfuerzos forenses en tal sentido.

A veinte años de andar tras los pasos muchas veces sinuosos de un Derecho Constitucional Aplicado al Derecho penal y al Derecho Procesal Penal en éste nuestro querido país, librado al devenir condicionante de sus gobernantes y de sus gobernados en una interacción que no acaba de evolucionar de la mera transición hacia una verdadera y efectiva democracia que fluya como sostenedora de un Estado de Derecho más real que aparente, pareciera como si nada hubiera cambiado desde 1989; o que *-a lo sumo-* los cambios fueron exiguos respecto de las reivindicaciones de la sociedad paraguaya post dictatorial.

Así me encuentra esta nueva convocatoria, esperando responder las expectativas depositadas en mi persona como jurista, al intentar exponer que a sus 20 años la Constitución necesita transformarse, volver a moldearse, modificarse y evolucionar en la búsqueda de optimizar viejos anhelos de ésta sociedad tan castigada hoy como ayer. Al hacerlo, me circunscribiré a un monotema que se me ha instalado en el pensamiento hace ya un tiempo, que se viene repitiendo, replicando cual campanadas de templo que llaman a la Paz de sus vecinos. Pues resulta difícil encontrar paz cuando el estado, convertido en gobierno que alterna, y no por ello cambia, persiste en utilizar a un órgano estatal (Ministerio Público) *-a veces dos, también los jueces-* para someter a un estamento societario (los justiciables) a los mandatos, a veces arbitrarios, a veces simplemente injustos, por una forma oblicua de ver a la justicia penal como brazo armado del gobierno de turno, y no cómo límite al *Ius Puniendi*.

Por ello, me propongo, os propongo, revisar la Constitución de tal forma a acercarla a sus primarios y originales objetivos, al menos en cuanto a un Principio necesitado de reencauzamiento, en cuanto a una Garantía que exige una nueva visión para ser efectiva, en cuanto a un Derecho soslayado aunque conocido, por el sólo hecho de no estar “directamente” amparado desde la norma constitucional. **El derecho del justiciable a recurrir el fallo condenatorio debe ser amplio e integral, y debe estar regulado expresamente en la Constitución Nacional para tornarse efectivo.**

II. INTRODUCCIÓN

El artículo 17 de la CN (1992) introdujo una serie de Derechos Procesales de las personas sometidas a un proceso penal, o a cualquier otro del cual pueda derivarse una pena o sanción. Resulta por demás claro que los derechos allí enunciados no agotan los derechos procesales de un imputado, aunque no estén establecidos en la Constitución; así como también pueden entenderse como derechos procesales otros que no están contenidos en dicha norma, pero si están diseminados en la Ley Fundamental –sobre todo en el Título II: “De los Derechos, Deberes y Garantías”-, como por ejemplo: “derecho a no ser privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes” (Art. 11); “derecho a no ser detenido ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente”; “toda persona detenida tiene derecho a: que se le informe el motivo de la misma en ese momento, a guardar silencio, que la detención sea inmediatamente comunicada a sus familiares, que se le mantenga en libre comunicación (salvo mandato judicial en contrario), a disponer de interprete” (Art.12); “el derecho a la defensa; y a ser juzgada por tribunales competentes, independientes e imparciales” (Art. 16); “el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, o contra un pariente” (Art. 18); “el derecho a la limitación temporal de la prisión preventiva” (Art. 19); “el derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada, y la exclusión de valoración judicial de prueba obtenida ilícitamente” (Art. 36), entre otros.

Por otra parte como decíamos, la no enunciación entre los derechos descritos en el artículo 17 de la CN, y fuera de los ya citados, no significa que estos sean los únicos derechos procesales de las

personas sometidas a un proceso penal *stricto sensu*, sino que son aquellos a los cuales los constituyentes les han brindado la cualidad específica de ser considerados Derechos Procesales Constitucionales, sin que ello represente que al no estar plasmados en la Carta Magna no sean considerados esenciales e imprescindibles para el debido proceso penal dentro de un Estado de Derecho. Algunos de estos derechos procesales fundamentales e indispensables de las personas sometidas a un proceso penal, aunque no tengan jerarquía constitucional son: “el derecho a una absolución en caso de duda razonable” (Art.5 del CPP); “el derecho a que la carga de la prueba recaiga en el Ministerio Publico” (Art. 54 del CPP); “el derecho a obtener una resolución definitiva dentro de un plazo razonable” (Art.136 del CPP); “el derecho a no ser sometido a juicio sin acusación” (Art. 358 del CPP); entre otros.

Por ello, atendiendo que la jurisprudencia dominante en los últimos tiempos, procedente de la correcta interpretación y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, junto a una doctrina comparada que en igual sentido ha promovido incluso reformas legislativas de tal forma a ajustar las legislaciones locales afín a estas normas y sentencias internacionales, y que al ser acogidas en Tratados y Convenciones que han sido ratificados y aceptados por Paraguay, es que me animo a promover una reforma constitucional para que sea incluido dentro del artículo 17 “De los Derechos Procesales”, una norma que permita entender como derecho del imputado a un recurso amplio e integral de la sentencia condenatoria .

III. PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

En el referido artículo 17 “De los Derechos Procesales” se incluirá como numeral 12 (o en el lugar que al constituyente le sienta mejor acomodado), el siguiente texto: **“Toda persona tiene derecho a: ... *“un recurso amplio e integral de la sentencia condenatoria”*”**.

IV. FUNDAMENTOS

En primer lugar debemos reconocer que el derecho al recurso está indirectamente resguardado por la CN a través de la aplicación de los Tratados y Convenios Internacionales, que aprobados y ratificados por Paraguay constituyen derecho positivo nacional; aunque no tengan

una jerarquía constitucional suprema, de acuerdo a lo previsto por el artículo 137 de la CN.

En tal sentido, el carácter preeminente de la Constitución por sobre los Tratados, Convenciones y Acuerdos es categórico utilizando el esquema piramidal *kelseniano* del cual está inspirada nuestra Ley Fundamental. Art. 137 CN: *“La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”*.

A **Kelsen** podemos darle vuelta para construir nuestra casa jurídica. Si colocamos el vértice de la pirámide como base, expandiéndolo, veríamos al Derecho Constitucional como el cimiento sobre el cual se debe construir la estructura del ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, y en ese plano, los Tratados, Pactos y Convenios Internacionales, que constituyen derecho positivo nacional, serían como el parquet colocado encima de la superficie de la base, para que a partir de allí, las leyes locales sirvan de pilares de la casa jurídica. Esto sirve para entender que el orden de prelación de las leyes está directamente relacionado con la supremacía de la CN, y de los Tratados sobre las leyes ordinarias.

Justamente al analizar lo que los Tratados o Convenios que constituyen derecho positivo nacional dicen o regulan en cuanto al Derecho al Recurso como un derecho procesal, encontramos que tanto el Pacto Internacional de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), también llamado Pacto de la ONU, celebrado en Nueva York en 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), llamada Pacto de San José por haberse celebrado en Costa Rica, en 1969, tienen dispositivos que establecen como derechos procesales de *“toda persona declarada culpable de un delito”* (Art. 14.5 PIDCP), o de la *“inculpada de un delito”* (Art. 8.2.h. CADH), al recurso contra la sentencia.

En tal orden analicemos las normas emanadas de tales textos normativos. El Art. 14 en su numeral 5 del PIDCP, regula: *“toda persona*

declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley". Por su parte, en la CADH, el Art. 8^{vo} sobre las Garantías Judiciales regula en el inciso 2° que "*Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a:*", y en el literal h) remata: "*derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior*".

Tan es así que la primera conclusión a la que podemos arribar sin temor a equivocarnos es que el derecho a recurrir el fallo condenatorio (y la pena) está reservado exclusivamente al sujeto objeto del proceso, o sea al imputado, en nuestro léxico procesal. Por otra parte, cuando el PIDCP discrimina entre el fallo de condena y la pena, debemos entender que se trata de la posibilidad, es mejor decir del derecho a cuestionar no sólo el fundamento de la condena, sino también la cuantificación de la pena. Por último, también queda claro en el análisis que este derecho a recurrir obliga al Estado a proveer un órgano judicial superior al que dictó la sentencia para que revise el cuestionamiento conforme al recurso planteado; y que sólo la confirmación de la condena y de la pena dará lugar a la ejecución de la misma. A este Principio se le llama también del "Doble Conforme", o de la doble conformidad (confirmación de la sentencia de condena) para que sea legítimamente ejecutable.

De lo que estamos observando en las disposiciones internacionales, y construyendo desde el esquema de prelación expuesto en la Constitución, podemos asumir que el derecho del imputado a un recurso contra la sentencia de condena tiene jerarquía normativa superior a la ley (local ordinaria), pero inferior a la Constitución. Ello nos lleva a intentar entender si la legislación ordinaria procesal estableció un derecho al recurso que pueda ser interpretado y aplicado de conformidad a lo que disponen los Tratados expuestos, y que deben prevalecer por encima de lo que disponga el Código Procesal Penal Paraguayo, si éste los contraría.

V. PROBLEMÁTICA ACTUAL

El CPPPyo en consonancia con el derecho comparado que regía en nuestro margen latinoamericano, a partir de las reformas de los

códigos procesales penales de las provincias de Córdoba y Buenos Aires (Argentina), de Guatemala, Costa Rica, Chile, y de otras reformas que han aparecido en los últimos tiempos, en forma casi paralela a la reforma en Paraguay de 1998, ha promovido un sistema recursivo que intentó proveer seguridad jurídica al imputado para rever una sentencia condenatoria, pero lo ha hecho inspirado –al igual que en el derecho comparado- en un recurso de casación, a la usanza tradicional .

En una presentación anterior, habíamos señalado la necesidad de conocer ¿hacia dónde va la casación penal?, considerando que en los modernos sistemas procesales la casación –como sinónimo de un recurso contra la sentencia- es un medio de impugnación que exige la revisión del fallo de 1ª Instancia, ya sea a través de un recurso ante el Tribunal de Apelaciones (como es aquí en Paraguay), o ante otro tribunal superior (como es en la Argentina con los Tribunales de Casación Penal), o incluso ante la misma Corte Suprema. Es decir, se llame como se llame, e incluso sea que su trámite sea ante un tribunal superior o ante la Suprema Corte, lo que en concreto debemos comprender para saber cómo funciona, y si funciona correctamente desde el prisma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es el contenido y los efectos de un Recurso contra la condena dictada por un Tribunal de Mérito.

En la Facultad nos enseñaron que la Casación es una institución jurídica de antigua data, originalmente nacida en Francia, y que ha sido rescatada en el moderno derecho procesal penal de la mano de un reformado sistema de procedimiento de corte acusatorio, constituyéndose como un remedio procesal que vendría a reemplazar al recurso de apelación revocatorio. Pero esto no nos dice nada sobre su naturaleza o sus efectos en un moderno proceso penal. La doctrina más moderna ha permitido reformas legislativas en los países de la región que impusieron un recurso contra las sentencias de mérito (1ª instancia). Así por ejemplo sucede con el sistema procesal argentino, en el cual la casación es el recurso que permite a un Tribunal superior conocer las impugnaciones de las sentencias de los tribunales de juicio. En nuestro país, debemos recordar que a la época de la entrada en vigencia de la nueva CN en 1992, aun regía el vetusto Código de Procedimientos Penales de 1890. No obstante, ante la existencia de una norma constitucional que la estableció (Art. 259 inc. 6º CN), su inclusión

normativa dentro del nuevo Código de Procedimientos Penales, fue impostergable, necesaria y obligatoria.

Por ello, al emprender esta nueva tarea explicativa respecto a los alcances de un recurso contra la sentencia de 1ª instancia, nos comprometemos a señalar algunas implicancias que tienen que ver con la cabal comprensión de un instituto recursivo efectivo contra las sentencias definitivas o de 1ª instancia, sea que se denomine APELACIÓN (especial) o CASACIÓN.

Al momento de proyectarse la incorporación jurídica de la CASACIÓN en el novel régimen procesal penal paraguayo, se intentó respetar tanto la naturaleza del instituto, el remedio procesal al que era llamado a responder, y la jerarquía del órgano jurisdiccional encargado de resolverlo. Así, se dispuso que la Casación fuera dispuesta como un Recurso, que por regla constitucional debía ser resuelta por la Corte Suprema de Justicia; y en tal sentido, se debía limitar su ejercicio a casos extraordinarios, para impedir que el máximo tribunal de la República se constituya *–nuevamente–* en una tercera instancia. No sólo para evitar dilatar la resolución de los casos judiciales; sino también para determinar con precisión las vías recursivas ordinarias en un sistema procesal que establece el momento esencial del proceso en el juicio oral y público. En otras palabras se pensó en la Casación como un remedio procesal a ser aplicado ante la Corte Suprema, sin perder de vista que la sentencia de 1ª Instancia debía ser revisable por Tribunales de Alzada ordinarios.

Por ello, se construyó un Recurso de Apelación de las Sentencias, con el *espíritu* de una casación, al cual se le denominó “Apelación especial” (Art. 466 CPP), para diferenciarlo de los recursos contra otras resoluciones de primer grado que pueden ser dictadas por los jueces penales que intervienen en la Etapa Preparatoria y en la Intermedia (Art. 461 CPP), o durante la Ejecución de la Sentencia (Art. 495 *in fine* CPP).

Para comprender cabalmente esta estrategia legislativa, conviene realizar previamente una síntesis histórica del origen y de la naturaleza primigenia de la Casación, para luego ir analizando su posición actual y las perspectivas de reformulación de sus objetivos y facultades.

Es incuestionable que el horizonte de proyección –*usando una expresión zaffaroniana*– de nuestro proceso penal vigente, luego de pasar de la vetusta inquisición española al modelo denominado mixto del antiguo código de 1890, está configurado por un remozado sistema acusatorio cuya fuente directa la encontramos en el código modelo para Iberoamérica, el reformado Código Procesal de la Provincia de Córdoba (Arg - 1992), y los Códigos Procesales de Guatemala (1992) y de Costa Rica (renovado en 1998).

El régimen de proceso penal acusatorio, sin embargo, no es nuevo, comienza a gestarse a partir de la decadencia del imperio romano, cuando se dejan atrás las primeras formas procesales inquisitivas de la Roma imperial donde las causas se instruían exclusivamente a partir de las denuncias privadas (debido a la falta de una acusación pública), dando lugar a las denuncias difamantes, acusaciones falsas, delaciones serviles o prebendarias. Posteriormente, en el siglo XIII aparece el sistema inquisitivo, conocida hoy como un sistema cruel e inhumano de proceso penal, primeramente para los juicios relativos al derecho canónico por delitos de hechicería y herejía. Puede recordarse –*como muestra*– que la confesión se extraía por cualquier medio, incluso mediante torturas.

El proceso "mixto" surge en las etapas previas a la Revolución francesa, en cuyo contexto fuera cuestionada la tortura como metodología que afectaba a la dignidad del ser humano y aparecen leyes que garantizaban la publicidad del juicio, el derecho de defensa y la elección del jurado popular, con la presencia de representantes del ministerio público fiscal. Sin embargo, el poder de administración de justicia era delegado por el Rey en órganos que ejercían esta potestad en su nombre.

En la Ordenanza criminal francesa de 1670, la teoría de la *justice retenue* consistía, precisamente, en admitir que toda decisión judicial provenía del rey y residía en él, quien la delegaba en sus oficiales pero la conservaba en origen y en plenitud. La teoría fundó la posibilidad de dirigirse ante el Consejo del Rey para rogarle que casara la sentencia – *pouvoir en cassation*– o al Rey mismo para que librara una *lettre de grace*; la misma apelación revestía esta característica principal. La casación tradicional, desde su implantación en Francia, fue políticamente

concebida como un instrumento hábil para preservar la virtualidad de la ley, mediante el estricto control nomofiláctico (del derecho) y de su interpretación uniforme.

Julio B. J. Maier lo expone soberbiamente: *“Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales –en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso trasformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada, o, incluso, eliminada– fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del sistema judicial de la Inquisición. Eran, antes bien, instancias de control burocrático que garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad”*.

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808, fue el instrumento que introduce el sistema mixto en Europa. Este esquema fue el que implantó el derogado Código Paraguayo de Procedimientos Penales de 1890, que tomó como modelo la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de la época, que *–paradojalmente–* ya había sido derogada al momento en que se implementaba en nuestro país. Por ello, se decía que aquél Código “nació viejo y caduco”. Contaba con dos etapas que se ejercitaban en forma escrita, el sumario y el plenario, sin oralidad alguna, excepto en la toma de las declaraciones, que por cierto, casi siempre se hacía ante funcionarios en quienes se delegaban irregularmente potestades determinadas para magistrados; incluso la sentencia definitiva se expresaba por escrito sin pronunciamiento oral.

Este era el sistema de administración de justicia penal que nos rigió hasta antes de la reforma de 1998, donde los recursos *–ni siquiera el recurso contra la sentencia definitiva–* no significan una garantía procesal a favor del acusado o condenado sino, antes bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado.

Por lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que cuando se hace referencia al moderno sistema acusatorio, se está diciendo que las funciones requirentes y acusadoras deben diferenciarse de las juzgadoras; que el imputado y su defensa deben plantear sus postulados

confrontando con la contraparte (bilateralidad); que deben hacerlo frente a un órgano jurisdiccional independiente e imparcial; y que éste sólo puede arribar a un pronunciamiento definitivo luego de un juicio oral y público, donde se respeten los principios de inmediación, concentración, economía, y primordialmente, contradicción. Pero que la revisión integral del fallo (sobre todo si es condenatorio) no es una consecuencia del sistema acusatorio tradicional, sino que es fruto de un cambio de paradigma en cuanto a los derechos procesales de los justiciables, como se verá seguidamente.

VI. CAMBIO DE PARADIGMA

Evidentemente, hubo un cambio trascendental del sistema inquisitivo hacia el acusatorio moderado, como el que tenemos en Paraguay a partir del nuevo código del proceso penal, pero eso no significa que esta reforma haya llegado hasta el sistema recursivo, y que la necesidad de "ordinarizar" el recurso de casación (en Paraguay llamado de Apelación Especial de la Sentencia) para que responda a los postulados de la doble instancia en materia penal no viene impuesta estrictamente por el modelo de proceso acusatorio, sino por las exigencias de un orden normativo internacional –el cual no exige la adopción del modelo acusatorio-, que establece como Derecho Procesal del justiciable la revisión del fallo condenatorio como una garantía que las leyes procesales internas deberían respetar.

Decimos esto pues resulta claro que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969) cuando dispone en su Art. 8.2.h) que una persona juzgada tiene en el procedimiento penal, entre otros derechos, el "Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior", lo que propone es el derecho al recurso contra el fallo condenatorio, pues se refiere al "inculcado por un delito". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) que en su art. 14.5) claramente establece que este derecho corresponde a "Toda persona declarada culpable de un delito" e impone "que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior".

Nuevamente seguimos la lectura de **Maier** quien nos alienta a un verdadero "cambio de paradigmas", insistiendo que un Recurso contra

una Sentencia (especialmente si se trata de una condena), ya no puede servir exclusivamente como medio de control de las actuaciones de los órganos inferiores; sino antes bien debe comportarse como un Derecho del Imputado. Para este autor, dos son las consecuencias prácticas que deben determinarse a partir de la correcta aplicación de estas normas internacionales que hemos expuesto previamente:

a) el recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal amplia del condenado que tiene derecho a que su sentencia sea revisada integralmente por un tribunal superior y, al mismo tiempo, perder por completo su carácter de método de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre la tarea cumplida por los tribunales inferiores (*para eso están el Consejo de Superintendencia de la Corte, o el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, por ejemplo*); y

b) el recurso contra la sentencia condenatoria ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el proceso, o que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes que sean distintos del condenado. Ya no deberá constituirse como la facultad recursiva de todas las partes del proceso, para evolucionar convirtiéndose en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, como condición inexcusable para la efectiva ejecución de una pena estatal. Ello equivaldría a plantear que sólo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible, y sólo lo es por el condenado. Así, una absolución, o una condena no recurrida a favor del imputado deberían quedar firmes por su solo pronunciamiento, y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un *bis in idem*.

Estoy seguro que de estas afirmaciones, la cuestión a relativa si es o no posible entender desde nuestro orden jurídico procesal penal que una absolución no puede ser recurrida, esta posición resulta “shockeante” sobre todo al ámbito de aplicación de las potestades recursivas del Ministerio Público. Por ello, he considerado prudente ceder la posibilidad de volver sobre este aspecto en alguna otra

oportunidad, para insistir sobre la propuesta que nos comprometemos defender en este momento.

Con esta postura doctrinaria asumida como nuestra, volvemos sobre nuestra proposición de reforma constitucional para imponer como un derecho procesal constitucional, el derecho del condenado a un recurso amplio e integral de la sentencia de condena.

Para ello, analizamos previamente ¿Qué es lo que se permite estudiar –y juzgar- en un recurso contra un fallo de un Tribunal de Merito? en nuestro esquema recursivo ordinario actual. Para contestar esta pregunta, partimos por conocer el parecer de la Corte Suprema en algunos fallos en cuyos fundamentos se sale del estándar limitante de lo que puede ser juzgado en una Apelación Especial contra la sentencia.

EXPTE: “R. E. de CASACIÓN en los autos: “HERMINIO LOPEZ S/ VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y OTROS EN LIMPIO”. *“La garantía de la fundamentación de la Sentencia, deja al juez la libertad de apreciación sicológica, pero por otro lado, le obliga a correlacionar sus argumentos o razones, y demostrar su conclusión; esto es, establecer una ligación racional entre argumento - razón suficiente y la conclusión. En otros términos, el Tribunal debe suministrar las razones que justifican su fallo, el porqué de su decisión. No es suficiente la excusa destacando que la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la Sentencia de Primera Instancia no son atacadas por vía de la Apelación Especial de la Sentencia. El tribunal de Alzada, está obligado a controlar el proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento, y al expresar la correlación lógica de argumentos o de razones suficientes que “demuestren su conclusión”, lo cual, no significa necesariamente incursión del Tribunal en el terreno de los hechos”* (Acuerdo y Sentencia N° 892 del 21/11/2001).

EXPTE: “R. E. de CASACIÓN en los autos: “GREGORIO LOPEZ IRALA S/ H.P. C/ LA VIDA. HERNANDARIAS”. *“En el estudio del recurso de casación, el “principio de control de la razón suficiente de la sentencia”, exige que las conclusiones a las que se arriba en la resolución sean una consecuencia lógica de las pruebas rendidas, y que éstas solo puedan dar fundamento a esas conclusiones y*

no a otras; dicho de otro modo, que las decisiones adoptadas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento. ... No se hace lugar al recurso de casación basado en la causal de sentencia manifiestamente infundada cuando el tribunal de apelaciones aplicó correctamente las reglas de la sana crítica y no ha vulnerado los principios lógicos que gobiernan la elaboración de los juicios (identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente)”. (Acuerdo y Sentencia N° 3 del 11 de febrero de 2004 – Sala Penal C.S.J.).

Al respecto, en estos fallos parecería que la Suprema Corte está de acuerdo con la posibilidad de una revisión profunda del fallo dictado en 1ª instancia por los tribunales de merito en los juicios orales; al menos sobre la logicidad o para rever la arbitrariedad. Aunque no podría decirse que admite la revisión integral del mismo. Es más, existen otros fallos donde la Corte se opone a un examen que incorpore en alzada un reestudio sobre los hechos (intangibilidad fáctica), o sobre la valoración probatoria, o sobre la determinación o medición de la pena practicada por los jueces de un tribunal de sentencia.

Por su parte, el Ministerio Público institucionalmente es reacio a aceptar que los Tribunales de Alzada tengan competencia revisora amplia sobre la sentencia condenatoria. Para la mayoría de los fiscales, esta sería una “*extralimitación del Tribunal de Apelaciones*”. En este punto, los fiscales asumen una conducta procesal más propia de un querellante que de un representante del Ministerio Público, y como tal, lesiona uno de los deberes y atribuciones funcionales normado por la Constitución Nacional, que en su Art. 268 inc. 1° le obliga a ser celoso custodio de las Garantías Constitucionales. Los Agentes Fiscales deberían aceptar que en nuestro país rige el “Estado de Derecho”, según el cual, no solo los súbditos se rigen conforme al orden jurídico, sino que el propio Estado está sometido a las normas reguladas en la Constitución, en los Tratados Internacionales, en las leyes y reglamentos o resoluciones que las incorporan efectivamente.

A los fiscales les incomoda la posibilidad de que los Tribunales de Alzada revisen la condena, y que eventualmente revoquen o anulen el fallo y con ello reenvíen el caso a nuevo juicio, o que midan en forma correcta la pena a imponer, o que absuelvan directamente. Sin embargo,

cuando se trata de una absolución en primer grado, desconozco el caso que hayan dejado de recurrir el fallo, y que hayan requerido la instrucción al superior que su Ley orgánica les permite (Ley N° 1562/2000. Art. 39: RECURSOS: ... *“Cuando el Ministerio Público haya acusado por un crimen y se produzca una sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo, si el agente fiscal a cargo considera que no debe impugnar la decisión, solicitará instrucciones a su superior jerárquico”*).

Por esta norma establecida en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, el fiscal interviniente en el proceso en el cual imputó y acusó por un hecho punible que constituya un crimen (aunque pueda darse el caso que no sea el mismo fiscal quien produjo ambos requerimientos), tiene la opción de apelar una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo, o dejar de hacerlo; y en éste último caso, lo que la norma le exige es solicitar instrucciones al superior (al Fiscal Adjunto o al Fiscal General del Estado, según el caso). Pero, lo más importante es que en aquella norma solo se regula de las apelaciones para el caso de crímenes, no para delitos; por ende, deberíamos entender que en caso de delitos el agente fiscal interviniente no tiene potestad para apelar una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo, aunque haya acusado; o por lo menos, que en caso de delito, el fiscal no está obligado a requerir instrucciones al superior si es que según su parecer no debe apelar. Para entender mejor esta posición, partimos de la base de las normas generales de los recursos, sobre todo en aquella que establece que solo tiene derecho de apelar aquél *“a quien se le cause agravio”* (Art. 449 primer párrafo), o *“a quien le sea expresamente acordado”* (Art. 449 segundo párrafo). Por ello consideramos que una absolución o un sobreseimiento definitivo sobre la base de una correcta aplicación de la Ley Penal (de fondo) por el cual se determinó la falta de tipicidad o la inexistencia del hecho punible debe ser inapelable para el fiscal, pues solo el Juez conoce el derecho (*“iuria curia novit”*). No en el sentido del conocimiento teórico de la ley aplicable, sino en el sentido que solo al Juez le está reservada la potestad de juzgar aplicando la ley; por tanto, no le causa ningún agravio, ni constitucional, ni legal, el caso que el Tribunal decida adoptar una calificación diferente, menguando la pena en caso de condena; ni absolviendo por falta de tipicidad o por inexistencia del hecho punible.

En nuestro margen, nuestro país ratificó en el año 1989 la CADH (Ley N° 1/89) y en 1992 el PIDCP (Ley N° 5/92), que establecen la garantía procesal del imputado que *la sentencia de condena sea revisada por un tribunal superior*. Así, la reforma constitucional de 1992 confirió jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales, y tornó la aplicación obligatoria de las garantías previstas en los Pactos, por parte de los tribunales locales. En tal sentido, al concluir que el derecho al recurso de la sentencia condenatoria está reservado exclusivamente al condenado (al inculcado de un delito), como ya habíamos señalado más arriba, ello excluye la posibilidad de que el Ministerio Público (o el querellante; o la víctima aunque no se haya constituido como querellante) estén facultados a recurrir un fallo condenatorio; pues la Regla General respecto a los recursos (Art. 449 último párrafo), claramente expone que ***“El derecho a recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas”***.

Al respecto, si concluimos que los Tratados que hemos analizado constituyen derecho positivo nacional, con carácter jerárquico superior a las leyes ordinarias, esto significa que sus normas prevalecen con relación a lo que dispone el Código Procesal Penal; y en tal sentido, en estos Pactos se establece exclusivamente el derecho a recurrir para el condenado (no para las demás partes). Por tanto, según nuestro derecho positivo nacional, el derecho a recurrir una sentencia condenatoria está acordado (reservado) exclusivamente al condenado, y por ende, la impugnabilidad le está vedada a las demás partes. Cabe aplicar la primera parte del párrafo expuesto en negritas del artículo 449 del CPP, y excluir la última parte, pues es inaplicable de acuerdo a lo que regulan los Pactos Internacionales. Una interpretación contraria sería inconstitucional.

Esclarezcamos un poco más esta cuestión. Si bien en la CN no existe ninguna norma explícita respecto al derecho al recurso de una sentencia (ni de la condenatoria, ni de la absolutoria); existen no obstante otras normas constitucionales que podrían construir estos mismos efectos que vemos más arriba. A ver, por una parte, el Art. 11 CN regula que *“nadie será ... procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes”*, y haciendo una

lectura contextual de la regla, podemos entender que el proceso del cual se está refiriendo no es otro que el proceso penal (pues el título del artículo es “De La Privación de la Libertad”); y como proceso penal debemos entender desde su formal inicio (la imputación) hasta su conclusión definitiva (condena firme). Por ello, todo el proceso (penal) de principio a fin debe desarrollarse de conformidad a la CN y las leyes. Por su parte, el Art. 17 “De Los Derechos Procesales” (penales), establece que toda persona (imputada) tiene derecho a ... *“que no se le condene sin juicio previo”* (inciso 3º). Aquí nuevamente se sobreentiende que el proceso penal es un todo desde principio a fin, y que el proceso culmina con una sentencia condenatoria luego de un juicio previo. En el mismo artículo 17 CN encontramos otro derecho procesal (penal) de toda persona (sometida a proceso del cual pueda derivar pena o sanción), según el cual tiene derecho a: ... *“que no se le opongán ... actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas”* (inciso 9º), que resulta coincidente con lo estipulado con lo dispuesto en el ya citado Art. 11 CN. Hasta aquí, vamos por una parte.

Por otra parte, decíamos que la CN no dispone de ninguna norma específica sobre el derecho al recurso; más allá que admita que la Corte Suprema de Justicia tiene potestades para conocer y resolver sobre los recursos ordinarios que determine la ley; sobre la inconstitucionalidad; y del recurso de casación (Art. 259 CN). Pero nada dice sobre el derecho del imputado, ni de otra persona o parte en el proceso por el cual se le permita recurrir alguna sentencia adversa. Por ello, debemos construir este derecho, y lo hacemos a través de lo que regulan los Pactos y Tratados Internacionales, que constituyen derecho positivo nacional con jerarquía superior a las leyes ordinarias (entre ellas, al CPP). Así, en virtud al Art. 137 CN, debemos hacer prevalecer lo que dicen los Pactos, antes que lo que regulen las normas procesales del CPP, si éstas las contarían. Los Pactos regulan el derecho a recurrir una condena como un derecho exclusivo del justiciable. *A contrario sensu*, lo prohíbe para las demás partes. Si a esto, le agregamos el fundamento por el cual las normas generales relativas a los recursos en el proceso penal ordinario establecen que solo tiene derecho de apelar “a quien le sea expresamente acordado” tal potestad (Art. 449 segundo párrafo). En tal sentido, los Pactos citados dan cuenta que sólo el condenado tiene derecho a recurrir una sentencia que lo condena, por tanto tal derecho le es exclusivo; restringiendo su impugnabilidad a las demás partes.

Seguidamente revisemos la doctrina que proviene de las citadas normas internacionales, que en virtud al orden de prelación constitucional, constituyen derecho positivo nacional prevalente respecto a las leyes ordinarias.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la oportunidad de resolver el Informe N° 24/92, precisó que un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el Art. 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.) debe permitir *“la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba”*.

Posteriormente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, al analizar si el recurso de casación penal (similar a la institución prevista en nuestro sistema de enjuiciamiento penal para la apelación de la condena) cumple con los requisitos del derecho al recurso, sostuvo que *“la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente... limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5°, Art. 14, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP)”*.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la sentencia contenciosa dictada contra Costa Rica en la causa *“Herrera Ulloa”*, de fecha 2 de julio de 2004 estableció que el derecho a recurrir debe permitir que *“una sentencia adversa sea revisada por una juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, que tenga jurisdicción para conocer en el caso concreto, por medio de un recurso ordinario y eficaz, sin mayores exigencias que tornen ilusorio este derecho, y que permita un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior”*.

La CIDH también sostuvo que la finalidad del recurso sería *“...evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses de una persona...”* y es un deber del Estado proveer de un recurso eficaz contra la sentencia ante un juez o tribunal superior.

En la Argentina, la jurisprudencia de la Corte Suprema de esa nación, confirió carácter vinculante a las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el vecino país, aquí cruzando el puente, la CSJN entendió inicialmente que el derecho de toda persona inculpada por un delito, a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, previsto en el art. 8º, apartado 2º, inciso h) de la CADH se encontraba satisfecho por la existencia de un recurso extraordinario. Luego, a raíz de la sanción de ley N° 23.774, la Corte Argentina entendió que para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal se debía declarar la inconstitucionalidad de la norma que veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena (norma similar a nuestro Art. 478 inc. 1º del CPP). No obstante, la Corte Argentina mantuvo hasta no hace mucho tiempo una interpretación del derecho al recurso limitada a vicios en la ejecución y aplicación de la ley (*vicios in iudicando*).

En igual sentido a lo anteriormente descrito respecto a la Corte Argentina, la declaración de inadmisibilidad de un Recurso de Casación interpuesto ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sustentado sobre la base de la “inimpugnabilidad objetiva” del Recurso, cuando éste es planteado contra una sentencia definitiva condenatoria a una pena inferior a 10 años de privación de libertad, sería incuestionablemente inconstitucional. En nuestro país el problema estaría en ¿Cuál sería el órgano que podría revisar la sentencia del máximo tribunal? En cambio, si estuviera expresamente descrito en la Constitución, a raíz de la reforma aquí propuesta, la Corte no podría aplicar la norma ordinaria en desmedro de su inconstitucionalidad manifiesta.

La mejor doctrina Argentina, tal como ocurre habitualmente en nuestro derecho procesal penal, se adelantó a la jurisprudencia en aquel país, así como hoy se pretende que entiendan nuestros tribunales de Alzada, y que revisen su posición original, y admitan sin demora una nueva interpretación a la luz de las normativas internacionales, de las resoluciones y de las advertencias de los organismos judiciales internacionales, y de la doctrina dominante en materia de Derechos Humanos y Derecho Constitucional Aplicado. Así, el profesor **Julio B. Maier** sostuvo que los pactos de derechos humanos establecen un

derecho exclusivo del condenado a requerir la *doble conformidad* con la condena, como condición de la ejecución de una pena estatal. Ello implica el derecho a lograr una revisión del juicio en la que permita reexaminar los actos del procedimiento, la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal y las fallas en la solución jurídica del caso.

Por su parte, según mi humilde opinión, fue el jurista **Daniel Pastor** el que más influyó en esta materia, con su trabajo titulado *La nueva imagen de la casación penal*, al efectuar un análisis crítico de la casación tradicional y propuso una alternativa a la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal, tendiente a adaptar la casación penal a los principios del Estado constitucional de derecho.

En la obra citada, **Pastor** ha demostrado que, si bien el objeto del recurso de casación ha experimentado una evolución con el fin de llevar más «justicia» al caso individual y neutralizar en mayor medida la arbitrariedad judicial, casi tan importante ha sido la superación de la barrera más contundentemente impuesta para la reprobación amplia de la sentencia, entendida como la destrucción del mito de la distinción entre hecho y derecho como objeto de recurso. No obstante, **Pastor** admite que la incorrecta aplicación del derecho sustantivo o el incumplimiento de las reglas del derecho adjetivo, como objeto recursivo es derecho vigente, casi sin excepciones, en la legislación comparada; así como también lo es en nuestro sistema recursivo (Art. 467 CPP). Por ello, el derecho fundamental del imputado a una amplia refutación de la sentencia condenatoria (*derecho a defenderse una vez más*) debe borrar esos límites de la ley, dado que ellos obstaculizaban de un modo dramático una satisfacción eficaz de ese derecho del condenado.

Pastor insiste en que “*si bien a veces es preciso recordar una vez más la obviedad de que las garantías judiciales de los derechos fundamentales sólo están previstas para protección de la persona sometida al poder penal del Estado, en esta materia, sin embargo, la cuestión no es problemática ni para el más dormido: en el elenco de los derechos fundamentales la prerrogativa del recurso contra la sentencia está otorgada de un modo expreso únicamente a «toda persona declarada culpable de un delito» (PIDCP, art. 14.5) o «inculpada de un delito» (CADH, art. 8.2.h). Por tanto, las limitaciones impuestas por el*

legislador al ámbito de lo que las partes acusadoras podrán reprobado de las sentencias que las perjudiquen rigen soberanamente cualquiera que sea la razón que el legislador tuvo en cuenta para disponer el recurso de esa manera. Esto es algo que ya se observa con el recurso contra sentencias por hechos que no son conminados con penas de importancia o que son castigados con una intensidad apenas inferior a la pretensión acusatoria (minima non curat praetor). Según esta doctrina, al imputado no le rige la imposibilidad legal de recurrir condenas por hechos de «bagatela», justamente por la preeminencia de su derecho constitucional a un recurso contra la condena, pues en el Derecho Constitucional Argentino, la norma de los Tratados se equiparan a las normas constitucionales porque la propia CN Argentina así lo establece. Por ello, ni la fiscalía, ni la querrela pueden cuestionar que se les considere suprimida su facultad impugnatoria en caso de absoluciones por hecho de menor cuantía o de condenas cuya extensión es ligeramente discrepante con la pretendida.

Siempre según el jurista argentino citado, “el mantenimiento del recurso acusatorio es cosa discrecional del legislador, de modo que, si por razones de oportunidad lo suprimiera, no existiría agravio constitucional fundado alguno, por lo antedicho, para objetar esa decisión. Si fuera suprimido sólo se trataría, en definitiva, de extender a todos los casos una situación que el orden jurídico ya contempla: las resoluciones irrecurribles para la fiscalía, circunstancia dada cuando la ley no permite la impugnación de un determinado objeto o cuando la resolución desfavorable es dictada por el cuerpo judicial de última instancia. La abolición del recurso fiscal para todos los casos no haría más que ampliar o adelantar estas situaciones habituales, sin que por ello hubiera que ver aquí un motivo de alarma en el hecho de que una decisión «injusta» (incorrecta, contraria a la ley, arbitraria) quede firme con su promulgación”. **Maier**, como ya fue mencionado, fundado en la intangibilidad del derecho del imputado al recurso, llega a la conclusión, polémica para nuestra tradición jurídica, de privar al acusador de recurso contra la sentencia. A la misma afirmación y en parte por las mismas razones, pero incluyendo un decidido, fundado y expreso alegato por la inconstitucionalidad de cualquier tipo de recurso acusatorio, llega **Sienra Martínez**. Para el primero, fundado en la soberanía del poder del pueblo dentro de una democracia, aludiendo a que las decisiones tomadas por los pares del justiciable y de la víctima no puede ser cuestionada por un

representante del Estado, en el sentido que en un sistema de juzgamiento por jurados, estos y no el fiscal son los representantes ciudadanos, siendo el Ministerio Público un órgano estatal acusatorio. La segunda autora citada, en una obra aún inédita es referida por **Pastor** como quien señala con amplia justificación histórica, a la violación del *ne bis in idem* (en una interpretación que trasciende la comprensión usual de la *eadem causa petendi*, según la cual el principio sólo adquiere virtualidad después del agotamiento completo del proceso previo en todas sus instancias), y a la prohibición de la *reformatio in peius* como los criterios rectores que deben impedir el derecho recursivo al órgano estatal.

Siempre según **Pastor**: “*A estos argumentos habría que agregar que si el derecho del imputado a recurrir la condena es una manifestación de su derecho de defensa (derecho a defenderse otra vez después de la sentencia pero antes de que quede firme), entonces dado que ese derecho, en sentido estricto procesal penal, sólo pertenece al imputado (único amparado para resistir la acusación exitosa, una vez más, ante un segundo grado de jurisdicción, pues el derecho de defensa se encarna precisamente en ese poder de resistencia y sería absurdo considerar que el Estado, a través de la fiscalía, se defiende de sí mismo) sólo a él corresponde, como garantía de ese derecho que el fiscal no tiene, la posibilidad de impugnar la sentencia. Así como al imputado no se le puede exigir, en un Estado constitucional de derecho, que se pronuncie con la verdad (Principio nemo tenetur), pero al acusador sí, al imputado le corresponde una facultad constitucional de recurrir (Principio de la inviolabilidad de la defensa) que por definición no debe tener la fiscalía*”.

En el vecino país, luego de un largo y sinuoso peregrinar de la jurisprudencia, ampliando o restringiendo los motivos recursivos según la conveniencia, (*cualquier semejanza con nuestra realidad es mera coincidencia*), se llegó a la sentencia en el caso “**Casal, Matías Eugenio y otros S/ Robo simple en grado de tentativa**”, CSJN 9/08/2005, **Causa N° 1681**, en la cual la Corte Argentina concluyó que el Art. 456 del Código de Procedimientos Penales de la Nación¹ debe entenderse en

¹ El artículo 456 CPPN Argentino dice: “el Recurso de Casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el

el sentido de que ***el recurso de casación habilita una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular.***

Por su vital importancia al efecto de la tesis expuesta en esta propuesta, y por la solidez argumental, nos permitimos transcribir una parte claramente neo paradigmática de la tal mentada sentencia: “*Que en el caso en examen, el tribunal a quo rechazó el recurso de casación, al considerar que, “...por cuanto el modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal a quo valoró la prueba producida y estructuró la plataforma fáctica...atribución que le es propia y que resulta ajena...” a la instancia casatoria. Asimismo agregó que “...corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquellas pueden producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional...”*. Lo transcripto precedentemente demuestra claramente que la interpretación que del recurso hace el tribunal inferior en grado, restringe el alcance del recurso de casación, ya que no se avocó a tratar las cuestiones planteadas por la parte, esto es, a determinar la validez de la construcción de la sentencia del tribunal oral y sus fundamentos. En este sentido, puede decirse que no existía obstáculo alguno para que la Cámara Nacional de Casación Penal tratara los agravios expuestos por el recurrente, ya que la inmediatez no impedía examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria, a fin de evaluar la presencia del elemento objetivo “arma” que califica más gravosamente la conducta, así como los argumentos a favor o en contra del estado consumativo de la conducta. Consecuentemente, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación, se contrapone con la garantía internacional de revisión del fallo condenatorio y con el texto del art. 456 del Código Procesal Penal de la nación, que en forma alguna veda la posibilidad de revisión en el fallo casacional. ... *Que en tal sentido, el*

recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del efecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”.

fallo recurrido no sólo no se compadece con lo aquí enunciado, sino que además resulta arbitrario por carecer de fundamentación y, en tales condiciones, ha de acogerse favorablemente el recurso sin que ello importe abrir juicio sobre el fondo del asunto”.

Demás está decir, que la norma procesal argentina descrita al pie de página anterior se sustenta sobre la misma base jurídica de nuestro recurso de apelación especial de la sentencia de primera instancia (Art. 467 CPP). Así, todo lo que pueda decirse respecto de aquella norma también corresponde admitirla respecto de la ley aplicable en nuestro país. Al mismo tiempo, para entender nuestra novel postura, debe advertirse que el Art. 443 del CPP de Costa Rica contiene idénticos motivos de impugnación de la sentencia condenatoria, y fue justamente en contra de la aplicación de dicha normativa que la CIDH se pronunció el 2 de Julio del 2004 con una sentencia en un caso contencioso contra Costa Rica, por la cual se declaró la violación del Art. 8.2.h. del “*derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria*”, entre otras violaciones (fallo Herrera Ulloa).

Limitar un estudio exhaustivo de los puntos impugnados de un fallo condenatorio por el exclusivo motivo de la negativa arbitraria a juzgar cuestiones de hecho en una instancia superior, debe ser materia de revisión. Un poco más arriba decíamos que fue **Daniel Pastor** quien para nosotros construyó este nuevo paradigma al cuestionar el dogma que distingue entre cuestiones de hecho y de derecho. Por la importancia de esta ruptura con el esquema tradicional, y por la claridad de sus exposiciones, nos permitimos transcribirlo sin censura: “**LA NUEVA DOGMÁTICA DE LA IMPUGNACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL, Puntos de partida:** *Todo lo hasta aquí tratado demuestra que el régimen legal de los recursos en materia penal está en plena transformación. Esa reforma está orientada por dos puntos de partida insoslayables: 1) los fines que limitan la casación a la fiscalización de las llamadas cuestiones de derecho no son ya practicables, de modo que si ellos se han perdido se deben abandonar las restricciones de la revisión que eran su consecuencia necesaria; 2) el reconocimiento de eficacia al derecho fundamental del imputado a la reprobación amplia de la sentencia condenatoria impide también que el instrumento procesal necesario para garantizar ese derecho pueda ser restringido por razones que sean perfectamente superables. ...Estas*

definiciones, que resumen todo lo que ya fue analizado, muestran que la distinción entre «cuestión de hecho» y «cuestión de derecho», como ya lo había probado la teoría de la «capacidad de rendimiento», ha dejado de jugar un rol decisivo en el sistema de la casación penal, pues además de haberse perdido toda eficacia en el intento por establecer esa diferenciación con seriedad y rigor, su mantenimiento, después de que fuera demostrado que los fines que la impusieron ya no regían, es también ilegítimo, dado que dicha separación sólo subsiste al servicio de una arbitrariedad judicial que no distingue ni hecho de derecho, ni cuestión revisable de cuestión irrevisable, sino que separa, únicamente, lo que quiere revisar de lo que no quiere... La superación total, a los efectos del recurso, de la diferenciación entre determinación de los hechos y aplicación del derecho, libera a la impugnación de la sentencia de toda barrera formal y lo coloca en posición de asegurar sin cortapisas una reprobación más amplia de las sentencias condenatorias. ... DE LA RÚA, en su alegato sobre la prioridad de los fines procesales de la casación por encima de los fines políticos, advirtió claramente de la inconsistencia de la posición contraria entonces dominante. En efecto, mientras que para CALAMANDREI la casación, en su sentido tradicional más puro, sólo debía intervenir ante un error de derecho que, trascendiendo las consecuencias jurídicas del caso, pusiera en peligro el mantenimiento de la interpretación exacta de la ley, como mandato general y abstracto, por el riesgo de que esa errónea interpretación se reprodujera por contagio entre los cuerpos judiciales, para DE LA RÚA, en cambio, había que rechazar este criterio teleológico –producto del origen histórico del recurso– como base para la distinción entre hecho y derecho y por encima de él tiene que ser puesta la estructura procesal del remedio: «no se distingue el hecho del derecho para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, sino que esa uniformidad se obtiene, en mayor o menor medida, gracias a esa característica del recurso». ... En este trabajo, por lo contrario, se sigue la idea no sólo de que la diferenciación no debe ser tenida en cuenta, sino que, además, es perfectamente superable con el fin de brindar al imputado un medio de refutación de la sentencia condenatoria tan amplio como sea posible y sin que esa extensión lesione otros principios estructurales del juicio público. Con otras palabras, en la evolución de la dogmática de la casación penal que supuso la obra pionera de DE LA RÚA se puede ver, de modo indiscutible, una marcada orientación a preordenar el fin procesal de la justicia del caso individual por encima

del fin político de mantener la unidad del derecho objetivo a través de la uniformidad de la interpretación jurisprudencial de la ley. Sin embargo, esta tendencia se ha impuesto sin cuestionarse consecuentemente la limitación del recurso a los motivos de derecho, a pesar de que éstos indiscutiblemente sólo se justifican por el fin político que cumple la casación penal. Si ese fin político extraprocesal (función nomofiláctica) del recurso, como dicha posición reclama, debe quedar relegado a un segundo plano, no se explica porqué el fin procesal de la corrección jurídica de la sentencia en el caso individual (función deológica) debe seguir restringiendo a la eliminación de los vicios de derecho solamente. ... Por otra parte, el establecimiento de un derecho fundamental de la persona perseguida penalmente a recurrir la sentencia condenatoria ante un tribunal superior divide las aguas entre el derecho penal y el derecho extrapenal. ... Tanto la insubsistencia de la distinción entre «cuestión de hecho» y «cuestión de derecho», como esa necesidad de llevar los márgenes del recurso hasta sus últimas consecuencias, en procura de una satisfacción más plena del derecho del imputado a la reprobación y eliminación de las sentencia erróneas, conducen necesariamente a unos resultados que no pueden ser soslayados. Dice CALAMANDREI que la casación es el resultado de una larga evolución histórica a través de la cual ella se ha enriquecido gradualmente con nuevos significados. Esa evolución impone hoy nuevos contenidos a la institución, de acuerdo con la transformación paralela del orden jurídico en su afán por acercarse cada vez más a la mayor efectividad posible en el respeto de los derechos fundamentales de los individuos (no otra cosa debe ser vista detrás de la actual primacía del interés particular sobre el público en los fines de la casación penal). De acuerdo a esa evolución, se debe determinar ahora qué es lo que queda de los fines tradicionales de la institución y, especialmente, si la limitación del recurso a las cuestiones de derecho es todavía defendible. Son tiempos arduos para la casación y su nueva imagen deberá quedar conformada, a mi juicio, por el reconocimiento de los postulados expuestos”.

Luego de la excelente exposición que hemos transcripto, volvemos sobre nuestra propuesta: La exigencia constitucional de dar al condenado la posibilidad de una amplia revisión de la sentencia, nos llevará directamente al tema principal, cual es la profundidad (integralidad) del examen sobre los motivos analizables y juzgables en

alzada. Así, según los fundamentos expuestos más arriba, los motivos que pueden sostener la impugnación de la sentencia condenatoria deben ser básicamente los siguientes:

- 1) cuando se alegue la inobservancia de un precepto constitucional;
- 2) cuando se haya aplicado erróneamente la ley penal;
- 3) cuando carezca de motivación suficiente, o ésta sea contradictoria, ilógica o arbitraria;
- 4) cuando se base en prueba ilegal o incorporada por lectura en los casos no autorizados por la ley;
- 5) cuando se haya omitido la valoración de prueba decisiva o valorado prueba inexistente;
- 6) cuando no se hayan observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia;
- 7) cuando no se cumpla con los requisitos esenciales de la sentencia; y
- 8) cuando se de alguno de los supuestos que autoricen la revisión de la sentencia (Art. 481 del CPP).-

VII. CONCLUSIONES

a) el "derecho al recurso" del condenado, que prevén las convenciones internacionales, significa, básicamente, el "derecho a poder lograr un nuevo juicio", cuando mediante el recurso se comprueba que la condena no puede ser confirmada como intachable, debido a fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso (regla del doble conforme); salvo que con las constancias debidamente acreditadas del caso, este pueda ser decidido directamente sin reenvío. Lógicamente, en este caso hablamos de una

absolución (decisión directa), contra la cual, no podría haber ninguna impugnación de las partes acusadoras, por lo descrito precedentemente.

b) para hacer efectivo este derecho es preciso admitir que el recurso permita reexaminar la corrección de los actos de procedimiento seguidos para lograr la sentencia y el cumplimiento de sus formalidades, la percepción que el tribunal sentenciador ha tenido del contenido de esos actos para advertir toda gruesa falla que, por acción o por omisión, haya sucedido en el debate, y, por último, toda falla en la aplicación del derecho material o sustantivo que funda la decisión; lo que echa por tierra la afirmación de la imposibilidad de producir prueba en alzada.

c) el recurso y, eventualmente, el nuevo juicio constituyen un derecho del condenado, que no le corresponde al acusador, y que no puede conducir a consecuencias jurídicas más graves para el condenado que las expuestas en el primer juicio, y cuyo límite máximo es la confirmación de la sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*), único riesgo que debe correr el condenado aplicándose correctamente las reglas del debido proceso dentro de un Estado de Derecho (*ne bis in idem*: persecución penal única).

VIII. TESIS FINAL

Para provocar la aceptación y efectiva aplicación del verdadero “cambio de paradigma” propuesto, debemos elevar el rigor jerárquico del derecho al recurso contra la condena colocándolo entre las normas constitucionales que regulan los derechos procesales del justiciable. Pues, como hemos visto, este derecho acordado exclusivamente al condenado (al menos cuando se trata de una sentencia que lo ha encontrado culpable y le ha impuesto una sanción), no está siendo debidamente aplicado, a pesar de estar regulado en Tratados y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que constituyen derecho positivo nacional.

En algunos casos, no es correctamente aplicado por la notable – aunque incomprensible – carencia de capacidad motivadora de la doctrina *Ius Humanista*; la cual, constantemente es tildada de excesivamente garantista respecto del justiciable, olvidándose simple y llanamente que al condenado, mientras la sentencia en su contra ha sido impugnada, aun

le corresponde que sea aplicado el Principio según el cual debe ser tratado como inocente.

Hoy en día, las limitaciones con las que se exponen en la jurisprudencia dominante los fundamentos respecto a una “correcta” aplicación del Art. 467 del CPP por parte de los Tribunales de Apelación en lo Criminal, responde a un excesivo celo, casi rozando al miedo al control jerárquico por parte de la Corte Suprema de justicia, cuando ésta les cercena potestades revisoras argumentando que la norma citada impide que se analice en alzada la fijación de los hechos acontecidos, y la exposición y valoración probatoria que fue aplicada por el tribunal de merito, de acuerdo a la inmediación y a la oralidad.

En tal sentido, consideramos que el Derecho Constitucional podría generar un mayor y mejor respeto por estas garantías tan apreciadas y necesarias que hacen al debido proceso penal en un Estado de Derecho. Por ello, al imponer una norma en la Constitución mediante la cual se entienda que el derecho a recurrir la sentencia condenatoria es un Derecho Procesal Constitucional que se le confiere en exclusividad al condenado (al justiciable), y no a las demás partes del proceso; y que tal derecho debe provocar también que el fallo sea revisado exhaustivamente en todo lo que es cuestionado, siguiendo la máxima antigua del *“tantum apellatum quantum devolutum”*, se logrará – esperemos- el debido respeto que se merece éste derecho inalienable del ser humano a perseguir su libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- La nueva Casación Penal, Carlos Alberto Chiara Diaz y Daniel Horacio Obligado, Editorial Jurídica SRL, 2000 Rosario.
- La nueva imagen de la Casación Penal, Daniel R. Pastor, Dirección Editorial Dr. Ruben O. Villela, 2001.
- Los Recursos en el procedimiento penal, Julio B J Maier, Alberto Bovino y Fernando Díaz Canton, Editores del Puerto SRL, 2004.
- La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales. Compiladores Martin Abregu y Christian Courtis, Autores: Julio B. J. Maier y otros, Editores del Puerto, Bs. As.,1997.
- La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La Experiencia de una década. Compiladores: Victor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis. Ed. Del Puerto, Bs. As., 2007.
- “El recurso de apelación de la sentencia” ¿Un medio de revisión integral del fallo? González Macchi, José Ignacio. II Congreso Paraguayo de Derecho Procesal “Por un proceso judicial eficiente”. AA.VV., Encarnación, 2011.

LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y REVISIÓN COMO EJERCICIO DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA JURISDICCIÓN

Violeta González Valdez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN Y SUS FINALIDADES. 3. EL RECURSO DE REVISIÓN Y SUS FINALIDADES. 4. LA JURISPRUDENCIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO. 5. EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA. 6. EL RECURSO DE REVISIÓN ANTE EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y REVISIÓN COMO EJERCICIO DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA JURISDICCIÓN

Violeta González Valdez

1. INTRODUCCIÓN

Los recursos de casación y revisión contemplados en el Código Procesal Penal, plantean algunas cuestiones sumamente relevantes en torno a la vigencia del derecho a la igualdad ante la jurisdicción. En nuestro ordenamiento, este derecho fundamental no sería más que una extensión del derecho a la igualdad consagrado en la Constitución.

Desde esta perspectiva, se exponen los fundamentos constitucionales y legales de estos mecanismos recursivos. Se revisa el debate doctrinario surgido acerca de la obligatoriedad de la jurisprudencia; además, se define la función de la jurisprudencia en nuestro derecho positivo. Por último, a través del estudio de la legislación comparada, se delimita el alcance de la interpretación de los institutos, que se manifiestan en nuestra legislación con sus propias particularidades con relación a otros ordenamientos, efectuándose propuestas para solventar los problemas planteados.

2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN Y SUS FINALIDADES

La doctrina tradicional considera que la finalidad de la casación es guardar la unidad en la aplicación del derecho. Así, para Calamandrei, la casación tiene una finalidad política, cual es la de controlar que los jueces no se aparten de la ley, y que se mantenga en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia a fin de asegurar la unidad del derecho objetivo y la igualdad ante la ley¹. Modernamente, la materia se ha tornado opinable. En Alemania, se erige como alternativa para explicar el fin principal de la casación “el aseguramiento de la unidad del derecho

¹ Calamandrei, *Casación Civil*, ps. 12 y ss.

para la realización de la justicia en el caso individual”². Roxin sostiene que el fin de la casación reside en el aseguramiento de una “protección jurídica realista”, puesto que pueden ser presentadas al conocimiento del Tribunal de Casación sólo aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo. Por ello el legislador ha entregado la cuestión de hecho, esto es, las comprobaciones fácticas, al juicio exclusivo del juez de primera instancia, y ha limitado al Tribunal de Casación al control de la cuestión de derecho.

Conforme ha sido concebido este recurso en nuestro ordenamiento, se puede afirmar que las finalidades del mismo son la de unificar la interpretación de la ley, corrigiendo contradicciones jurisprudenciales, para uniformar la aplicación del derecho, a fin de garantizar la igualdad ante la ley -art. 478 inc. 2 del C.P.P.-; y la de ejercer una función de control de constitucionalidad -art. 478 incs. 1 y 3 del C.P.P.-. En razón de que coinciden los motivos contenidos en los incisos 1 y 3 de la disposición legal citada cuando se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional y cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados-, con los presupuestos de la procedencia de la acción de inconstitucionalidad dirigida contra actos de carácter jurisdiccional, por violación de preceptos constitucionales o por arbitrariedad³.

2.1. MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución Nacional de 1992 consagra la igualdad ante las leyes como una de las garantías del derecho a la igualdad:

C.N. Art. 47.- De las garantías de la igualdad. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1. la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. la igualdad ante las leyes [...]

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N°1/89, establece que todas las personas son iguales ante la ley y en consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de la

² Roxin, *Derecho Procesal Penal*, ps. 468 y ss.

³ Lezcano, “El control de constitucionalidad y el recurso de casación”, en *La Ley Revista Jurídica Paraguaya*, ps. 1275 y ss.

ley -art. 24-. Estos preceptos constituyen la fuente del recurso de casación en nuestro ordenamiento.

El conocimiento y la resolución de este recurso está previsto constitucionalmente entre los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia contenidos en el art. 259 inc. 6. El art. 18 de la Ley N°609/95 “Que organiza la Corte Suprema de Justicia” preceptúa que la Corte entenderá en los recursos de casación que se planteen en los juicios, a tenor de las leyes de procedimiento que rijan la materia.

2.2. MARCO LEGAL

En materia penal, el Código Procesal Penal, Ley N°1286/98, regula el recurso extraordinario de casación, estableciendo que su interposición deberá efectuarse ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a cuyo cargo se halla también su trámite y resolución; pudiendo deducirse sólo contra las sentencias definitivas del Tribunal de Apelaciones o contra aquellas decisiones de ese Tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena -arts. 447 a 480 del C.P.P.-. Asimismo el Código de la Niñez y la Adolescencia al definir la competencia de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de la adolescencia, prescribe la de conocer y resolver del recurso de casación, de conformidad a lo establecido en el artículo pertinente -art. 222 del C.N.A.-.

El presupuesto de admisibilidad del recurso de casación está supeditado a su objeto: las resoluciones mencionadas en el art. 477 del C.P.P.⁴. La procedencia del recurso está vinculada a los motivos,

⁴ Sin embargo, la postura sentada por la Corte, con relación a la correcta interpretación de la normativa citada, sostiene que no debe efectuarse en forma meramente literal, sino delimitando su verdadero alcance. Tal es el criterio asumido por la Sala Penal del máximo Tribunal: “El art. 477 circunscribe la atendibilidad a los casos de sentencias definitivas del Tribunal de Apelación o decisiones de ese Tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena. Sin embargo, la interpretación puramente literal de dicha disposición no descifra del todo su verdadero alcance. El criterio razonable que debe llevar a despejar el contenido de la norma, vendrá como resultado del estudio de la propia resolución en sí, en el sentido de sopesar si ésta tiene virtualidad de poner fin al proceso... y una decisión también pone fin al procedimiento, cuando impide su

causales o agravios invocados al recurrir una decisión⁵. En la exposición de los motivos del recurso, deben puntualizarse los extremos de la decisión que producen agravios al recurrente, con las razones jurídicas que los justifican, indicando concretamente las disposiciones que se consideran violadas, en qué consisten los vicios atribuidos al pronunciamiento, así como las normas que se estiman aplicables. El cumplimiento de las exigencias legales sobre el objeto y los motivos, permiten superar el examen preliminar sobre la admisibilidad de este medio de impugnación para su estudio.

En los casos de adolescentes, el inc. 1 del art. 478 del C.P.P. no rige en tanto este motivo está expresado específicamente en el inc. a. del art. 244 del C.N.A., esto es, cuando en la sentencia de condena se imponga una medida privativa de libertad mayor a tres años.

prosecución o causa un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior... o el interesado se ve privado de otros medios legales para obtener la tutela efectiva de sus derechos” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, mayo 28-001. Ac. y Sent. N° 234). Con igual posición ha concluido: “Faltando elementos formales para la admisión del recurso de casación, sin embargo, dentro de la concepción de la amplitud de la defensa, hemos sostenido en forma constante, que por aplicación del “principio de la amplitud de la defensa”, no debe aplicarse un rigorismo procesal excesivo, y por ello es que debe ser objeto de análisis el alcance de las resoluciones de un Tribunal de Apelación, cuando se están resolviendo cuestiones que pudieran herir al derecho a la defensa, que reiteramos debe ser amplio y sin rigorismos” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, julio 31-003. Ac. y Sent. N°1269).

⁵ La labor de la Sala Penal, al examinar el recurso de casación, se ha circunscripto a determinar la existencia de errores de juzgamiento o procedimiento, es decir, establecer concretamente las normas legales sustantivas que se han aplicado, si han sido debidamente interpretadas por el juzgador y, en su caso, cuáles correspondían aplicar: “A una instancia revisora en cuanto al derecho (apelación especial, casación) compete sólo el control de la aplicación del derecho a los hechos establecidos en el juicio oral celebrado en primera instancia, pues partiendo de otros hechos se violaría el principio de inmediatez consagrado en el art. 1 del C.P.P.” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, julio 03-003. Ac. y Sent. N°1054). En cuanto a la interpretación del motivo contenido en el inc. 1 del art. 478 del C.P.P., ha señalado: “Los presupuestos que hacen viable al recurso son entendidos por la Corte, exigidos de manera conjunta; esto es, que sea una sentencia de condena a una pena privativa de libertad mayor a diez años, y se alegue al mismo tiempo la inobservancia de un precepto constitucional” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, julio 03-003. Ac. y Sent. N°1055).

2.3. RECURSO DE CASACIÓN Y RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de casación penal contemplado en la legislación paraguaya, tiene algunas particularidades en relación a otros ordenamientos. En Códigos, como el de Buenos Aires o el de Córdoba, este recurso es el único previsto para impugnar las sentencias de los Tribunales de primera instancia, por lo que se erige, como lo señala Pandolfi, “encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia, mediante el control de su legalidad, o a verificar el cumplimiento de específicos requisitos procesales, exigidos bajo pena de nulidad, inadmisibilidad o caducidad, que condicionan la validez de esos actos decisorios, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva o bien la anulación de la sentencia y una nueva decisión”⁶. De la Rúa, en el mismo sentido lo define como “una institución establecida con el fin de garantizar la corrección substancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva”⁷.

Sin embargo, en nuestra normativa se establece el recurso de apelación especial de la sentencia de primera instancia -arts. 466 a 476 del C.P.P.-, contra las sentencias definitivas dictadas por el Juez o el Tribunal de Sentencia en el juicio oral, por inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal. De esta manera, al recurso de apelación especial se le atribuyen algunas funciones, doctrinariamente asignadas al recurso de casación, y reservándose el recurso extraordinario de casación para los motivos específicamente expuestos en el art. 478 del C.P.P., mencionados anteriormente.

2.4. EL RECURSO DE CASACIÓN Y LA SENTENCIA INFUNDADA

Un somero análisis de las normas que determinan la procedencia del recurso de casación, permite inferir que la doctrina de la arbitrariedad

⁶ Pandolfi, *Recurso de casación penal*, p. 43.

⁷ De la Rúa, *La casación penal*, p. 22.

se encuentra contenida en ellas, ya que una resolución infundada es causal de arbitrariedad -art. 478 inc. 3 del C.P.P.-. En efecto, la carencia de fundamentación, así como el menoscabo a la garantía de defensa en juicio o a las reglas del debido proceso, son causales de arbitrariedad⁸. Estas causales se traducen en fallos dictados sobre la base de la mera voluntad de los jueces, omitiendo una derivación razonada del derecho vigente y su aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa. En este sentido, una resolución es manifiestamente infundada cuando el Tribunal *a quem* no ha expuesto el razonamiento lógico que permita inferir el camino intelectual seguido para arribar a la solución del caso, es decir, no está motivada.

Al respecto señala De la Rúa: “La falta de motivación no consiste, simplemente, en que el juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la ley procesal, esto es, en no dar razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia⁹.”

En este contexto la Constitución Nacional preceptúa en su art. 256: “ [...] Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley [...] ”; en concordancia prescribe el art. 125 del C.P.P.: “Fundamentación. Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de pruebas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación”. En definitiva, motivar o fundar una resolución consiste básicamente en expresar las razones que han determinado la decisión sobre los hechos y el derecho. Así, las sentencias deben redactarse distinguiendo en el texto, por un lado, los hechos que son objeto del proceso; por otro, los procedimientos de las partes -resultas o resultando-; y finalmente, los

⁸ Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario. Tomo II*, ps. 184 y s.

⁹ De la Rúa, *La casación penal*, p. 113.

fundamentos concretos del fallo traducidos en las razones sobre los hechos y el derecho -considerando-¹⁰. En cuanto a la parte considerativa o motivación, ésta integra dos secciones. La primera, denominada “fundamentos de hecho”, la determinación precisa y circunstanciada del hecho acreditado; y la segunda, denominada “fundamentos de derecho”, el derecho aplicable y la responsabilidad del imputado, que básicamente consisten en “abordar la subsunción de los hechos en el tipo penal propuesto en la acusación o en la defensa”¹¹.

3. EL RECURSO DE REVISIÓN Y SUS FINALIDADES

Una perspectiva crítica de la evolución del Derecho Penal no sólo revela que la historia de las penas es una historia de horrores, sino también a la historia de los procesos como una historia de errores¹².

La propia evolución del castigo lo dejar ver, desde el suplicio, el espectáculo punitivo, el nacimiento de la prisión que, como lo relata Foucault, nunca ha significado la benignidad pretendida en la época pues pronto se mostró una ficción. Hasta hoy, la ejecución de la pena privativa de libertad vulnera otros derechos fundamentales distintos a la libertad¹³.

Y no sólo errores denota la historia de los procesos, también sufrimientos y vejaciones cada vez que se utilizan mecanismos directamente aflictivos, desde la tortura que sigue siendo en muchos casos el medio más efectivo de obtención de información hasta la burda distorsión de un instituto exclusivamente procesal, como lo es la prisión preventiva, a un instrumento de prevención y defensa social, producida

¹⁰ Clemente, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Tomo II*, p. 53.

¹¹ San Martín, *Derecho Procesal Penal. Tomo I*, ps. 552 y s.

¹² Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ps. 603 y ss.

¹³ “La prisionización es el deterioro físico de la persona. Esto se debe a un mal que afecta a quienes permanecen encerrados por mucho tiempo. Muchos internos están como aletargados. No salen del interior de sus celdas. Los sentidos de la vista y el oído disminuyen su capacidad progresivamente. Esto se produce por falta de estímulos. El interno sólo escucha el chasquido de las cadenas y el ruido de las rejas al abrirse o cerrarse. El olfato también se deteriora. Sólo huelen transpiración de varón y detergente.” DE LA VEGA, Juan Antonio (sacerdote jesuita que ejerció como Capellán de la Penitenciaría Nacional de Tacumbú), “Una luz en medio del infierno” en *Diario Noticias*, Asunción, 5-diciembre-2004.

en Latinoamérica -incluido nuestro país- con las recientes contrarreformas o reformas de las que fueron objeto los códigos procesales.

Acerca de los errores procesales, con lúcida perspectiva afirma Zaffaroni: “Ha habido errores judiciales dramáticos, como lo ponen de manifiesto las revisiones de casos juzgados en los E.E.U.U., aplicando las técnicas criminalísticas actuales, incluso en los que se ha ejecutado la pena de muerte. Frente a esos dramas la criminología mediática imputa a los jueces, pero antes los hubiese crucificado si hubiesen absuelto al inocente”¹⁴. Una sola cifra sobre esos errores, por ej.: Las pruebas de ADN han permitido anular 143 condenas, incluidas 13 a muerte, en los E.E.U.U., absoluciones que destacan no sólo las deficiencias y la falibilidad del sistema judicial, sino también la imposibilidad de compensar el tiempo perdido.

Es aquí donde podemos resaltar la importancia del recurso de revisión, concebido precisamente con el objeto de eliminar los errores judiciales de sentencias firmes.

El recurso de revisión es así un mecanismo de impugnación destinado a paliar injusticias, al procurar se revea una sentencia condenatoria ya pasada en autoridad de cosa juzgada, cualquiera sea el tiempo transcurrido, es decir, no tiene limitación temporal para su interposición, pues su basamento fundamental está constituido por los valores involucrados en un proceso penal.

Sus características han sido definidas por la doctrina: 1. Es el único recurso que procede contra la cosa juzgada. 2. No tiene limitación temporal para su interposición ante el Tribunal que debe entender y resolver el recurso. 3. Sólo procede contra sentencias condenatorias firmes¹⁵.

Los fundamentos de este mecanismo de impugnación son explicados por Roxin afirmando que la paz jurídica sólo puede ser mantenida, si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia

¹⁴ Zaffaroni, *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*, p. 534.

¹⁵ Clemente, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado, anotado, concordancias, jurisprudencias. Tomo IV*, p. 246.

están en una relación de equilibrio. Su idea rectora reside pues en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente incorrecta de manera insoportable para la idea de justicia¹⁶.

3.1. MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución establece los fundamentos de este mecanismo recursivo en estos términos:

C.N. Parte I. De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías. Título II. De los derechos, de los deberes y de las garantías.

Capítulo II. De la libertad. Art. 17. De los derechos procesales: [...] que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal.

Capítulo III. De la igualdad. Art. 47. De las garantías de la igualdad. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: [...] 2. La igualdad ante las leyes.

En similar sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos preceptúan:

Ley N°1/89. C.A.D.H. Art. 10.- Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Art. 24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Ley N°5/92. P.D.C.P. Art. 14.1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia [...] 6.- Cuando una sentencia

¹⁶ Roxin, *Derecho Procesal Penal*, ps. 491 y ss.

condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

De hecho, la igualdad y la justicia constituyen los fines primordiales del Estado, tal como lo proclama el preámbulo de la Constitución.

3.2 MARCO LEGAL

C.P.P. Art. 481.- Procedencia.- La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo, y **únicamente a favor del imputado**¹⁷, en los casos siguientes [...]

Nuestra normativa establece expresamente que el recurso de revisión procede “únicamente a favor del imputado”. A diferencia de otros cuerpos legales, como por ejemplo el Código Procesal de Colombia. En esos casos, a la interrogante ¿se puede revisar una absolución si ésta se ha fundado en prueba falsa o han aparecido con posterioridad nuevos elementos probatorios, fraguada u ocultados por el acusado? Binder responde tajantemente: “La sentencia absolutoria adquiere una firmeza absolutamente intangible, producto del fundamento de la cosa juzgada como un límite al poder penal del Estado que puede ser ejercido una sola vez, non bis in idem”¹⁸.

C.P.P. Art. 481 [...] 1. cuando los hechos tenidos como fundamento de la sentencia resulten incompatibles con los establecidos por otra sentencia penal firme [...]

Se pretende evitar la incongruencia jurídica que produciría la existencia de sentencias contradictorias entre sí respecto a la determinación circunstanciada del hecho que se estimó acreditado en cada una de ellas. Las diferencias deben referirse a circunstancias de

¹⁷ Las negritas no corresponden al texto oficial.

¹⁸ Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 281 y ss.

modo, tiempo o lugar, esenciales y penalmente relevantes, que se oponen o contradicen entre sí.

C.P.P. Art. 481 [...] 2. cuando la sentencia impugnada se haya fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme o resulte evidente aunque no exista un procedimiento posterior [...]

La sentencia se encuentra viciada al haberse fundado en prueba falsa, cuya declaración se hubiese efectuado en un fallo posterior firme o cuya falsedad se acredite directamente en el recurso de revisión por resultar evidente.

C.P.P. Art. 481 [...] 3. cuando la sentencia condenatoria haya sido pronunciada a consecuencia de prevaricato¹⁹, cohecho²⁰, violencia u otra argumentación fraudulenta, cuya existencia se haya declarado en fallo posterior firme [...]

En relación a las causales de “prevaricato, cohecho, violencia u otra argumentación fraudulenta”, la norma señala “cuya existencia se haya declarado en fallo posterior firme”. No obstante, cuántas “decisiones” de muchos “asuntos jurídicos” se resuelven “violando el derecho para favorecer o perjudicar a una de las partes”, cumpliendo los elementos de los tipos penales mencionados, sin que su existencia pueda probarse en un fallo posterior. Nadie ignora las deficiencias crónicas de la administración de justicia en Paraguay que degradan el ejercicio de la

¹⁹ C.P. Art. 305.- Prevaricato.- 1° El juez, árbitro u otro funcionario que, teniendo a su cargo la dirección o decisión de algún asunto jurídico, resolviera violando el derecho para favorecer o perjudicar a una de las partes, será castigado con pena privativa de libertad de dos a cinco años. 2° En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

²⁰ C.P. Art. 300.- Cohecho pasivo.- [...] 2° El juez o árbitro que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio como contraprestación de una resolución u otra actividad judicial que haya realizado o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa [...]

C.P. Art. 301.- Cohecho pasivo agravado.- [...] 2° El juez o árbitro que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio a cambio de una resolución u otra actividad judicial ya realizada o que realizará en el futuro, y lesione sus deberes judiciales, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años [...]

abogacía y la magistratura, y contribuyen a la deshumanización de la justicia.

C.P.P. Art. 481 [...] 4. cuando después de la sentencia sobrevengan hechos nuevos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o corresponda aplicar una norma más favorable; o [...]

Para un Estado de Derecho es absolutamente repugnante el que un inocente pueda ser condenado y sufrir prisión por un error judicial. De este modo, las posibilidades de revisar una sentencia condenatoria deben ser amplias²¹.

C.P.P. Art. 481 [...] 5. cuando corresponda aplicar una ley más benigna, o una amnistía [...]

La legislación penal contiene un principio según el cual siempre se debe juzgar el caso conforme a la ley más benigna. Originariamente este principio tuvo su ámbito de aplicación sólo cuando se trataba de cambios en la legislación, realizados mientras el caso estuviera pendiente de juzgamiento; luego fue ampliado, y lo determinante es que siempre el hecho debe ser valorado conforme a la legislación más benigna, desde que fue cometido hasta que hubiere dejado de producir todos sus efectos, es decir, hasta el agotamiento de la pena²². De este modo, el principio de retroactividad de la ley más benigna pasó a constituir una excepción a la intangibilidad del principio de la cosa juzgada.

En este sentido, sobre la admisibilidad y procedencia de este mecanismo de impugnación ha sostenido el máximo Tribunal:

“Para la procedencia del recurso de revisión debe comprobarse que la ley más benigna, cuya aplicación se reclama, haya entrado en vigor después de la sentencia firme, puesto que invocar la errónea aplicación de una ley penal cuya vigencia no es posterior a la sentencia firme, iría en detrimento del sistema de recursos (apelación, casación) destinado a fomentar la seguridad jurídica. Sin embargo, ante el error

²¹ Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, ps. 281 y ss.

²² Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, p. 282.

judicial que pesaría sobre el condenado con todos sus efectos negativos, se plantea el conflicto entre la justicia individual y la defensa de una interpretación de la ley a la luz de las consecuencias generales para el orden jurídico, y se suscita la conveniencia de admitir el recurso intentado en esas condiciones, en honor a la justicia individual, violada por notorias deficiencias tanto en el ámbito de la instancia de juzgamiento como en el desempeño de la defensa” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, junio 24-003. Ac. y Sent. N°953).

“La decisión sobre qué ley es la más benigna a los efectos de la procedencia del recurso de revisión, no sólo se efectúa en base a la sanción abstracta (el marco penal abstracto) sino en base a un análisis concreto, no deben compararse sólo los distintos tipos y los marcos penales abstractos, lo decisivo es cuál reglamentación en el caso concreto a solucionar y según sus circunstancias concretas permite una solución más favorable” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, junio 24-003. Ac. y Sent. N°953).

“La aplicación de la ley más benigna, cuyos efectos produce un beneficio en la situación procesal del condenado, comprende los casos en que la nueva ley despenalice la conducta por la cual fue condenado el ciudadano, o bien, establezca una sanción inferior” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, julio 09-003. Ac. y Sent. N°1120).

“Es admisible el recurso de revisión, aunque la causa haya sido tramitada de acuerdo al Código de Procedimientos Penales de 1890, en virtud al art. 17 inc. 4 de la Constitución Nacional, el cual prevé la revisión de resoluciones definitivas, y en tanto la falta de ley reglamentaria no puede tomarse como pretexto para negar o menoscabar ningún derecho o garantía” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, julio 09-003. Ac. y Sent. N°1120).

C.P.P. Art. 481 [...] 5) [...] o se produzca un cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que favorezca al condenado.

El último de los motivos legales para la procedencia del recurso de revisión, previsto en el Código Procesal Penal, es la producción de un

cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que favorezca al condenado.

Con esta normativa, el legislador ha equiparado los cambios de jurisprudencia a los cambios legislativos, a los fines de la aplicación de la garantía constitucional de la ley penal previa o ley penal más benigna.

En virtud al derecho constitucional a la igualdad ante la ley, se aplican retroactivamente los cambios favorables de jurisprudencia, a todas aquellas personas condenadas que se encuentran en la misma situación, con independencia de que sus condenas se encuentren firmes o no. Con ello, se busca evitar la incoherencia que significaría el hecho que autores de ilícitos de similar naturaleza, reciban un tratamiento diferente, por la sola circunstancia de haber sido perseguidos penalmente antes o después del dictado de jurisprudencia más garantista. No sería justo hacer depender la aplicación de un principio constitucional tan fundamental, de la circunstancia casual del momento de la persecución penal.

El planteamiento del recurso de revisión, para su procedencia, debe reunir así la legitimación legal correspondiente, la concreta referencia a alguno de los motivos analizados en que los se funde y las disposiciones legales aplicables.

En el tema de adolescentes, el C.N.A. ha previsto entre sus disposiciones transitorias la posibilidad de revisión de oficio de la totalidad de los procesos a cargo de los Tribunales y de la Corte Suprema de Justicia, según el caso:

C.N.A. Art. 249. De las reglas para los tribunales superiores. Al entrar en vigencia la presente ley, los Tribunales y la Corte Suprema de Justicia, según el caso, deberán revisar de oficio la totalidad de los procesos a su cargo, de acuerdo a las reglas siguientes: [...] b. [...] Los procesos concluidos respecto de estos adolescentes serán revisados cuando la medida se estuviere cumpliendo, para adecuarlas a la presente ley, dentro del término previsto para la revisión de las medidas; y, c. los procesos penales con sentencia condenatoria ejecutoriada, y en cumplimiento de la pena, dictados por el Juzgado, serán revisados respecto de la sentencia, para aplicar las penas o medidas establecidas en

la presente ley que sean más favorables al condenado. Si el proceso se encontrase en segunda instancia o en la Corte Suprema de Justicia, continuará tramitándose el recurso conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal, aplicando la presente ley en todo lo que sea favorable al procesado.

El máximo Tribunal ha dado acogida favorable a la mayoría de los planteamientos de revisión, efectuados en aplicación del artículo citado:

“Cuando del análisis de la sentencia condenatoria, dictada con anterioridad a la vigencia del C.N.A., surge que las penas establecidas en éste resultan más favorables al condenado, corresponde hacer lugar al recurso de revisión interpuesto, reduciendo la condena” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, octubre 03-003. Ac. y Sent. N°1972).

“El C.N.A. regula todo lo concerniente a las infracciones a la ley penal cometida por menores de edad. En tal sentido, este cuerpo normativo otorga un tratamiento distinto al imputado menor de edad, previniendo la aplicación de medidas socioeducativas; y en su caso, medidas correctivas o privativas de libertad” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, julio 09-003. Ac. y Sent. N°1120).

Toda vez que la condición de adolescente se diera al tiempo de la realización del hecho, como lo exige la normativa contenida en el art. 10 del C.P. y el art. 192 del C.N.A. Esta condición es determinada por la edad, de catorce años hasta diecisiete años, según la Ley N°1702/01 “Que establece el alcance de los términos niño, adolescente y menor adulto”, modificada por la Ley N°2169/03 “Que establece la mayoría de edad”:

“La revisión de la sentencia condenatoria ejecutoriada, en los términos del art. 249 inc. c. del C.N.A., procede únicamente para el adolescente, el cual es definido por la Ley N°1702/01 como toda persona humana desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad, y su condición de tal debe darse al tiempo de la realización del hecho” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, octubre 02-003. Ac. y Sent. N°1923).

“Cuando el autor al momento de la comisión del hecho punible posee la condición de adolescente por tener diecisiete años de edad, resulta aplicable la revisión a tenor de lo que disponen el C.N.A. y la Ley N°1702/01” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, agosto 08-003. Ac. y Sent. N°1316).

“La revisión solicitada es viable por aplicación de una ley más favorable a un menor adolescente, a quien corresponde adecuar la decisión jurisdiccional condenatoria firme a los nuevos marcos penales establecidos en el C.N.A., y reducir la medida privativa de libertad al límite máximo de duración, es decir ocho años” (C.S.J. Sala Penal. Asunción, Agosto 08-003. Ac. y Sent. N°1316).

4. LA JURISPRUDENCIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

El origen de la jurisprudencia como fuente formal de nuestro derecho positivo se puede encontrar en la Constitución de 1870, que consagró derechos y garantías individuales ausentes en ordenamientos anteriores, la cual organizó la judicatura como poder autónomo y estableció la obligatoriedad de la fundamentación de las sentencias. Posteriormente, el Código de Procedimientos de 1876 fue aún más lejos, pues incluyó entre los deberes de los Jueces de Paz, el de fallar con estricta sujeción a las leyes, reglamentos y jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia -art. 57 inc. 7-. Con lo cual, la jurisprudencia se constituía en fuente formal sólo para los jueces inferiores, pero no así para los demás miembros de la judicatura²³. La Ley Orgánica de los Tribunales N°325/18 nada refería con relación a la jurisprudencia, como fuente del derecho.

Actualmente la jurisprudencia es mencionada en la Ley N°879/81, Código de Organización Judicial:

C.O.J. Art. 9. Los Jueces y Tribunales aplicarán la Constitución, los tratados internacionales, los Códigos y otras leyes, los decretos, ordenanzas municipales y reglamentos, en el orden de prelación enunciado. No podrán negarse a administrar justicia. En caso de insuficiencia, obscuridad o silencio de la ley, aplicarán las disposiciones

²³ Soler, *Introducción al derecho paraguayo*, ps. 516 y s.

de leyes análogas y los principios generales del derecho y tendrán en consideración los precedentes judiciales [...]

Nuestro ordenamiento no es de los inspirados en la regla del precedente *-rule of precedent-*. Las funciones de la jurisprudencia, establecidas en el Código de Organización Judicial, son las llamadas explicativa y supletoria. Explicativa, porque sólo si la ley es oscura el juez recurre a ella, en razón de que tiene el deber ineludible de decidir la controversia; y supletoria, porque cuando el caso no está previsto en la ley y, debiendo el juez hallar la solución dentro del ordenamiento positivo, acude también a la jurisprudencia. Sin perjuicio de este valor general de la jurisprudencia, el de complementar el ordenamiento jurídico, consideramos que la misma no es fuente del derecho paraguayo en sentido propio.

Sin embargo, el Código Procesal Penal contiene disposiciones que vendrían a determinar nuevas situaciones en las cuales el ordenamiento concede valor a la jurisprudencia. A nuestro criterio, las disposiciones relativas a la procedencia del recurso de revisión ante el cambio de jurisprudencia así como del recurso de casación ante la jurisprudencia contradictoria, otorgan un nuevo valor a la jurisprudencia, ya que no solamente se acude a ella en casos de insuficiencias o lagunas legales.

No obstante, de conformidad a la literalidad normativa, este valor no puede traducirse en la obligatoriedad de su aplicación en los fallos judiciales, aunque es innegable la mayor trascendencia que proyecta la consideración de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, y de los Tribunales de Apelaciones en el recurso de casación, en la interpretación de las normas penales.

En nuestro ordenamiento, no cabe duda que el recurso de casación busca un efecto unificador de las interpretaciones jurisprudenciales, mediante la actuación de un único Tribunal superior - Sala Penal- que controla la interpretación del derecho en cada caso sometido a su competencia.

La pregunta que surge es si existe obligatoriedad en la aplicación de su jurisprudencia para los juzgadores inferiores. Consideramos que la

posición de la Corte en un caso concreto no es jurídicamente obligatoria para los mismos en otros casos, pero puede tener un valor ejemplar o persuasivo, que podría inducir a los jueces a adoptarla, ya sea por la creencia del acierto de su interpretación, o sólo por razones de economía procesal. Así se evitaría el desgaste jurisdiccional que significa tramitar un recurso, que se resolverá finalmente imponiéndose el criterio jurídico del superior.

Coincidimos con Sagüés al afirmar que “la jurisprudencia de la Suprema Corte, como intérprete final del derecho positivo de un país, es proyectable a los demás Tribunales, quienes, no obstante, podrán apartarse de ella, pero será la Corte, en última instancia, quien podrá revisar las causales esgrimidas por un Tribunal inferior para prescindir de su jurisprudencia, y resolver en definitiva si son valederas o no”²⁴.

5. EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA

El motivo casacional bajo estudio, determina como objeto impugnado a la sentencia o auto contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia -art. 478 inc. 2 del C.P.P.-.

Ahora bien, ¿qué se entiende por contradicción? De la Rúa considera que la contradicción debe referirse a la interpretación de la ley que asume la forma de doctrina jurisprudencial, en cuanto configura un criterio que puede ser aplicado a situaciones semejantes. No es necesario que el precedente y la sentencia formulen explícitamente un desenvolvimiento teórico de la doctrina interpretativa, basta que aplique la ley atribuyéndole determinada inteligencia²⁵. Tampoco se exige coincidencia total de las situaciones que dan base al precedente y la sentencia. Es suficiente que se trate de una situación semejante, en el sentido de ser susceptible de regulación jurídica mediante la misma interpretación formulada en el precedente, esto es, que ambas doctrinas hayan sido aplicadas a casos concretos semejantes. No obstante, la contradicción debe versar sobre aspectos fundamentales de la norma

²⁴ Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario. Tomo II*, ps. 299 y ss.

²⁵ De la Rúa, *La casación penal*, p. 327.

interpretada, de modo que la doctrina pueda influir esencialmente en la decisión de situaciones parecidas.

El recurso de casación penal está regulado en nuestra legislación en puridad, es decir, tiene el objetivo de unificar la jurisprudencia sobre la interpretación de la ley. No sucede así, por ejemplo, en Argentina. En Códigos como el de Buenos Aires -art. 352 y ss.- y el de Santa Fe -art. 479 y ss.-, este motivo es propio del recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal; además, existen leyes locales que regulan sobre acuerdos plenarios, como en Santa Fe, la Ley N°10.160. En Buenos Aires, la Ley N°24.050 de organización y competencia penal del Poder Judicial de la Nación, reglamenta la reunión en tribunal pleno de la Cámara Nacional de Casación Penal, de oficio o a pedido de parte, para unificar la jurisprudencia de sus salas o evitar sentencias contradictorias, así como para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso, siendo ésta obligatoria para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella, sin perjuicio de que los jueces que no compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal, y esta doctrina sentada sólo puede modificarse por medio de una nueva sentencia plenaria -art. 11-. Es opinión de una parte de la jurisprudencia bonaerense, comentada por De la Rúa, que los repertorios citados como contradictorios deben provenir de distintas salas y que no constituye supuesto de jurisprudencia contradictoria, que autorice el recurso, el cambio de criterio de una misma sala; otra postura sostiene que los fallos deben emanar de la misma sala y en su composición actual, en caso contrario, se trataría de una mera diferencia de criterio entre distintos jueces. Esta última posición, ha sido criticada por el jurista mencionado, argumentando que los Tribunales tienen carácter orgánico, con independencia de las personas de los magistrados que los componen, y dado el carácter contingente de lo humano, tal posición desvirtúa el valor seguridad²⁶. Otra parte del repertorio de precedentes, la convierte en una instancia uniformadora de la jurisprudencia de los Tribunales inferiores, pero sólo cuando se produzcan interpretaciones contradictorias entre ellos dentro de un cierto lapso.

Ninguno de estos supuestos prevé nuestra normativa, la cual no exige condición alguna. Es más, ni siquiera se requiere una doctrina

²⁶ De la Rúa, *La casación penal*, p. 328.

jurisprudencial de referencia, es decir, la unificación de fallos firmes coincidentes, constantes y repetitivos; basta tan sólo un fallo aislado o errático para respaldar la procedencia del recurso de casación.

Cabe determinar si sería una exigencia para constituir el motivo casacional legalmente previsto, que las sentencias calificadas de contradictorias emanen del mismo tribunal. Sostenemos que la disposición normativa estudiada no requiere que el fallo recurrido y el anterior, alegados como contradictorios, provengan del mismo Tribunal de Apelaciones, ni siquiera de la misma sala, como tampoco exige que emanen de una sala determinada de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, si se asumen criterios discriminatorios se estarían agregando limitaciones al recurso, no previstas en la ley.

Es preciso destacar que el auto impugnado puede ser contradictorio no sólo con un fallo anterior de la Corte, sino también con un fallo emanado de un Tribunal de Apelaciones, a diferencia de lo establecido en la vetada Ley N°159/93 que creaba el recurso de casación y lo incorporaba al Código Procesal Civil, “*la inobservancia de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre el punto decidido*” -art. 420 bis inc. 3-.

Cuando la resolución impugnada es contradictoria con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones, a nuestro juicio, debe ser la Corte la que establezca definitivamente el criterio a seguir en el caso concreto, como máximo órgano jurisdiccional e intérprete final de nuestro derecho positivo.

De esta manera se evitaría un desgaste jurisdiccional y, sobre todo, se impediría que una interpretación errónea de la ley se imponga sólo por haber precedido a otra, es decir, sólo por azar y no por su correcta interpretación. En caso contrario, a través del reenvío, tácitamente se obliga al nuevo Tribunal interviniente a no volver a aplicar la ley con la misma interpretación efectuada por el Tribunal anterior en la sentencia anulada, aunque hubiese sido esta última la más acertada.

Sobre este punto Sagüés señala: “Si la Corte Suprema fija claramente su criterio en la interpretación de una norma concreta, tal

exégesis adquiere, por provenir del máximo órgano jurisdiccional, de por sí un predicamento especial”, con independencia de la obligatoriedad legal de sus fallos, los que pueden reputarse con un efecto vinculante condicionado²⁷.

En el trámite y la resolución de este recurso son aplicables, por analogía, las disposiciones relativas al recurso de apelación especial de la sentencia de primera instancia, salvo en lo relativo al plazo para resolver que se extiende hasta un mes -art. 480 del C.P.P.-. La disposición respectiva de la apelación de sentencia establece que, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su aplicación errónea, el Tribunal de Apelaciones anulará total o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro Juez o Tribunal -art. 473 del C.P.P.-. Y cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el Tribunal de Apelaciones puede resolver, directamente, sin reenvío -art. 474 del C.P.P.-.

De esta manera, nuestra propuesta es viable con la normativa actual, puesto que la Sala Penal de la Corte se halla facultada para anular total o parcialmente la sentencia y reenviarla para un nuevo juicio o resolver sin reenvío, según se dieran las situaciones legalmente previstas. A nuestro entender, para la opción de uno u otro caso, debe efectuarse necesariamente el análisis si la decisión implicaría o no descender a los hechos que, como es sabido, están definitivamente fijados por el Tribunal de mérito, ya que el recurso de casación debe versar sobre todo lo que sea inteligencia o interpretación de la ley. No obstante, si la Corte entendiera que en el caso concreto corresponde el reenvío, podría limitarse a señalar la interpretación de la ley que considera adecuada, reenviando la causa a otro Tribunal del mismo grado que el que dictó la sentencia recurrida, para que pronuncie nueva sentencia aplicando la interpretación declarada y que se constituiría así en doctrina legal.

En definitiva, pese a no existir norma constitucional o de rango inferior que determine la obligatoriedad de la jurisprudencia, el respeto a

²⁷ Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario. Tomo II*, ps. 299 y ss.

ella evita el escándalo jurídico que se produce cada vez que una cuestión es resuelta en sentido diferente a otra similar, cumpliendo así el principio de economía procesal. Su desconocimiento obliga a recurrir en casación para lograr finalmente el acogimiento de la pretensión que oportunamente se hizo valer. Esto trae aparejado un desgaste de la actividad jurisdiccional y una pérdida de tiempo, lo cual debe evitarse por no coadyuvar al logro de una justicia eficiente.

Sin duda, la necesaria uniformidad de la jurisprudencia, sin ser un fin en sí misma, permite a los ciudadanos conocer por anticipado, con una cierta seguridad, la regla que les será aplicada en un caso concreto para que, en consecuencia, puedan ajustar sus conductas a la previsible resolución jurisprudencial, sobre la base del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley²⁸.

6. EL RECURSO DE REVISIÓN ANTE EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

El motivo de revisión, objeto de análisis, determina “*cuando se produzca un cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que favorezca al condenado*”. Ahora bien, ¿qué se entiende por cambio de jurisprudencia?

La intención de unificar la interpretación de los Tribunales ha sido objeto de críticas en la doctrina. Bidart Campos refiere que algunos autores la han considerado violatoria de la independencia de criterio de los jueces inferiores en la libre interpretación de la ley, que constituye la esencia del poder jurisdiccional. Asimismo, otros la han tachado de inconstitucional, argumentando que es contraria a la esencia del poder jurisdiccional el dictado de normas generales y abstractas, produciéndose una violación a la división de poderes, porque la aplicación obligatoria de determinada jurisprudencia equivaldría a conferir a los jueces una facultad similar a la de legislar. Además, se ha aseverado que esta postura impediría la evolución de la jurisprudencia, tendiente a adecuar la interpretación del derecho a las nuevas realidades sociales. El mencionado constitucionalista asume una posición a favor de la obligatoriedad de la jurisprudencia, sosteniendo que es equivocada la

²⁸ Figueruelo, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, p.92.

asimilación de ella a la ley e inadmisibles si se define, con un concepto serio, cuál es la naturaleza de la legislación y cuál la de las sentencias. Afirma que la sentencia retiene su esencia o naturaleza de acto jurisdiccional aunque produzca como efecto la aplicación obligatoria de su interpretación jurídica: la sentencia crea derecho, pero no crea derecho nuevo; el derecho que crea siempre deriva de un marco que le traza el ordenamiento, y dentro del cual el Juez o Tribunal debe moverse sin evadirlo²⁹.

Si bien, los intentos unificadores han sido acusados de avanzar sobre la libre interpretación de la ley que, como se ha dicho, constituye la esencia del poder jurisdiccional, la vigencia indiscriminada de la misma también puede acarrear desventajas, por lo que sería preciso delimitar su alcance a la luz de la seguridad jurídica. En esta posición intermedia, se puede ubicar a la fundamentación expuesta por Cafferata Nores al emitir su voto en el fallo recaído en el caso “Alvarez c/ Liggett” (T.S.J., Cba., Sala Laboral, Sentencia 16 del 24/04/85). Sostiene que la independencia del Poder Judicial no es más que la independencia de cada uno de sus Jueces que lo integran para solucionar los asuntos que son materia de su competencia, interpretando libremente la ley. Pero esta última atribución debe racionalmente autolimitarse frente a las exigencias de la seguridad jurídica, a la que contribuye sin duda el acatamiento de la doctrina de los fallos dictados por los Tribunales superiores al facilitar a los litigantes una interpretación cierta y previsible de la ley. Y este jurista se define, antes que por la obligatoriedad legal de la jurisprudencia, partidario de la autolimitación de los Tribunales inferiores frente a la interpretación de los superiores, por considerar que en caso contrario se podría entorpecer una sana evolución jurisprudencial³⁰. Otros autores consideran que ni legal ni constitucionalmente se le reconoce valor vinculante a la jurisprudencia, como lo hacía el art. 95 de la Constitución de la Nación argentina de 1949³¹. De cualquier manera, la misma es respetada por el valor unificador que se le adjudica y por razones de economía procesal. Se afirma que las decisiones del Tribunal de Casación sobre la interpretación de la ley no producen efecto fuera del caso en el que se

²⁹ Bidart Campos, “La jurisprudencia obligatoria”, en *La Ley Revista Jurídica Paraguaya*, ps. 1289 y ss.

³⁰ Cafferata Nores, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, p. 228.

³¹ En relación a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Casación bonaerense.

han dictado y, por consiguiente, al margen de él no son obligatorias para los Tribunales inferiores, pero razones de orden y celeridad aconsejan su acatamiento por aquéllos³². En similar sentido Dayenoff sostiene que la jurisprudencia de los Tribunales, aun la plenaria, no es fuente de derecho, dado que está dirigida a los particulares y no satisface los requisitos legales, entre otros su publicidad³³. Conforme a la legislación argentina, la existencia de un fallo plenario no impide a los particulares involucrados cuestionar el acierto de tal interpretación por las vías procesales pertinentes, por lo que la doctrina plenaria no puede incorporarse al derecho vigente en tanto es aún revisable y reformable; y, por ende, no puede imponerse como obligatoria.

El Código ritual alemán prescribe que el nuevo Juez o Tribunal interviniente luego de ser casada una sentencia, queda jurídicamente vinculado a las consideraciones subyacentes en la anulación -art. 358-. Roxin, al comentar esta disposición, señala que la vinculación se halla justificada ante la posibilidad de que la nueva decisión del Tribunal inferior pueda ser atacada por segunda vez con el recurso de casación y, en tal caso, el Tribunal de Casación está también vinculado por la decisión anterior (autovinculación del Tribunal de Casación)³⁴.

En el ordenamiento constitucional español, no existe vinculación de los Jueces y Tribunales a los precedentes jurisprudenciales de casos anteriores y de Tribunales superiores (principio del *stare decisis* de los ordenamientos angloamericanos) que permita configurar a la jurisprudencia como una verdadera fuente del derecho³⁵.

En ese sentido resultan sumamente esclarecedores de la interrogante planteada, los delineamientos sobre cómo y cuándo es válido un cambio de jurisprudencia, elaborados y sustentados en el siguiente fallo de la Sala Tercera (Sección 4) del Tribunal Supremo Español del 23 de abril de 1991 (Rep. Arazandi 3516), transcrito por el citado jurista: “Como el Tribunal Constitucional ha indicado en repetidas

³² Núñez, “El contralor de la sentencia de los Tribunales de juicio por vía de la casación”, ps. 31 y ss.

³³ Dayenoff, *El juicio oral en el fuero penal*, ps. 181 y ss.

³⁴ Roxin, *Derecho Procesal Penal*, p. 484.

³⁵ Rodríguez Zapata, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional en España*, ps. 212 y s.

ocasiones [...] no puede exigirse a un órgano judicial el mantenimiento indefinido de sus propios precedentes. La posibilidad de modificar un criterio previamente adoptado es incluso exigencia de la propia función judicial pues el Juez, en nuestro sistema constitucional, está sometido a la Constitución y al imperio de la ley (arts. 117.1 C.E. y 1 LOPJ) y no al precedente judicial, o, más rectamente, no está vinculado al precedente judicial (*stare decisis*) cuando el mismo ya no responda en el caso concreto a la Constitución y al imperio de la ley, y siempre que conste que el Juez, al apartarse del precedente, ha obrado con la obvia reflexión que, en garantía del derecho a la igualdad citado exige la propia jurisprudencia del Alto Tribunal, y que consiste: **a. no modificar arbitraria o inadvertidamente el sentido de las decisiones en casos substancialmente iguales, debiendo la variación en la interpretación de la ley ser fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el juzgador, teniendo en cuenta sus propios precedentes (STC 48/1987, del 22 de abril); y b. que el órgano que considere necesario apartarse de sus precedentes ofrezca para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC 166/1985, del 9 de diciembre)**”.

El Tribunal Constitucional Español efectúa así una clara diferenciación entre el principio de unidad de doctrina, el cual constituye uno de los aspectos del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación judicial de la ley y resulta también protegido por la Constitución Española -art. 14-, de la cuestión que los precedentes judiciales sean vinculantes para casos posteriores.

Los recursos de revisión y casación, a través de los motivos de procedencia examinados, sin duda persiguen el efecto unificador de las interpretaciones jurisprudenciales, mediante la actuación de un único Tribunal superior -Sala Penal-.

En el motivo casacional de jurisprudencia contradictoria, como se ha analizado, no se exige condición alguna del fallo invocado como contradictorio. Es más, basta tan sólo un fallo aislado o errático para respaldar la procedencia del recurso de casación, inclusive del Tribunal de Apelaciones, no sólo de la Corte, conforme a los términos de la normativa.

Pero el cambio de jurisprudencia de la Corte, requerido como motivo de revisión, es distinto.

Coincidamos primero, que tal cambio es admisible por eso se erige en un motivo del recurso, como elemento inherente de la evolución en la aplicación del derecho. También resulta evidente que el ordenamiento asume un concepto a ultranza de lo que es jurisprudencia, doctrina jurisprudencial de referencia, es decir, la unificación de fallos firmes coincidentes, constantes y repetitivos. Puesto que el cambio de jurisprudencia es apto de provocar nada más ni nada menos que el quiebre de la cosa juzgada, es decir, la revisión de la sentencia firme.

La interrogante que surge entonces es, si actualmente se asume la trascendencia del valor que otorga nuestro ordenamiento procesal penal a la jurisprudencia como motivo de casación y revisión de la sentencia.

Creemos que a partir de estos motivos quizás pueda hacerse frente a un problema alarmante en la administración de justicia: la heterogeneidad en la interpretación de la ley; “fenómeno que puede llevar a una incertidumbre social peligrosa”, como lo señala Cafferata Nores³⁶, “pues el hecho de que invocándose la misma ley se extraigan de ella consecuencias contrapuestas, provoca perplejidad jurídica”³⁷. Para

³⁶ Cafferata Nores, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, p. 225.

³⁷ Un ejemplo donde puede fácilmente apreciarse un cambio de criterio de la Corte Suprema de Justicia producido precisamente en el estudio de Recursos de Revisión planteados en la misma Causa en momentos distintos:

“En relación a la “descomunal condena” alegada por el impetrante, cabe mencionar que los magistrados al emitir la sentencia condenatoria, realizaron un minucioso análisis de los elementos de prueba incorporados al proceso, de conformidad a las reglas de la sana crítica racional, valorando la eficacia conviccional de los mismos, **sin advertirse la inobservancia o violación del principio de proporcionalidad**. Por ello, y al no encontrarse el planteamiento dentro del ámbito del recurso interpuesto, **el recurso debe ser rechazado**”. **Acuerdo y Sentencia N°111 del 15 de marzo de 2005**. Expediente: “Recurso de Revisión interpuesto por el Sr. Wu Wen Huan en la Causa: “Ministerio Público c/Wu Wen Huan, Lin Chih Feng y Chih Cheng Kuo s/ extorsión agravada y asociación criminal en Ciudad del Este”.

En sentido contrario: “Auscultando los argumentos fácticos y jurídicos que sirvieron de sustento a los fallos puestos en crisis, efectivamente se evidencia un exceso en las pautas temporales de aplicación del quantum de la condena en relación al ilícito perpetrado, lo que indudablemente **constituye un quiebre del principio de proporcionalidad**, en

ello, es preciso utilizar estos institutos con coherencia y racionalidad, y dirigir su aplicación hacia los fines para los cuales fueron creados. Si la seguridad jurídica es la base del Estado de Derecho, y por tal razón se encuentra tutelada por la garantía del debido proceso, es razonable suponer que la misma se ve fuertemente conmovida ante los cambios sorpresivos de la interpretación de la ley por parte de los juzgadores. Los vuelcos interpretativos o fluctuaciones jurisprudenciales provocan un desconcierto en las partes, creando inclusive desconfianza en la transparencia de la administración de justicia. Además, “la igualdad ante la ley se eclipsa inconstitucionalmente cuando no deriva a una verdadera igualdad ante la jurisdicción”³⁸. En efecto, un tratamiento legal distinto debido a la aplicación o interpretación diferente de normas idénticas para hechos similares, encierra en sí un contenido de injusticia fácilmente perceptible. Y por el contrario, la uniformidad en la aplicación del derecho proporciona un tratamiento similar frente a la ley, favoreciendo así la vigencia del derecho a la igualdad.

Definitivamente, la revisión ante un cambio de jurisprudencia y la casación de fallos contradictorios con otros anteriores, garantizan la

atención al precepto constitucional contenido en el artículo 20 de la C.N., el cual guarda relación con el objeto y los fines de la pena. Por ello entiendo, justo y adecuado a derecho, **reducir la pena privativa de libertad impuesta al condenado de diez (10) años a cinco (5) años**, fundamentalmente porque el exceso punitivo no constituye aspiración de equidad y ecuanimidad” **Acuerdo y Sentencia N°1583 del 22 de diciembre de 2006**. Expediente: “Recurso de Revisión interpuesto por la Abog. Elizabeth Amarilla en los autos: “Wu Wen Huan y otros s/ extorsión agravada y asociación criminal en Ciudad del Este””.

Voto en disidencia de la Ministra Alicia Pucheta de Correa: “La cuantificación de la pena no es materia de análisis de ninguno de los Tribunales de Alzada (entiéndase Tribunal de Apelación y Corte Suprema de Justicia), constituye una cuestión que está delimitada para la función de los Tribunales de Juicio, salvo que se trate del advenimiento de una ley más benigna y se realice una reducción meramente matemática, sin volver a analizar para la cuantificación el grado de reproche y las circunstancias personales y fácticas ya apreciadas dentro del juicio oral y público, en el marco de la oralidad e inmediatez [...] Esta Sala Penal ha sostenido de manera constante e invariable el criterio sustentado: Acuerdo y Sentencia N°113 del 15 de marzo de 2005 “Juan Pablo Verdún Cabañas s/ homicidio doloso”; Acuerdo y Sentencia N°38 del 26 de febrero de 2005 “César Ramón Colmán Galeano s/ abuso sexual en niños””. Las negritas no corresponden a los textos oficiales.

³⁸ Bidart Campos, Germán, “La jurisprudencia obligatoria”, en *La Ley Revista Jurídica Paraguaya*, 24 (11):1289-ss., 2001.

igualdad ante la jurisdicción, lo que significa una efectiva igualdad ante la ley.

BIBLIOGRAFÍA

Bidart Campos, Germán. *La jurisprudencia obligatoria*. La Ley Revista Jurídica Paraguaya, 24(11):1289 ss., 2001.

Binder, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1993.

Cafferata, José. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1994.

Calamandrei, Piero. *Casación Civil*. Ed. Ejea, Bs. As., 1959.

Clemente, José Luis. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Ley N°8123, Comentado, Anotado, Concordancias, Jurisprudencias, Modelos, Tomo II*. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1998.

Clemente, José Luis. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Ley N°8123, Comentado, Anotado, Concordancias, Jurisprudencias, Modelos, Tomo IV*. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1998.

Dayenoff, David Elbio. *El juicio oral en el fuero penal*. Depalma, Bs. As., 1998.

De la Rúa, Fernando. *La casación penal*. Depalma, Bs. As., 1994.

De la Vega, Juan Antonio. *Una luz en medio del infierno*. Diario Noticias, 5 de diciembre, 2004.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, 2000.

Figueruelo Burrieza, Ángela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

Lezcano Claude, Luis. *El control de constitucionalidad y el recurso de casación*. La Ley Revista Jurídica Paraguaya, 24(11):1275 ss., 2001.

Núñez, Ricardo. *El contralor de la sentencia de los tribunales de juicio por vía de la casación*, Opúsculo N°40. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1989.

Pandolfi, Oscar R. *Recurso de casación penal*. Ed. La Rocca, Bs. As., 2001.

Rodríguez Zapata, Jorge. *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Editores del Puerto, Bs. As., 2000.

Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario, Tomo II*. Ed. Astrea, Bs. As., 1989.

San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Ed. Grijley, Lima, 1999.

Soler, Juan José. *Introducción al derecho paraguayo*. Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1954.

Zaffaroni, E. Raúl. *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*. Ed. Ediar, Bs. As., 2011.

APUNTES PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992

Luis Lezcano Claude

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EXPECTATIVAS EN CUANTO A LA REFORMA. III. EL MOMENTO ACTUAL. IV. EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL Y LAS SITUACIONES DE INJUSTICIA. 1. PROPIEDAD PRIVADA Y EXPROPIACIÓN. 2. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, EL REFERÉNDUM, LA INICIATIVA POPULAR Y LA REVOCATORIA POPULAR. 3. TRIBUNALES MILITARES. 4. SISTEMA DE ELECCIONES. 5. LA COMPOSICIÓN DEL PODER EJECUTIVO. 6. INHABILIDADES. 7. LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. 8. INMUNIDADES. 9. LA REELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. 10. LA VICEPRESIDENCIA. 11. LA ACEFALÍA DEL PODER EJECUTIVO. 12. SENADURÍA VITALICIA. 13. JUICIO POLÍTICO. 14. LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MAGISTRADOS JUDICIALES. 15. EL NOMBRAMIENTO DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 16. LA INAMOVILIDAD DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 17. LA REMOCIÓN DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 18. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. 19. DESIGNACIÓN DE JUECES Y MIEMBROS DE TRIBUNALES. 20. INAMOVILIDAD DE JUECES Y MIEMBROS DE TRIBUNALES. 21. REMOCIÓN DE JUECES Y MIEMBROS DE TRIBUNALES. 22. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. 23. LA ACTUACIÓN DE CONGRESISTAS-ABOGADOS. 24. ESTADO DE EXCEPCIÓN. 25. OTROS TEMAS

APUNTES PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992*

Luis Lezcano Claude

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución paraguaya en vigor fue sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992 por la Convención Nacional Constituyente que la redactó. Desde el 21 de junio de 2002 quedó abierta la posibilidad de proceder a su reforma. En efecto, el artículo 289, 1er. párrafo, de la Constitución, dispone que *la reforma de esta Constitución sólo procederá luego de diez años de su promulgación*. De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional, se denomina “reforma” a una modificación de la Ley Fundamental que puede abarcar eventualmente todos los artículos de la misma.

Para la reforma constitucional es necesario, en primer lugar, que se la **solicite en la forma prevista en la Ley Suprema (ejercicio del derecho de iniciativa)**. Al respecto se establece que *podrán solicitar la reforma el veinticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, el Presidente de la República o treinta mil electores, en petición firmada* (Art. 289, 2º pfo., Cn.).

El paso siguiente es el de la “declaración de la necesidad de la reforma”. Esto corresponde a las Cámaras del Congreso. La decisión debe ser adoptada por cada una de las Cámaras, por separado y por

* El presente trabajo fue elaborado sobre la base de las siguientes monografías:

“La reforma constitucional en el Paraguay”, publicada en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, T. I, 2005.

“Apuntes para la reforma del Poder Judicial”, publicada en *Reforma Constitucional*, Asunción, Semillas para la Democracia, agosto de 2010.

“Poder Ejecutivo: propuestas de reforma constitucional”, publicada en *Revista Jurídica de la Universidad Americana*, Asunción, noviembre de 2010.

mayoría absoluta de dos tercios de sus miembros. Se requiere, pues, 30 votos, por lo menos, en la Cámara de Senadores; más 54 votos, por lo menos, en la Cámara de Diputados para declarar la necesidad de la reforma constitucional (Art. 189, 3° pfo., Cn.). El tratamiento del tema puede iniciarse indistintamente en cualquiera de las cámaras, según donde haya surgido o se haya presentado la solicitud respectiva.

El tercer paso en esta fase previa, es el “llamado a elección de convencionales constituyentes”. En caso de que las Cámaras legislativas adopten una decisión positiva en cuanto a la reforma constitucional, deben comunicarla al Tribunal Superior de Justicia Electoral. Este órgano debe llamar a elección de convencionales constituyentes dentro del plazo de 180 días contados a partir de recibida la comunicación respectiva. Los comicios que se convoquen no deben coincidir con ningún otro (Art. 189, 4° pfo., Cn.). Previamente, deben realizarse las elecciones internas pertinentes en los partidos y movimientos políticos.

La reforma de la Constitución es facultad exclusiva de la Convención Nacional Constituyente. El número de sus miembros no puede ser superior al total de los integrantes del Congreso (Art. 189, 5° pfo., Cn.), es decir, en la actualidad no puede exceder de 125.

Este es el procedimiento, descrito sucintamente, que debe seguirse para la reforma constitucional.

II. EXPECTATIVAS EN CUANTO A LA REFORMA

Otra cuestión que se nos plantea es qué esperar de una reforma constitucional. Los malos momentos que hemos tenido que soportar en el período post dictatorial, y las dificultades que subsisten hasta hoy, hacen que busquemos responsables en cualquier parte. En esta actitud, atribuimos muchos de nuestros males a una Constitución supuestamente llena de errores y deficiencias.

En este punto debemos reafirmar los conceptos que en varias oportunidades vertimos acerca de nuestra actual Ley Suprema: es la mejor de todas las que rigieron en el Paraguay, por lo menos en dos aspectos: la amplitud de la participación de los distintos sectores de la

población en cuanto a su elaboración y el contenido substancial de la misma.

Creemos que la mayor parte de los problemas actuales no son atribuibles a insuficiencias o limitaciones de la Constitución. Esto no significa desconocer que existen algunos artículos constitucionales de un contenido deficiente y que en su momento han causado inconvenientes, como los referentes a la acefalía del Poder Ejecutivo, la inamovilidad de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, la confirmación de los magistrados judiciales, la representación popular, etc.

Pero 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 los 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 Constitución. Y la responsabilidad por la ignominiosa situación descrita, sigue siendo hasta hoy de quienes gobernaron el país durante más de seis décadas, de las cuales más de la mitad correspondieron a la dictadura estronista.

Es particularmente importante tener claro lo señalado en el párrafo precedente, a fin de no alentar falsas expectativas en cuanto a los resultados de una reforma constitucional. Si los graves problemas por los que atravesamos actualmente no son atribuibles directamente a una mala Constitución, es lógico pensar que no encontrarán solución en una reforma constitucional.

Debemos recordar que en los momentos previos a la Constituyente de 1992 ya se incurrió en este error. A decir verdad, quizá no haya sido error, sino recurso demagógico para captar votos. Se presentó la reforma constitucional como la panacea, como la solución de todos los males que nos aquejaban. Se llegó al punto de que el eslogan principal del partido que luego obtuvo la mayoría fuera: “trabajo en primer lugar”. No podemos alimentar de nuevo ilusiones que desde un comienzo sabemos que son falsas por inalcanzables en absoluto.

III. EL MOMENTO ACTUAL

Los últimos procesos de reforma constitucional en Latinoamérica, se han dado en el marco de lo que se podría considerar como procesos revolucionarios, o, por lo menos, en situaciones sociopolíticas propicias para cambios de gran profundidad o radicalidad y que, de hecho, exigían modificaciones de este tipo en la normativa de máximo rango, a fin de que los procesos de cambio pudieran avanzar.

Nos referimos a las reformas constitucionales que se han dado en Venezuela (1999), en el Ecuador (2008) y en Bolivia (2009). En estos casos, el poder constituyente ha sido ejercido, en gran medida, en forma originaria, es decir, en el sentido de refundar el Estado. Debe recordarse que la Asamblea Constituyente venezolana se declaró originaria, y también en el Ecuador y en Bolivia la modificación de la Ley Suprema ha tenido este carácter. En este último país, la reivindicación de los derechos y la apertura de canales de participación de un sector – mayoritario o, por lo menos, muy importante- de la población boliviana, como son los pueblos indígenas, puede determinar una transformación radical de esa sociedad.

Las importantes transformaciones que se operaron a nivel de la legislación primaria, es decir, a nivel constitucional, fueron posibles por el ambiente propicio que se vive, y a la vez, sirven para marcar el rumbo y para encauzar los procesos de cambios revolucionarios que se están dando en dichos países, y que tienen de inédito su carácter pacífico, a pesar de la profundidad de los cambios políticos, sociales y económicos que se están operando.

El derecho (y también una Constitución) es reflejo de una realidad determinada o producto de dicha realidad. Las normas jurídicas que se consagran en un momento determinado, cristalizan el pensamiento vigente respecto de los distintos aspectos de la convivencia humana y, salvo lo que permite una interpretación dinámica de las mismas, adquieren carácter estático, con mayor o menor divorcio de una realidad que no se detiene y sigue transformándose.

Eventualmente ese derecho (y también una Constitución) puede convertirse en un obstáculo para el avance en diversos aspectos, y se

hace necesario un nuevo marco legal para el desarrollo de renovadas políticas.

Dentro de estos parámetros, ¿puede afirmarse que la Constitución de 1992 está desfasada en el sentido de constituirse en un obstáculo para el avance de la sociedad en sus múltiples aspectos? Creemos que no. Muchas de las disposiciones consagradas en su parte dogmática, aún no han sido llevadas a la práctica en forma adecuada, en particular aquellas que hacen a la caracterización del Estado paraguayo como Estado social de derecho.

En otras palabras, no existe una realidad cuyo desarrollo esté siendo detenido por disposiciones constitucionales, específicamente por las contenidas en la parte dogmática. Las limitaciones en este aspecto, responden, más bien, a situaciones de hecho, antes que a limitaciones de carácter legislativo. Quizá se requieran modificaciones que abran canales más amplios de participación popular y de control de los órganos de gobierno.

Pero si se atiende a la situación actual de la sociedad paraguaya, se puede concluir que no existe un ambiente favorable a cambios de cierta radicalidad, lo cual no significa negar que ellos sean imperiosamente necesarios. En efecto, los cuatro partidos políticos principales del Paraguay (Asociación Nacional Republicana-Partido Colorado, ANR; Partido Liberal Radical Auténtico, PLRA; Partido Unión Nacional de Ciudadanos Éticos, PUNACE; y Partido Patria Querida, PPQ), se caracterizan por su alto conservadurismo (e incluso se puede hablar de posiciones reaccionarias de algunos sectores de los mismos). Asimismo, los principales medios de prensa así como los sectores sociales y económicos dominantes, son extremadamente conservadores. Los sectores a los cuales urge el cambio, particularmente el campesinado, no están debidamente articulados como tales en el aspecto político, como para ejercer una influencia relevante en el ejercicio del poder.

En la actualidad, el 93% de los senadores y el 93.7% de los diputados pertenecen a la ANR, el PLRA, el PUNACE y el PPQ. Es decir, el predominio de representantes de ideología conservadora, es abrumador. Ni siquiera se puede afirmar que el 7% restante, represente

un pensamiento progresista. En estas circunstancias, salvo que medien cambios de relevancia, no se puede pensar que una próxima Convención Nacional Constituyente va a tener una integración distinta a la que hoy tienen las cámaras legislativas en cuanto a su componente ideológico. Esto implica, no solo pocas esperanzas, sino peligro de regresión, por lo que debe evaluarse la conveniencia y la oportunidad de la realización de una Constituyente, así como la posibilidad de arribar a acuerdos previos en cuanto a los puntos que serán objeto de reforma.

IV. EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL Y LAS SITUACIONES DE INJUSTICIA

Como punto de partida debemos definir qué se pretende del Poder Judicial en cuanto órgano de administración de justicia. Dadas las características del mismo, su actuación es de carácter “residual”, y, en particular, en cuanto a las grandes inequidades sociales que constituyen enormes problemas de injusticia, el Poder Judicial prácticamente nada puede hacer. Aún cuando exista actualmente una tendencia a permitir el logro efectivo de derechos que antes estaban previstos como meras normas programáticas orientadoras de la actividad de los órganos de gobierno, resulta evidente que ciertas situaciones de injusticia sólo pueden ser revertidas en forma radical y en los tiempos breves que exige la premura de las situaciones críticas, por medio de la acción de los órganos legislativo y, sobretodo, ejecutivo. Es más, en Latinoamérica, en general, y en el Paraguay, en particular, existen situaciones de injusticia tan profundas, de tan larga data, que han creado habitualidad, acostumbramiento o resignación a las mismas, al punto de considerarlas “normales”.

En la solución de tales problemas, ¿qué puede hacer el Poder Judicial? En el mejor de los casos, lo que puede hacer es mínimo ante la magnitud del problema. Nos atreveríamos a decir que el paliar dichos problemas exige medidas radicales y sostenidas de órganos administrativos, y que la patente evidencia de su carácter de injusticia no hace necesaria la intervención previa de órganos jurisdiccionales en el marco de un proceso que concluya declarando tal carácter, determinando cuáles deben ser las medidas a adoptar y quiénes deben ser los beneficiarios de tales medidas, porque todo ello salta a la vista.

Si se admite el derecho a una existencia digna y la vigencia de una obligación social para proveer de la misma a todos los integrantes de la sociedad, no son necesarios dilatados procesos que necesariamente, como todos sabemos de antemano, deben concluir con el reconocimiento de tales derechos esenciales.

A veces incluso serán necesarias medidas revolucionarias, o muy cercanas a ellas, cuya imprescindible adopción obviamente no podrá estar en manos del Poder Judicial.

¿Quién puede dudar hoy que el derecho a una alimentación adecuada, a una vivienda digna, a una atención a la salud acorde a los avances de la ciencia y la tecnología, a un empleo, al vestido y a los bienes materiales elementales, a la educación, etc., constituyen derechos a los cuales debe tener acceso cualquier persona, sin que para ello sea necesario pronunciamiento alguno de autoridad jurisdiccional que les reconozca tales derechos y ordene acciones que deban ser realizadas para satisfacerlos? ¿Se puede sostener que el derecho a acceder a unas condiciones materiales mínimas de existencia, debe ser probado en un juicio, del cual resulte el dictamiento de una resolución que lo reconozca y ordene las medidas pertinentes al respecto?

En cuanto a la solución del problema de la tierra, es decir, a la alta concentración de la misma en pocas manos, lo cual se vincula con el tema de la reforma agraria, prácticamente nula es la intervención que puede corresponderle al Poder Judicial. Lo referente a la reforma agraria depende de la voluntad del Congreso en cuanto a la realización de expropiaciones, y del Poder Ejecutivo en lo relativo a la organización de colonias agrícolas, con todo lo que ello implica en las distintas fases de la producción económica.

Ante medidas extremas como la invasión de propiedades privadas, ¿qué hace el Poder Judicial? Ordena el desalojo de los invasores y eventualmente su detención y procesamiento por “invasión de inmueble ajeno” (Art. 142 del Código Penal). Tratándose de jueces de derecho y no de equidad, es ésta la actuación que le impone la ley. ¿Es la solución a problemas sociales? ¿Puede el Poder Judicial hacer más que esto o proceder de otro modo?

En cuanto al, tantas veces mencionado, problema de la recuperación de las “tierras mal habidas” originadas en la época de la dictadura estronista, igualmente es nula la actuación que puede esperarse del Poder Judicial. En todos los casos nos encontraremos ante situaciones en que las acciones judiciales están prescriptas, o ante situaciones en que formalmente (es decir, en los papeles) no existe irregularidad alguna, o ante segundos o terceros adquirentes de buena fe a quienes no se puede perjudicar. Como se ve, el problema real de las “tierras mal habidas” no puede encontrar solución mediante la actuación de órganos jurisdiccionales que tienen muy constreñido el ámbito en que pueden moverse.

Sirva lo precedente para delimitar el campo de actuación que puede corresponderle al Poder Judicial en el marco de lo que se denomina Estado de Derecho, para tomar conciencia plena de las limitaciones del mismo en cuanto a administrar justicia, es decir, a revertir situaciones injustas que se presentan en la vida social; para comprender el carácter “residual” que habrá de tener su actuación en una sociedad en que los problemas estructurales deben ser solucionados por otras vías y mediante la acción de otros órganos de gobierno y otros actores.

Dentro del marco de las limitaciones expresadas precedentemente, formulamos diversas propuestas de modificación de normas constitucionales, con la advertencia de que el presente trabajo no agota el objeto de estudio y que el enfoque es fundamentalmente jurídico.

1. PROPIEDAD PRIVADA Y EXPROPIACIÓN

Constitución de 1992. La propiedad privada esta legislada en la Constitución en vigor en los siguientes términos:

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 (Art. 109 Cn.).

La excepción prevista en cuanto a la expropiación de latifundios improductivos, está regulada del siguiente modo:

... La expropiación de los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria será establecida en cada caso por la ley, y se abonará en la forma y en el plazo que la misma determine (Art. 116 Cn.).

En cuanto a la regulación de la propiedad privada, la Ley Suprema en vigor contiene algunas disposiciones de carácter progresista, como las siguientes: a) el reconocimiento de su función económica y social, b) la posibilidad de establecer límites máximos a la misma, por medio de la ley, lo cual reviste particular importancia en cuanto a la propiedad inmobiliaria, y c) el reconocimiento de que la propiedad privada debe ser accesible para todos.

Mantiene la declaración de inspiración liberal de que “la propiedad es inviolable”. Admite sólo dos formas de privación de la propiedad privada. La primera consiste en la decisión adoptada por medio de una sentencia judicial, lo cual supone la realización previa de un juicio, con posibilidad de que el propietario pueda ejercer su defensa en forma amplia y con todas las garantías, antes de que la autoridad jurisdiccional competente dicte el fallo.

La segunda forma es la expropiación. Se mantienen las causales de utilidad pública y de interés social. La primera era la única admitida por el liberalismo, como se puede apreciar en la Constitución de 1870. La segunda fue incorporada a partir de la Constitución de 1940 como incluida en la expresión “utilidad social”, y en forma diferenciada y expresa, a partir de la Constitución de 1967. En nuestro sistema, el

Congreso es el órgano investido de la atribución de determinar, por ley, la existencia de alguna de las causales que justifican la expropiación. Su actuación es, pues, necesaria e insustituible en cuanto a este punto.

La Norma Máxima establece las siguientes exigencias en cuanto a la expropiación: a) el pago de una indemnización que debe ser justa, lo cual estará vinculado principalmente a que se pague el precio de mercado de lo expropiado; b) en cuanto al tiempo, el pago de la indemnización debe ser previo, es decir, anterior a la desposesión; c) en cuanto a la fijación del monto de la indemnización, debe ser establecida convencionalmente, es decir, por acuerdo entre la autoridad expropiante y el propietario, o por sentencia judicial, la cual será dictada como culminación de un juicio en que las partes tendrán amplia oportunidad de exponer y defender sus pretensiones; y d) en cuanto a la forma de pago, debe hacerse en efectivo, como lo señala la doctrina.

La Constitución sólo establece la excepción de “los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria”. La misma se refiere únicamente a la forma de pago de la indemnización que puede ser no sólo en efectivo, sino también, por ejemplo, en bonos del tesoro; y al tiempo en que se efectúe el pago, que podrá posterior a la desposesión e, incluso, en cuotas. Pero la indemnización pagada debe ser justa (precio de mercado), y debe ser fijada convencionalmente o por sentencia judicial.

En el Paraguay, la concentración de la tenencia de la tierra alcanza niveles que se encuentran entre los más elevados de la región. Tal situación, mantenida desde hace varias décadas, ha justificado la perentoria e impostergable realización –que de todos modos no ha sido así- de una reforma agraria que permita acceder a la propiedad inmobiliaria a amplios sectores de la población rural cuyo medio de subsistencia es, o debería ser, la agricultura.

El actual estado de inquietud e inseguridad existente en el medio rural, no constituye más que la explosión de situaciones de grave injusticia y de postergación en todos los aspectos de la existencia humana, en que desde hace muchísimo tiempo está sumida la clase campesina. Las marchas populares, los cierres de rutas, los campamentos precarios a la vera de rutas y caminos o en la proximidad de propiedades,

y la invasión de las mismas, constituyen las manifestaciones últimas de una situación que resulta insostenible.

La exigencia del pago previo de la indemnización, establecida por la Constitución como regla general para el caso de expropiaciones, limita en forma considerable el accionar de las autoridades gubernativas, en el supuesto de que exista de parte de ellas voluntad política para dar solución a este problema. Tal exigencia sólo cede de manera excepcional cuando se trata de latifundios improductivos, en cuyo caso la indemnización puede efectivizarse con posterioridad a la desposesión del propietario, si así lo dispusiere la ley pertinente. Se constata, pues, que el margen de maniobra en materia de expropiaciones es muy estrecho.

Constitución de 1967. De acuerdo con la Constitución de 1967, estaba garantizada la justa indemnización en caso de expropiación, pero no se establecía que la misma debiera ser necesariamente previa al acto de desposesión. Así el Art. 96 del citado cuerpo jurídico preceptuaba lo siguiente: ... *se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social definida en la ley que también garantizará la justa indemnización.*

Más adelante, se establecía cuanto sigue: La ley fijará la extensión máxima de tierra de que puede ser propietaria una persona natural o jurídica ... Las áreas en exceso serán consideradas latifundio y deberán venderse a plazos y en condiciones especiales que se establecerán por ley, cuando se trate de tierras incultas necesarias para la explotación agropecuaria o para la fundación o ampliación de poblaciones estables. El latifundio será objeto de un sistema impositivo progresivo que contribuya a su extinción (Art. 129).

La Constitución de 1967 facilitaba la definición de latifundio al considerar tal a las áreas que excedían la extensión máxima de tierras de que podía ser propietaria una persona natural o jurídica. Los latifundios, en general, debían ser objeto de un sistema impositivo progresivo que contribuyera a su extinción. Los latifundios improductivos (tierras incultas) necesarios para la explotación agropecuaria o para la fundación o ampliación de poblaciones estables, debían ser vendidos a plazos y en las condiciones especiales que estableciera la ley.

Constitución de 1940. La Constitución de 1940 defería a la ley la determinación del tiempo y la forma de indemnización en todos los casos de expropiación. Además establecía lo siguiente: *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* (Art. 21).

A pesar de no utilizar el vocablo latifundio, esta Ley Suprema adoptaba una posición más extrema que las que establecerían sus sucesoras, al autorizar la subasta pública o la expropiación de las tierras que excedieran la extensión máxima de la propiedad privada inmobiliaria, sin referencia a su productividad o inproductividad.

Colofón. A la luz de los antecedentes constitucionales reseñados, resulta evidente que las prescripciones de la Ley Suprema en vigor denotan un retroceso. Ante un Estado carente de recursos suficientes para proceder a expropiaciones con pago previo de indemnizaciones, y dada la urgencia de llevar adelante la reforma agraria, se hace imprescindible la modificación de los preceptos constitucionales que regulan el tema.

En el actual gobierno se ha dado la paradoja de que líderes políticos y congresistas, por una parte, echen en cara al Poder Ejecutivo el incumplimiento de una de sus promesas de gobierno: la realización de la reforma agraria; y, por la otra, olviden el papel determinante y fundamental que debe realizar al respecto el Congreso, dado que las expropiaciones deben ser decididas por ley. El alto grado de conservadurismo de senadores y diputados, así como la vinculación estrecha de muchos de ellos con la clase propietaria, explican, aunque no justifican, no sólo su actitud prescindente, sino también su obstrucción, con el apoyo de la prensa, a lo poco que el Ejecutivo podía realizar en este campo (compra de tierras, aplicación de la ley de seguridad fronteriza, realización de mensuras judiciales con vistas de individualizar tierras fiscales).

2. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, EL REFERÉNDUM, LA INICIATIVA POPULAR Y LA REVOCATORIA POPULAR

En la Constitución, al definir la forma de gobierno, se alude a la democracia participativa (Art. 1 Cn.). Como procedimientos por medio de los cuales debe hacerse realidad la participación popular directa en los asuntos públicos (Art. 117 Cn.), han sido legislados el referéndum y la iniciativa popular, además del sufragio en su función electiva.

Referéndum. El referéndum está previsto a nivel constitucional en los siguientes términos: “El referéndum legislativo, decidido por ley, podrá o no ser vinculante. Esta institución será reglamentada por ley” (Art. 121 Cn.).

Como se puede apreciar, el referéndum en nuestro ordenamiento jurídico presenta las siguientes características:

a) Es *legislativo*, es decir, debe versar sobre leyes dictadas por el Congreso.

b) Es *decidido por ley*, lo cual significa que son las cámaras legislativas las que deciden si se realiza o no. En consecuencia, es facultativo, no obligatorio, dependiendo su realización de la voluntad de aquellas¹.

La norma secundaria agrava aún más esta limitación al disponer, a nuestro entender en forma inconstitucional, que no cabe la iniciativa popular para la presentación de un proyecto de ley relativo a un referendo. Al respecto, el Art. 260, 1ª parte, del Código Electoral establece cuanto sigue: “La iniciativa para la consulta, vía referéndum

¹ Sólo los referendos sobre una enmienda constitucional o una denuncia de tratados relativos a derechos humanos (Arts. 290 y 142 Cn.), tienen carácter obligatorio. En efecto, los procedimientos que acabamos de mencionar comprenden una primera fase que consiste en el tratamiento del proyecto de enmienda o de denuncia por las cámaras del Congreso. En caso de que éstas lo aprueben, está prevista la realización de un referendo. Nótese que esta segunda fase debe llevarse a cabo necesariamente si se pretende culminar el procedimiento. En este sentido, es decir, en cuanto a lo imprescindible de su realización luego de la aprobación por el Congreso, es que afirmamos que en los aludidos casos el referendo reviste carácter obligatorio.

corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo, a cinco senadores o diez diputados...”.

c) *Podrá o no ser vinculante*, es decir, puede ser consultivo o vinculatorio, y ello depende de la decisión que adopten las cámaras. Al respecto, el Código Electoral prescribe cuanto sigue: “... Al presentar el pedido de referéndum, se deberá indicar el carácter consultivo o vinculante. La decisión final sobre el particular queda a cargo del Congreso” (Art. 260, 1ª. Parte, del Código Electoral)².

Saltan a la vista, pues, las grandes limitaciones que presenta el referéndum como mecanismo de participación popular directa. No debe olvidarse que se trata de una consulta popular que recae sobre leyes. Pero para que, respetando su objeto específico, sea realmente efectivo es preciso que su realización no esté sujeta a la voluntad del Congreso, sino que baste el pedido formulado por un número determinado de ciudadanos para que necesariamente deba llevarse a cabo. Asimismo, el carácter vinculante de lo resuelto por medio del referendo, debe depender exclusivamente de que se alcance una determinada mayoría de los votos emitidos³.

Las características apuntadas explican por sí solas por qué, a pesar de los veinte años de vigencia de la Constitución, sólo se ha presentado un pedido de referéndum legislativo, que finalmente resultó

² Debe señalarse igualmente que, como excepción, los referendos sobre una enmienda constitucional o una denuncia de tratados relativos a derechos humanos, tienen carácter vinculante necesariamente.

³ En la Constitución ecuatoriana de 1998 se prevé la “consulta popular”, de alcances más amplios que el referendo. Su realización puede ser solicitada por iniciativa popular formulada directamente ante el órgano electoral, el cual, llenados los requisitos exigidos, debe convocarlo. Además, “la decisión adoptada será obligatoria si el pronunciamiento popular contare con el respaldo de la mayoría absoluta de votantes” (Cf. Arts. 103/108). En la Constitución ecuatoriana de 2008, se han mantenido, en general, las mencionadas características de la “consulta popular”. Está admitida la iniciativa popular para peticionar su realización: “la ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto” (excepto los relativos a tributos o a la organización política administrativa del país), y cuando ella sea de carácter nacional, “el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral” (Art. 104). Para la aprobación de la consulta popular, “se requerirá la mayoría absoluta de los votos válidos” (Art. 106).

infructuoso. En este punto, la reforma debe orientarse en el sentido de incluir las modificaciones sugeridas más arriba, de modo a convertir al referendo en un procedimiento efectivo y relativamente ágil en el marco de una democracia participativa.

Iniciativa popular. *La iniciativa popular está prevista en la Ley Fundamental en los siguientes términos:* Se reconoce a los electores el derecho a la iniciativa popular para proponer al Congreso proyectos de ley. La forma de las propuestas, así como el número de electores que deban suscribirlas, serán establecidos por ley (*Art. 123 Cn.*).

La Constitución se limita a reconocer el derecho y luego deja en manos de la ley la reglamentación respectiva. Pero esta delegación ha sido ejercida por el legislador secundario en forma indebida al punto de dificultar enormemente el ejercicio del derecho consagrado a nivel superior.

En efecto, se exige que la “propuesta legislativa” contenga lo siguiente: “a) texto articulado del proyecto de ley dotado de unidad substantiva, precedido de una exposición de motivos, b) la firma de por lo menos el 2 % (dos por ciento) de los electores inscriptos en el Registro Cívico Permanente ...” (*Art. 266 del Código Electoral*)⁴.

Creemos que las exigencias establecidas son desproporcionadas en relación con lo que se puede lograr por la vía de la iniciativa popular. Como se sabe, lo único que se asegura en caso de que se cumplan los requisitos legales, es el tratamiento del proyecto de ley por las cámaras del Congreso. Pero como resultado final éstas pueden aprobarlo o rechazarlo.

El porcentaje de electores exigido es muy alto y al estar referido al padrón electoral, la cantidad de firmas necesarias va en creciente aumento. Además, no guarda relación con la cantidad invariable de 30.000 electores que la Constitución establece como mínimo para solicitar la reforma o la enmienda de ella (*Arts. 289 y 290 Cn.*). No es posible que las exigencias para la presentación de un proyecto de ley al

⁴ Los Arts. 266 a 275 del Código Electoral regulan la iniciativa popular.

Congreso, con la sola seguridad de su tratamiento mas no de su aprobación, sean más gravosas que las requeridas para pedir la modificación de la Ley Suprema. En la actualidad, atendiendo al número de electores inscriptos en el padrón electoral, la cantidad de firmas necesarias para el ejercicio de la iniciativa popular, más o menos duplica la cantidad fijada por la Constitución como mínimo para pedir la reforma o la enmienda.

Todo esto explica por qué en veinte años de vigor de la Constitución de 1992, en una sola oportunidad se haya hecho uso de este procedimiento. Es más, en relación con ese único caso existen motivos para pensar que la tarea de recolección de firmas fue encarada principalmente con fines proselitistas tendientes a lograr la adhesión de electores al movimiento político que la propiciaba, y sólo secundariamente para el fin específico de la iniciativa popular.

En las circunstancias descriptas, la iniciativa popular resulta atractiva sólo en caso de que se quiera aprovechar la fuerza que le da a la presentación su subscripción por varios miles de electores. Si la intención no fuere ésta, sería mucho más fácil realizar la presentación por medio de un diputado o senador del partido o movimiento de quienes promueven la iniciativa, o de ideas afines.

Si bien, en lo que se refiere a la iniciativa popular, las deficiencias provienen de la legislación secundaria y pueden ser corregidas mediante la modificación de la misma, de realizarse una reforma constitucional sería bueno incluir ciertas pautas, como el número mínimo requerido para la presentación, con máximo rango.

Debemos señalar, además, que la cantidad de formas de participación popular previstas en nuestra Ley Suprema, es muy reducida. Varias constituciones latinoamericanas incluyen en su normativa otras formas más⁵.

⁵ A modo de ejemplo transcribimos lo dispuesto por algunas constituciones latinoamericanas sobre el tema.

Revocatoria popular. El más reciente Derecho Constitucional latinoamericano prevé la revocatoria popular con una amplitud que hasta ahora no se le había dado. Esta forma de democracia participativa era admitida respecto de cargos de nivel local o municipal. Las actuales constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia incluyen en su normativa la revocatoria popular para todos los cargos de elección popular.

Con el alcance indicado, aparece en primer lugar en la Constitución venezolana de 1999. Los artículos respectivos son los siguientes:

Constitución de Venezuela

Art. 6º: *El Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela ... es ... de mandatos revocables.*

Art. 72. *Todos los cargos y magistraturas de elección popular son*

Constitución colombiana de 1991. Art. 103: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato ...”.

Constitución boliviana de 2009. Art. 11. “... La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:

1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa ...”.

Constitución peruana de 1993. Art. 31: “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas ...”.

Constitución ecuatoriana de 2008. Art. 61: “Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:

1. Elegir y ser elegidos.
2. Participar en los asuntos de interés público.
3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa.
4. Ser consultados.
5. Fiscalizar los actos del poder público.
6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular ...”.

Constitución venezolana de 1999. Artículo 70: “Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: elección de cargos públicos, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros ...”.

revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, un número no menor del veinticinco (25) por ciento de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción, podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores que los que eligieron al funcionario hubiere votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores igual o superior al veinticinco por ciento de los electores inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en las leyes.

Durante el período para el cual fue electo el funcionario no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

Se puede apreciar que el procedimiento no es fácil. Se exige que el 25% de los electores inscriptos en la correspondiente circunscripción (que en el caso del Presidente de la República, abarca todo territorio del Estado), solicite la revocatoria. Además, para que prospere la misma, es necesario obtener una cantidad de votos igual o mayor que la cantidad de electores que eligieron a la autoridad cuyo mandato se pretende revocar.

El 15 de agosto de 2004 se puso en práctica este procedimiento en relación con el cargo de Presidente de la República. La consulta popular determinó, por un 59% de votos contrarios a la revocatoria de mandato contra un 41 % de votos favorables a ella, que el Presidente Hugo Chávez continuara en el cargo.

En la Constitución ecuatoriana de 2008, están contempladas las siguientes disposiciones:

Constitución del Ecuador

Art. 105. Las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular.

La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez

cumplido el primero y antes del último año del periodo para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el periodo de gestión de una autoridad podrá realizarse sólo un proceso de revocatoria del mandato.

La solicitud de revocatoria deberá respaldarse por un número no inferior al diez por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso de la Presidenta o Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al quince por ciento de inscritos en el registro electoral.

Art. 106. El Consejo Nacional Electoral ... convocará en el plazo de quince días a ... revocatoria del mandato, que deberá efectuarse en los siguientes sesenta días.

... la revocatoria de la Presidenta o Presidente de la República en cuyo caso se requerirá la mayoría absoluta de los sufragantes.

El pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento.

En el caso de revocatoria del mandato la autoridad cuestionada será cesada de su cargo y será reemplazada por quien corresponda de acuerdo con la Constitución.

La anterior constitución del Ecuador ya había incluido la revocatoria popular en relación con los integrantes de la Asamblea Legislativa⁶. La nueva constitución extendió su alcance a todas las autoridades de elección popular.

⁶ *Constitución ecuatoriana de 1998.* Art. 109: “Los ciudadanos tendrán derecho a resolver la revocatoria del mandato otorgado a los alcaldes, prefectos y diputados de su elección, por actos de corrupción o incumplimiento injustificado de su plan de trabajo.

Cada uno de los candidatos a alcalde, prefecto o diputado, al inscribir su candidatura presentará su plan de trabajo ante el correspondiente tribunal electoral.”

Art. 112: “... La decisión de revocatoria será obligatoria si existiere el pronunciamiento favorable de la mayoría absoluta de los sufragantes de la respectiva circunscripción territorial. Tendrá como efecto inmediato la cesación del funcionario, y la subrogación por quien le corresponda de acuerdo con la ley”.

Se puede apreciar que el número de electores que deben solicitar la revocatoria, es menor que el exigido por la Constitución venezolana. En el caso de la Presidenta o el Presidente de la República, esa cantidad es del 15% de los inscriptos en el registro electoral. Asimismo, para que prospere la revocatoria se requiere la mayoría absoluta de los sufragantes, lo cual puede ser una cantidad inferior a la de los electores que eligieron a la autoridad respectiva. Como se ve, el procedimiento es más flexible.

El artículo pertinente de la Constitución boliviana de 2009, es el que transcribimos a continuación:

Constitución de Bolivia

Art. 172. En caso de revocatoria del mandato, la Presidenta o el Presidente del Estado cesará de inmediato en sus funciones, debiendo asumir la Presidencia la persona que ejerza la Vicepresidencia, que convocará a elecciones a la Presidencia del Estado en el plazo máximo de noventa días.

Art. 241. I. Toda persona que ejerza un cargo electo podrá ser revocada de su mandato, de acuerdo con la ley.

II. La revocatoria del mandato podrá solicitarse cuando haya transcurrido al menos la mitad del periodo del mandato. La revocatoria del mandato no podrá tener lugar durante el último año de la gestión en el cargo.

III. El referendo revocatorio procederá por iniciativa ciudadana, a solicitud de al menos el quince por ciento de votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público.

IV. La revocatoria del mandato de la servidora o del servidor público procederá si en el referendo revocatorio el número de votos a favor de la revocatoria es superior al número de votos en contra.

V. La revocatoria sólo procederá una sola vez en cada mandato constitucional del cargo electo.

Para la realización de la revocatoria se exige el mismo porcentaje del 15% de los electores. Pero la exigencia para que ella prospere es menos rigurosa, al establecerse que procederá si el número de votos a favor de la revocatoria es superior al número de votos en contra.

Somos partidarios de incluir la figura de la revocatoria popular en la próxima reforma constitucional, incluyendo todos los cargos de elección popular, en particular, los de Presidente de la República y Vicepresidente.

3. TRIBUNALES MILITARES

Artículo constitucional. En cuanto a este tema, nuestra Ley Suprema dispone cuanto sigue:

Los tribunales militares solo juzgarán delitos y faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo. Sus fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria.

Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar, no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. En caso de duda de si el delito es común o militar, se lo considerará como delito común. Sólo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados” (Art. 174 Cn.).

Análisis de la normativa. De la normativa constitucional transcrita, se pueden deducir los siguientes puntos referentes a los tribunales militares:

a) Los tribunales militares constituyen una jurisdicción independiente de los órganos que integran el Poder Judicial. Se trata, sin embargo, de tribunales integrados a las Fuerzas Armadas y, por tanto,

dependientes del Poder Ejecutivo al estar investido el Presidente de la República del carácter de Comandante en Jefe de aquellas.

Este hecho determina su carácter administrativo, a pesar de lo cual pueden juzgar delitos (o hechos punibles) de carácter militar y también, en determinadas circunstancias, delitos (o hechos punibles) comunes⁷. Tal juzgamiento puede concluir finalmente en la imposición de penas privativas de libertad, incluso de varios años.

b) Los tribunales militares funcionan en todo tiempo, paralelamente a los órganos de la justicia ordinaria. No existe, pues, limitación temporal alguna en cuanto al funcionamiento de aquellos.

c) En la primera parte del artículo 174 Cn. se establece que los tribunales militares “sólo juzgarán delitos y faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo”.

Se define aquí la justicia militar como un fuero real, es decir, se atiende a lo objetivo-real, a la naturaleza del acto. Fundamentalmente se hace mención a lo que, con exclusividad, puede ser objeto de juzgamiento por parte de los tribunales militares, es decir, los delitos (o hechos punibles) de carácter militar. La expresión “cometidos por militares en servicio activo” sirve para orientar la definición de aquellos de acuerdo con el criterio que sostiene que sólo tienen tal carácter los delitos (o hechos punibles) que pueden ser cometidos por militares en servicio activo, de modo que quedan excluidos los militares que no estuvieren en servicio activo y los civiles.

⁷ Por ejemplo, los delitos (o hechos punibles) comunes previstos también como delitos militares, cuando sean cometidos por militares en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. Incluso, cuando la Constitución en la parte final de su Art. 174, autoriza a extender la competencia de los tribunales militares, sobre personas civiles y militares retirados, en caso de conflicto armado internacional, tal extensión, deferida a la ley en cuanto a su forma, de seguro comprenderá la inclusión de delitos (o hechos punibles) comunes previstos también como delitos (o hechos punibles) militares, en el ámbito de competencia de los tribunales militares, aún cuando los autores sean personas civiles o militares retirados.

d) En la parte inicial del segundo párrafo se establece lo siguiente: Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar, no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses.

Del precepto transcripto se deduce cuanto sigue:

i. Los tribunales militares no pueden juzgar delitos comunes (previstos también como delitos militares), cuando sean cometidos por civiles o militares retirados. En estos casos se considera que existen delitos comunes y no militares. Corresponde su juzgamiento a la justicia ordinaria.

ii. Los tribunales militares pueden juzgar también delitos comunes (previstos igualmente como delitos militares), cuando sean cometidos por militares en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses.

iii. Los tribunales militares no pueden juzgar delitos comunes (previstos también como delitos militares) cuando sean cometidos por militares en servicio activo, pero sin estar en ejercicio de funciones castrenses. En estos casos debe entender la justicia ordinaria.

iv. Los tribunales militares no pueden juzgar delitos comunes (no previstos también como delitos militares) aunque hayan sido cometidos por militares en servicio activo y en ejercicio de sus funciones castrenses. En estos casos corresponde entender a la justicia ordinaria.

v. Debe analizarse también la posibilidad de que el militar se encuentre en servicio activo en momento de la comisión del delito y ya en situación de retiro en momento del juzgamiento. Igualmente no deben olvidarse los problemas que pudieran derivarse de la coautoría de militares en servicio activo, militares retirados y civiles, en cuanto a la determinación del órgano competente para el juzgamiento⁸.

⁸ En toda esta parte, cuando se habla de “delitos” debe entenderse, adecuándonos a la terminología usada actualmente en materia penal, que se alude a “hechos punibles”.

En esta parte del artículo constitucional, cambiando de criterio, se tiene en cuenta quien es el autor del hecho punible, es decir, se atiende a la persona, y sobre esta base en determinadas circunstancias se extiende la competencia de los tribunales a hechos punibles comunes. En efecto, según se trate o no de un militar en servicio activo, y según esté o no en ejercicio de funciones castrenses, el hecho punible caerá o no bajo la órbita de la justicia militar. En otras palabras, un mismo hecho punible, con la sola condición de que esté previsto tanto en la ley penal común como en la ley penal militar, será sometido a la justicia ordinaria, si el autor es un civil o militar retirado; y será sometido a la justicia militar, si el autor es un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. No se trata, pues, de un hecho que por su propia naturaleza sólo pueda ser cometido por militares en servicio activo, sino de uno que puede ser perpetrado tanto por éstos, como por civiles o militares retirados, indistintamente. Para decidir la competencia de los tribunales ordinarios o de los tribunales militares, se tiene en cuenta la persona del autor del hecho.

e) En su parte final el Art. 174 Cn. prescribe que sólo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados. En consecuencia, en la circunstancia señalada la competencia de los tribunales militares, además de recaer sobre los militares en servicio activo, puede ser extendida de modo que queden sometidos a ella las personas civiles y los militares retirados. Igualmente en este caso no se tiene en cuenta la naturaleza del hecho, es decir, su carácter militar, como criterio delimitador de la competencia de los tribunales militares, sino que la misma es extendida en el sentido de comprender también a personas civiles y militares retirados, por una circunstancia particular (la existencia de un conflicto armado internacional), que no afecta a la naturaleza de los hechos punibles. Como ya se ha expresado precedentemente, si bien tal extensión está deferida a la ley en cuanto a su forma, la misma de seguro consistirá en uno de sus aspectos en la inclusión de delitos (o hechos punibles) comunes previstos también como delitos (o hechos punibles) militares entre los que caen dentro del ámbito de competencia de los tribunales militares, aún cuando los autores sean personas civiles o militares retirados.

Se puede apreciar que la definición inicial de la justicia militar como un fuero real, con competencia sobre hechos punibles de carácter militar cometidos por militares en servicio activo, es desvirtuada luego al introducir características de un fuero personal, como la de darle competencia sobre hechos punibles comunes por la simple circunstancia de que los actores sean militares en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses; o como la de extender su competencia a personas civiles y a militares retirados, por encontrarse el país envuelto en un conflicto armado internacional, es decir, por haber sido declarado el Estado de Defensa Nacional (Art. 238, inc. 7, Cn.).

f) En el precepto constitucional analizado se establece también que en caso de duda de si el delito es común o militar, se lo considerará como delito común.

g) Asimismo, el Art. 174 Cn. dispone, refiriéndose a los tribunales militares, que sus *fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria*.

Como ya se ha mencionado, la justicia militar está organizada en forma separada de la justicia ordinaria. La vinculación de aquella a ésta se da exclusivamente por la recurribilidad de los fallos dictados por los tribunales militares, ante la justicia ordinaria. Esta medida importa cierta sujeción y puede considerarse orientada en dirección a la incorporación de los tribunales militares al Poder Judicial, pero indudablemente resulta insuficiente.

Derecho comparado. Pasando a estudiar el tema en el derecho constitucional comparado, se puede ver que varias constituciones, de diverso modo, han tratado de dar solución a los problemas que plantean los tribunales militares.

En relación con su funcionamiento en forma permanente, algunas constituciones lo han limitado al tiempo de guerra, es decir, han circunscripto temporalmente la actividad de los mismos a un período bien definido, cuya característica esencial debe ser el estado de beligerancia internacional. Así, la Constitución de Weimar (1919) disponía: *La jurisdicción militar queda suprimida, salvo en época de guerra y a bordo de buques de guerra* (Art. 106). La Constitución

austriaca de 1920 establecía: *Queda suprimida la jurisdicción militar fuera de la época de guerra* (Art. 84). La Constitución uruguaya (1966) dice: *la jurisdicción militar queda limitada ... al caso de estado de guerra* (Art. 253, 1ª parte).

En cuanto al problema de la extensión de la competencia de los tribunales militares según el tipo de hechos punibles que puedan juzgar, se ha establecido que la justicia militar debe circunscribirse a los hechos punibles de carácter militar, entendidos como aquellos que sólo pueden ser cometidos por militares. Como se ve, los tribunales militares son concebidos como un fuero real exclusivamente y no como un fuero personal. Así, la Constitución uruguaya establece: *La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares ... Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la Justicia ordinaria* (Art. 253). Al respecto, Correa Freitas dice: “... sobre el concepto de delito militar, estimo que debe utilizarse en sentido estricto o restringido, esto es, que en nuestro régimen constitucional son delitos militares aquellos que sólo pueden ser cometidos por militares ...”⁹ Por su parte, la Constitución venezolana (1999) prescribe: “... *La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar...*” (Art. 261).

Algunas constituciones han avanzado incluso más y han integrado los tribunales militares al Poder Judicial como un fuero más, al igual que el civil, comercial, laboral, penal o contencioso-administrativo. La Constitución brasileña (1988) prescribe: *Son órganos del Poder Judicial ... los Tribunales y Jueces Militares* (Art. 92, VI). Por su parte, la Constitución venezolana (1999) dice: *La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial ...* (Art. 261). La Constitución del Ecuador (2008) dispone cuanto sigue: *...Los miembros de las Fuerzas Armadas ... serán juzgados por los órganos de la Función Judicial; en el caso de delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar ..., pertenecientes a*

⁹ Rubén Correa Freitas, *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, Bs. As., DEOF S.R.L., 1997, p.137.

la misma Función Judicial. Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley (Art. 160).

Propuesta de modificación. El principio de unidad jurisdiccional está consagrado en nuestra Constitución en cuanto dispone que sólo el Poder Judicial “puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso” (Art. 248 Cn.). Los tribunales militares constituyen una excepción a dicho principio que en la actualidad resulta del todo inadmisibles, pues no es más que un resabio de épocas pretéritas en que los integrantes del estamento militar debían ser juzgados por sus pares.

Por ello, consideramos que los tribunales militares deben ser suprimidos como tales, quedando a cargo de los órganos pertinentes solamente la sanción de las faltas vinculadas a la actividad castrense, en la medida que ello resulte imprescindible para preservar carácter jerárquico que la naturaleza propia de las Fuerzas Armadas impone que tengan.

La función que corresponde a los tribunales militares debe ser transferida al Poder Judicial creándose para el efecto el fuero castrense o militar. Como propuesta mínima, para el caso de que lo anterior no fuere posible, es imprescindible la supresión de las partes del artículo 174 Cn. que extienden la competencia de estos órganos más allá de los hechos punibles de carácter militar, cometidos por militares en servicio activo. En otras palabras, la justicia militar debe quedar definida como un fuero real, exclusivamente. Además, se debe limitar el funcionamiento de tales tribunales en el tiempo, de modo que sólo ejerzan jurisdicción cuando se hubiere declarado el estado de defensa nacional (Art. 238, inc. 7, Cn.).

4. SISTEMA DE ELECCIONES

En cuanto a las elecciones en general, la Constitución legisla *el sistema de representación proporcional* (Art. 118). La ley es la que se encarga luego de determinar cual de ellos se adopta, el sistema de listas que se utiliza, etc.

No existen críticas en cuanto al sistema D' Hondt, pero si se objeta el sistema de listas cerradas y bloqueadas, y se propugna que ellas

sean abiertas o, por lo menos, cerradas pero no bloqueadas. Hasta aquí las objeciones parecen limitadas a la legislación secundaria.

Pero se habla también de la necesidad de que los candidatos a ciertos cargos (v. gr. senadores) sean electos en circunscripciones uninominales. Esta propuesta debe ser analizada ya en cuanto a si no afecta el sistema de representación proporcional. Lo que sí resulta claro es que puede conducir a la deformación de la representación proporcional.

Veamos lo que se ha dicho en cuanto a la experiencia ecuatoriana: “La votación mixta (por listas y uninominal, en las que el elector puede votar individualmente por cada candidato de su preferencia o por toda la lista) tampoco ha sido, hasta el momento, una solución. En efecto, este sistema, contrariamente a lo que se sostenía previamente, ha agravado varios aspectos negativos del sistema electoral ecuatoriano: a) no ha propiciado, al tener el ciudadano la opción de elegir individualmente a los candidatos, el mejoramiento de la calidad de los elegidos; b) ha incrementado, al presentarse al votante más opciones, en listas interminables, su confusión y su desorientación; c) ha aumentado, al permitir que cada candidato se promocione personalmente, el dispendioso gasto electoral; y, d) ha permitido, especialmente en las provincias, el restablecimiento del agonizante caciquismo. La forma de votación, en lugar de ser más simple y comprensible, es ahora más enredada y compleja”¹⁰.

En referencia al caso concreto de la elección de convencionales para la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela, en 1999, se expresó lo siguiente: “... la perversidad del sistema electoral de uninominalidad absoluta permitió la abrumadora victoria del chavismo (que concentró su voto) sobre el no chavismo (que concurrió de manera dispersa) ... Como no estaba prevista la representación proporcional, la mayoría oficial obtuvo el 95% de los integrantes de la ANC (121 por elección uninominal de mayoría simple, más 3 representantes de las

¹⁰ Antonio Rodríguez Vicéns, “Ecuador: Algunas reformas constitucionales de la Asamblea Nacional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 1999, Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA, Bs. As., p. 491.

etnias indígenas elegidos de manera *sui generis*) ...”¹¹. El restante 5% lo integraron 7 constituyentes opositores.

Se debe aclarar que se trataba de un sistema electoral aceptado en su momento por todos los sectores, por lo que no se puede imputar al chavismo haber recurrido al mismo para la obtención de la abrumadora mayoría señalada. Lo importante para nosotros es el ejemplo de cómo funciona un sistema de uninominalidad absoluta. En nuestro país se ha sostenido que en la aplicación de dicho sistema está la solución a la crisis de representación popular que afrontamos. Vemos que no es así. Puede que contribuya a mejorar la representación, pero combinado con un sistema de representación proporcional.

Una eventual reforma constitucional en cuanto a la forma de elección de los integrantes de la Cámara de Senadores, por ejemplo, debe realizarse atendiendo a lo que acabamos de apuntar.

5. LA COMPOSICIÓN DEL PODER EJECUTIVO

En cuanto a este tema, el artículo 226 de la Constitución dice: “El Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República”. Se establece un ejecutivo unipersonal, ejercido sólo por el Presidente de la República. Se excluye a los funcionarios que están en el entorno o en el ámbito del Poder Ejecutivo, a pesar de su vinculación estrecha con el mismo. Es el caso del Vicepresidente de la República, respecto del cual incluso se ha llegado a sostener en forma ligera y desaprensiva que constituye un órgano extrapoder. Se afirmó tal cosa a pesar de que el Vicepresidente reemplaza temporalmente al Presidente de la República, puede participar en las reuniones de Consejo de Ministros y es el enlace entre el Poder Ejecutivo y el Congreso (cf. Arts. 227 y 239 Cn.), entre otras funciones.

Tampoco se menciona a los ministros como funcionarios que ejercen la función ejecutiva. No obstante, se prevé su existencia como “jefes de la administración de sus respectivas carteras” (Art 242 Cn.), a

¹¹ José Rodríguez Iturbe, “Venezuela: La ANC y la confusión del momento”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit., pp. 583/584.

quienes se confía “la dirección y la gestión de los negocios públicos” (Art. 240 Cn.). En particular, deben dar validez mediante su firma, a uno de los actos principales del Presidente de la República. En efecto, los decretos requieren para su validez, el refrendo del ministro del ramo, y por medio de este acto, los ministros asumen responsabilidad solidaria con el Presidente de la República (Arts. 238, inc. 5, y 242 Cn.).

En nuestra opinión, debería modificarse el artículo 226 Cn., atendiendo a lo establecido en las constituciones de Venezuela y Bolivia.

Constitución de Venezuela

Art. 225. El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras y los demás funcionarios y funcionarias que determinen esta Constitución y las leyes.

Art. 226. El Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno.

Constitución de Bolivia

Art. 166. I. El Órgano Ejecutivo está compuesto por la Presidenta o el Presidente del Estado, la Vicepresidenta o el Vicepresidente del Estado, y las Ministras y los Ministros de Estado ...

Se debe incluir expresamente al Procurador General de la República, o contemplar, como lo hace la Constitución venezolana, una alusión a “los demás funcionarios y funcionarias que determinen esta Constitución y las leyes”.

Sería bueno también aclarar el carácter de jefe del órgano ejecutivo, de que está investido el Presidente de la República.

6. INHABILIDADES

En el Art. 135 Cn. se establece una larga lista de inhabilidades para ser candidato a Presidente o Vicepresidente de la República. Algunas de ellas deben ser suprimidas.

En la propia Convención Nacional Constituyente de 1992, al ser estudiado este artículo, se había propuesto eliminar la inhabilidad de “los ministros de cualquier religión o culto” (inciso 5). El problema es de las iglesias antes que del Estado. Son las iglesias las que deben autorizar o no a sus miembros ser candidatos para un cargo público de contenido político.

La discusión de la inhabilidad de “los propietarios o copropietarios de los medios de comunicación” (inciso 8), determinó también la asunción de posturas encontradas en el seno de la Convención. A nuestro parecer tal inhabilidad no es necesaria. Una regulación como la que hoy está contenida en el Código Electoral, es suficiente para atemperar o eliminar la posibilidad de una influencia desmedida o desequilibrada de los medios masivos de comunicación en los procesos electorales. Creemos que basta con medidas tales como limitar el tiempo que, por día, se puede dedicar a la propaganda de cada uno de los candidatos, en radio y televisión; limitar el espacio que, por día, se pueda usar en los medios escritos; exigir la fijación de precios antes de los actos eleccionarios, de tal manera que no se puedan hacer discriminaciones, etc.

Asimismo, entendemos que el inciso 9 debe eliminarse. En el mismo se consagra la inhabilidad de “el cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad, de quien se encuentre en ejercicio de la presidencia al realizarse la elección, o la haya desempeñado por cualquier tiempo en el año anterior a la celebración de aquella”. El correcto funcionamiento de los mecanismos de control que pueden ejercer los demás órganos de gobierno (Congreso, Poder Judicial y Contraloría General de la República, en particular) sobre el Ejecutivo, así como el adecuado desempeño del órgano encargado de la realización de los procesos electorales (Justicia Electoral), pueden asegurar que candidatos próximos al presidente en ejercicio no obtengan ventajas indebidas.

7. LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

En nuestro régimen constitucional, el Presidente de la República es elegido por mayoría simple de votos (Art. 230 Cn.).

El Código Electoral de 1990 (Art. 256) había establecido la exigencia de obtener en la primera votación, la mayoría absoluta (más del cincuenta por ciento de los votos válidos emitidos), para ser electo Presidente de la República. En caso contrario, debía realizarse una segunda votación entre los dos candidatos que hubieren obtenido la mayor cantidad de votos (balotaje o ballotage). Como se ha señalado, esta disposición fue suprimida por la Constitución en vigor antes de que pudiera ser aplicada y se consagró la exigencia de la mayoría simple.

Con este régimen y en el supuesto de que en una elección determinada participen varios candidatos, el porcentaje de votos necesario para resultar ganador podría ser muy bajo y, en consecuencia, quien resulte electo sería ungido presidente con el apoyo de un sector muy limitado del electorado. Por esta razón es recomendable que se vuelva a adoptar el sistema de mayoría absoluta o balotaje, o alguna de las variantes consagradas en constituciones latinoamericanas.

La exigencia de la mayoría absoluta y, en su caso, el balotaje, lo encontramos en las constituciones del Brasil, Colombia, Chile, El Salvador, Guatemala, el Perú y el Uruguay¹².

En las constituciones de Costa Rica, la Argentina, el Ecuador y Bolivia encontramos disposiciones que consagran lo que podemos llamar variantes al sistema de mayoría absoluta o balotaje. Transcribimos a continuación los artículos pertinentes:

Constitución de Costa Rica (1949)

Art. 138: *El Presidente y los vicepresidentes serán elegidos*

¹² Cf. constituciones de Brasil (1988), Art. 77; Colombia (1991), Art. 190; Chile (1980), Art. 26; El Salvador (1983), Art. 80; Guatemala (1985), Art. 184; Perú (1993), Art. 111 y Uruguay (1967), Art. 151.

simultáneamente y por una mayoría de votos que exceda del cuarenta por ciento del número total de sufragios válidamente emitidos ...

*Si ninguna de las nóminas alcanzare la indicada mayoría, se practicará una segunda elección popular el primer domingo de abril del mismo año entre las dos nóminas que hubieran recibido más votos, quedando elegidos los que figuren en la que obtenga el mayor número de sufragios
....*

Constitución de la Argentina (1994)

De la forma y tiempo de la elección del presidente y vicepresidente de la Nación.

Art. 94. El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución ...

Art. 96. La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votados, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

Art. 97. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Art. 98. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Constitución del Ecuador (2008)

Art. 143. ... La Presidenta o Presidente y la Vicepresidenta o Vicepresidente serán elegidos por mayoría absoluta de votos válidos emitidos. Si en la primera votación ningún binomio hubiera logrado mayoría absoluta, se realizara una segunda vuelta electoral dentro de los siguientes cuarenta y cinco días, y en ella participaran los dos binomios más votados en la primera vuelta. No será necesaria la segunda votación si el binomio que consiguió el primer lugar obtiene al menos el cuarenta por ciento de los votos válidos y una diferencia mayor de diez puntos porcentuales sobre la votación lograda por el binomio ubicado en el segundo lugar.

Constitución de Bolivia (2009)

Art. 167. I. ... Será proclamada a la Presidencia y a la Vicepresidencia la candidatura que haya obtenido el cincuenta por ciento más uno de los votos válidos; o que haya obtenido un mínimo del cuarenta por ciento de los votos válidos, con una diferencia de al menos diez por ciento en relación con la segunda candidatura.

II. En caso de que ninguna de las candidaturas cumpla estas condiciones se realizará una segunda vuelta electoral entre las dos candidaturas más votadas, en el plazo de sesenta días computables a partir de la votación anterior. Será proclamada a la Presidencia y a la Vicepresidencia del Estado la candidatura que haya obtenido la mayoría de los votos.

A nuestro criterio, la forma clásica del sistema de mayoría absoluta o balotaje, ha sido mejorada con las variantes introducidas en las constituciones de la Argentina, el Ecuador y Bolivia. Cualquiera de ellas puede ser tomada como base para una reforma del artículo pertinente de la Ley Fundamental paraguaya.

Además, el artículo 230 Cn. dispone que los comicios para la elección del Presidente de la República, “se realizarán entre noventa y ciento veinte días antes de expirar el período constitucional vigente”. La

Constitución en vigor disminuyó notablemente el tiempo de seis meses de antelación que establecía la Ley Suprema precedente, y fijó la realización de las elecciones en el lapso que media entre cuatro y tres meses antes de la finalización del período presidencial en curso.

Hasta las elecciones celebradas el 20 de abril de 2008, no se había notado que este tiempo de antelación también podía resultar muy prolongado. En esa oportunidad, la coexistencia de un presidente saliente sumamente desprestigiado y un presidente entrante que había puesto fin al predominio de un partido político por más de seis décadas, resultó atípica en extremo. En los últimos meses del anterior período presidencial, el Palacio de Gobierno y Mburuvichá Roga (Casa del Jefe, residencia presidencial) desaparecieron prácticamente como centros de gravitación política, mientras toda la actividad de ese tipo se trasladaba al lugar en que el presidente entrante desarrollaba las tareas previas a la asunción del cargo.

Por ello sería conveniente acortar aún más el tiempo que medie entre la celebración de las elecciones y la asunción del cargo por parte del nuevo Presidente de la República.

8. INMUNIDADES

El Presidente de la República y el Vicepresidente no gozan de inmunidad de opinión o inviolabilidad. Tampoco los Ministros del Poder Ejecutivo. Esto significa que no están exentos de responsabilidad por las opiniones que viertan en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, puede afirmarse que lo que expresen verbalmente o por escrito puede generarles responsabilidad civil o penal. En consecuencia, pueden ser demandados civilmente, por ejemplo, por indemnización de daño moral; o pueden ser querellados por calumnia, difamación, injuria, denigración de la memoria de los muertos, etc. En lo que se refiere a acciones penales, previamente debe superarse la inmunidad de proceso que los protege, tal como vemos más abajo. En estos casos, de hecho será prácticamente imposible llevar adelante el proceso penal, aunque podrá provocarse la circunstancia objetivamente insuperable que suspenda la prescripción de la acción penal. Además, si las opiniones se hubieran producido hacia el final de sus mandatos, de modo tal que no

prescribieran las acciones respectivas, se los podría querellar una vez que cesaran en sus cargos.

El Presidente de la República y el Vicepresidente tampoco gozan de la inmunidad de arresto o detención. Paradójicamente, los Ministros del Poder Ejecutivo están protegidos con esta inmunidad (Art. 241). Esto significa que aquellos pueden ser arrestados o detenidos en los casos que correspondiere, aunque no hubiera flagrancia. Habiendo flagrancia, con mayor razón pueden serlo, pues la inmunidad de detención o arresto cede incluso respecto de quienes están protegidos.

El Presidente de la República y el Vicepresidente sólo gozan de inmunidad de proceso. También los Ministros del Poder Ejecutivo. Dicha inmunidad deriva del hecho de que todos ellos deben ser sometidos a juicio político y separados de sus cargos, antes de que sea posible procesarlos en sede penal (cf. Art. 225 Cn.).

Creemos que el de las inmunidades es un tema que deberá ser considerado con vista a legislarlas en forma completa en relación con el Presidente de la República, el Vicepresidente y los Ministros del Poder Ejecutivo.

9. LA REELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

En este tema la Constitución consagra una prohibición de carácter absoluto al disponer que el Presidente de la República y el Vicepresidente “no podrán ser reelectos en ningún caso” (Art. 229 Cn.).

Esta norma constituye, en nuestra opinión, una reacción exagerada a la reelección ilimitada del titular del Ejecutivo, dispuesta en virtud de la Enmienda N° 1 a la Constitución de 1967 (marzo de 1977).

La prohibición de reelección contenida en el Art. 229 Cn., implica que nadie que haya ocupado tales cargos puede volver a ocuparlos. No importa el tiempo que haya desempeñado dichas funciones; debe entenderse que la prohibición rige aún cuando el lapso sea muy breve. Los períodos constitucionales de intervalo no habilitan a una reelección posterior.

Creemos que no debe tenerse en cuenta al efecto señalado y en relación con el Vicepresidente, la asunción de la presidencia de la República por este funcionario cuando se trate de una substitución temporal del titular del Ejecutivo. En efecto, en este caso el Vicepresidente conserva su carácter de tal. Pero cuando la substitución tuviere carácter definitivo, también rige la prohibición de reelección para la presidencia de la República. Igualmente nace la prohibición en relación con la Vicepresidencia, para quien resultare electo o fuere designado para cubrir la vacancia definitiva del cargo de Vicepresidente; y si llegare a ocupar la presidencia de la República, la prohibición de reelección se extenderá también a dicho cargo (Cf. Arts. 227, 239 y 234 Cn.).

Asimismo, el Presidente del Senado, el de la Cámara de Diputados o el de la Corte Suprema de Justicia, que asumieren la presidencia de la República en forma definitiva en virtud del orden de sucesión previsto constitucionalmente, en caso de producirse una doble acefalía en el Poder Ejecutivo, también quedan inhabilitados en el sentido que estamos señalando (Cf. Art. 234, 1er. pfo., Cn.).

En cuanto a quien haya ejercido la presidencia de la República la prohibición es aún más estricta. En efecto, no sólo no puede ser reelecto en ningún caso para el mismo cargo, sino que tampoco puede ser electo posteriormente como Vicepresidente, si ha ejercido la presidencia por más de doce meses (Cf. Art. 229, *in fine*, Cn.).

Las constituciones paraguayas precedentes admitían la posibilidad de la reelección presidencial.

Una prohibición tan absoluta como la de nuestra Ley Suprema, la encontramos en la Constitución mexicana que dice: "... El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino, provisional o sustituto, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto" (Art.83). En el mismo sentido pueden mencionarse las constituciones de Guatemala (Art. 187) y Honduras (Art. 239).

Otras constituciones latinoamericanas admiten la reelección con un período de intervalo, como es el caso de Costa Rica, Chile, El Salvador, Haití, Nicaragua, Panamá y Uruguay.

En el más reciente Derecho Constitucional latinoamericano se puede apreciar, sin embargo, una tendencia a admitir la reelección presidencial, incluso la inmediata, por un período más. Una posterior reelección puede darse pero con un periodo constitucional de intervalo¹³.

Somos partidarios de modificar el artículo pertinente de la Constitución en el sentido de admitir la reelección en el cargo de Presidente de la República en la forma señalada en el párrafo precedente.

Reelección presidencial en Latinoamérica		
Prohibición absoluta	Con intervalo	Consecutiva o inmediata
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Guatemala ▪ Honduras ▪ México ▪ Paraguay 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Costa Rica ▪ Chile ▪ El Salvador ▪ Haití ▪ Nicaragua ▪ Panamá ▪ Uruguay 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argentina ▪ Bolivia ▪ Brasil ▪ Colombia ▪ Ecuador ▪ Perú ▪ República Dominicana ▪ Venezuela

10. LA VICEPRESIDENCIA

La Vicepresidencia constituye un problema en cuanto a la misma existencia del cargo. Lo positivo está en cuanto a la certeza acerca de quien va a sustituir al Presidente de la República en caso de que se produzca la falta definitiva de éste. De hecho, en esta circunstancia, el Vicepresidente se convierte en Presidente.

¹³ Al respecto, véanse las constituciones de Argentina (Art. 90), Brasil (Art. 82), Perú (Art. 112) y Venezuela (Art. 230).

Las dificultades se presentan en lo que se refiere al desempeño del Vicepresidente como tal. En este aspecto, la Constitución en vigor le confiere muy escasas atribuciones. En efecto, el Vicepresidente substituye al Presidente de la República en caso de falta temporal de éste; lo representa nacional e internacionalmente, por designación del mismo; participa de las deliberaciones del Consejo de Ministros y coordina las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo (cf. Arts. 227 y 239 Cn.).

Como se puede apreciar, es poco lo que puede hacer el Vicepresidente. Son muy limitadas las atribuciones que la Constitución le confiere, y sabemos que en el ámbito del derecho público las autoridades no pueden hacer más que aquello que la ley les autoriza. En consecuencia, el Vicepresidente, no porque no quiera sino porque la Ley Suprema no se lo permite, no puede hacer casi nada.

De las atribuciones del Vicepresidente en cuanto tal, tienen cierta relevancia la participación en las reuniones del Consejo de Ministros, y, sobre todo, la coordinación de las relaciones entre el Ejecutivo y el Congreso. Sin embargo, en última instancia, todo depende del espacio que le ceda el Presidente de la República.

Con escasas atribuciones y dependiendo en buena medida del talante del jefe del Ejecutivo, pero considerándose virtuales candidatos a la presidencia para el periodo siguiente, los Vicepresidentes se han esforzado por aparecer haciendo cosas de alguna relevancia. Las divergencias con el Presidente se han dado en sucesivos periodos constitucionales.

En estas circunstancias, la primera cuestión que debe resolverse es si se mantiene o no el cargo de Vicepresidente, y en caso de que la respuesta fuere afirmativa, debe pensarse en modificar las atribuciones que se le confieran.

La constitución del Ecuador no ofrece mucho en este sentido, ya que deja en manos del presidente asignar al vicepresidente las funciones que habrá de ejercer.

La constitución de Bolivia establece que el Vicepresidente o la Vicepresidenta del Estado presidirá la Asamblea Legislativa Plurinacional que está integrada por Cámara de Diputados y Cámara de Representantes Departamentales. Además establece otras atribuciones bastantes similares a las que prevé nuestra Ley Fundamental.

En cuanto a la presidencia del órgano legislativo, debemos señalar que en ocasión de la Convención Nacional Constituyente de 1992 se desechó la idea de que el Vicepresidente pudiera presidir la Cámara de Senadores y, consiguientemente, el Congreso, pues se pensó que no se podía imponer un presidente a otro poder del Estado.

Nuestra opinión es la de suprimir el cargo y legislar un adecuado sistema de sucesión presidencial. En definitiva, en nuestro ordenamiento constitucional esto último es lo que asegura la figura de la vicepresidencia, por lo menos, en cuanto a la determinación del que debe suceder al Presidente de la República en primer lugar.

Ya hemos visto que las atribuciones del Vicepresidente en cuanto tal, son muy restringidas. Dada nuestra posición favorable a la supresión del cargo, no ahondamos en cuanto a las atribuciones que pudieran ser conferidas al Vicepresidente y sólo nos limitamos a señalar que las actuales tienen escasa relevancia.

11. LA ACEFALÍA DEL PODER EJECUTIVO

El artículo 234 de la Ley Suprema que regula la acefalía del Poder Ejecutivo, presenta graves deficiencias de fondo y forma. Se trata de un tema sumamente delicado que exige una disposición de gran claridad y precisión. Sin embargo, este artículo está entre los peores artículos constitucionales en cuanto a su redacción, pues la misma ofrece enormes dificultades.

Su texto es el siguiente:

En caso de impedimento o ausencia del Presidente de la República, lo reemplazará el Vicepresidente, y a falta de éste y en forma sucesiva, el Presidente del Senado, el de la Cámara de Diputados y el de la Corte Suprema de

Justicia.

El Vicepresidente electo asumirá la presidencia de la República si ésta quedase vacante antes o después de la proclamación del Presidente, y la ejercerá hasta la finalización del período constitucional.

Si se produjera la vacancia definitiva de la Vicepresidencia durante los tres primeros años del período constitucional, se convocará a elecciones para cubrirla. Si la misma tuviese lugar durante los dos últimos años, el Congreso, por mayoría absoluta de sus miembros, designará a quien debe desempeñar el cargo por el resto del período.

El artículo transcrito se ocupa en su primer párrafo de la falta del Presidente de la República y establece que éste es reemplazado por el Vicepresidente. Igualmente prevé el caso de la falta del Vicepresidente, es decir, la llamada doble acefalía. Ésta quedaría configurada cuando la falta del Presidente de la República y la del Vicepresidente fueren simultáneas, o cuando fueren sucesivas, pero con un intervalo tan breve que no permitiera proceder en la forma prevista en el último párrafo del citado precepto.

El primer error que se comete es el de establecer para el caso de la falta de ambas autoridades, un orden de sucesión (Presidente del Senado, Presidente de la Cámara de Diputados y Presidente de la Corte Suprema de Justicia) que debiera ser provisional, pero que nada autoriza a considerarlo como tal, sino que, por el contrario, atendiendo a la redacción de la norma, debe ser tenido como definitivo. Nótese que para el caso de falta del Presidente de la República la Constitución no prevé la realización de elecciones o la designación por el Congreso.

El segundo párrafo del artículo 234 Cn. se ocupa de otro tema: la asunción del cargo de Presidente de la República por el Vicepresidente electo en lugar del Presidente electo, y no de la acefalía. Con bastante imprecisión en los términos utilizados, se habla de que el Vicepresidente electo debe asumir la presidencia de la República “si ésta quedase vacante antes o después de la proclamación del Presidente”. En realidad, si esto se produjera, el que debe asumir la presidencia es el

Vicepresidente saliente, en ejercicio, y no el Vicepresidente electo, que aún no ha asumido su cargo. A nuestro entender, a lo que se quiso hacer referencia, es a la eventual situación de que se produjera la falta del Presidente electo antes de asumir el cargo, en cuyo caso debe asumir el Vicepresidente electo cuando llegare la fecha fijada constitucionalmente para ello, es decir, al fenecer el período constitucional en curso.

El tercer párrafo del artículo 234 Cn. se refiere a la falta definitiva del Vicepresidente y a la forma de llenarla según cual sea el momento en que se produzca. Volvemos a insistir acerca de que está prevista la celebración de elecciones sólo para cuando la falta del Vicepresidente se produjera en los tres primeros años del período constitucional. Nada similar se ha establecido para el caso de la falta definitiva del Presidente de la República.

La solución prevista en la Constitución no es la mejor. En efecto, en las elecciones que se realicen puede resultar electo un candidato que no pertenezca al mismo partido del Presidente de la República. Incluso no sería necesario que fueran de partidos políticos diferentes, sino sólo de distintos sectores internos de un mismo partido, para que eventualmente surgieran divergencias entre ambos. A la misma situación podría conducir la designación a cargo del Congreso.

La forma en que está legislado el tema de la acefalía del Poder Ejecutivo es realmente mala. En caso de que se mantenga la Vicepresidencia, debe preverse la eventualidad de una doble acefalía. Asimismo, debe establecerse claramente que el orden de sucesión que incluye a los presidentes de las cámaras legislativas y al de la Corte Suprema de Justicia, tiene carácter provisional. Además, debe preverse la celebración de elecciones en caso de doble acefalía o de falta definitiva del Presidente (si se suprime la Vicepresidencia), si ella se produjere dentro de los tres primeros años del período constitucional.

Los textos constitucionales que transcribimos a continuación ofrecen soluciones que, a nuestro criterio, pueden servir de base para legislar sobre la acefalía del Poder Ejecutivo. Son los siguientes:

Constitución del Ecuador

Falta simultánea y definitiva en la Presidencia y Vicepresidencia

Art. 146. ... En caso de falta definitiva de la Presidenta o Presidente de la República, lo reemplazará quien ejerza la Vicepresidencia por el tiempo que reste para completar el correspondiente período presidencial.

Ante falta simultánea y definitiva en la Presidencia y en la Vicepresidencia de la República, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional asumirá temporalmente la Presidencia, y en el término de cuarenta y ocho horas, el Consejo Nacional Electoral convocará a elección para dichos cargos. Quienes resulten elegidos ejercerán sus funciones hasta completar el período. En el caso de que faltare un año o menos, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional asumirá la Presidencia de la República por el resto del período.

Constitución del Brasil

Falta simultánea y definitiva en la Presidencia y Vicepresidencia

Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei ...

Constitución del Ecuador

Falta definitiva del Vicepresidente

Art. 150. ... En caso de falta definitiva de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, la Asamblea Nacional, con el voto conforme de la mayoría de sus integrantes, elegirá su reemplazo de una terna presentada por la Presidencia de la República. La persona elegida ejercerá sus funciones por el tiempo que falte para completar el período ...

En definitiva, el tema de la acefalía del Poder Ejecutivo debe ser regulado sobre las siguientes bases:

a) En caso de falta definitiva del Presidente de la República, asume el Vicepresidente por el tiempo que resta del período constitucional en curso.

b) En caso de falta simultánea y definitiva del Presidente de la República y el Vicepresidente, producida en los tres primeros años del período constitucional en curso, deben celebrarse elecciones para designar a quienes desempeñarán estos cargos por el tiempo restante.

c) En caso de falta simultánea y definitiva del Presidente de la República y el Vicepresidente, producida en los dos últimos años del período constitucional en curso, el Congreso debe designar a quienes desempeñarán estos cargos por el tiempo restante.

d) Para el ejercicio provisional o temporal de la presidencia de la República, cuando ello fuere necesario, debe establecerse el siguiente orden de sucesión: presidente de la Cámara de Senadores, presidente de la Cámara de Diputados y presidente de la Corte Suprema de Justicia.

e) En caso de falta definitiva del Vicepresidente, estando en funciones el Presidente de la República, el Congreso designará a quien debe asumir dicho cargo de una terna presentada por el propio presidente.

12. SENADURÍA VITALICIA

La Constitución de 1992 incluyó en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la senaduría vitalicia. La misma fue creada a fin de permitir que los ex-presidentes, mediante su incorporación a la Cámara Alta, tuvieran un foro desde el cual pudieran seguir colaborando en el manejo de la cosa pública.

El texto constitucional expresa lo siguiente: "Los ex presidentes de la República, electos democráticamente, serán senadores vitalicios de la Nación, salvo que hubiesen sido sometidos a juicio político y hallados culpables. No integrarán el quórum. Tendrán voz pero no voto" (Art. 189 Cn.).

En consecuencia, para ser Senador vitalicio se requiere:

- a) Haber sido Presidente de la República.
- b) Haber sido electo democráticamente.
- c) No haber sido sometido a juicio político y hallado culpable.

El modo en que está prevista la figura de la senaduría vitalicia en la Constitución, da origen a varias dificultades. En cuanto al primer requisito apuntado, nada está establecido acerca del tiempo que debe durar el ejercicio del cargo. ¿Se debe haber ejercido la presidencia por todo el período, o también corresponde al presidente que renunció al cargo antes concluir el período para el cual fue nombrado, cualquiera sea el tiempo que haya estado en ejercicio del mismo? Debemos recordar el caso del presidente Cubas Grau: ¿bastan siete meses y medio?

Por otra parte, ¿tiene derecho a una banca como senador vitalicio el Vicepresidente que asume la titularidad del Poder Ejecutivo en forma definitiva por falta del Presidente, sin olvidar que esto puede suceder incluso faltando poco tiempo para fenecer el período presidencial en curso?

La Constitución venezolana de 1961 exigía que el ejercicio del cargo de presidente de la República fuera por "por más de la mitad de un

periodo” (Art. 148). Para la constitución chilena de 1980 el ejercicio debía ser “durante seis años en forma continua” (Art. 45), es decir, la totalidad del período presidencial.

En cuanto al requisito de haber sido electo democráticamente, la pregunta es si esta expresión debe entenderse exclusivamente en el sentido de haber sido electo “directamente por el pueblo” (Art. 230 Cn.).

En la Convención Nacional Constituyente se afirmó que el artículo “conspira directamente contra el principio de la alternabilidad y periodicidad de todos los mandatos” (cf. Diario de Sesiones de la Comisión Redactora, sesión del 3 de abril de 1992, p. 12). Además se sostuvo que no existía razón para que una banca en un órgano de representación popular fuera otorgada por una vía distinta a la elección popular directa.

Por estas razones, a las cuales se agregan los problemas de interpretación que hemos apuntado, somos del parecer que la figura del senador vitalicio debe ser suprimida. Cabe recordar que esto no constituye más que una reafirmación del criterio que sostuvimos al tratarse el tema en la Convención Nacional Constituyente de 1992.

13. JUICIO POLÍTICO

El juicio político previsto en el artículo 225 de la Constitución de 1992, puede conducir a situaciones injustas cuando se trata de las causales de comisión de delitos en el ejercicio del cargo o comisión de delitos comunes.

En el marco de un juicio político, la Cámara de Diputados puede decidir formular una acusación ante la Cámara alta sobre la base de la supuesta existencia de hechos punibles, aunque no se diere manifestación ni intervención alguna del Ministerio Público o de la parte afectada. Asimismo, la Cámara de Senadores puede proceder a juzgar y eventualmente condenar por esos hechos, imponiendo una pena tan gravosa e irreversible como la separación del cargo del funcionario enjuiciado.

Es incongruente con el sistema penal en vigor, conceder tales facultades a órganos no especializados y de conformación eminentemente política, como la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores. Se dirá que se trata de la simple oposición entre normas de rango inferior y una norma constitucional, cuya solución debe consistir en hacer prevalecer a esta última. Desde el punto de vista jurídico es así mientras se mantenga la situación, pero desde un punto de vista lógico, el caso no resiste el análisis más elemental.

La acusación es formulada sin intervención alguna del Ministerio Público, órgano encargado de ejercer la acción penal pública cuando se trata de hechos punibles perseguibles de oficio (Art. 268, inc. 3, Cn.); sin petición de la víctima e intervención de aquel órgano, cuando se trata de hechos punibles de acción penal pública perseguibles a instancia de parte; o sin ninguna petición de la víctima cuando se trata de hechos punibles de acción penal privada. En todos los casos resulta incongruente que actúe la Cámara de Diputados sin que el órgano especializado y titular de la acción penal pública se haya manifestado, o, peor aún, sin que la propia víctima haya instado la intervención del Ministerio Público o haya actuado por sí misma promoviendo una querrela criminal. No es posible admitir que la Cámara de Diputados pueda formular una acusación sin conocer la opinión del órgano que posteriormente, en caso de prosperar el juicio político y producirse la separación del cargo, es el que debe presentar la imputación y luego formular la acusación en sede penal.

Tampoco es admisible que la Cámara de Senadores adopte una decisión sobre la base de la supuesta comisión de un hecho punible, antes de que se haya llevado a cabo el correspondiente proceso penal y los órganos jurisdiccionales competentes se hayan pronunciado al respecto.

El juicio político opera como antejuicio, pues debe darse antes del proceso penal en sede judicial. Es evidente que en las circunstancias indicadas, resultará afectado el principio de presunción de inocencia, cuando menos en cuanto a la apreciación objetiva del mismo que el magistrado judicial debe tener.

De lo dicho precedentemente surge que los funcionarios afectados (Presidente de la República, Vicepresidente, ministros del Poder Ejecutivo, ministros de la Corte Suprema de Justicia, miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, Fiscal General del Estado, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Subcontralor), para poder ser sometidos a un proceso penal, previamente deben ser separados de sus cargos como resultado de un juicio político. Sin embargo, puede suceder que como resultado del proceso penal sean sobreseídos o absueltos. De este modo nos encontraríamos ante el absurdo de que son declarados culpables de la comisión de hechos punibles, por un procedimiento en que prevalecen los criterios políticos, por un órgano que carece de competencia substantiva al respecto y con la consecuencia irreversible de la separación de sus cargos; pero luego en sede judicial, con intervención de órganos competentes, especializados en la materia, y con la amplitud y las garantías que ofrece un proceso penal, se les concede el sobreseimiento o la absolución.

Debe modificarse el artículo 225 Cn. a fin de evitar que se pueda llegar a la situación descripta. Al respecto, creemos que las constituciones del Brasil y de Bolivia, contienen soluciones atendibles.

Constitución del Brasil

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado ...

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado ... nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles ...

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

... b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente ...

Constitución de Bolivia

Art. 185. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia ...:

4. Juzgar, como tribunal colegiado en pleno y en única instancia, a la Presidenta o al Presidente del Estado, a la Vicepresidente o al Vicepresidente del Estado, por delitos cometidos en el ejercicio de su mandato. El juicio se llevará a cabo previa autorización de la Asamblea Legislativa Plurinacional, por decisión de al menos dos tercios de los miembros presentes, y a requerimiento fundado de la Fiscal o del Fiscal General del Estado, quien formulará acusación si estima que la investigación proporcionó fundamento para el enjuiciamiento ...

Se puede constatar que, de acuerdo con ambas constituciones, la cámara legislativa interviniente sólo autoriza, mediante una mayoría calificada, el juzgamiento del alto funcionario por la realización de hechos punibles. Pero el proceso penal se lleva a cabo ante el máximo órgano jurisdiccional. De este modo se evita la posibilidad de que se den resultados dispares, como señalamos más arriba.

En el caso de la Constitución de Bolivia el procedimiento está rodeado de mayores garantías, al exigirse que exista requerimiento fundado de la Fiscal o del Fiscal General del Estado para que la cámara legislativa se pronuncie acerca de conceder o no su autorización.

En nuestro caso, para que la Cámara de Diputados pudiera basarse en la causal de comisión de delitos o crímenes, debería exigirse como requisito previo que en sede judicial se formulara imputación por parte del Ministerio Público o se presentara una querrela criminal privada. Además, la Cámara de Senadores sólo debiera autorizar el juzgamiento de los funcionarios afectados ante el máximo órgano jurisdiccional.

14. LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MAGISTRADOS JUDICIALES

El artículo 254 de la Constitución prohíbe a los magistrados judiciales ejercer otros cargos públicos o privados, remunerados o no, mientras duren en sus funciones. Esta disposición está plenamente justificada teniendo en cuenta la delicada función que desempeñan los mencionados funcionarios.

Lo mismo puede decirse de la prohibición de realizar cualquier tipo de actividad político-partidaria, lo cual incluye el desempeño de cargos en partidos, asociaciones o movimientos políticos. En el precepto constitucional se debería precisar que se trata de actividad político-partidaria y no de actividad política en general, dado que los magistrados pueden votar en elecciones generales, departamentales o municipales, o en referendos.

Consideramos acertada también la prohibición de ejercer cualquier otra actividad profesional, pero en cuanto al ejercicio del comercio o la industria, la restricción puede resultar muy estricta. En efecto, cuando se trata del nombramiento de un magistrado, sólo existe la seguridad del desempeño del cargo por cinco años, y, dada esta limitada perspectiva, no se puede exigir al nominado que se desprenda en forma definitiva de la actividad comercial o industrial que pudiera estar desempeñando. En la práctica lo que se logra son transferencias simuladas a testaferros.

A modo de ejemplo puede señalarse que, en sentido estricto, la persona designada como magistrado no puede mantener a su nombre un establecimiento ganadero porque la actividad propia del mismo consiste en la venta de cabezas de ganado, lo cual constituye acto de comercio; tampoco puede seguir dando en alquiler inmuebles de su propiedad, por la misma razón. A nuestro criterio debe flexibilizarse esta restricción porque, por un lado, resulta injusta si se exige su estricto cumplimiento, como debiera ser mientras estuviera vigente la norma; y, por la otra, en la realidad sólo determina la realización de actos simulados, burlando la disposición constitucional.

La prohibición al designado como magistrado debería consistir simplemente en no poder seguir realizando por sí mismo la actividad comercial o industrial que venía desempeñando, atendiendo a que no se trate de “actividades privadas lucrativas incompatibles con su función” que son las que se limita a prohibir la Constitución venezolana (Art. 256). Obviamente que esto deberá completarse con la inhibición del magistrado en todos los casos que tuvieren alguna vinculación con la actividad comercial o industrial de que se trata.

15. EL NOMBRAMIENTO DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Constituciones precedentes. En las constituciones paraguayas de 1870 y 1967, se adoptó el régimen de origen norteamericano consistente en que los miembros de la Corte Suprema de Justicia eran designados por el Presidente de la República, con acuerdo de la Cámara de Senadores. En la Constitución paraguaya de 1940, el acuerdo debía ser otorgado por el Consejo de Estado, lo cual puede ser considerado como inamisible en cuanto modelo a ser tenido en cuenta, dado que este órgano casi en su totalidad dependía del Poder Ejecutivo, con lo cual el acuerdo perdía su carácter de mecanismo de control de la designación realizada por el Presidente de la República.

El procedimiento consagrado en las constituciones de 1870 y 1967, puede ser un procedimiento que funcione sin inconvenientes, como de hecho ocurre en los Estados Unidos y en otros países, siempre que la Cámara de Senadores asuma realmente su función de contralor mediante el otorgamiento o la denegación del acuerdo. Precisamente la situación fáctica que se dio durante la dictadura estronista en que la cámara alta se encontraba bajo el absoluto control del titular del Ejecutivo, con la consiguiente degradación del acuerdo a un mero acto formal, fue lo que determinó que en la Convención Nacional Constituyente de 1991/1992 se decidiera la substitución de este procedimiento de designación de los integrantes del máximo órgano jurisdiccional.

Pero el sistema en sí no es malo siempre que el acuerdo a cargo de la Cámara de Senadores opere como un real mecanismo de control de las designaciones pretendidas por el Poder Ejecutivo. Quizá en nuestro

medio (dada la situación que se ha dado últimamente en cuanto a la denegación de acuerdos para la designación de embajadores) lo que deberá determinarse con exactitud es el alcance de la facultad de otorgar o no el acuerdo. En efecto, el órgano investido de la facultad debe comprender que el otorgamiento del acuerdo no debe estar supeditado a que el candidato propuesto sea el que el órgano designaría si tuviera la facultad de nombrarlo, sino simplemente a la verificación de que el candidato reúne los requisitos exigidos para ocupar el cargo de que se trate y, sobretodo, que no existe ningún motivo o razón que lo haga indigno para el desempeño de la función, aunque no fuera el candidato preferido.

Constitución vigente. El procedimiento previsto en la Constitución de 1992 difiere radicalmente del que habían consagrado las constituciones precedentes. La intervención del Poder Ejecutivo en la integración de la Corte Suprema de Justicia ha sido reducida considerablemente: se limita a la influencia que pudiera ejercer por medio de su único representante en el Consejo de la Magistratura y, con posterioridad, a la facultad de otorgar o no su acuerdo al designado por la Cámara de Senadores.

El procedimiento, tal como está legislado en la Ley Suprema en vigor, ofrece varias dificultades. En primer lugar encontramos lo referente al Consejo de la Magistratura. En cuanto al mismo el inconveniente inicial es extrajurídico: su consideración como un órgano de rango inferior, mero auxiliar de la Cámara de Senadores y del Poder Ejecutivo, cuando en realidad tiene rango constitucional como estos órganos y un papel tan trascendente y de la misma relevancia que el de estos, en la designación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia. Es necesaria, pues, una revalorización del Consejo para lo cual, entre otros aspectos, debe mejorarse la calidad de sus integrantes.

Asimismo, es conveniente modificar la composición del Consejo de la Magistratura eliminando a los integrantes que provienen del Congreso y del Poder Ejecutivo, con lo cual incluso se podría ubicar a este órgano dentro de la estructura del Poder Judicial. Por el contrario se debe aumentar el número de miembros provenientes del órgano judicial, incluyendo las instancias inferiores. El procedimiento de designación de los profesionales abogados debe ser modificado a fin de evitar la

injerencia político-partidaria y la realización de verdaderas campañas políticas para acceder al cargo.

La primera fase del procedimiento de designación, consistente en la integración de ternas, debe darse efectivamente a partir de una selección basada en criterios meramente académicos como lo exige la Constitución al hablar de “previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes” (Art. 264, inc. 1, Cn.).

Además, las ternas que surjan del Consejo de la Magistratura deben ser consideradas vinculantes, lo cual constituye la base de la facultad de nombramiento restringida que la Norma Máxima confiere a la Cámara de Senadores. Conviene aclarar aquí que la restricción impuesta a la cámara alta no debe tomarse como determinada por la sola voluntad de un órgano que algunos consideran de rango inferior (Consejo de la Magistratura), sino por la propia Constitución que le conferido a este órgano la atribución de conformar ternas de carácter vinculante.

Las ternas vinculantes, surgidas de un procedimiento basado en criterios académicos, operan asimismo como límite del ámbito en que pueden tener influencia los criterios meramente políticos. Los senadores los podrán hacer valer al efectuar el nombramiento respectivo, pero dentro del ámbito restringido de las ternas integradas con prevalencia de otros criterios.

Entendido de este modo (integración de ternas vinculantes sobre la base de criterios académicos y sólo con posterioridad la eventual aplicación de criterios políticos de selección), el procedimiento podría funcionar perfectamente.

En la tercera fase del procedimiento (acuerdo del Poder Ejecutivo), también pueden surgir algunos inconvenientes. En verdad, la doble limitación a la facultad de nombramiento de la Cámara de Senadores es atípica y no conveniente al restringirla en forma extrema. Una de las soluciones podría ser la de suprimir esta tercera fase. En caso de que no se adoptara esta decisión, el Poder Ejecutivo debería obrar al conceder o denegar el acuerdo respectivo del modo que señalamos más arriba en cuanto al sentido y el alcance que se debe dar al acuerdo. De

todos modos sería necesario prever la solución para el caso de que no prestara su acuerdo. A nuestro criterio y a fin de que la facultad de nombramiento de la Cámara de Senadores no fuera despojada de todo contenido substancial, debería admitirse que pudiera ratificarse finalmente en la designación que hubiere hecho.

Derecho comparado. En el más reciente Derecho Constitucional comparado, encontramos en la Constitución del Ecuador (2008) que "... las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia serán elegidos por el Consejo de la Judicatura conforme a un procedimiento con concurso de oposición y méritos, impugnación y control social ..." (Art. 183). No compartimos la idea de dejar por completo en manos del Consejo de la Magistratura (o Judicatura) la designación de los integrantes del máximo órgano judicial. Como lo manifestamos precedentemente, creemos que el procedimiento actual que consta de tres fases, podría ser reducido a las dos primeras a cargo del Consejo de la Magistratura (integración de ternas sobre la base de criterios académicos) y la Cámara de Senadores (designación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de las ternas vinculantes propuestas), respectivamente.

En la Constitución de Bolivia (2009) se establece el siguiente procedimiento:

Artículo 182. *I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.*

II La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral.

III. Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos.

En realidad el procedimiento consta de una primera fase en que el órgano legislativo (Asamblea Legislativa Plurinacional), por mayoría de dos tercios, elige a los candidatos a miembros del Tribunal Supremo

de Justicia (preselección o precalificación). En la segunda fase se busca la ratificación popular de lo actuado por el órgano representativo mediante la elección final de los integrantes del órgano jurisdiccional por el voto directo de los ciudadanos.

En definitiva, la primera elección está en manos de un órgano de integración netamente política y sólo cuando habrá de darse la votación popular se adoptan recaudos tendientes a evitar una indebida injerencia de los partidos políticos o la manipulación de los candidatos o del cuerpo electoral, ejercida por los mismos. Pensamos que el procedimiento, aunque novedoso, resulta muy arriesgado en cuanto a la posibilidad de lograr una adecuada integración del más alto órgano jurisdiccional.

La Constitución de Venezuela (1999) prevé, en su artículo 264, un procedimiento que consta de las siguientes fases: a) una primera preselección de candidatos a cargo del Comité de Postulaciones Judiciales, el cual está integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad (cf. Art. 270); b) una segunda preselección que corresponde al Poder Ciudadano, ejercido por el Consejo Moral Republicano, integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General de la República (cf. Art. 273); y c) una tercera preselección para la decisión definitiva, a cargo de la Asamblea Nacional.

Este procedimiento con un triple filtro, aplicado con rigurosidad, puede concluir en una adecuada selección de los integrantes del máximo órgano jurisdiccional.

Las constituciones de la Argentina (1994) y el Brasil (1988), no tan recientes, mantienen el procedimiento tradicional de fuente norteamericana: nombramiento por el titular del Ejecutivo y acuerdo del Senado¹⁴. Como se ha señalado, consideramos que éste es también un

¹⁴ El artículo 99 de la Constitución de la Argentina, en su inciso 4, dispone lo siguiente: *el Presidente de la Nación nombra a los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado.*

Por su parte, el Art. 101 de la Constitución del Brasil dice: *... Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serao nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.*

procedimiento adecuado, siempre que el control ejercido por la Cámara de Senadores por medio del otorgamiento o la denegación del acuerdo, se ejerza efectivamente y sin exceder los límites propios de dicha facultad.

La Constitución del Uruguay (1967) establece un procedimiento que queda por entero en manos del órgano legislativo. En efecto, los miembros de la Suprema Corte de Justicia son designados por la Asamblea General (Cámara de Representantes y Cámara de Senadores) por dos tercios de votos del total de sus componentes (cf. Art. 236).

Demora en la designación. Aún considerando que los plazos previstos en la Ley N° 296/94 fueran de días hábiles (cf. Arts. 34 a 41), el procedimiento de designación de un ministro de la Corte Suprema de Justicia no podría superar los seis meses, lo cual ya es mucho. Sin embargo, en la práctica hemos contemplado dilaciones que se extendieron a años. Esto es así porque en la mencionada ley no se establece ninguna consecuencia directa del incumplimiento de los plazos previstos para cada uno de los pasos que deben darse con vistas al nombramiento del nuevo ministro. Los órganos intervinientes en el procedimiento, en particular, la Cámara de Senadores, los han incumplido impunemente.

Para salvar este inconveniente es necesario incorporar alguna disposición como la prevista en la Constitución del Uruguay en los siguientes términos:

Artículo 236. *Los miembros de la Suprema Corte de Justicia serán designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus componentes. La designación deberá efectuarse dentro de los noventa días de producida la vacancia a cuyo fin la Asamblea General será convocada especialmente. Vencido dicho término sin que se haya realizado la designación, quedará automáticamente designado como miembro de la Suprema Corte de Justicia el miembro de los Tribunales de Apelaciones con mayor antigüedad en tal cargo y a igualdad de antigüedad en tal cargo por el que tenga más años en el ejercicio de la Judicatura o del Ministerio Público o Fiscal.*

Una disposición similar atendiendo a nuestro procedimiento de designación, significaría que la terna quedara conformada con los tres miembros de tribunales de apelación con mayor antigüedad, vencido el plazo concedido al Consejo de la Magistratura para hacerlo. Si la omisión se produjera en la siguiente fase, quedaría nombrado el integrante de la terna preparada por el Consejo de la Magistratura que tuviera mayor antigüedad en el desempeño de la función jurisdiccional, y si ninguno fuera magistrado, el de mayor edad, antigüedad en la matrícula de abogados o en cuanto a la obtención del doctorado. En caso de mantenerse la intervención del Poder Ejecutivo, si no da su acuerdo o no lo deniega en el plazo previsto, debe entenderse que lo concede en forma ficta, de modo tal que queda confirmado el designado por la Cámara de Senadores.

16. LA INAMOVILIDAD DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El tema de la inamovilidad de los ministros del máximo órgano jurisdiccional, ha dado motivo a prolongadas e interminables discusiones derivadas de la falta de una regulación constitucional en términos que impidan cualquier duda sobre el particular.

Aún cuando creemos que, de conformidad con la redacción actual de la Constitución en vigor, la inamovilidad de los ministros de la Corte Suprema debe ser considerada como existente *ab initio* según se desprende del artículo 261 de dicho cuerpo jurídico¹⁵, no somos partidarios de abrir las puertas a una permanencia muy prolongada en ese cargo. En efecto, creemos que debe estar asegurada una renovación en ese órgano cada cierto tiempo, aunque ello no debe depender de los vaivenes políticos, es decir, de la voluntad del circunstancial titular del Ejecutivo, o de una determinada composición de las cámaras y, menos aún, de la voluntad de los líderes políticos de un momento determinado. Por otro lado, ha de quedar asegurada la posibilidad de desempeño de los

¹⁵ Art. 261 Cn.: *Los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de setenta y cinco años. Igual criterio se consagra en el Art. 110 de la Constitución argentina: Los jueces de la Corte Suprema ... de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta ...*

magistrados integrantes de la Corte Suprema con absoluta independencia. La substitución de miembros en la cúpula del Poder Judicial cada cierto tiempo, puede permitir la renovación de la jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional, sin que la misma quede estancada por lapsos prolongados.

Sostenemos que el cargo de ministro de la Corte Suprema de Justicia debe ser desempeñado por un período único de alrededor de doce años, sin posibilidad de reelección. Dicho período, como acontece actualmente, debe ser personal y, a nivel constitucional, debe estar prevista la jubilación del magistrado en términos tales que el futuro del mismo esté asegurado en cuanto a una vida digna con ingresos apropiados, con la consiguiente posibilidad de una actuación independiente al no depender de la clase política en cuanto a una reelección o a una actividad futura que le proporcione ingresos. El periodo de que hablamos no habrá de resultar breve si adicionalmente se dispone que cierto número de los integrantes del máximo órgano deba provenir de la carrera judicial. Incluso no lo será respecto de aquellos jurista que ingresen directamente como ministros de la Corte Suprema.

En el Derecho Constitucional comparado latinoamericano, encontramos varias constituciones que adoptan el criterio que señalamos. Entre ellas se encuentran la Constitución de Colombia (1991), con un período de ocho años (Art. 233); la del Ecuador (2008), con un período de nueve años (Art. 182); la de Venezuela (1999), con un período de doce años (Art. 264); y la de México (1917), con un período de quince años (Art. 94)¹⁶.

¹⁶ Constitución de Colombia (1991), Art. 233: *Los Magistrados ... de la Corte Suprema de Justicia ... serán elegidos para un período de ocho años, no podrán ser reelegidos ...*
Constitución del Ecuador (2008), Art. 182: *La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un periodo de nueve años; no podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres año ...*
Constitución de Venezuela (1999), Art. 264: *Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un único período de doce años ...*
Constitución de México (1917), Art. 94: *... Los ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los*

17. LA REMOCIÓN DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Los ministros de la Corte Suprema de Justicia, así como los miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo pueden ser removidos por la vía del juicio político. Al abordar este tema ya hemos mencionados los múltiples problemas que presenta dicho procedimiento.

18. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Órgano competente. El sistema de control de constitucionalidad delineado en nuestra Ley Suprema¹⁷, confiere dicha función al máximo órgano jurisdiccional (Corte Suprema de Justicia) y no a un órgano extrapoderes, ubicado fuera del Poder Judicial, como sería un tribunal constitucional. Creemos que en cuanto a este aspecto, se puede mantener el sistema tal cual está, pues sus deficiencias no derivan, por lo menos en lo substancial, de esta característica.

Actos jurisdiccionales o sentencias. Nuestro sistema presenta la particularidad de establecer la acción de inconstitucionalidad promovida ante la Corte Suprema de Justicia, como vía para ejercer el control de constitucionalidad de los fallos dictados por los tribunales y los juzgados

términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro.

Ninguna persona que haya sido Ministro podrá ser nombrada para un nuevo periodo, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.

¹⁷ Las disposiciones constitucionales que regulan el tema son las siguientes:

Art. 132 Cn. *La Corte Suprema de Justicia tiene la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley.*

Art. 259 Cn. *Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: ... 5) conocer y resolver sobre inconstitucionalidad ...*

Art. 260 Cn. *Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:*

1) *conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso.*

2) *decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución ...*

que constituyen las instancias jurisdiccionales inferiores (Art. 260, ap. 2, Cn.)

La Constitución confiere, asimismo, a la Corte Suprema de Justicia la facultad de *conocer y resolver en el recurso de casación* (Art. 259, inc. 6).

A nuestro criterio, el control de constitucionalidad de los actos jurisdiccionales, en general, debe ser encausado por la vía del recurso de casación, ante la sala respectiva de la Corte Suprema. En consecuencia, habrá de ser eliminada la acción de inconstitucionalidad contra sentencias¹⁸.

Debe procederse, pues, a la modificación de la Constitución en el sentido indicado y a la regulación del recurso de casación en las diferentes materias (además de la penal), incluyendo como uno de los aspectos del mismo el control de constitucionalidad de las sentencias recurridas.

Actos normativos o leyes. El control de constitucionalidad, propiamente dicho, por acción directa ante la Sala Constitucional o la Corte en pleno, será ejercido sólo respecto de actos normativos o leyes, y sobre las sentencias (actos jurisdiccionales) dictadas en asuntos referentes a la protección de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional (v. gr. sentencias dictadas en amparos, hábeas corpus o hábeas data).

¹⁸ En la actualidad, en materia penal existe superposición entre la acción de inconstitucionalidad contra sentencias y el recurso de casación.

En efecto, en los supuestos previstos en los incisos 1 y 3 del artículo 478 del Código Procesal Penal, se ejerce un control de constitucionalidad por la vía del recurso de casación.

El texto legal es el siguiente:

Art. 478 CPP. *El recurso extraordinario de casación procederá, exclusivamente:*

1) *cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor de diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional;*

2) *cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, o*

3) *cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados.*

Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. ¿La declaración debe producir efectos limitados o “inter partes”, o efectos generales o “erga omnes”?

A nuestro criterio, se debe otorgar efectos *erga omnes* a dicha declaración cuando recae sobre actos normativos, es decir, sobre leyes.

Si tenemos en cuenta que proponemos la supresión de la acción de inconstitucionalidad referida a sentencias judiciales, el control de constitucionalidad a cargo de la Sala Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia en pleno, según el caso, quedaría limitada a los actos normativos y produciría efectos “erga omnes”¹⁹.

Control concentrado y control difuso. El control es concentrado teniendo en cuenta que sólo puede ser realizado por la Corte Suprema. Esto es obvio cuando la vía es directa o principal, es decir, cuando la cuestión de constitucionalidad se plantea mediante una acción promovida ante el máximo órgano.

Pero el carácter concentrado también se manifiesta cuando se provoca el control por una vía indirecta o incidental, como es el caso de la interposición de una excepción de inconstitucionalidad. En este caso, aún cuando la tramitación debe realizarse en la instancia respectiva, para el dictamamiento de la resolución respectiva, la excepción debe ser remitida a la Corte Suprema²⁰. Asimismo, cuando el magistrado interviniente considera inconstitucional una norma que debe aplicar para resolver el caso que tiene bajo su jurisdicción, debe recurrir a la Corte Suprema para contar con su criterio, sin que le sea permitido inaplicar la norma por propia decisión, aunque la norma fuera notoriamente inconstitucional.

Somos partidarios de que se admita la posibilidad de que los magistrados de primera y segunda instancias puedan ejercer el control de

¹⁹ El punto puede ser ampliado en L. Lezcano Claude, “*El Control de Constitucionalidad en el Paraguay*”, Asunción, La Ley Paraguaya S.A., mayo del 2000, pp.113-131.

²⁰ Art. 260, último pfo., Cn. El procedimiento podrá iniciarse ... por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.

Art. 13, Ley N° 609. La Sala Constitucional tendrá competencia para conocer y decidir en las excepciones de inconstitucionalidad que se interpongan en cualquier instancia ...

constitucionalidad, de oficio o a petición de parte, en los casos en que entiendan, con efectos limitados a los mismos.

En consecuencia, el control sería simultáneamente concentrado y difuso, con alcances diversos según que la inconstitucionalidad fuera declarada por la Corte Suprema de Justicia o por magistrados de instancias inferiores.

19. DESIGNACIÓN DE JUECES Y MIEMBROS DE TRIBUNALES

En lo que concierne al nombramiento de jueces y miembros de tribunales de apelación, la Convención Nacional Constituyente de 1991/1992 adoptó la decisión de substraerlo prácticamente por completo del ámbito del Poder Ejecutivo. En efecto, la facultad de este órgano de designarlos con acuerdo de la Corte Suprema de Justicia (Art.180, inc. 8, de la Constitución de 1967), fue reemplazada por la intervención mínima que puede darse por medio del único representante del Poder Ejecutivo en el Consejo de la Magistratura.

El procedimiento establecido en la Constitución en vigor nos parece acertado, sin dejar de tener en cuenta las modificaciones ya apuntadas que deben introducirse en cuanto a la composición del Consejo de la Magistratura, así como la necesaria consideración de las ternas elaboradas por el mismo, como vinculantes.

Asimismo, debe remarcarse que, de conformidad con lo preceptuado por la Ley Suprema, el proceder del Consejo de la Magistratura en cuanto a la conformación de las ternas habrá de estar guiado por criterios meramente académicos. Para el efecto se establece que se obrará “con igual criterio de selección y examen” (Art. 264, inc. 2, Cn.), es decir, “previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes” (Art. 264, inc. 1, Cn.).

Este mismo espíritu es el que prevalece en normas constitucionales como las que transcribimos a continuación.

Constitución de Venezuela (1999), Art.255. <i>El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces y juezas se hará por concursos de</i>

oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes ...

Constitución del Ecuador (2008), Art. 176. *Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, ...*

Con excepción de las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, las servidoras y servidores judiciales deberán aprobar un curso de formación general y especial, y pasar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas para su ingreso al servicio judicial.

20. INAMOVILIDAD DE JUECES Y MIEMBROS DE TRIBUNALES

a) La Ley Suprema dispone lo siguiente: ... Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia (Art. 252, 2° pfo., Cn.).

La norma transcripta presenta varias imprecisiones que han dado lugar a discusiones e interpretaciones no siempre bien fundadas ni desinteresadas. Analizando el texto debe concluirse que se alude a la inamovilidad definitiva o permanente de magistrados de primera y segunda instancias.

El momento a partir del cual se adquiere dicha inamovilidad no ha sido determinado con la precisión que exige el asunto. La expresión “confirmados por dos períodos siguientes al de su elección” ha llevado a sostener que la inamovilidad permanente se adquiere, en opinión de unos, a partir de la segunda confirmación; y a criterio de otros, luego de cumplido el período correspondiente a la segunda confirmación. Nuestra interpretación, formada sobre la base de un estudio sistemático que toma en consideración la otra disposición constitucional que se refiere al tema,

nos lleva a concluir que la inamovilidad definitiva se adquiere a partir de la segunda confirmación²¹.

La determinación del alcance del vocablo “cargo” usado en la norma, igualmente ha dado lugar a distintas interpretaciones. Algunos sostienen que debe ser tomado en sentido específico considerando como cargos distintos los de juez de primera instancia, miembro tribunal de apelación, etc., de modo tal que el tiempo necesario para alcanzar la inamovilidad definitiva, debe ser computado por separado para cada uno de ellos, y, es más, debe reiniciarse el cómputo si se cambia de cargo. Otros, en cambio, entienden que el vocablo “cargo” debe ser tomado en sentido genérico como referido al cargo de magistrado, independientemente de la instancia en que se ejerza la función jurisdiccional. Esto tiene como consecuencia que el tiempo de ejercicio de la magistratura en cualquier instancia puede ser computado a los efectos de determinar la adquisición de la inamovilidad definitiva. Además, la designación en una instancia superior debe ser considerada como una confirmación. Pensamos que esta última es la interpretación más lógica, aparte de que la otra resulta sumamente injusta al dejar sin efecto algunos períodos de tiempo de ejercicio de la magistratura, e incluso, en el peor de los casos, al obligar a renunciar a la inamovilidad permanente ya adquirida, para que sea posible un nombramiento en una instancia superior.

A todo lo apuntado precedentemente debe sumarse que los plazos previstos en la Constitución, aún cumplidos en forma estricta (cinco años correspondientes al período nombramiento, más otros cinco años del período de la primera confirmación), resultan demasiado prolongados. Lo son aún más si las confirmaciones se demoran por años.

²¹ El artículo 8 de las Disposiciones Finales y Transitorias, de la Constitución, regula una situación algo distinta, pero también vinculada al tema de la adquisición de la inamovilidad permanente. Aquí se establece que se adquiere “la inamovilidad permanente a que se refiere el 2º párrafo del Artículo 252 “De la inamovilidad de los magistrados”, a partir de la segunda confirmación”. No cabe pensar que la Ley Suprema pueda dar un trato diferenciado a unos y otros magistrados cuando se trata de una misma cuestión.

En la Convención Nacional Constituyente de 1991/92, la idea era que la exigencia para que un magistrado adquiriera la inamovilidad definitiva o permanente, fuera el ejercicio ininterrumpido de la magistratura judicial por espacio de diez años. La idea no fue plasmada correctamente en el texto constitucional y hoy tenemos la diversidad de opiniones e interpretaciones a que hemos aludido.

Si se pretende mantener el criterio señalado, debe redactarse una norma más simple, clara y precisa que refleje a cabalidad la idea. Sería necesario establecer algo así como que los magistrados adquieren la inamovilidad permanente o definitiva por el ejercicio ininterrumpido de la función jurisdiccional por espacio de diez años, sin que ello dependa de pronunciamiento alguno, bastando el simple transcurso del tiempo requerido.

b) Nuestro criterio es el de acortar el tiempo exigido para adquirir la inamovilidad permanente. Las constituciones del Brasil y el Uruguay establecen un periodo de prueba o interinato de dos años, que precede a la inamovilidad permanente y durante el cual la remoción puede darse en cualquier momento²².

²² La Constitución del Brasil (1988), Art. 95, prescribe: *Los jueces gozan de las siguientes garantías:*

I. carácter vitalicio, que, en el primer grado, sólo será adquirido después de dos años de ejercicio, dependiendo la pérdida del cargo en ese período de decisión del tribunal al que el juez estuviera vinculado y, en los demás casos, de sentencia judicial firme ...

La Constitución del Uruguay (1967), Art. 239, dispone: *A la Suprema Corte de Justicia corresponde:*

...5º: Nombrar a los Jueces Letrados de todos los grados y denominaciones, necesitándose, en cada caso, la mayoría absoluta del total de componentes de la Suprema Corte.

Estos nombramientos tendrán carácter de definitivos desde el momento en que se produzcan, cuando recaigan sobre ciudadanos que ya pertenecían, con antigüedad de dos años, a la Judicatura, al Ministerio Público y Fiscal o a la Justicia de Paz, en destinos que deban ser desempeñados por abogados.

Si los mismos funcionarios tuviesen menor antigüedad en sus respectivos cargos serán considerados con carácter de Jueces Letrados interinos, por un período de dos años, a contar desde la fecha de nombramiento, y por el mismo tiempo tendrán ese carácter los ciudadanos que recién ingresen a la Magistratura.

Durante el período de interinato, la Suprema Corte podrá remover en cualquier momento al Juez Letrado interino, por mayoría absoluta del total de sus miembros.

Creemos conveniente que la inamovilidad permanente o definitiva sea adquirida por el magistrado al ser confirmado en el cargo, al ser designado en otra instancia o por el mero transcurso de seis años ininterrumpidos de ejercicio de la magistratura.

21. REMOCIÓN DE JUECES Y MIEMBROS DE TRIBUNALES

De conformidad con la Constitución y la legislación secundaria, el enjuiciamiento de jueces y miembros de tribunales de apelación, y su eventual remoción, debe ser realizado por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (JEM), por las causales previstas en la Ley Suprema.

En efecto, el artículo 253 Cn. prescribe lo siguiente: Los magistrados judiciales sólo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos, o mal desempeño de sus funciones definido en la ley, por decisión de un Jurado de enjuiciamiento de magistrados ...

La Ley N° 3759/09, “Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados ...”, contiene las siguientes disposiciones:

Si la causa de enjuiciamiento fuere la comisión de delitos, el Jurado podrá determinar que el magistrado o agente fiscal acusado sea puesto a disposición del Juez competente, a quien le pasará los antecedentes de la cuestión. En este caso, el proceso de enjuiciamiento quedará suspendido hasta que recaiga sentencia definitiva en el juicio penal.

... si por la comisión de delitos se presentare ante la justicia ordinaria, denuncia o querrela criminal contra un magistrado o agente fiscal, el Juez elevará los antecedentes al Jurado mediante auto fundado. El Jurado examinará el mérito de la acusación y, en su caso, pondrá al enjuiciado a disposición del Juez de la causa, a los

Vencido el término del interinato, el nombramiento se considerará confirmado de pleno derecho ...

efectos de lo establecido en el párrafo primero del presente artículo (Art. 13, 1º y 4º pfos.).

En consecuencia, si la causal de enjuiciamiento fuera el mal desempeño de funciones, el procedimiento se lleva adelante ante el propio Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, hasta su culminación. En cambio, si dicha causal fuera la comisión de delitos (hechos punibles), el J.E.M. se limita a autorizar o no la realización del proceso penal en sede judicial, es decir, su actuación consiste simplemente en conceder o denegar el desafuero del magistrado.

Las disposiciones legales transcritas más arriba, resultantes de una interpretación del texto constitucional respectivo, proponen un procedimiento muy acertado pues, tratándose de hechos punibles, el ámbito propio y el que ofrece mayores garantías al magistrado es el Poder Judicial, mediante la realización de un proceso penal. De este modo, la decisión final que adopte el J.E.M. en cuanto a una eventual destitución del magistrado, guardará relación con lo que se resuelva en sede penal, sin que exista posibilidad de contradicción, como puede suceder en el caso del juicio político entre la decisión de separación de cargo adoptada por la Cámara de Senadores y un posterior fallo absolutorio en el proceso penal (cf. Art. 225 Cn.).

En este aspecto, es conveniente que a la interpretación que actualmente hace la ley se le dé rango constitucional, a fin de que quede establecida como única solución posible.

Además, en cuanto a otro tema, se debe revisar la composición del J.E.M. a fin de disminuir o eliminar el elevado número de integrantes provenientes de órganos con mucha vinculación con lo político-partidario. Sin duda, en un órgano encargado del enjuiciamiento de magistrados no resulta apropiado que exista un alto componente de esta extracción. Asimismo debería estudiarse la posibilidad de que las funciones que corresponden al J.E.M. sean transferidas al Consejo de la Magistratura, con la consiguiente refundición de ambos órganos en uno solo.

22. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS

Composición del Consejo. Ya hemos señalado la urgencia de modificarla. Deben ser eliminados los miembros provenientes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, a fin de evitar al máximo la influencia política en la provisión de cargos en el órgano jurisdiccional. De este modo, incluso se podría ubicar al Consejo de la Magistratura dentro de la estructura del Poder Judicial. En sentido contrario, sería apropiado aumentar el número de miembros provenientes del órgano judicial, incluyendo las instancias inferiores. El procedimiento de designación de los abogados representantes del gremio, debe ser modificado a fin de evitar la injerencia político-partidaria y la realización de verdaderas campañas electorales en muchos casos pervertidas por la incorporación de prácticas proselitistas no recomendables.

Funciones del Consejo. En cuanto a las mismas, se puede hablar fundamentalmente de dos categorías: las referidas a los magistrados y las referidas a la administración del Poder Judicial. Entre las primeras se señala que el Consejo actúa como órgano de selección de magistrados, a veces también de nombramiento de magistrados, y como órgano disciplinario del Poder Judicial. En lo referente al segundo aspecto, el Consejo tiene a su cargo la elaboración del presupuesto del Poder Judicial y la posterior ejecución del mismo. En algunos casos se encarga también de algunas cuestiones relacionadas con la organización del ejercicio de la función jurisdiccional.

En el Paraguay tenemos un Consejo de la Magistratura débil, si se comparan sus atribuciones con las que se confieren a órganos similares en otros regímenes constitucionales. En nuestro caso sólo es un órgano de selección de magistrados, su función se limita a la elaboración de ternas para elevarlas al órgano encargado de la designación²³.

Uno de los problemas que se plantean es el de la conveniencia o no de otorgar al Consejo de la Magistratura, atribuciones importantes como las de nombrar magistrados, decidir su promoción a instancias

²³ Cf. Arts. 251, 264, 269, 270 y 275 de la Constitución paraguaya de 1992.

superiores, decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, ordenar su suspensión y formular la acusación correspondiente, actuar como órgano disciplinario del Poder Judicial, ejercer la administración del mismo, en particular, en cuanto a la elaboración de su presupuesto y a su ejecución, etc.

¿Es conveniente crear un Consejo que tenga tales atribuciones y, en especial, cuando su funcionamiento sea autónomo en relación con la Corte Suprema de Justicia?

En el Paraguay, el Poder Judicial ha sido tradicionalmente el órgano de gobierno más débil y en forma permanente se ha encontrado sometido, en mayor o menor medida, a los designios de los otros dos órganos integrantes de la tríada clásica. Desde un punto de vista teórico, resultaría conveniente liberar a la Corte Suprema de Justicia de toda función que no fuera la jurisdiccional, a fin de que la misma se dedicara en exclusividad a la actividad que le es propia y específica. Pero la adopción de una medida como la indicada, cuya faz positiva es la de evitar cualquier distracción del máximo órgano judicial derivada de la obligación de atender cuestiones de otra índole, importa, sin embargo, en las circunstancias actuales del Paraguay, una considerable disminución de sus atribuciones con afectación de su carácter de órgano cabeza de uno de los poderes del Estado. Se debilitaría, pues, a la Corte Suprema de Justicia al transferir funciones que le eran propias, a un órgano extrapoder.

Por las razones mencionadas somos partidarios, en lo que se refiere a las atribuciones del Consejo de la Magistratura, de mantenerlas tal cual están, independientemente de las modificaciones referentes a otros aspectos que se sugieren más abajo.

El Consejo y el Jurado. Por otra parte, creemos que las funciones que corresponden al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados podrían ser desempeñadas también por el Consejo de la Magistratura. Es decir, ambos órganos podrían quedar subsumidos en uno solo.

Al respecto véase la composición de ambos órganos:

Art. 262 Cn.: “*El Consejo de la Magistratura está compuesto por:*

- 1) un miembro de la Corte Suprema de Justicia, designado por ésta;*
- 2) un representante del Poder Ejecutivo;*
- 3) un Senador y un Diputado, ambos nominados por su Cámara respectiva;*
- 4) dos abogados de la matrícula, nombrados por sus pares en elección directa;*
- 5) un profesor de las facultades de Derecho de la Universidad Nacional, elegido por sus pares, y*
- 6) un profesor de las facultades de Derecho con no menos de veinte años de funcionamiento, de las Universidades privadas, elegido por sus pares”.*

Art. 253 Cn.: “... *Este (el JEM) estará integrado por dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, dos miembros del Consejo de la Magistratura, dos senadores y dos diputados ...”.*

Se puede apreciar que el número de componentes de ambos órganos es ocho. Los mismos tienen un origen idéntico en el caso de los ministros de la Corte Suprema y en el de los senadores y diputados. En cuanto a los demás miembros, los de un órgano surgen de entre los restantes del otro órgano. En efecto, entre el representante del Poder Ejecutivo, los abogados y los profesores deben ser electos los dos últimos miembros del Jurado²⁴.

La diferencia está en la cantidad de representantes que corresponden a cada órgano. En el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados se puede apreciar un predominio de legisladores (cuatro), que los coloca en situación de alcanzar la mayoría con cierta facilidad. Este es un punto que debe tenerse en cuenta al estudiar la integración del Jurado, si se lo mantiene como órgano independiente, y, con mayor

²⁴ Lo que acabamos de señalar se desprende de lo dispuesto en el Art. 4º, de la Ley N° 296/94, “Que organiza el funcionamiento del Consejo de la Magistratura”, que dice: “*El Ministro de la Corte Suprema de Justicia y los miembros del Poder Legislativo que integren el Consejo no pueden ser al mismo tiempo miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, ni representantes ante el mismo”.*

razón, si se lo integra en un solo órgano con el Consejo de la Magistratura. Se debe evitar que la influencia que pudiere provenir de órganos vinculados a la esfera político-partidaria, fuere de tal gravitación que pudiera resultar determinante en cuanto a la integración y el funcionamiento independiente del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Ministerio de la Defensa Pública.

En el cuadro que va continuación se puede apreciar la equivalencia entre el Consejo y el Jurado en cuanto a su composición:

**CONSEJO DE LA
MAGISTRATURA**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1)
PODER EJECUTIVO (1)
SENADOR (1)
DIPUTADO (1)
ABOGADOS (2)
PROFESORES (2)

**JURADO DE
ENJUICIAMIENTO DE
MAGISTRADOS**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2)
CONSEJO DE LA MAGISTRATURA (2)
SENADORES (2)
DIPUTADOS (2)

23. LA ACTUACIÓN DE CONGRESISTAS-ABOGADOS

Sobre la base de lo dispuesto en el Art. 248 Cn. en la parte que dice: “... En ningún caso los miembros de los otros Poderes ... podrán ... intervenir de cualquier modo en los juicios ...”, se ha sostenido que los congresistas (senadores o diputados) que fueren abogados, no pueden actuar como tales ejerciendo la representación de terceros. Incluso la jurisprudencia que parece imponerse es la de negar intervención a los mismos.

En nuestra opinión, del contexto general del artículo 248 de la Constitución debe deducirse que lo que se pretende prohibir es la intervención indebida o irregular de los mismos que implique un atentado a la independencia del Poder Judicial, en particular en su aspecto funcional referido al órgano-persona (magistrado). Ha de tratarse de una actuación que conlleve el uso indebido de influencias, proscrito por el artículo 201 de la Ley Suprema.

Además, en el régimen de incompatibilidades de senadores y diputados, no está incluida la prohibición de ejercer otra actividad profesional, juntamente con la de legislador (cfr. Art. 196 Cn.).

Todo lo que llevamos dicho no implica, sin embargo, que no seamos partidarios de prohibir la actuación de los legisladores-abogados. Lo que hemos hecho es simplemente analizar la normativa constitucional, lo cual nos lleva al convencimiento de que para adoptar una medida limitativa como la que mencionamos, es necesaria una norma expresa incluida en el régimen de incompatibilidades de los congresistas.

En el sentido indicado, la Constitución venezolana de 1999 establece que los diputados “están obligados a cumplir sus labores a dedicación exclusiva ...” (Art. 197). Se debería pensar en una norma similar para incluirla en nuestra Ley Suprema.

24. ESTADO DE EXCEPCIÓN

El artículo 288 de la Constitución, que se refiere al Estado de Excepción que reemplazaba al Estado de Sitio de la Constitución de 1967, es quizá uno de los artículos en que con mayor claridad se puede apreciar la reacción contra la forma en que durante la dictadura se desvirtuó dicha institución.

Las normas pertinentes de la Constitución precedente, no ofrecen mayores reparos desde el punto de vista jurídico. En realidad, lo condenable era el modo en que se hacía uso de esa institución. En efecto, se declaraba el Estado de Sitio sin que se diera ninguna de las causales que justificaban su implantación; se ordenaba la detención de cualquier persona, no sólo la de aquellas vinculadas a la causal que motivó la

adopción de la medida; se prorrogaba indefinidamente la vigencia de una medida que, por su propia naturaleza, debía tener carácter excepcional y, por tanto, una duración limitada; se mantenía la detención de las personas por todo el tiempo de vigencia del Estado de Sitio –que era indefinido- sin ponerlas a disposición de la autoridad judicial competente, etc.

Como se ve, la justificada irritación que causaba el Estado de Sitio, derivaba de las claras y graves violaciones de derechos humanos generadas por su aplicación arbitraria, antes que de los términos en que la institución estaba prevista en el texto constitucional.

De hecho, en cuanto a su formulación jurídica, el Estado de Sitio previsto en las constituciones precedentes, se ha caracterizado por las escasas o limitadas atribuciones excepcionales conferidas al titular del Ejecutivo. Esta característica se ha extremado aún más en la Ley Suprema en vigor, al rodear la actuación del Presidente de la República de controles sumamente rigurosos, que en la práctica vuelven inocuas las facultades excepcionales otorgadas en virtud del Estado de Excepción.

En la Convención Nacional Constituyente de 1991-92 no se tuvo en cuenta, en primer lugar, que las atribuciones excepcionales eran muy limitadas; en segundo lugar, que las deficiencias del anterior Estado de Sitio no estaban, en lo fundamental, en el texto jurídico, sino en la forma arbitraria de su aplicación; y en tercer lugar –y quizá lo más importante- que la razón de ser del Estado de Sitio o Estado de Excepción es la de proveer de medios excepcionales de defensa a un gobierno legítimo.

Al legislar el artículo 288 Cn. se tuvo en mente la forma arbitraria en que durante la dictadura se había recurrido a esta medida y sólo se pensó en someter su uso a limitaciones y controles de una rigurosidad tal que anulan la efectividad que pudieran tener las facultades extraordinarias autorizadas.

Creemos que se tienen que ampliar las atribuciones conferidas al Ejecutivo durante el Estado de Excepción, pensando que mediante la implantación de éste se busca fortalecer la posición de un gobierno legítimo con vistas a su defensa contra fuerzas que pretenden romper el orden constitucional.

Trascribimos a continuación una parte del Art. 288 de la Constitución en vigor, en la cual se puede apreciar que las facultades excepcionales se refieren sólo a la limitación de la libertad física o ambulatoria y a los derechos de reunión y manifestación. Se transcriben también los artículos pertinentes de las constituciones del Ecuador y del Brasil, a modo de ejemplo de la forma en que se puede dar la ampliación de facultades.

Constitución del Paraguay

Art. 288 Cn. ...Durante la vigencia del Estado de Excepción, el Poder Ejecutivo sólo podrá ordenar, por decreto y en cada caso, las siguientes medidas: la detención de las personas indiciadas de participar en algunos de esos hechos, su traslado de un punto a otro de la República, así como la prohibición o la restricción de reuniones públicas y de manifestaciones ...

El Estado de Excepción no interrumpirá el funcionamiento de los poderes del Estado, la vigencia de esta Constitución ni, específicamente, el hábeas corpus.

Constitución del Ecuador

Art. 165 Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá:

- 1. Decretar la recaudación anticipada de tributos.*
- 2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación.*
- 3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional.*
- 4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de*

excepción y a la seguridad del Estado.

5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional.

6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones.

7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.

8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.

Constitución del Brasil

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens ...

25. OTROS TEMAS

Los temas que deben ser objeto de una reforma constitucional no se agotan en los puntos estudiados precedentemente. También deben ser considerados varios temas más de la parte dogmática, como el servicio militar obligatorio. Asimismo, en la parte orgánica deben ser abordados, entre otros, los siguientes temas: gobierno departamental, Fuerzas Armadas, Poder Legislativo, Justicia Electoral, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- Correa Freitas, Rubén, *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, DEOF S.R.L., Buenos Aires, 1997.
- Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, 1992
- Fernández Arévalos, Evelio, *Órganos constitucionales del Estado*, Intercontinental Editora, Asunción, 2003.
- Hernández Valle, Rubén, *El Derecho de la Constitución*, Ed. Juricentro, San José, Costa Rica, 2 vols., 1993.
- Lezcano Claude, Luis, "Comentarios acerca del régimen de gobierno en la futura Constitución paraguaya", en *Constitución y Cambio. Aportes para el debate de la Convención Nacional Constituyente*, CIDSEP-Universidad Católica, Asunción, Vol. I, 1991.
- Lezcano Claude, Luis, *Derecho Constitucional – Parte orgánica*, Asunción, 2008, 2010.
- Lezcano Claude, Luis, "El Control de Constitucionalidad en el Paraguay", La Ley Paraguaya S.A., Asunción, mayo del 2000.
- Lezcano Claude, Luis, *Independencia del Poder Judicial*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. N. A.*, Asunción, 2003.
- Lezcano Claude, Luis, "Vicepresidencia: entre la indefinición y el marginamiento", *Diario Última Hora*, Asunción, 29 de septiembre de 1993.
- Oropeza, Ambrosio, "La Nueva Constitución Venezolana 1961", Caracas, 1986.
- Rodríguez Iturbe, José, "Venezuela: La ANC y la confusión del momento", en *Anuario de Derecho Constitucional*

Latinoamericano, Edición 1999, Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA, Buenos Aires, 1999.

- Rodríguez Vicéns, Antonio “Ecuador: Algunas reformas constitucionales de la Asamblea Nacional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 1999, Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA, Buenos Aires, 1999.

Constituciones consultadas

- Constitución de Argentina, de 1994.
- Constitución de Bolivia, de 2009.
- Constitución de Brasil, de 1988.
- Constitución de Chile, de 1980.
- Constitución de Colombia, de 1991.
- Constitución de Costa Rica, de 1949.
- Constitución de Ecuador, de 1998.
- Constitución de Ecuador, de 2008.
- Constitución de El Salvador, de 1983.
- Constitución de Guatemala, de 1985, reformada en 1993.
- Constitución de Italia, de 1947.
- Constitución de México, de 1917.
- Constitución de Panamá, de 1972, reformada en 1978 y 1983.
- Constitución de Paraguay, de 1992.
- Constitución de Perú, de 1993.
- Constitución de Uruguay, de 1967.
- Constitución de Venezuela, de 1999.
- Constitución de Weimar de 1919.

CONSTITUCIÓN Y POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL

Daniel Mendonça

SUMARIO: I. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. II. ESTADO SOCIAL. III. DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. IV. POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. V. DE LA DEMOCRACIA POLÍTICA A LA DEMOCRACIA SOCIAL

CONSTITUCIÓN Y POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL

Daniel Mendonça

I. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

A mediados del siglo XIX se produjo un cambio significativo en la percepción política del fenómeno de la pobreza, comenzaron a plantearse las primeras demandas sociales y empezaron a surgir los primeros movimientos obreros. Uno de los frutos de esa revolución social fue la Constitución francesa de 1848, cuyo texto incluía, entre otros, el deber del Estado de proteger y asistir al ciudadano en su trabajo. La consagración de los derechos sociales en esa Constitución fue el primer paso hacia un nuevo enfoque del constitucionalismo, acorde con la idea de reformar la estructura de la sociedad: el constitucionalismo social¹. El desarrollo pleno de esta tendencia constitucional comenzó, sin embargo, recién en las primeras décadas del siglo XX, cuando los derechos económicos y sociales se incorporaron a los listados tradicionales de derechos constitucionales, imponiendo al Estado el deber de actuar en favor de los sectores más desprotegidos. Su consolidación data de mediados del siglo XX y décadas posteriores.

La presencia del componente social antes advertida, supuso una resituación de la doctrina liberal que tuvo como resultado una organización política que superó el marco clásico de los Estados liberales. Denominada, entre otras formas, “Estado social” (*Sozialer Rechtsstaat*), “Estado de bienestar” (*Welfare State*) o “Estado providencia” (*État-providence*), esta nueva organización constituye una realidad política y jurídica de las democracias occidentales de la segunda mitad del siglo XX. Este tránsito del clásico Estado liberal al Estado social supuso un intento de armonización y coordinación de ciertos valores mediante una acción estatal de intervención, planificación y

¹ Sobre esta evolución ver Vanossi, J., El Estado de derecho en el constitucionalismo social. Eudeba. Buenos Aires, 1987, pgs. 355-364.

fomento dirigida a atenuar desigualdades sociales y nivelar desequilibrios económicos amparados por la inacción del Estado.

El Estado social, por cierto, es perfectamente compatible con cierta forma de liberalismo. No puede dejar de considerarse la existencia de dos vertientes principales en el pensamiento liberal: el liberalismo clásico (pasivo o conservador), partidario del Estado mínimo o gendarme, y el liberalismo progresista (activo o igualitario), comprometido con la promoción de los menos favorecidos. Esta división se hace evidente al considerar el alcance de los derechos en la interpretación de cada una de las vertientes. Respecto del derecho a la vida y la integridad personal, por ejemplo, éstos se satisfacen, desde la perspectiva clásica, cuando el Estado se abstiene de lesionar activamente tales bienes y prohíbe a los particulares que hagan lo propio; desde la perspectiva progresista, en cambio, esos derechos resultan respetados cuando el Estado provee de las condiciones necesarias para preservar esos bienes y obliga a los particulares, en ciertas circunstancias, a contribuir para tal provisión. La división se soporta, en definitiva, en la distinción entre derechos negativos y derechos positivos, es decir, entre derechos cuyos correlatos son obligaciones pasivas (de omitir) o activas (de hacer), respectivamente. Para el liberalismo progresista, en consecuencia, el derecho a la vida y la integridad corporal no sólo comprenden el hallarse libre de actos que puedan involucrar la muerte o lesiones (como pretende el liberalismo clásico), sino también el contar con medicina, alimentos, albergue, descanso y vestimenta².

Es importante advertir, en cuanto al perfil ideológico del Estado social de derecho, que éste tuvo un origen híbrido, producto de un pacto entre tendencias dispares, que incluso han influido en su evolución posterior. De un lado, el socialismo democrático, lo que se advierte con nitidez en la imposición al Estado de determinados fines materiales que contribuyan a una reforma económica y social justa, y de otro, el liberalismo progresista, que lo concibe como un instrumento de

² Sobre la división del liberalismo y sus fundamentos, ver Nino, C. Ética y derechos humanos, Astrea, Buenos Aires, 1989, pgs. 314 y ss.; Ackerman, B., El futuro de la revolución liberal, Ariel, Barcelona, 1996, pgs. 15-17.

adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo³. El aspecto central de ese pacto radicaría en la aceptación de cierta intervención de los poderes públicos en los procesos económicos y la configuración social de la comunidad. De acuerdo con algunos autores, los cambios producidos autorizarían a hablar del tránsito de la democracia liberal a la democracia socioliberal o liberal-social⁴, al punto que, en algunos contextos, ha empezado a hablarse, incluso, de un socialismo liberal⁵.

Puesto que la finalidad principal del constitucionalismo inicial fue la limitación del poder del Estado, todas las constituciones de finales del siglo XVIII y principios del XIX estuvieron cargadas de ideología liberal, manifestándose esta influencia en la división del poder y la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales. Pero una vez que el constitucionalismo liberal tuvo arraigo extendido en el mundo occidental, surgió otro tipo de influencia ideológica: el constitucionalismo social. Las constituciones de esta época contienen, con frecuencia, verdaderos programas políticos, de modo que una Constitución no parece estar completa cuando no está imbuida por todas partes de determinada ideología. Así, cada vez más, se amplía el catálogo clásico de las libertades individuales, incluyendo derechos sociales y económicos, para cuya ejecución se hace necesaria una intervención directa del Estado. En todos estos casos, la estructura ideológica posee un carácter, más que declarativo, programático. De este modo, cobra pleno sentido en la práctica constitucional enfrentar la tarea de enjuiciar el proceso político de conformidad con determinados valores y premisas ideológicas.

Dentro del marco original, los valores básicos del Estado liberal fueron la libertad física y la igualdad formal. En el marco actual, el Estado social no sólo no niega esos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos, dándoles una base y un contenido material. Bajo esta nueva perspectiva se considera que no existe posibilidad de actualizar la

³ Esta tesis puede hallarse en Requejo Coll, F., Las democracias, Ariel, Barcelona, 1990, pg. 133; Pérez Luño, E., Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1986, pgs. 223-224.

⁴ Requejo Coll, F., Op. Cit., pg. 123.

⁵ Bobbio, N., El futuro de la democracia, Fondo de cultura económica, México, 1991, pgs. 100-101.

libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real. Asimismo, la igualdad ante la ley ha de ser complementada con la corrección de las desigualdades económicas y sociales, de modo a asegurar condiciones vitales mínimas. Los valores de la libertad y la igualdad sufren, pues, una redimensión significativa con el paso del Estado liberal al Estado social.

Se ha señalado que el Estado de derecho representa un intento por impedir la intervención del Estado en determinados espacios personales, entendidos como manifestaciones particulares de la libertad. Con el Estado social, en cambio, lo que pretende conseguirse es la realización de una cierta idea de igualdad mediante la asignación de mínimos materiales a favor de determinados grupos sociales⁶. El Estado social de derecho resultaría ser así un modelo basado en dos valores fundamentales: la libertad y la igualdad⁷.

El modelo de Estado social de derecho responde, pues, a una doctrina liberal e igualitaria. Imaginemos el espectro ideológico dividido en cuatro cuadrículas en función de dos ejes, uno vertical, representado por la igualdad, y otro horizontal, representado por la libertad. Sobre esa base, cabría distribuir la doctrinas políticas en cuatro grupos: doctrinas igualitarias y liberales, doctrinas no igualitarias y liberales, doctrinas igualitarias y no liberales, y doctrinas no igualitarias y no liberales⁸. La tabla representativa sería como sigue:

Doctrinas igualitarias y liberales	Doctrinas no igualitarias y liberales
Doctrinas igualitarias y no liberales	Doctrinas no igualitarias y no liberales

⁶ Cossio, J., Estado social y derechos de prestación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pgs. 27-35.

⁷ Cotarelo, R., Del Estado del bienestar al Estado del malestar, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pgs. 15-16.

⁸ Adaptado de Bobbio, N., Derecha e izquierda, Taurus, Madrid, 1995, pgs. 161-163.

En la tabla precedente, el Estado social quedaría ubicado en la cuadrícula superior izquierda, correspondiente a las doctrinas igualitarias y liberales. Desde luego, toda Constitución define, explícita o implícitamente, una estructura de valores, y el modo como los enuncia y tutela configura su perfil ideológico⁹.

II. ESTADO SOCIAL

La transformación del Estado liberal del siglo XIX en el Estado social contemporáneo es quizá el logro más notable del sistema de gobierno democrático. El modelo liberal de gobierno era muy fuerte en términos de derechos políticos y organización política, pero resultó muy frágil desde el momento mismo en que las complejidades de la política social vinieron a integrarse en el ámbito de los Estados modernos. Apenas se habían establecido los conceptos fundamentales del sistema democrático de gobierno cuando las incipientes democracias empezaron a plantearse cómo repartir los costos sociales de la asistencia a los menos favorecidos. Incluso antes de que la democracia adquiriera su forma actual, en los umbrales del siglo XX, los gobiernos comenzaron a reflexionar sobre cómo ampliar la distribución de las prestaciones y de los servicios sociales que había que ofrecer a los ciudadanos. El Estado social representó, así, un desafío institucional para las democracias liberales¹⁰.

Con la expresión “Estado social”, empleada en el artículo 1º de la Constitución, se pretende significar, de acuerdo con una acepción muy difundida, que el Estado contemporáneo desarrolla actividades constituidas por servicios públicos que se extienden, predominantemente, al campo de lo social. Se quiere dar a entender, en lo esencial, que los poderes públicos han variado su dirección y son ahora organizaciones que auxilian a los ciudadanos en todas las formas posibles. Esta acepción, por cierto, es puramente descriptiva y sólo pone en evidencia una sustancial diferencia entre los poderes públicos del siglo XIX y los actuales. El Estado social es, pues, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y, de

⁹ Sagües, N., Teoría de la Constitución, Astrea, Buenos Aires, 2004, pgs. 238-240.

¹⁰ Ashford, D., La aparición de los Estados de bienestar, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pgs. 13-44.

manera muy especial, con la de aquellos sectores menos favorecidos. Sobre esa base, es posible ofrecer una caracterización del Estado social en atención a los siguientes rasgos mínimos: (1) consagración de derechos económicos y sociales, y (2) intervención del Estado en la actividad económica y social¹¹.

La aspiración del Estado social de transformación de la sociedad exige un rol activo del Estado para lograrlo. Este rol se manifiesta, preponderantemente, en el ámbito de los derechos sociales, puesto que, en general, las prestaciones y acciones positivas que exige la mayoría de tales derechos las ejecuta el Estado o dependen, en gran medida, de él. Debe tenerse presente que los derechos sociales tienen como objetivo principal superar las desigualdades materiales de las personas individuales y de los grupos que conforman, mejorar sus condiciones de vida y asegurar su participación en la vida política, económica, cultural y social. Estos derechos requieren una decidida actuación estatal para su realización y, por tanto, carecen de entidad sin la decidida voluntad del Estado para concretar su materialización.

Por su condición de modelo de corrector de determinadas inequidades sociales, el Estado social puede ser calificado como “intervencionista”, queriendo ponerse de manifiesto con ello el abandono del abstencionismo estatal, propio del modelo liberal clásico. El Estado social asume una clara opción por el intervencionismo estatal y participa activamente en el diseño y ejecución de políticas públicas encaminadas al establecimiento de complejos sistemas de seguridad social que garanticen prestaciones sociales ante contingencias o necesidades vitales.

El Estado social es, justamente, un campo privilegiado para el análisis de las políticas públicas. La organización de servicios públicos y

¹¹ Mayores detalles sobre los orígenes, la evolución y los modelos de Estado social pueden verse en Picó, J., Teorías sobre el Estado del bienestar, Siglo XXI, Madrid, 1990; Rosanvallon, P., La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia, Manantial, Buenos Aires, 1995; Béjar, R. y Tortosa, J., Pros y contras del Estado del bienestar, Tecnos, Madrid, 1996; Muñoz de Bustillo, R., El Estado de bienestar en el cambio de siglo, Alianza, Madrid, 2000; Navarro, V., Neoliberalismo y Estado del bienestar, Ariel, Barcelona, 2000; Fernández García, T. y Marín Sánchez, M. (Editores), Estado de bienestar y socialdemocracia, Alianza, Madrid, 2001; Ochando Claramunt, C., El Estado del bienestar, Ariel, Barcelona, 2002; Galbraith, J., Historia de la Economía, Ariel, Barcelona, 2007, pgs. 229-240.

la distribución de recursos aparecieron en Europa entre los siglos XVI y XVIII, y se acrecentaron en el siglo XIX. Pero la eclosión del Estado social se produjo, en realidad, en el siglo XX al culminar la Segunda Guerra Mundial con el desarrollo y la expansión de las intervenciones del Estado en áreas como la economía, la salud, la vivienda, la educación y el empleo. De este modo, el surgimiento y desarrollo de la idea de un Estado social constituyen el origen de la mayor parte de las políticas públicas contemporáneas. Las políticas públicas se presentan bajo la forma de un conjunto de pautas que emanan de uno o varios agentes públicos y que actúan como marco de orientación para la acción¹².

III. DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

En el marco de su configuración como Estado social (artículo 1), el diseño constitucional vigente contiene un amplio catálogo de derechos económicos y sociales, pues el Estado social es un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y, de manera muy especial, con la de aquellos sectores menos favorecidos¹³. En efecto, la Constitución dispone que la calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes como la extrema pobreza (artículo 6), al tiempo que consagra un extenso catálogo de derechos económicos y sociales, entre los que cuentan el derecho a la vida y la integridad física y psíquica (artículo 4), a la salud (artículo 68), a la educación (artículo 73), a la cultura (artículo 81), al trabajo (artículo 92), a la seguridad social (artículo 95), a la vivienda (artículo 100), a un ambiente saludable (artículo 7) y a la igualdad (artículo 46), entre otros. Estos derechos, desde luego, requieren una decidida actuación estatal para su realización y, por lo tanto, carecen de entidad sin la decidida voluntad del Estado para concretar su materialización. Los datos socioeconómicos

¹² Para un análisis de las políticas públicas, en general, ver Meny, I. y Thoenig, J., Las políticas públicas, Ariel, Barcelona, 1992, y para un análisis de las políticas sociales, en particular, ver Alcock, C., Payne, S. y Sullivan, M., Introducing Social Policy, Prentice Hall, Singapore, 2000; Alemán, C. y Garcés, J., Política social, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

¹³ Para un análisis del diseño constitucional paraguayo como Estado social, ver Mendonca, D., Estado social de derecho. Análisis y desarrollo de una fórmula constitucional, CIDSEP-Fundación Konrad Adenauer, Asunción, 1999.

disponibles¹⁴, sin embargo, constituyen un indicador elocuente de la escasa operatividad del catálogo de derechos económicos y sociales¹⁵.

La grave crisis que afecta a amplios sectores sociales es el resultado, entre otros aspectos, de la fragilidad institucional registrada en los últimos años del proceso democrático. Revertir esa situación requiere la elaboración de políticas públicas destinadas a garantizar la operatividad de los derechos económicos y sociales y el incremento de los recursos económicos y financieros para ejecutar debidamente tales programas, en especial respecto de los sectores más desprotegidos de la sociedad paraguaya. Y esto es así porque, como advierte Sen, los derechos conllevan obligaciones correlativas, de modo tal que si la persona A tiene derecho a una cosa X, debe haber alguna agencia, por ejemplo B, que tenga la obligación de proporcionar X a A. Desde este punto de vista, si no se impone tal obligación, los supuestos derechos se encuentran inevitablemente vacíos de contenido. En consecuencia, puede estar muy bien decir, por ejemplo, que todos los seres humanos tienen derecho a la vida, a la salud, a la educación o a la seguridad social, pero si no se ha asignado una obligación determinada a una agencia específica, esos derechos nada (o casi nada) significan. Desde ese punto de vista, los derechos considerados generan, en el mejor de los casos, sentimientos reconfortantes, pero resultan jurídicamente irrelevantes¹⁶. No pasan de ser meros derechos en el papel¹⁷.

Pogge ha sostenido que al postular un derecho humano (o fundamental) a X, se afirma que cualquier sociedad o sistema social, dentro de lo razonablemente posible, debe organizarse de manera que todos sus miembros tengan acceso seguro a X, entendiendo siempre que la seguridad esperada es particularmente sensible al riesgo que tienen las

¹⁴ Mendonca, D., Pobres y desiguales. Notas sobre la pobreza y la desigualdad en Paraguay, Intercontinental, Asunción, 2007.

¹⁵ Respecto de la distinción entre respetar, proteger y satisfacer (o facilitar) derechos fundamentales, en función de las obligaciones correlativas, ver Texier, P. "Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal", en Canto, M., Derechos de ciudadanía. Responsabilidad del Estado, Icaria, Barcelona, 2005, pgs. 117-118.

¹⁶ Sen, A. Op. Cit., pg. 277.

¹⁷ Guastini, R., Distinguendo Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999, pg. 188.

personas de que se les deniegue X o se les prive de X de modo oficial por parte del gobierno o de sus agentes o representantes. Una inevitable inseguridad de acceso que supere ciertos umbrales razonablemente alcanzables constituyen una falta de respeto oficial y compromete el grado de reconocimiento de los derechos humanos en la sociedad. Los derechos humanos son, entonces, demandas que atañen a la organización de la propia sociedad¹⁸.

IV. POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL

La organización de servicios públicos y la distribución de recursos aparecieron en Europa entre los siglos XVI y XVIII, y se acrecentaron en el siglo XIX. Pero la eclosión del Estado social se produjo, en realidad, al culminar la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo XX, con el desarrollo y la expansión de las intervenciones del Estado en áreas como la economía, la salud, la vivienda, la educación, la cultura, el empleo y la seguridad social. De este modo, el surgimiento y desarrollo de la idea de un Estado social constituyen el origen de la mayor parte de las políticas públicas contemporáneas. Muchas de esas políticas, por cierto, se encuentran definidas en cuerpos constitucionales.

A. Política económica

a. Economía social de mercado

Todo indica que la Constitución apunta a una vía conocida como “Economía social de mercado”, expresión de la teoría económica paralela a la fórmula “Estado social” de la teoría política. Ambas encerrarían, desde diferentes perspectivas, un mismo fenómeno: el Estado de la segunda mitad del siglo XX. Se afirma que la economía social de mercado no consiste en una combinación entre dos extremos (liberalismo y socialismo), sino que es, básicamente, una economía de mercado, soportada como tal en la libertad de empresa y la iniciativa privada, que acepta ciertas intervenciones estatales de carácter complementario y compatibles con aquéllas. Otros afirman que no se trata sino de la llamada “economía mixta”, en la que se combinan asistemáticamente las

¹⁸ Pogge, T., La pobreza en el mundo y los derechos humanos, Paidós, Barcelona, 2005, pgs. 89-90.

actuaciones privadas y estatales y sobreviven las propiedades públicas y privadas, en diferentes medidas y proporciones, según las necesidades coyunturales. La diferencia sustancial entre una y otra concepción radica en el papel protagónico y director de la economía que la primera le niega al Estado, mientras que la segunda se lo reconoce.

La noción misma de economía de mercado admite múltiples interpretaciones, puesto que existen varios sistemas a los que se designa de ese modo: economía liberal de mercado, economía social de mercado y economía dirigida de mercado. De acuerdo con el primero, el Estado se limita a crear un sistema jurídico neutral, sin orientar las políticas económicas. Conforme al segundo, el Estado asume un protagonismo directo para garantizar la competencia, asegurar el mercado cuando resulte defectuoso y proporcionar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar que se ubica más allá de las posibilidades de los mecanismos del mercado. Según el tercero, es necesario agregar a lo anterior cierta regulación sobre todos aquellos sectores que lo requieran y planificar la acción empresarial privada hacia el logro de objetivos nacionales fijados por el Estado, a cuyo servicio se pone la política fiscal y financiera¹⁹.

Bien puede concebirse a la economía de mercado como un sistema económico basado en la propiedad privada, la libertad de iniciativa y de contratación, en que la coordinación de las decisiones económicas no se lleva a cabo mediante mecanismo coactivo alguno, sino mediante la libre actuación de los sujetos, manifestada en los mercados de factores, bienes y servicios. Pero dada la función asignada al Estado de vigilar, ordenar y estimular el correcto ejercicio de los derechos económicos, éste tiene el deber de secundar la actividad privada estableciendo condiciones que garanticen determinadas oportunidades, estimulándola cuando resulte insuficiente o sosteniéndola en circunstancias críticas. Este es, básicamente, el modelo de la economía social de mercado, concebido como una modalidad que opera según las reglas del mercado, pero provista de complementos y seguridades sociales. Ante la economía liberal de mercado admite

¹⁹ Se ha detectado en el tercer modelo una contradicción insuperable, por cuanto que la modalidad no apunta a defender el mercado y mejorar la competencia, sino a sustituirlos por la intervención y la planificación coactiva. Una economía -se afirma- no puede ser a la vez “dirigida” y “de mercado”. Ver al respecto Ariño, G., Economía y Estado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pg. 122.

correcciones en tres supuestos básicos: cuando el mercado contenga fuerzas desestabilizadoras que alteren y falseen sus reglas; cuando existan necesidades sociales básicas que el mercado no pueda atender; y cuando se trate de hacer realidad ciertos ideales que la sociedad en su conjunto se ha propuesto. En tales hipótesis, la economía social de mercado admite correcciones y complementos sobre los mecanismos del mercado, aunque siempre de la manera más compatible con él.

Desde la perspectiva histórica de las ideas económicas, la economía social de mercado está enraizada, sin lugar a dudas, en el liberalismo. A partir del liberalismo, surgieron diferentes modelos económicos, en particular el modelo liberal clásico y el modelo liberal progresista. El liberalismo progresista se distingue del liberalismo clásico por ofrecer una interpretación diferente del papel del Estado en la vida económica: los representantes del liberalismo progresista rechazan una economía al estilo *laissez faire* y asignan al Estado la función de crear condiciones dentro de las cuales la actividad económica se desarrolle en forma libre y aseguren la eficiencia competitiva²⁰.

En el diseño de la economía social de mercado es fácil encontrar elementos esenciales del patrón liberal. Sin embargo, el modelo presenta un perfil propio, caracterizado por una mayor acentuación en los temas sociales: el Estado asegura el pleno funcionamiento de la competencia económica y asume una amplia política social, ponderando, de ese modo, la importancia de los objetivos e instrumentos económicos y los objetivos e instrumentos sociales. Este modelo fue concebido por un grupo de economistas alemanes en la década del cuarenta del siglo XX, la “Escuela de Friburgo”, escuela que concentró sus esfuerzos teóricos en diseñar un ordenamiento que redefiniera la relación entre economía de mercado y justicia social²¹.

El modelo de economía social de mercado es, probablemente, el modelo económico más ambicioso que jamás haya existido, pues se trata de un ordenamiento que no permite privilegiar unilateralmente los intereses individuales, desatendiendo las necesidades de los miembros

²⁰ Radke, D. Economía social de mercado. ¿Una opción para los países en transición y en desarrollo?, Ciedla, Buenos Aires, 1995, pgs. 15-16.

²¹ *Ibidem*, pgs. 16-17.

más débiles de la sociedad, ni la nivelación absoluta de los ingresos en función de una política redistributiva del Estado. El modelo pretende conciliar la libertad individual, la eficiencia económica, la justicia social y la compatibilidad ambiental²². La economía social de mercado representa, así, una tercera opción entre el capitalismo y el socialismo²³.

b. Desarrollo económico

Por otro lado, la Constitución fija como fines fundamentales de la política económica, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. Además, asigna al Estado la función de promover el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, acrecentar el patrimonio nacional, asegurar el bienestar de la población (artículo 176), y promover la producción, la industrialización y la racionalización del mercado para el desarrollo integral del sector agropecuario (artículo 114). La Constitución establece, además, que el desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional. Tales planes serán indicativos para el sector privado y obligatorios para el sector público (artículos 176 y 177).

La planificación de la actividad económica es un fenómeno relativamente moderno, cuyos inicios se remontan a las primeras décadas del siglo XX. A partir de determinado momento, la intervención estatal en la economía alcanzó tales grados de complejidad que resultó necesaria su programación. Aunque la expresión más acabada de la planificación económica por los poderes públicos se encontraba en los países socialistas del Este, donde el plan se convertía en el centro propulsor de toda la actividad económica, la técnica de la planificación se ha extendido, en mayor o menor medida, a las democracias occidentales.

En los orígenes de la planificación se encuentra la idea del fracaso del mercado para dirigir espontáneamente la economía hacia el desarrollo. Sobre esa base, dos argumentos se esgrimen en favor de la planificación económica: por un lado, la necesidad de racionalizar la

²² *Ibidem*, pg. 31.

²³ *Ibidem*, pg. 13.

intervención de los poderes públicos en el proceso económico y, por otro, la necesidad de orientar y coordinar la iniciativa del sector privado en la economía, dado que para tomar decisiones los agentes económicos requieren de un mínimo de información sobre la situación económica, la evolución de las principales variables y el comportamiento de los restantes agentes.

De acuerdo con la Constitución vigente, el objeto del plan, la materia sobre la que se proyecta la tarea planificadora, es la política económica del Estado. Es obvio que no se trata de un sistema de planificación neutra o indiferente a fines socioeconómicos, sino que fija un cuerpo de metas objetivas para alcanzar el desarrollo. Parece razonable entender que la enumeración de fines establecidos no es limitativa o excluyente de otros fines de política económica y social fijados en la misma Constitución. Por otra parte, parecería que tal enumeración de fines debe influir en la elección de medios y la asignación de recursos que tiendan a la consecución de las referidas pautas, de forma que la relación entre medios y fines resulte verificable en el contexto del plan, dentro del marco constitucional.

El contenido de las pautas mencionadas parece imponer la planificación estatal con vistas al logro de los fines indicados, pero sin aludir en forma expresa a los mecanismos operativos (técnicos y jurídicos) para hacerlos efectivos, ni a los agentes económicos destinatarios. En otros términos, parece surgir un imperativo constitucional de recurrir a la técnica de la planificación económica dirigida a los poderes públicos legitimados en términos especialmente amplios y difusos. En ese contexto, la técnica de planificación global apunta al cuadro de objetivos generales de la política macroeconómica, de manera que la planificación prevista no puede ser concebida como una modalidad intervencionista, sino la formalización de las medidas y estrategias del sector público para la orientación del proceso económico durante un período determinado.

Resulta razonable suponer que la dirección del proceso económico se halla dentro de la esfera de competencia del Poder Ejecutivo. En la mayor parte de los países, el gobierno ha asumido la orientación de la política económica, justificando esa asunción en razones técnicas y políticas. Se sostiene que las decisiones de política

económica requieren conocimientos especiales y una celeridad que no poseen las institucionales parlamentarias. Por cierto, conviene llamar la atención sobre el enorme poder que, por este medio, se concentra en el Ejecutivo, poder del que en muy escasa medida responde políticamente.

B. Política social

a. Empleo

Pleno empleo

El artículo 87 establece que el Estado debe promover políticas tendientes al pleno empleo y a la formación profesional de recursos humanos. La Constitución emplaza al Estado a la ejecución de una política de pleno empleo, pero con un carácter de tal generalidad que no efectúa indicación alguna sobre la orientación que debe recibir, al menos en los aspectos esenciales. Por “política de empleo” puede entenderse, en general, el conjunto coordinado de decisiones dirigidas a una acción específica destinada a paliar los desequilibrios entre la oferta y la demanda que se producen en el mercado de trabajo, lo que supone la adopción de una serie de medidas de ordenación, impulso y fomento, a corto, mediano y largo plazo, orientada a alcanzar una permanente y dinámica situación de equilibrio entre ambos componentes. Así, el objetivo principal es la consecución y mantenimiento de una situación de pleno empleo para que puedan ser atendidas todas las demandas²⁴.

En sentido paralelo, y en conexión con la política de pleno empleo, la disposición impone al Estado el deber de promover la formación profesional. Por “formación profesional” ha de entenderse la preparación de la persona para el trabajo que habitual y establemente constituirá su medio de vida. Se trata, pues, de una etapa previa a la incorporación a la vida laboral activa, distinta de la formación básica y posterior a ella. Esta es, sin lugar a dudas, una estrategia preventiva del desempleo, puesto que al potenciar la calificación profesional del trabajador se logra un mayor grado de fluidez en el mercado de trabajo²⁵.

²⁴ Echevarría, B. “Pleno empleo”, en Alzaga, O. Constitución española de 1978. Editoriales de derecho reunidas. Madrid, 1984, pg. 56.

²⁵ *Ibidem*, pg. 64.

Derechos del ámbito laboral

En el ámbito laboral, la Constitución consagra una serie de derechos específicos de particular relevancia. El artículo 86 consagra el derecho al trabajo. Los artículos 88, 89 y 90 dedican especial atención al trabajo de personas limitadas o incapacitadas (física o mentalmente), al trabajo de mujeres y al trabajo de menores. El artículo 91 establece el derecho a la jornada laboral. El artículo 92 consagra el derecho al salario mínimo vital y móvil. El artículo 93 introduce un elemento importante en función de la política estatal en materia laboral, al disponer que el Estado establecerá un régimen de estímulo a las empresas que incentiven con beneficios adicionales a sus trabajadores, independientemente de los salarios y otros beneficios legales. El artículo 94 garantiza la estabilidad de los trabajadores, dentro de los límites que la ley establezca, así como el derecho a la indemnización en caso de despido injustificado. El artículo 96 consagra el derecho y rechaza la obligación de los trabajadores y empleadores a organizarse en sindicatos democráticos, sin necesidad de autorización previa, bastando para el reconocimiento la inscripción ante el organismo administrativo competente. El artículo 98 consagra el derecho de los trabajadores de recurrir a la huelga en caso de conflicto de intereses, alcanzando este derecho tanto a trabajadores del sector privado como del sector público, salvo a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. El artículo 97 consagra el derecho de los sindicatos a promover acciones colectivas y a concertar convenios sobre las condiciones laborales. Establece, asimismo, que el Estado debe favorecer las soluciones conciliatorias de los conflictos de trabajo y la concertación social.

b. Bienestar Pobreza

En el marco de su configuración como Estado social (artículo 1), el diseño constitucional contiene previsiones sobre la pobreza. En efecto, la Constitución dispone que la calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes como la extrema pobreza (artículo 6). El concepto de pobreza ha sido abordado desde dos perspectivas distintas: la pobreza relativa y la pobreza absoluta. La pobreza relativa se refiere a la

privación de recursos que experimentan algunas personas con relación al resto de la sociedad. Entendida en términos relativos, la pobreza es universal e inevitable, pues incluso en las sociedades más ricas siempre hay un sector de la población que, con respecto al resto, tiene muchos menos recursos. Podemos medir la pobreza relativa teniendo en cuenta lo que en esa sociedad se entiende que es un nivel de vida digno, y contando el número de hogares que no tienen ese nivel de vida. La pobreza absoluta, en cambio, se refiere a una privación tal de recursos que pone en peligro la misma supervivencia de las personas. Para medir la pobreza absoluta debemos tener en cuenta la satisfacción de las necesidades nutritivas o de otro tipo que son mínimas para continuar viviendo²⁶.

Seguridad social

El artículo 95 dispone que la ley establecerá un sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia, debiendo promoverse su extensión a todos los sectores de la población²⁷. El sistema de seguridad social podrá ser público, privado o mixto, aunque en todos los casos supervisados por el Estado. Sus recursos financieros no serán desviados de sus fines específicos, debiendo estar disponibles para su cumplimiento, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que pudieran realizarse.

La expresión “seguridad social” tiene, al menos, dos acepciones diferentes en el vocabulario jurídico. En un sentido amplio ella alude a un mecanismo de protección y cobertura de ciertos riesgos comunes a todos los hombres (enfermedad, vejez, desempleo, accidente), mientras que en un sentido restringido ella alude a esos mismos riesgos con respecto a todos los trabajadores. De este modo, la nota distintiva de las dos acepciones no radica en las contingencias amparadas, sino en el alcance en cuanto a los sujetos beneficiados (todos los hombres o todos los trabajadores). En la disposición citada, la acepción empleada es, sin lugar a dudas, la restringida, de modo que debe reducirse el alcance de la

²⁶ Macionis, J. y Plummer, K. Sociología, Prentice Hall, Madrid, 1999, pg. 276; Giddens, A. Sociología, Alianza, Madrid, 2001, pgs. 352-353.

²⁷ Para un análisis del sistema previsional en el Paraguay, ver Gómez Zaputovich, E. Seguridad social, Ricor, Asunción, 2001.

seguridad social, con rango constitucional, a la prevención de riesgos, únicamente en beneficio de los trabajadores.

Por lo demás, la seguridad elevada a rango constitucional se sustenta sobre tres bases, a saber: social, en el doble sentido de afrontar riesgos o contingencias que si bien son individuales en cuanto al sujeto que los padece, se proyectan socialmente en sus efectos, por un lado, y de financiarse, en alguna medida, colectivamente, haciendo participar a toda la sociedad en el sostenimiento del sistema, por otro; integral, en el sentido de asumir todas las contingencias sociales; y obligatoria, en el sentido de no estar sujeta a la voluntad de las partes en cuanto a la incorporación al sistema.

El artículo 103 establece que, dentro del sistema de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de funcionarios y empleados públicos y de todos los que presten servicios al Estado. Los aportantes y jubilados tendrán la administración, bajo el control del Estado, de los organismos autárquicos creados para el efecto. El mismo artículo 103 dispone que la ley garantizará la actualización de los haberes jubilatorios, en igualdad de tratamiento respecto del dispensado a los funcionarios en actividad.

Es sabido que la movilidad de los haberes jubilatorios incluye la actualización y el ajuste de sus montos para adecuarlos al costo de vida. La disposición considerada prevé, sin embargo, solamente la actualización de dichos haberes jubilatorios, pero no su ajuste. La pauta de actualización sentada persigue que el jubilado perciba durante todo el tiempo de su pasividad un beneficio cuya suma sea razonablemente proporcional no sólo a la remuneración que ganaba a la fecha de jubilarse, sino a la que seguiría ganando si estuviera en servicio activo. El parámetro fijado a tal efecto es la remuneración asignada al funcionario en actividad.

Derecho a la vivienda

De acuerdo con el artículo 100, todos los habitantes de la República tienen derecho a una vivienda digna. Para hacer efectivo este derecho, dispone el mismo artículo, el Estado establecerá las condiciones necesarias, promoverá los planes de interés social y diseñará los sistemas

de financiamiento adecuados, prestando especial atención a las familias de escasos recursos. La política de vivienda, en tanto es parte de la política social, hace referencia a los criterios distributivos con los que el gobierno interviene para permitir el acceso a la vivienda a quienes más lo necesitan, que suelen ser quienes menos medios económicos poseen²⁸. El derecho a la vivienda es un derecho social que ampara, según lo anticipado, a los más necesitados, y para el cual la actividad del Estado resulta indispensable.

c. Educación **Intervención educativa**

La necesidad de reconocer una serie de situaciones en el terreno de la educación y la cultura constituye un presupuesto básico en la formación del Estado social y democrático de derecho. Sobre todo porque existe una relación inmediata entre libertad y democracia, por un lado, y entre educación y cultura, por el otro. Parece claro que no puede darse un ejercicio de la libertad y un funcionamiento efectivo de la democracia sin un sólido sustento educativo y cultural, puesto que cualquier forma de progreso político, económico y social exige como requisito indispensable la difusión de la cultura y la capacidad para juzgar. A la vez, la educación y la cultura suponen prolongaciones importantes de la libertad de ideas y de manifestación del pensamiento y constituyen condiciones *sine qua non* para el libre desarrollo de la personalidad.

Durante un largo período histórico, sin embargo, han sido únicamente las clases privilegiadas las que han podido acceder y disfrutar de los bienes culturales. Sólo en una etapa relativamente próxima el desarrollo político y económico han permitido una difusión social de la cultura en los países más avanzados. Pero, en todo caso, lo importante es que se ha adquirido clara conciencia de que las personas que crecen sin acceso a la educación y a la cultura se hallan condenadas a la dependencia, aun cuando pudieran alcanzar cierto nivel de bienestar material. La Constitución, por ello, no podía quedar ajena a la creación de las condiciones socioeconómicas y culturales que permitan a cada

²⁸ Sánchez Vera, P., “Política social y vivienda”, en Alemán, C. y Garcés, J., Política social, MacGraw Hill, Madrid, 1997, pgs. 383-413.

ciudadano el pleno desarrollo individual. Los poderes públicos no pueden desentenderse de asumir un firme compromiso en este aspecto clave del progreso humano.

A lo largo de la primera parte del siglo XX, todas las naciones occidentales se dedicaron a la construcción de sistemas de educación. Las principales naciones aceptaron la intervención del Estado en la educación, y en la época inicial de legislación sobre la escuela elemental obligatoria se extendió en el siglo XX a la educación secundaria y técnica para las clases trabajadoras. Las características principales de este movimiento radicaban en que el Estado pasaba a ser el principal dispensador de educación y que la planificación de la educación se convertía cada vez más en una preocupación del gobierno. A finales del siglo XX esta actividad ha llegado a tal punto de expansión que el gasto en educación se ha convertido en una de las mayores exigencias en cuanto al presupuesto interior²⁹.

La política educativa, en sí misma, no es más que un aspecto de la política general y se integra en ella como un elemento que se coordina con otros y que conforman la política global de una sociedad determinada. En ese sentido, la política educativa constituye un subsistema de la política y como tal es fruto de acciones políticas previas, al mismo tiempo que pretende incidir en el futuro sobre la realidad que atiende (la educación) para asumir logros que se consideran pertinentes. Así contextualizada, la política educativa se nos presenta como la actividad del poder público dirigida a atender problemas relativos a la educación, por lo que, en definitiva, representa un conjunto de medidas de la política general cuyo objetivo específico es, en todas sus dimensiones, el educativo³⁰.

Los dos grandes instrumentos que usualmente se utilizan en política educativa para que los principios políticos e ideológicos se conviertan en práctica cotidiana de la educación son la planificación y la legislación. Obviamente que no son los únicos instrumentos utilizados para conseguir los fines que se proponen en un sistema educativo, pero

²⁹ Bowen, J., Historia de la educación occidental, Herder, Barcelona, 1985, pgs. 551, 675.

³⁰ Colom, A. y Domínguez, E., Introducción a la política de la educación, Ariel, Barcelona, 1997, pg. 20.

no hay dudas de que son los más importantes a la hora de codificar en la realidad social las políticas educativas³¹. En ese sentido, la Constitución fija el marco jurídico fundamental de la educación paraguaya. Ello supone, consecuentemente, que para comprender la política educativa actual es necesario determinar y analizar los principios, derechos y valores que nuestra Constitución consagra.

Sistema educativo

Los lineamientos básicos del sistema educativo están trazados por los artículos constitucionales que se consideran a continuación.

Los fines generales de la educación se hallan establecidos, en lo sustancial, en el artículo 73, siendo ellos los siguientes: la promoción del desarrollo pleno de la personalidad humana; la promoción de la libertad, la paz, la justicia social, la solidaridad, la cooperación, la integración de los pueblos, el respeto a los derechos humanos y los principios democráticos; la afirmación del compromiso con la Patria, de la identidad cultural; la formación intelectual, moral y cívica; la eliminación de los contenidos educativos de carácter discriminatorio; la erradicación del analfabetismo; y la capacitación para el trabajo. En concordancia, el artículo 79 establece los fines de la educación superior, a saber: la formación profesional; la investigación científica y tecnológica; y la extensión universitaria. En cuanto a los fines de la educación técnica, el artículo 78 establece que ellos son los siguientes: la capacitación para el trabajo; y la formación de recursos humanos requeridos para el desarrollo nacional.

El artículo 75 establece, en cuanto a la responsabilidad en materia educativa, que ella recae sobre los siguientes agentes: la familia, el Municipio y el Estado.

El artículo 76 establece las obligaciones del Estado en materia educativa, entre las que cuentan las siguientes: garantizar la educación escolar básica con carácter obligatorio; proveer educación gratuita en las escuelas públicas; fomentar la enseñanza media, técnica, agropecuaria, industrial y superior; estimular la investigación científica y tecnológica;

³¹ Ibidem, pg. 62.

organizar el sistema educativo, público y privado, escolar y extraescolar, con participación de las distintas comunidades educativas; el artículo 75 amplía las obligaciones del Estado incluyendo el deber de promover programas de complemento nutricional y suministro de útiles escolares para alumnos de escasos recursos.

En cuanto al régimen presupuestario, el artículo 85 dispone que los recursos destinados a la educación en el Presupuesto General de Gastos de la Nación no serán inferiores al 20% del total asignado a la Administración Central, con exclusión de los préstamos y las donaciones.

Derechos del ámbito educativo

La Constitución consagra una serie de derechos subjetivos en el ámbito de la educación: el artículo 73 reconoce el derecho a la educación integral y permanente, mientras el artículo 74 reconoce el derecho a aprender; el mismo artículo 74 reconoce, además, el derecho a la educación religiosa. El artículo 58, de manera específica, garantiza educación especial a las personas excepcionales.

En forma correlativa, el artículo 74 reconoce el derecho a enseñar, sin más requisitos que la idoneidad y la integridad ética. Tal derecho se halla enfatizado en el artículo 79, dentro del ámbito de la educación universitaria. El mencionado artículo 79 consagra, además, la libertad de cátedra.

Del listado anterior de derechos subjetivos dos de ellos resultan especialmente importantes: el derecho a la educación y el derecho a la enseñanza. El derecho a la educación, en cuanto derecho de prestación frente al Estado, recae sobre el proceso sistemático de transmisión del saber y la cultura delimitado por la enseñanza formal, dentro del sistema educativo público. El derecho a la enseñanza, por su lado, tiene un doble componente: por un lado, el derecho a ejercer la docencia y, por otro, el derecho a crear centros de enseñanza; el primero de estos derechos apunta a la actividad encaminada a la transmisión de un cuerpo

sistemático de conocimientos y valores, mientras que el segundo se dirige a la fundación, organización y dirección de centros educativos³².

d. Cultura **Intervención cultural**

La Constitución emplea los términos “cultura” y “cultural” en numerosas ocasiones. En efecto, el sustantivo “cultura” aparece en los artículos 47, 57, 62, 73, 74, 81 y 168; el adjetivo “cultural”, por su lado, aparece en los artículos 38, 48, 56, 63, 65, 66, 82, 115, 140, 145, 159, 171 y 176³³. Este dato revela, en gran medida, el estado actual de sensibilidad política, jurídica y social ante el fenómeno de la cultura. Este bloque de artículos constituye, por cierto, lo que en doctrina se ha dado en llamar “Constitución cultural”³⁴.

La tendencia a la intervención del Estado en el ámbito de la cultura dio origen, a comienzos del siglo XIX, a la expresión “Estado de Cultura” o *Kulturstaat*. Esta expresión, sin embargo, comenzó a adquirir sentido jurídico sólo a partir de mediados de ese siglo. Fue en el siglo XX, sin embargo, cuando el concepto de *Kulturstaat* comenzó a adquirir, en el Derecho alemán, desarrollo progresivo, junto a las cláusulas de Estado social, Estado de derecho y Estado democrático. En ese sentido, el hito principal se sitúa en la incorporación de la cláusula “Estado de cultura” en el artículo 3º de la Constitución del Estado de Baviera, de 1947³⁵. Desarrollos posteriores han habido en la doctrina constitucional italiana y española, calificando al modelo de Estado consagrado en esos países como “Estados de cultura”, entendida la fórmula en alusión al Estado tutor y promotor de la cultura bajo cánones de pluralismo, libertad e igualdad. En concreto, se concibe en ese ámbito al Estado de

³² Fernández-Miranda, A. “Enseñanza”, en Alzaga, O., Constitución española de 1978, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1983; Moore, T., Introducción a la filosofía de la educación, Trillas, México, 1987, pgs. 59-76; López Guerra, L. et. al., Derecho constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pgs. 299-322.

³³ Para un análisis de los términos “cultura” y “cultural” en el ámbito constitucional, ver Prieto, J. Cultura, culturas y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

³⁴ Pérez Luño, E. Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 1991, pgs. 197-203; Pizzorusso, A. Lecciones de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pg. 193.

³⁵ Prieto, J., Op. Cit., pgs. 213-214.

cultura como aquél que refuerza las garantías de existencia libre y plural de la cultura y que promueve condiciones positivas para el progreso de la cultura hasta hacerla accesible a todos los individuos³⁶.

Patrimonio cultural

En las sociedades más avanzadas existe la convicción de que el hombre no puede desarrollarse plenamente sino en el marco de un entorno que lo ligue con el legado más valioso de su pasado cultural. Se trata, pues, de que el hombre pueda desenvolver sus vivencias en un medio que le permita identificar sus señas de identidad cultural, las que quedarían desdibujadas en caso de que se perdieran los testimonios históricos y culturales que conforman los aspectos más destacados de sus propias raíces sociales³⁷.

La necesidad de proteger el patrimonio cultural ha hallado expresión normativa en diversos textos constitucionales de nuestros días. Entre las constituciones europeas que incluyen disposiciones relativas a la protección del patrimonio histórico y artístico cuentan las Constituciones de España (artículo 46), Grecia (artículo 24.6), Italia (artículo 9.2) y Portugal (artículo 9.e y 78). En Iberoamérica, consagran disposiciones al respecto las Constituciones de Argentina (artículo 41), Brasil (artículos 216) y Colombia (artículos 8, 63, 72, 313.9 y 333), entre otras.

Mucho se ha debatido en doctrina acerca del carácter de los derechos vinculados a la protección del patrimonio cultural. En tal sentido, importa advertir que, a medida que el Estado social ha ido consolidándose, los derechos fundamentales han dejado de concebirse como meras limitaciones a la acción estatal para pasar a ser concebidos como fines de la acción estatal, fines establecidos para garantizar la participación de los ciudadanos en las diversas esferas de la vida social, económica y cultural³⁸.

³⁶ Ibidem, pgs. 224.

³⁷ Pérez Luño, E., "Patrimonio histórico, artístico y cultural", en Alzaga, O., Constitución española de 1978, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1984, pg. 473.

³⁸ Ibidem, pg. 484.

La Constitución dedica, por su lado, numerosas disposiciones al tema de la protección del patrimonio cultural. De acuerdo con la previsión del artículo 81, los fines de la política cultural son, básicamente, los siguientes: conservar, rescatar y restaurar el patrimonio cultural. Debe, asimismo, procederse a definir y registrar el patrimonio que se encuentre en el país, así como a gestionar la recuperación de aquello que se halle en el extranjero. Dicho patrimonio comprende: objetos, documentos y espacios de valor histórico, arqueológico, paleontológico, artístico o científico, así como sus respectivos entornos físicos.

Dentro de la política cultural y como mecanismo de tutela del patrimonio, existe la prohibición de usarlo de manera inapropiada, emplearlo de modo desnaturalizante, destruirlo, alterarlo dolosamente, removerlo de su lugar originario y enajenarlo con fines de exportación.

El artículo 83 dispone, en cuanto a la política fiscal respecto de objetos, publicaciones y actividades que posean valor significativo para la difusión cultural y para la educación, que no pesará sobre ellos impuesto fiscal o municipal alguno. El mismo artículo establece que la ley reglamentará las exoneraciones impositivas y establecerá un régimen de estímulo para la introducción e incorporación al país de los elementos necesarios para el ejercicio de las artes, la investigación científica, la investigación tecnológica, y la difusión en el país y el extranjero del producto de lo anterior (arte, ciencia y tecnología).

Cultura indígena

La Constitución alude en su texto, en reiteradas ocasiones, a “pueblos indígenas” (artículos 62, 63, 64, 65, 66 y 67). Importa señalar, a este respecto, que organismos internacionales, como las Naciones Unidas, conciben a los pueblos indígenas como aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión colonial se desarrollan en su territorio y se consideran distintos de los sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Tales pueblos -se agrega- constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada

como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales³⁹.

En nuestro país, se halla generalmente aceptado el criterio de agrupación de las etnias paraguayas por familias lingüísticas. Las categorías lingüísticas compartidas actúan, a su vez, como indicadores de características culturales comunes y, en muchos casos, de territorios continuos, ya que etnias de la misma familia habitan con frecuencia áreas adyacentes. De hecho, las familias lingüísticas se encuentran relacionadas también con determinados espacios ecológicos, al punto que, prescindiendo de los grados y formas de relación entre cultura y ambiente, se puede hablar de una cultura ecológica, como determinante de la vida y el desarrollo de las etnias. Es por esta razón que las etnias del Paraguay se identifican con el lugar que habitan. Lengua y hábitat son, en definitiva, los criterios de identificación de la población étnica⁴⁰.

La cultura de los pueblos indígenas se halla cuidadosamente protegida, en términos formales, por los artículos 62 a 67 de la Constitución. Específicamente, el artículo 62 reconoce la existencia de los pueblos indígenas, como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo. El artículo 63 reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica, así como el derecho a aplicar sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa; se reconoce valor, asimismo, al derecho consuetudinario, siempre que no atente contra los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, debiendo ser considerado, incluso, en los conflictos jurisdiccionales.

³⁹ Equipo Nacional de Misiones., Algunas consideraciones sobre el estatuto de las comunidades indígenas, Equipo Nacional de Misiones, Asunción, 1987, pg. 9.

⁴⁰ Las etnias del Paraguay se agrupan en cinco familias lingüísticas, a saber: Tupí-Guaraní, Zamuco, Mataco-Mataguayo, Lengua-Maskoy y Guaicurú. En la actualidad, estas cinco familias lingüísticas incluyen diez y siete pueblos indígenas, distribuidos en diferentes zonas del territorio paraguayo. Debe hacerse notar que grupos y parcialidades de varias de estas familias se encuentran también en otros países, de manera que su población en el Paraguay representa sólo una parte del total de la etnia. Ver al respecto Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos. Pueblos indígenas en el Paraguay, Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos, Fernando de la Mora, 1997, pg. 79.

El artículo 65 garantiza a los pueblos indígenas el derecho de participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, la Constitución y las leyes. El artículo 66 dispone que el Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, en especial en lo relativo a la educación formal. Dispone, además, que se atenderá a la defensa contra la regresión demográfica, la depredación del hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural. El artículo 67, finalmente, exonera a los miembros de los pueblos indígenas de prestar servicios sociales, civiles y militares, así como de toda carga pública que establezca la ley.

e. Salud

Sistema nacional de salud

Después de la Segunda Guerra Mundial han tenido lugar dos revoluciones importantes: la revolución médica, que ha producido el efecto de permitir el acceso generalizado a una medicina activa capaz de cuidar la salud y curar las enfermedades, y la revolución social, que ha producido el efecto de transferir las necesidades de protección social de las pequeñas comunidades al Estado mismo. El origen del derecho a la protección de la salud se encuentra, precisamente, en esas dos revoluciones y ha ejercido, a partir de entonces, una notable influencia sobre la organización y desarrollo de los sistemas de salud⁴¹.

Históricamente, han existido dos modalidades diferentes en la orientación de la protección de la salud: una modalidad individualista, que confía los cuidados de la salud, en sus distintos aspectos, a la acción de cada sujeto afectado o interesado, y una modalidad colectivista, que confía tales cuidados exclusivamente al Estado. En nuestro tiempo, se halla consolidado en los países avanzados un sistema mixto en virtud del cual la atribución de la carga sanitaria, sin afectar la iniciativa individual, compromete también a los poderes públicos en acciones colectivas de carácter preventivo y les obliga a desarrollar una serie compleja de prestaciones vinculadas a la salud, de modo a garantizar que la sociedad

⁴¹ Borrajo, E. "Protección de la salud", en Alzaga, O., Constitución española de 1978, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1984, pg. 175.

cuenta con los medios y servicios sanitarios que posibilite a todos los individuos la obtención de cuidados sanitarios gratuitos⁴².

Bajo este diseño, el Estado se halla obligado a organizar y tutelar la salud pública y a tal efecto debe establecer servicios sanitarios de acción colectiva. Los poderes públicos extienden sus competencias, de este modo, más allá de la simple coordinación sanitaria, e incluyen la planificación del sistema, por lo que puede afirmarse que la salud es, en la actualidad, el resultado de la acción generalizada y creciente del Estado⁴³.

En esa línea, el artículo 69 de la Constitución Nacional establece que el Estado promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que permitan la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado. En forma conexa, los artículos 163.4 y 168.1 atribuyen, respectivamente, competencia adicional en materia sanitaria a los gobiernos departamentales y municipales.

Derecho a la salud

La doctrina ha debatido con agudeza acerca de la corrección terminológica de las expresiones “derecho a la salud” y “derecho a la protección de la salud”, optando, en definitiva, por la última, considerada más adecuada. Desde ese ángulo, se estima que el derecho a la protección de la salud incluye dos aspectos específicos, uno negativo y otro positivo. El aspecto negativo implica que el individuo tiene derecho a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar la salud individual o colectiva. Desde este punto de vista, el derecho a la protección de la salud opera como los derechos fundamentales clásicos, pues bajo su amparo la persona puede exigir al poder público la abstención de toda actividad lesiva, actual o potencial, de la salud individual o colectiva. El aspecto positivo, por otro lado, se perfila como el derecho a un conjunto de medidas que, en cuanto tienen por objeto la atención y la prevención de las enfermedades o la mejora de los ambientes sanitarios, gravitan sobre el Estado. Así, este aspecto del

⁴² Ibidem, pgs. 176-7.

⁴³ Ibidem, pgs. 180-1.

derecho a la protección de la salud incluye el derecho a exigir una protección contra riesgos exteriores capaces de poner en peligro la salud, el derecho a exigir la organización y la disponibilidad de los servicios sanitarios suficientes, así como el acceso a los cuidados médicos, y el derecho a exigir la seguridad y la higiene necesarias en las actividades profesionales⁴⁴. Desde esta perspectiva, el individuo es titular de un derecho subjetivo frente al Estado para obtener asistencia sanitaria.

En la línea trazada, el artículo 68 consagra el derecho de toda persona a la salud e impone al Estado el deber de protegerla. Agrega la disposición que nadie podrá ser privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, así como que nadie podrá ser privado de asistencia y socorro en casos de catástrofes o accidentes. Al mismo tiempo, impone el artículo el deber de toda persona de someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.

Otros artículos integran el plexo constitucional vinculado al derecho a la protección de la salud: los artículos 57 y 58 reafirman, más específicamente, el derecho a la salud de las personas de la tercera edad y las personas excepcionales; el artículo 70 dispone que la ley establecerá programas de bienestar social mediante estrategias basadas en la educación sanitaria y la participación comunitaria; el artículo 72, por su lado, impone al Estado el deber de facilitar el acceso de sectores de escasos recursos a los medicamentos considerados esenciales; los artículos 61 y 71, respectivamente, prestan especial atención a la salud reproductiva y materno-infantil, así como a la prevención y rehabilitación de adictos a las drogas; el artículo 38 consagra el derecho de toda persona a reclamar a las autoridades públicas, individual o colectivamente, medidas para la defensa de la salubridad pública.

V. DE LA DEMOCRACIA POLÍTICA A LA DEMOCRACIA SOCIAL

En un comienzo, cuando el derecho al voto se hallaba reservado a los propietarios, resultaba natural que quienes participaban de las decisiones reclamasen al poder público que ejerciera como función

⁴⁴ Ibidem, pgs. 173-174, 189-191.

fundamental la protección de la propiedad. Este fue el origen de la doctrina del Estado mínimo, configurado como asociación de propietarios para la defensa de aquél supremo derecho. Sin embargo, cuando el voto fue ampliado a los analfabetos, resultó inevitable que éstos exigiesen al Estado la creación de instituciones educativas gratuitas y, por tanto, a asumir un gasto desconocido hasta entonces. La ampliación posterior del derecho de voto a los trabajadores desposeídos, aquellos que no disponían de otra propiedad más que la fuerza de su trabajo, acarreó como consecuencia el reclamo al Estado de la protección contra la desocupación y, progresivamente, seguridad contra las enfermedades, la ancianidad, la maternidad y la falta de vivienda. De este modo, el Estado social ha sido la respuesta a una demanda democrática, de la base a la cúspide del poder⁴⁵.

La situación actual del Estado social es todavía más delicada, pues debe enfrentar a una sociedad convertida en una fuente inagotable de demandas sociales, a las cuales debe responder adecuadamente. Tales demandas resultan, además, no sólo cada vez más numerosas, sino también más costosas, por lo que su satisfacción resulta especialmente dificultosa. Por otro lado, la rapidez con la que se presentan las demandas al gobierno contrasta con la lentitud y complejidad de los procedimientos decisorios del sistema político, de modo que se produce un notorio desfase entre la emisión del reclamo y su respuesta (el primero cada vez más acelerado y el segundo cada vez más lento). Esto es exactamente opuesto a lo que sucede con los regímenes autoritarios, los cuales son capaces de controlar las demandas sociales, sofocándolas, y de responder en corto tiempo, ya que no necesitan respetar complejos procedimientos decisorios. En otros términos: en la democracia del Estado social la demanda es fácil y la respuesta difícil⁴⁶. Es por ello que la democracia asociada al Estado social es sumamente compleja, no sólo por el mayor número de sus actores, sino también por la pluralidad de los sectores a los que se extiende y por la cantidad y heterogeneidad de los problemas que ha de abordar⁴⁷.

⁴⁵ Bobbio, N., El futuro de la democracia, Op. Cit., pgs. 27-8.

⁴⁶ Ibidem, pg. 28.

⁴⁷ García Pelayo, M., Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza, Madrid, 1993, pg. 51.

En el contexto de los Estados sociales existe una marcada tendencia a extender el uso de la expresión “democracia” más allá del que corresponde a la democracia política, en especial hasta abarcar la democracia económica y la democracia social, es decir, en relación con el ordenamiento que tiene como objetivo la nivelación de los privilegios económicos y de las desigualdades resultantes de diferencias de clases, a favor de aquellos sectores de la población que actualmente son tenidos como desprovistos de privilegios y en situación de dependencia.

Es así que se sostiene que el Estado social constituye un sistema en el que la sociedad no sólo participa pasivamente como recipiendaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones, toma parte activa tanto en la formación de la voluntad general del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales⁴⁸. Esto supone, en definitiva, que el Estado social exige un régimen en el que la participación en la formación de la voluntad política del Estado vaya acompañada de la participación en los bienes económicos y culturales y en la intervención de los afectados en el proceso de distribución o asignación de bienes y servicios.

Se halla generalizada, pues, la idea de que el componente social del Estado conduce a la democracia social, caracterizada como la que pretende situar a todas las capas de la población en condiciones socioeconómicas y culturales adecuadas para el ejercicio efectivo de los derechos políticos, al tiempo que desarrolla una acción destinada a defender los intereses de las clases populares y, por consiguiente, a la disminución de las diferencias económicas, culturales, sociales y políticas. De este modo, en el Estado social, la democracia política y la democracia social se muestran como nociones complementarias, al punto que sin democracia política no existen suficientes garantías para una democracia social y sin democracia social la democracia política carece de sólido sustento⁴⁹.

⁴⁸ Ibidem, pg. 48.

⁴⁹ Ibidem, pg. 101.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B. El futuro de la revolución liberal, Ariel, Barcelona, 1996.
- Alcock, C., Payne, S. y Sullivan, M. Introducing Social Policy, Prentice Hall, Singapore, 2000.
- Albiñana, C. “El gasto público”, en Alzaga, O. Constitución española de 1978. Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1983.
- Alemán, C. y Garcés, J. Política social, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Ariño, G. Economía y Estado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- Asenjo, O. La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Ashford, D. La aparición de los Estados de bienestar, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.
- Béjar, R. y Tortosa, J. Pros y contras del Estado del bienestar, Tecnos, Madrid, 1996.
- Benn, S. y Peters, R. Los principios sociales y el Estado democrático, Eudeba, Buenos Aires, 1984.
- Bidart Campos, G. El derecho constitucional del poder, Ediar, Buenos Aires, 1967, t. I.
- . Manual de derecho constitucional argentino, Ediar, Buenos Aires, 1986.
- Bobbio, N. Derecha e izquierda, Taurus, Madrid, 1995.
- . El futuro de la democracia, Fondo de cultura económica, México, 1991.
- . El tiempo de los derechos, Sistema, Madrid, 1991.
- . Igualdad y libertad, Paidós, Barcelona, 1993.
- Borrajo, E. “Protección de la salud”, en Alzaga, O. Constitución española de 1978, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1984.
- Bowen, J. Historia de la educación occidental, Herder, Barcelona, 1985.
- Caminal Badía, M. Manual de ciencia política, Tecnos, Madrid, 1999.

Canto, M. Derechos de ciudadanía. Responsabilidad del Estado, Icaria, Barcelona, 2005.

Colom, A. y Domínguez, E. Introducción a la política de la educación, Ariel, Barcelona, 1997.

Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, Nuestro futuro común, Alianza, Madrid, 1987.

Cossio, J. Estado social y derechos de prestación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Cotarelo, R. Del Estado del bienestar al Estado del malestar, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Dahl, R. La democracia, Taurus, Madrid, 1999.

De Carreras, F. El Estado de Derecho como sistema, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

Díaz, E. Estado de derecho y sociedad democrática, Taurus, Madrid, 1988.

Echevarría, B. “Pleno empleo”, en Alzaga, O. Constitución española de 1978. Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1984.

Enríquez, I. La construcción social de las teorías del desarrollo, Porrúa, México, 2009.

Equipo Nacional de Misiones. Algunas consideraciones sobre el estatuto de las comunidades indígenas, Equipo Nacional de Misiones, Asunción, 1987.

Esteve, F. y Muñoz, R. Conceptos de Economía, Alianza, Madrid, 2005.

Fenochietto, R. Economía del sector público, La Ley, Buenos Aires, 2006.

Fernández Gadea, C. “Instituciones de la reforma agraria y el derecho ambiental previstas en la Constitución”, en Camacho, E. y Lezcano Claude, L. Comentario a la Constitución, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002, t. II.

Fernández García, T. y Marín Sánchez, M. (Editores). Estado de bienestar y socialdemocracia, Alianza, Madrid, 2001.

Fernández-Miranda, A. “Enseñanza”, en Alzaga, O. Constitución española de 1978, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1983.

Galbraith, J. Historia de la Economía, Ariel, Barcelona, 2007.

Giddens, A. Sociología, Alianza, Madrid, 2001.

Gómez Zaputovich, E. Seguridad social, Ricor, Asunción, 2001.

González, C. A. “El Estado social de derecho en la Constitución de 1992 y sus antecedentes constitucionales”, en Corte Suprema de Justicia, Comentario a la Constitución, La República, 2007, t. III.

----. “La reforma agraria en la Constitución”, en Camacho, E. y Lezcano Claude, L. Comentario a la Constitución, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1997, t. I.

González, C.A. y Petit, A. Manual de derecho agrario y ambiental, Intercontinental, Asunción, 2007.

Goodland, R., Daly, H., Serafy, S. y von Droste, B. Medio ambiente y desarrollo sostenible, Trotta, Madrid, 1997.

Guastini, R. Distinguiendo Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999.

Habermas, J. La inclusión del otro, Paidós, Barcelona, 1999.

Huntington, S. ¿Quiénes somos?, Paidós, Barcelona, 2004.

Instituto Internacional de Gobernabilidad, Libro blanco sobre la reforma institucional en Paraguay, PNUD, Asunción, 2003.

Jaksic, F. 1996. “La Agenda 21: Hacia una Ley Internacional del Ambiente”, en Fundación Konrad Adenauer. El desafío de la política ambiental, Buenos Aires, 1996.

Kottak, C. Antropología cultural, McGraw-Hill, Madrid, 2006.

Kriele, M. Introducción a la teoría del Estado, Depalma, Buenos Aires, 1980.

Kymlicka, W. Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de las minorías, Barcelona, Paidós, 1996.

Libster, M. Delitos ecológicos, Depalma, Buenos Aires, 1993.

Loewenstein, K. Teoría de la Constitución. Ariel. Barcelona, 1970.

López Guerra, L. et. al. Derecho constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

López Guerra, L. Introducción al Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

Lucas Verdú, P. La lucha por el Estado de derecho, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

Macionis, J. y Plummer, K. Sociología, Prentice Hall, Madrid, 1999.

Medina, H. Nuevo estatuto agrario. Aspectos constitucionales y doctrinales. El régimen de la propiedad rural en el Paraguay, Don Bosco, Asunción, 2007.

Mendonca, D. Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución, Intercontinental, Asunción, 2008.

----. Constitución y medio ambiente. Apuntes sobre el derecho constitucional ambiental, Universidad Nacional de Pilar, Centro de Estudios Constitucionales, Asunción, 2010.

----. Estado social de derecho. Análisis y desarrollo de una fórmula constitucional, Cidsep-Fundación Konrad Adenauer, Asunción, 2000.

----. La autonomía universitaria y su desarrollo constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Asunción, 2008.

----. La máquina de gobernar. Diseño constitucional y gobernabilidad democrática, Intercontinental, Asunción, 2004.

----. Pobres y desiguales. Notas sobre la pobreza y la desigualdad en Paraguay, Intercontinental, Asunción, 2007.

Moore, T. Introducción a la filosofía de la educación, Trillas, México, 1987.

Muñoz de Bustillo, R. El Estado de bienestar en el cambio de siglo, Alianza, Madrid, 2000.

Navarro, V. Neoliberalismo y Estado del bienestar, Ariel, Barcelona, 2000.

Nino, C. Ética y derechos humanos, Astrea, Buenos Aires, 1989.

O'Kean, J. Economía, McGraw-Hill, Madrid, 2005.

- Ochando Claramunt, C. El Estado del bienestar, Ariel, Barcelona, 2002.
- Paja Burgoa, J. La Convención de los derechos del niño, Tecnos, Madrid, 1998.
- Pastore, C. La lucha por la tierra en el Paraguay, Intercontinental, Asunción, 2008.
- Pérez Luño, E. “Patrimonio histórico, artístico y cultural”, en Alzaga, O. Constitución española de 1978, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1984.
- . Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1986.
- . Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 1991.
- Pérez Royo, J. Curso de derecho constitucional, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Pettit, H. La propiedad de la tierra en el Paraguay, Bijupa, Asunción, 2005.
- Picó, J. Teorías sobre el Estado del bienestar, Siglo XXI, Madrid, 1990.
- Pizzorusso, A. Lecciones de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Pogge, T. La pobreza en el mundo y los derechos humanos, Paidós, Barcelona, 2005.
- Prieto, J. Cultura, culturas y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- Radke, D. Economía social de mercado. ¿Una opción para los países en transición y en desarrollo?, Ciedla, Buenos Aires, 1995.
- Rawls, J. Teoría de la justicia, Fondo de cultura económica, México, 1979.
- Requejo Coll, F. Las democracias, Ariel, Barcelona, 1990.
- Rey Martínez, F. La propiedad privada en la Constitución española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

- Rist, G. El desarrollo: historia de una creencia occidental, Catarata, Madrid, 2002.
- Rosanvallon, P. La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia, Manantial, Buenos Aires, 1995.
- Sáenz, O. Pedagogía general, Anaya, Madrid, 1986.
- Sánchez Agesta, L. “La lengua”, en Alzaga, O. Constitución española de 1978, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1983, t. I.
- Sánchez Vera, P. “Política social y vivienda”, en Alemán, C. y Garcés, J. Política social, MacGraw Hill, Madrid, 1997.
- Sartori, G. La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros, Taurus, Madrid, 2001.
- Sodaro, M. Política y ciencia política, McGraw-Hill, Madrid, 2006.
- Tamames, R. Introducción a la Constitución española, Ediciones del Prado, Madrid, 1995.
- Taylor, C. Argumentos filosóficos, Paidós, Barcelona, 1997.
- Troche, D. La expropiación, Intercontinental, Asunción, 2010.
- Vanossi, J. El Estado de derecho en el constitucionalismo social. Eudeba. Buenos Aires, 1987.
- Zarini, H. Derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992.

SOBRE LA EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN Y OTROS MITOS

Juan Carlos Mendonça Bonnet

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MITO DE QUE LAS CONSTITUCIONES NO SIRVEN PARA MODELAR LA REALIDAD. III. LOS MITOS DE LA INVIOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE QUE TODA VIOLACIÓN ES IGUALMENTE GRAVE

SOBRE LA EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN Y OTROS MITOS

Juan Carlos Mendonça Bonnet

I. INTRODUCCIÓN

Imaginemos que yo comenzase este trabajo afirmando que “el Presidente Eusebio Ayala fue un *bastardo*”. Más de uno se sentiría molesto o hasta ofendido ante tal afirmación. Alguien, tal vez, se atrevería a ejercer la defensa de Eusebio Ayala frente a la injuria proferida por mí, diciendo que fue un gran estadista, que nos llevó a la victoria ante Bolivia, que a pesar de la guerra las finanzas del país no se descalabraron, que no hubo restricciones a la prensa o a la libertad de expresión, etc., etc. Yo podría admitir que todo esto es verdad y todavía mucho más, podría reconocer que fue realmente un gran hombre y uno de los más grandes próceres de nuestra patria, una de las personalidades más relevantes de nuestra historia política, que fue una bellísima persona, pero insistir en que Eusebio Ayala fue un *bastardo*. Y en efecto lo fue, porque nació fuera del matrimonio, su padre nunca le reconoció y la historia oficial ni siquiera registra su identidad. Por definición, pues, fue un *bastardo*, ya que el “*bastardo*” es simplemente el hijo extramatrimonial, según el diccionario de Manuel Ossorio.

Lo curioso de la situación imaginaria que planteo es que en cierto sentido Eusebio Ayala fue un bastardo, pero en otro sentido lejos estuvo de serlo. La “paradoja” se explica fácilmente si tomamos en cuenta que el lenguaje tiene múltiples funciones y las palabras pueden adquirir distintos significados según cuál sea la función del lenguaje que ha sido utilizada. Las dos funciones que ahora nos importan son la función *expresiva* y la función *descriptiva* del lenguaje. La función *descriptiva* busca informar al interlocutor acerca de una realidad o de un estado de cosas, pretende hacer conocer algo y, por consiguiente, se refiere a hechos que pueden ser comprobados; así, pues, si el enunciado lingüístico utilizado se corresponde con la realidad, decimos que es verdadero y si no se corresponde con la realidad, decimos que lo

afirmado es falso. Ahora bien, si el lenguaje es usado en su función *expresiva*, lo que pretende el hablante no es informar acerca de la realidad, sino que busca compartir con su interlocutor un estado de ánimo o sentimientos; no pretende hacer conocer algo sobre la realidad, sino que intenta provocar una cierta actitud. No se refiere, pues, a hechos sino a emociones, como el afecto, el odio, el desprecio, la compasión, etc. La mayor parte de los autores diría que los enunciados utilizados en la función *expresiva* del lenguaje no pueden ser verdaderos o falsos, porque no hablan acerca de hechos, sino de sentimientos o de juicios de valor.

Ahora bien, existen ciertas palabras o expresiones que llevan una carga emotiva intrínseca y, por tanto, provocan inmediatamente una actitud positiva o negativa en el interlocutor. La palabra “bastardo” tiene un impacto emotivo inmediato de carácter *negativo*, así como los términos: “pobreza”, “dictadura”, “tortura”, “condenado”, “corrupción”, etc., esto independientemente del significado puramente *descriptivo* que esas palabras puedan tener. Por el contrario, tienen un evidente impacto *emotivo positivo*: “libertad”, “Constitución”, “igualdad”, “estado de derecho”, “ciudadano”, etc., también más allá de su sentido descriptivo. En el uso *descriptivo* del lenguaje, sin embargo, las palabras o expresiones deberían tener una carga emotivamente neutra, o mejor, deberían carecer de carga emotiva y tener una función exclusivamente informativa, sin ánimo inmediato de influir en las actitudes de las personas.

La teoría constitucional y la política son como aquellos vecinos entre cuyas propiedades no existe muro, ni verja, ni siquiera un seto. La línea divisoria es puramente imaginaria, no está marcada en la realidad y, salvo referencias muy imprecisas, es casi imposible saber cuándo salimos del patio de un vecino para entrar en el del otro. No hay tal cosa como un límite claro entre la teoría constitucional y la política; y tal vez el único instrumento que tengamos para intentar esa separación sea el lenguaje. En efecto, quien quiera hacer teoría constitucional debería limitarse al uso *descriptivo* del lenguaje, mientras que al político le estará permitido el uso *expresivo* del lenguaje. Lo bueno es estar claramente advertidos de esto. Así, ambos utilizarán palabras tales como “pobreza”, “libertad”, “igualdad”, etc., pero cada uno con un significado diferente, o mejor, unos lo harán con carga emotiva y otros lo harán sin

carga emotiva; unos lo harán para describir algo y los otros lo harán para inducir juicios de valor o actitudes. Así, cuando los políticos nos hablan de los índices de pobreza, de la libertad de prensa, del analfabetismo, etc.; en general, no pretenden realmente informarnos acerca de algo que no sabemos, sino que procuran nuestra adhesión a su causa, buscan provocar una cierta actitud de nuestra parte y de lograr nuestro voto, ya que, finalmente, de eso se trata.

Alguno se habrá preguntado a esta altura a qué viene esta larga exposición sobre las funciones del lenguaje en un trabajo acerca de los mitos constitucionales. Pues bien, mi punto es que los mitos acerca de la Constitución surgen principalmente por culpa del *uso expresivo* del lenguaje y que tales mitos sólo pueden desvanecerse gracias al *uso descriptivo* del lenguaje. En nuestro caso, pues, los mitos aparecen por la intromisión de la política en la teoría constitucional, y surgen en ese lindero entre los vecinos dónde no sabemos en qué finca estamos parados. Es honesto reconocer que quienes se dedican al derecho constitucional no siempre pueden sustraerse a la inevitable tentación de ponerle una pizca de impacto emotivo a lo que parece ser una referencia puramente descriptiva del fenómeno constitucional y, claro está, estos son quienes mayores confusiones pueden crear en vista de la autoridad científica que invocan.

Una correcta comprensión de lo que es una Constitución y de cómo funciona pasa, pues, por un uso descriptivo del lenguaje, libre de toda intención de provocar actitudes o de lograr adhesiones que luego se traduzcan en votos a favor o en contra.

Un mito es una fábula, una ficción, un relato o noticia que desfigura la realidad; mientras que la mitología es el conjunto de mitos de una cultura. Si los mitos existen en toda cultura, debemos asumir que algún uso tienen. En ciertos casos se utilizan para engañar a la gente y hacer creer algo que no es cierto; en otras ocasiones sirven para dar una explicación simple (ingenua) y parcial de una realidad compleja y difícil de asir. En suma, estos mitos generalmente no son capaces de reflejar fielmente la realidad, pero, como dijimos, son útiles para persuadir a los demás y sobre todo, tienen la función práctica de lograr que la gente se comporte de cierta manera sin muchos cuestionamientos. En virtud del mito, pues, damos por sentado que algunas cosas son de un modo

determinado, aunque no sean así en la realidad. Resulta curioso que una misma cultura frecuentemente acepta mitos que son incompatibles, pero como los mitos están más allá de la racionalidad, esto no tiene que escandalizarnos, aunque es un dato a tomar en cuenta. No olvidemos que el mito tiene un cierto componente “sobrenatural” y si algo hay de *sobrenatural* en el sistema jurídico es, precisamente, la Constitución. Así, la Constitución está *sobre* todo el resto del sistema jurídico; pero también está *antes* de todo el sistema jurídico, pues es su acto fundacional. En suma, la Constitución misma es de por sí todo un mito.

Supongo que toda cultura tiene su conjunto de mitos y la “cultura” constitucional no escapa a la regla. En este ámbito hay mitos que aunque no muchos se los crean, están allí y se utilizan diariamente de modo tan acrítico que terminan por ser aceptados sin discusión. Por ejemplo:

El mito de la inviolabilidad de la Constitución.

El mito de que toda violación de la Constitución es igualmente grave.

El mito de que la Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es.

El mito de que hay dos constituciones, una real y otra nominal.

El mito de que las constituciones no sirven para modelar la realidad.

El mito de que la marcha de un país depende exclusivamente de una buena Constitución.

El mito de que las normas constitucionales prevalecen por encima de toda otra norma.

El mito de que las normas contrarias a la Constitución carecen de validez.

Obviamente son demasiados mitos para tratar en un trabajo como éste, por lo que vamos a limitarnos a sólo dos o tres de ellos. Además, es mejor manejarnos con prudencia y, tal vez, no desmitificar en exceso a la Constitución. No hay que olvidar que, finalmente, los mitos son paradigmas que proporcionan modelos para el comportamiento humano.

II. EL MITO DE QUE LAS CONSTITUCIONES NO SIRVEN PARA MODELAR LA REALIDAD

Una posición frecuentemente sostenida dice que las Constituciones tienen un valor muy pobre o casi nulo para cambiar la realidad. Según esta perspectiva escéptica el costo financiero, social y político de un cambio constitucional es tan alto -para tan poco resultado- que es mejor no entrar en la aventura del cambio constitucional y antes, más bien, conviene invertir los recursos para provocar el cambio político, social y económico, a través de otros medios. El punto de vista que comentamos parte del supuesto de que una Constitución no sirve para modificar la realidad social, económica y política de un país; esto se debe, en gran medida, a que las constituciones frecuentemente son pasadas por alto -para ponerlo crudamente: son violadas- por los actores políticos, lo cual significa aceptar la ineficacia de la Constitución. Esta idea la he oído sostener por influyentes hombres públicos, políticos y académicos, tanto de nuestro país como del extranjero. Si seguimos esta tendencia, no deberíamos preocuparnos demasiado por el cambio constitucional que podría darse en el futuro. Creo que semejante desconfianza en la fuerza de una Constitución es un mito. En efecto, del hecho incontrovertible de que una Constitución no puede por sí sola cambiar la realidad, no se sigue que ella sea inútil para hacerlo; podría afirmarse que las Constituciones son condición necesaria pero no suficiente del cambio político, y como corolario, del cambio social, económico, etc.

En mi opinión las Constituciones tienen una gran fuerza modeladora de la realidad, que de ninguna manera puede ser soslayada so pena de cometerse el grave error de dejar que salga de una reforma “cualquier” Constitución. Para mostrar de manera simple y comprensible la capacidad de cambio de una Constitución podemos comparar la situación de nuestro país antes y después de la Constitución

de 1.992 y veremos cómo ella ha cambiado la realidad, en algunos casos para bien y en otros para mal pero, notoriamente, la ha cambiado. Por ejemplo, a partir de ella ha habido un Congreso con mayoría de la oposición; ha dado lugar a que la mayoría de los presidentes del Congreso pertenezcan a un partido de la oposición (hasta de la tercera o cuarta fuerza política del momento); ha provocado que un presidente del Congreso fuese presidente de la República por cuatro años; la composición de la Corte Suprema de Justicia es el resultado de negociaciones entre partidos políticos y no de la decisión de una persona; la Contraloría General de la República está frecuentemente en manos de la oposición; la justicia electoral, que antes no existía, es -o para algunos fue- un órgano políticamente equilibrado y confiable; el Estado de Excepción (que sustituyó al Estado de Sitio) casi no ha sido utilizado puesto que sirve de poco o nada; hay un Vicepresidente de la República que causa más problemas que beneficios; el proceso penal ha pasado del sistema inquisitivo al acusatorio y dicho proceso se ha visto evidentemente modelado por el Art. 17 de la Constitución; de conformidad con el referido Art. 17. 4, se ha regulado el recurso de revisión en el ámbito penal que antes no existía, lo mismo puede decirse del recurso de casación, previsto en el Art. 259.6; la gente puede actualmente acceder a los archivos en los que consten datos personales suyos, merced al *Hábeas Data*; hoy no existe la posibilidad de que se instaurare la pena de muerte, a pesar del reclamo frecuente de mucha gente; gracias a la Constitución de 1.992 hay gobernadores e intendentes elegidos por el voto popular –que en buena medida pertenecen a la oposición- no como en tiempos anteriores en que habían delegados de gobierno e intendentes designados por el Poder Ejecutivo; a partir de la Constitución del 92, y en base a su Art. 7 y siguientes, se ha dictado la legislación que protege el medio ambiente y han surgido entidades especializadas como las fiscalías y la Secretaría del Medio Ambiente, asimismo, se ha sancionado el delito ecológico; la libertad de expresión y de prensa nunca tuvieron mayor desarrollo en la historia del país que a partir de la Constitución de 1.992, que les ha dado una amplísima protección; lo mismo puede decirse de la libertad de reunión y manifestación; en virtud del artículo 37 de la Constitución hoy existen objetores de conciencia que se hallan exonerados del cumplimiento del servicio militar; gracias al Art. 38 de la Constitución se ha dictado una ley que defiende los intereses del consumidor y hay entidades estatales creadas especialmente al efecto; en base a los Arts. 46 y 48 se han

establecidos cuotas partidarias a favor de las mujeres; merced al Art. 53 hoy es delito el incumplimiento de los deberes de asistencia alimentaria; existe una ley contra la violencia doméstica que reglamenta el Art. 60; los pueblos indígenas tienen derechos que nunca antes tuvieron; la educación escolar básica es obligatoria, cuando antes solo lo era la primaria; el idioma guaraní es enseñado en las escuelas de manera obligatoria, por virtud del Art. 77; los recursos destinados a la educación se han incrementado enormemente, ya que no pueden ser inferiores al 20% de lo asignado a la Administración Central (excluidos los préstamos y donaciones); las mujeres no pueden ser despedidas durante el embarazo y descansos por maternidad, de conformidad con el Art. 89; los sindicatos no requieren para su funcionamiento otro requisito más que su inscripción, según el art. 96; los trabajadores del sector público tienen el derecho a la huelga y gozan de los mismos derechos laborales que los del sector privado, de conformidad con los Arts. 98 y 102; los haberes jubilatorios se actualizan en igualdad de trato que los del funcionario público en actividad (Art. 103); de conformidad con el Art. 105 se ha sancionado, incluso penalmente, la doble remuneración de los funcionarios públicos; por el Art. 111 se ha establecido la opción preferencial de los trabajadores para el caso de la privatización de las empresas públicas (lo cual ha creado no pocos problemas durante el proceso inconcluso de la privatización de las empresas del Estado); a partir de la Constitución de 1.992, y en virtud del Art. 125, aparecen los movimientos políticos, que compiten regularmente en elecciones; el Hábeas Corpus ya no es simplemente reparador de la privación de libertad, sino que también puede ser preventivo y genérico, debiendo hacerse notar que en la práctica de nuestros tribunales son tan abundantes estos dos últimos como el primero; el Art. 145 admite la posibilidad de un orden jurídico supranacional, lo que permite al Paraguay ingresar, sin impedimentos, a un sistema de integración como el MERCOSUR; nadie puede ser privado de su nacionalidad (Art. 147); la intervención de los municipios por el Poder Ejecutivo sólo puede hacerse ahora previo acuerdo de la Cámara de Diputados (art. 165); actualmente el Impuesto Inmobiliario pertenece a los Municipios en un setenta por ciento (Art. 169) y ningún ente puede apropiarse de sus recursos (art. 170); las resoluciones de los tribunales militares son recurribles ante la justicia ordinaria (Art. 174); a partir de la Constitución del 92 el Jefe de Policía es un policía de carrera y ya no puede ser un militar, como antes (Art. 175); por el mismo artículo los policías y

militares ya no pueden estar afiliados a partidos políticos (lo cual contribuyó grandemente a la despolitización de la fuerza pública), a diferencia de antes que constituía un requisito; con la Constitución de 1.992 el Congreso adquirió poderes desconocidos anteriormente en nuestra historia política y el Ejecutivo los perdió de manera casi dramática; asimismo, el Poder Judicial tuvo un protagonismo sin precedentes, convirtiéndose en actor principal de los grandes problemas políticos de la transición (procesos al Gral. Oviedo, caída del Presidente Cubas, sucesión presidencial del Senador González Macchi, vitaliciado de los Ministros de la Corte Suprema, etc.). En comparación con anteriores Constituciones, hay que decir que la parte orgánica de la actual ha producido un enorme desplazamiento de poder lo cual, según mi opinión, no ha sido beneficioso en todos los casos.

La enumeración que antecede parece suficiente para comprender que sólo un mito puede hacer creer que la Constitución de 1992 ha tenido poca influencia en la vida de este país. Su influencia, en realidad, ha sido enorme y a ella debemos muchas de las cosas buenas y malas que nos pasan.

Por otro lado, la percepción que tengo es que la Constitución de 1.992 ha tenido un alto grado de acatamiento espontáneo, mucho mayor que el de las otras Constituciones que nos rigieron en tiempos anteriores. Es verdad que muchas veces ha sido incumplida -de eso no hay lugar a dudas-, pero esa es una propiedad que tienen todas las normas jurídicas y que las diferencia de las leyes naturales, las cuales son desechadas apenas se verifique un caso en que no se cumplan. Las leyes humanas presuponen su eventual incumplimiento y si ello se da, no por eso quedan derogadas, sino que como consecuencia debería producirse la intervención del Estado para reparar la violación de la ley. En otras palabras, no puede pretenderse un acatamiento absoluto e irrestricto de todas las normas jurídicas de un sistema, ni siquiera las de la Constitución; en este sentido, no creo que exista sobre la faz de la tierra una Constitución que jamás haya sido violada. Me parece que una parte importante de la falta de acatamiento de la Constitución está en los

llamados Derechos Sociales¹, pero a este respecto hay que hacer ciertas puntualizaciones. En primer lugar debemos indicar que las normas que los regulan son de las llamadas “programáticas”, lo cual significa que no son de cumplimiento inmediato, sino que deben ser previamente reglamentadas dentro de las posibilidades del Estado. Por otra parte, hay que comprender que, frecuentemente, esas normas son demasiado ambiciosas dadas las condiciones de pobreza que caracterizan al Estado Paraguayo; así, inicialmente sólo sirven como objetivos a ser alcanzados a largo plazo. No es fácil lograr el pleno empleo (Art. 87), la vivienda digna para todos los habitantes (Art. 100), un sistema integral de seguridad social para todos los sectores de la población (Art. 95), la restauración de los objetos de valor histórico y de sus entornos físicos (Art. 81), la educación integral y permanente (Art. 73), un sistema de salud eficiente (Arts. 68 y sigtes.), un sistema de tratamiento y rehabilitación de discapacitados a cargo del Estado (Art. 58), etc.² Aun cuando en ocasiones la Constitución no ha sido cumplida, en el balance final hay que admitir que ella ha permeado de tal manera nuestras vidas que hasta los clubes sociales ahora deben constituir sus autoridades de acuerdo con el sistema D’hont, lo cual significa la necesaria participación de las minorías en su vida institucional.

Desde el avènement de la era democrática una de las críticas más severas que se le puede hacer a un político es la de haber violado la Constitución, y los “constitucionalistas” han pasado a ser protagonistas importantes de los debates públicos; demostrándose con esto que el respeto a la Constitución es un valor apreciado por la opinión pública. Por mi parte celebro que esto sea así, puesto que no existe otro camino que nos pueda llevar por la senda de la convivencia pacífica y democrática. Creo que un servicio muy flaco se hace a nuestro sistema

¹ En este aspecto, tal vez, haya que admitir que la Constitución puede calificarse como “nominal”, en la clasificación de Loewentein (Ver Loewenstein, Karl. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 218.)

² Otros ejemplos en los que la Constitución no ha sido cumplida acabadamente son: la sucesión presidencial en el caso del Senador González Macchi; el vitaliciado de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia; la utilización de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad interna (aunque con algún sustento en el Art. 56 de la Ley 1337/97); la falta de incorporación de un senador durante el período anterior; la falta de regulación de un juicio oral para el ámbito laboral y del Hábeas Data, entre otros; la falta de declaración de bienes por parte de la mayoría de los funcionarios públicos.

político cuando se predica el escepticismo constitucional, pretendiéndose –falsamente– que la Constitución carece de fuerza vinculante.

Siguiendo la metáfora de Loewenstein, las constituciones pueden compararse a un traje, que algunas veces queda grande y otras queda pequeño, en cuyo caso hay que adaptarlo. La correcta elaboración de una Constitución frecuentemente es gradual, por lo que hacen falta cambios sugeridos por la misma realidad. Nuestra Constitución padece, sin lugar a dudas, de importantes defectos que si se corrigen pueden favorecer un todavía mayor acatamiento de la misma.

III. LOS MITOS DE LA INVOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE QUE TODA VIOLACIÓN ES IGUALMENTE GRAVE

Al hablar de la “violación de la Constitución” utilizamos una expresión con alto contenido emotivo, que provoca un rechazo visceral e inconsciente; podríamos decir que resulta intelectualmente repugnante. Sin embargo, es un hecho irrefutable que las constituciones son muchas veces violadas, sin que esto provoque el colapso del sistema constitucional. Así, pues, no toda violación de la Constitución³ tiene la suficiente trascendencia como para acarrear una crisis constitucional. Habitualmente, sin embargo escuchamos invocar los artículos 137 y 138 de la Constitución que consagran, respectivamente, el principio de la supremacía constitucional y los derechos a la insurrección, la desobediencia civil y la resistencia a la opresión. Bajo la reconstrucción que se suele hacer pareciera que la población estaría permanentemente habilitada a desobedecerlo todo. Quienes con frecuencia amenazan con la insurrección y la desobediencia, obviamente, recurren al lenguaje con impacto emotivo del que hablábamos antes. Esta no es una posición aceptable, porque de seguir tal línea de pensamiento el Estado ya habría desaparecido hace tiempo. No obstante, hay que admitir que ciertas

³ Sólo por comodidad hablamos de violación “de la Constitución”, ya que en realidad lo que se violan son “normas” concretas que integran la Constitución. La Constitución como sistema normativo (conjunto de normas) difícilmente podrá ser íntegramente violada de una sola vez. Tal vez sea un juego peligroso aceptar la expresión “violación de la Constitución”, ya que no hace sino magnificar lo que realmente ocurre: la violación de *una* norma de la Constitución o, eventualmente, la violación de un conjunto limitado y determinado de normas.

violaciones de la Constitución -no todas- tienen una especial relevancia; consiguientemente, trataremos de determinar cuáles son las circunstancias que caracterizan una auténtica crisis constitucional⁴.

En primer lugar, como acabamos de decir, no puede olvidarse que las constituciones son permanente y diariamente violadas, en Latinoamérica y en todo el resto del mundo, sin que por eso pierdan validez, vigencia o, incluso, eficacia. Aclaremos que es el último de estos conceptos el que se halla realmente en juego cuando hablamos de “violación de la Constitución”, ya que lo que se pone en riesgo en estos casos es la mayor o menor eficacia de la norma que ha sido incumplida. La eficacia es una propiedad de las normas que no puede medirse como un “todo o nada”. En efecto, las normas no son usualmente ni totalmente eficaces ni totalmente ineficaces, ya que en ocasiones se cumplen y en otras no. Sería muy raro encontrar una norma que jamás haya sido cumplida o que jamás haya sido incumplida. Luego, decimos que una norma es eficaz cuando ella es “normalmente”⁵ respetada de manera espontánea o porque los órganos encargados de su aplicación la imponen por la fuerza. Esto es así en todas partes, baste con decir que cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos declara la inconstitucionalidad de algún acto normativo, está poniendo de manifiesto que la Constitución ha sido violada; lo mismo puede decirse que ocurre en Alemania, Argentina, Brasil, etc. Es más, las constituciones son incumplidas diariamente de manera casi imperceptible, tanto por órganos del Estado

⁴ Sin duda los actores políticos, en ciertas ocasiones, tienen el poder suficiente como para ocasionar una grave *crisis política* con consecuencias constitucionales. Por nuestra parte queremos reservar la expresión “crisis constitucional” para aquellos casos en que se dan verdaderas violaciones de la Constitución y no supuestas o pretendidas violaciones que sólo sirven de pretexto para provocar un estado de ingobernabilidad. En suma la “crisis” de la que hablamos en un *fenómeno jurídico* que puede o no tener relevancia en la vida política de un país. Por ejemplo, en un régimen dictatorial una auténtica crisis constitucional puede no tener trascendencia política, si el sistema no se ve afectado por la grave violación de la Constitución. Por el contrario, una leve violación de la Constitución, en ocasiones es capaz de provocar una grave crisis política, con la caída, incluso, del gobierno.

⁵ En sustitución de “normalmente” podríamos utilizar otros términos tales como “usualmente”, “mayoritariamente”, “comúnmente”, “habitualmente”, “frecuentemente”, etc. De todos modos, no es la intención de este trabajo desarrollar un concepto preciso de la eficacia de una norma, por lo que una idea aproximada resulta suficiente.

como por particulares. Por ejemplo, en el Paraguay⁶, cada vez que hay un homicidio se viola el artículo 4° (derecho a la vida), cada vez que se publica una información que no es veraz, responsable o ecuaníme se viola el artículo 28 (derecho a informarse), cada vez que se hace pública la vida privada de las personas se viola el artículo 33 (derecho a la intimidad), cada vez que se ocupa ilegítimamente un inmueble o que no se paga una deuda se viola el artículo 109 (propiedad privada), cada vez que se compra un disco ilegal se viola el artículo 110 (derechos de autor y de propiedad intelectual), cada vez que se altera el ambiente con tala masiva de árboles o contaminación de aguas se viola el artículo 8° (protección ambiental). Así, podrían multiplicarse indefinidamente los ejemplos. Los casos referidos han sido elegidos intencionalmente, porque muestran violaciones constitucionales que son frecuentes en todas partes del mundo y no solamente en nuestro país. Mi primer propósito es, como resulta evidente, destruir el mito de la inviolabilidad de la Constitución. La Constitución es diaria y constantemente violada sin que esto signifique una catástrofe. La catástrofe ocurre cuando no existen los mecanismos necesarios para contener y reparar la violación. Quiero comparar la situación con el inevitable estado de todo organismo viviente que se encuentra repleto de gérmenes y bacterias, pero que no por eso resulta destruido, gracias a un sistema inmunológico que le permite convivir con ellos; igual pasa en el sistema jurídico. Ahora bien, si la *cantidad* de bacterias y gérmenes es capaz de superar las defensas del organismo, entonces estamos en presencia de un verdadero problema. También sucederá si el germen por su *entidad* (no por su cantidad) resulta ser lo suficientemente dañino como para destruir al organismo. Creo que la metáfora puede ser útil en nuestro caso. Analicemos las dos hipótesis posibles: 1) la agresión cuantitativa, y; 2) la agresión cualitativa.

LA VIOLACIÓN CUANTITATIVA

Con relación a la primera, un sistema político-jurídico puede resistir hasta cierta cantidad de violaciones de normas constitucionales sin mayor riesgo, siempre que tenga la fortaleza necesaria para controlar la agresión que significa toda violación de la Constitución; esto es, debe

⁶ Todas las disposiciones mencionadas se refieren a la legislación paraguaya y, principalmente, a la Constitución del año 1992.

contar con los mecanismos que le permitan aislar y dominar la situación, ya que si la agresión a la Constitución resulta ser masiva, el sistema resultará irremediabilmente destruido. Obviamente no es posible contabilizar las violaciones que harán que el sistema colapse, pero bien puede pensarse que ello sucederá cuando las violaciones vayan creciendo en número sin que las instituciones sean capaces de detener la progresión, de modo que se multipliquen de manera descontrolada. Pero, la *cantidad* de violaciones nada nos dice acerca de la *gravedad* de las mismas. Esto nos introduce en la violación cualitativa de la Constitución, idea que resulta más compleja y más rica que la anterior.

LA VIOLACIÓN CUALITATIVA

En cuanto a la violación cualitativa, es evidente que no se requiere de una gran cantidad de ellas para que el sistema colapse; eventualmente una sola violación grave puede producir tal efecto. Si, por ejemplo, el Poder Ejecutivo, sin estar facultado, disuelve el Congreso, la violación tiene tal gravedad que puede decirse que el sistema constitucional se ha quebrado. Esto nos lleva a la idea -que ha estado implícita hasta ahora-, de que las violaciones constitucionales también tienen *grados* de importancia. Y esto parece indiscutible no sólo en el sistema constitucional sino en cualquier otra área del derecho. Así, en materia civil existen, por ejemplo, nulidades que pueden ser subsanadas y otras que no, según la importancia de la norma violada. En el ámbito penal las conductas sancionadas se clasifican en delitos y crímenes (según su gravedad) y las penas varían entre una mera multa y decenas de años de pena privativa de libertad, partiéndose del obvio supuesto de que la violación de la norma debe ser evaluada en cada caso y según su importancia. Si esto sucede en otras partes del sistema jurídico⁷ no veo por que no ha de darse lo mismo en el derecho constitucional. Y en efecto ocurre, ya que no es lo mismo retener el documento de identidad de una persona -conducta prohibida por el artículo 35 de la Constitución paraguaya-, que violar su patrimonio documental o su comunicación privada (Art. 36); en general, la primera es una violación menos grave

⁷ Hablando de graduación, los administrativistas han creado la categoría del “acto irregular”, el cual por su entidad no pone en entredicho al acto mismo, sino la responsabilidad del agente.

que la segunda⁸. No es lo mismo impedir el libre tránsito con un cierre de ruta (Art. 41), que someter a tortura a alguien (Art. 5°). No es lo mismo incumplir la obligación de restaurar el patrimonio cultural (Art. 81), que privar de la vida (Art. 4°). No es lo mismo negar el derecho a peticionar a las autoridades (Art. 40), que impedir la libertad de manifestación (Art. 32). El segundo mito importante a superar es que toda violación de la Constitución es igualmente grave. Así, resulta obvio que algunos derechos tienen la necesaria entidad como para que su violación resulte lo suficientemente relevante como para que se considere en peligro *el sistema* constitucional. La importancia de la norma estará determinada, ciertamente, por el bien jurídico protegido, de tal modo que cuanto más valioso sea el bien jurídico protegido, mayor relieve tendrá el fiel cumplimiento de la norma; en otras palabras, mayor grado de eficacia se espera de ella. Asimismo, el peso de la violación de la norma también deberá evaluarse en relación con ese bien jurídico protegido. Así, la determinación del bien jurídico protegido tiene al menos dos funciones: 1) establecer el grado de importancia de *la norma* (su rango), y; 2) establecer el grado de importancia de *la violación* de la norma⁹. Por ejemplo, el artículo 5° prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin duda el bien jurídico protegido reviste una alta importancia¹⁰ por lo que no dudaríamos en poner a la norma dentro del más alto rango. Ahora bien, supóngase el caso tan frecuente de las “despedidas de soltero” o los “bautismos” de los universitarios que ingresan a una carrera. En estos casos puede decirse, creo yo, que hay tratos crueles, inhumanos y degradantes, sin embargo nadie estaría dispuesto a sostener que hay un colapso constitucional, y ello es así porque aun cuando el bien jurídico protegido es de alto rango, la violación de dicho bien no tiene una envergadura tal que pueda producir una verdadera crisis constitucional; en otras palabras, el trato no ha sido *tan* cruel, inhumano o degradante como para considerarse una *grave* violación de la norma. Estamos de acuerdo en que una norma de muy alto rango ha sido violada, pero no de manera muy grave. Así es como

⁸ Ocasionalmente puede ocurrir que la retención del documento resulte ser más grave que la violación de la correspondencia.

⁹ En materia penal la importancia del bien jurídico se determina por la pena prevista por el legislador, y la importancia de la violación del bien jurídico se establece por el Juez al individualizar la pena.

¹⁰ Frecuentemente las normas protegen más de un bien jurídico, como en el presente caso, en que se protege la integridad física y la dignidad de las personas.

nadie ha impedido hasta ahora las “despedidas de soltero” o los “bautismos”, que se realizan a vista y paciencia de particulares, de autoridades universitarias, policiales y judiciales.

Otra circunstancia de especial relevancia está dada por la calidad del autor de la violación constitucional. Obviamente no es igual que la responsabilidad por violación del derecho a la vida provenga de un particular, de un sargento de policía, del ministro del interior o del Presidente de la República. Cuanto más alta la jerarquía, más grave será la violación y esto es así porque en materia constitucional la responsabilidad de garantizar el respeto a la Constitución se incrementa con el cargo. En el caso del Presidente de la República, éste tiene la obligación impuesta por la misma Constitución de cumplirla y hacerla cumplir (Art. 238.2), lo cual lo pone en *posición de garante de la eficacia de la Constitución*. Esta posición de garante aumenta la trascendencia de la violación de la norma, hasta el punto de que si el derecho violado es considerado como de los más importantes, se produce una auténtica crisis constitucional.

En suma, para medir la trascendencia de la violación cualitativa de la Constitución, debemos considerar tres componentes: 1) el *rango* de la norma violada; 2) la *gravedad* de la violación, y; 3) la posición del *autor* de la violación. De tal manera que si la norma violada no reviste un alto rango, aunque su autor sea destacado, no se podrá hablar propiamente de una crisis del sistema constitucional; asimismo, aun cuando la norma violada tenga un alto rango, no habrá colapso constitucional si su autor carece de relevancia. Eventualmente, tampoco lo habrá si el grado de importancia de la violación es bajo, aunque la norma tenga un alto rango y el autor tenga gran relevancia. La importancia del autor estará, tal como se ha dicho, en relación directa con su posición de garante respecto de la norma en cuestión. Así, por ejemplo, es más grave que las reglas del debido proceso no sean respetadas por el poder judicial a que no lo sean por el poder legislativo.

Veamos los siguientes ejemplos que nos permitirán tener una mejor idea de cuanto proponemos.

Según el artículo 40 de la Constitución paraguaya todos tienen derecho a peticionar a las autoridades. Una persona peticiona al Director

de Correos que se le informe acerca de una carta que ha enviado hace dos meses y que no ha llegado a su destino. La persona insiste numerosas veces, pero el funcionario nunca le responde. No parece impropio calificar el derecho a peticionar a las autoridades como relativamente importante, pero el grado de violación del derecho puede decirse que es poco importante (no tiene gran relevancia saber cuál ha sido el destino de una carta) y la posición de garante el Director de Correos no puede pensarse que sea de gran relevancia, por lo que si bien se ha conculcado un derecho constitucional, esto no constituye una crisis constitucional.

El artículo 46 establece que todos los habitantes son iguales en dignidad y derechos y que no se admiten discriminaciones. Una persona haciendo fila en una institución pública para realizar un pago en una ventanilla, advierte que alguien que estaba muy por detrás es, sin embargo, atendido antes por el funcionario público a cargo de la ventanilla. La afectada alega que se le ha discriminado, dándose preferencia a la otra persona cuyo turno aun no había llegado. El derecho al trato igualitario puede considerarse como de alto rango, pero la gravedad de la violación es muy baja y el empleado público si bien se encuentra en posición de garante de la norma pero sin especial relevancia; luego, tampoco hay en este caso una crisis constitucional. Supongamos ahora que el congreso dicta una ley por la cual se prohíbe a las mujeres ser designadas en el Directorio del Banco Central. La importancia del derecho en juego es alta, la gravedad de la violación es mediana (se les impide a las mujeres acceder a un cargo público no a todos); y la posición de garante del autor es alta, por lo que podría haber aquí una crisis constitucional (el caso es uno de aquellos que se situaría en la “zona de penumbra”).

El artículo 18 establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad. Violando la norma constitucional en un juicio sobre injuria, un Juez fuerza a un testigo a declarar contra un primo que se halla en cuarto grado de consanguinidad. La importancia de la norma es baja (protege la relación familiar con un pariente que se halla en cuarto grado), el grado de su violación también lo es (el caso concreto es de un juicio sobre injuria), aunque el Juez se encuentra en una alta posición de garante de la norma, la cual se halla especialmente dirigida a él. En suma, en atención

a la baja relevancia de los dos primeros criterios, no se puede sostener que la violación a la Constitución haya sido grave y que merezca ser calificada como de crisis constitucional.

El artículo 26 garantiza la libertad de expresión y de prensa. El Poder Ejecutivo, decreto mediante, primeramente censura a un periódico y luego lo clausura. La importancia de la norma es alta, el grado de su violación también lo es y el Poder Ejecutivo se encuentra en principal posición de garante. Luego, se dan todos los requisitos para considerar que esta violación constituye una auténtica crisis constitucional.

En síntesis, queremos aportar cierta claridad en el análisis de las violaciones de normas constitucionales, remarcando algo obvio pero que algunas veces nos pasa desapercibido, a saber: que no todas las violaciones de la Constitución tienen la misma importancia y que, consiguientemente, no todas son capaces de provocar verdaderas crisis que pongan en riesgo el sistema constitucional de un país.

LA “CRISIS INSTITUCIONAL”

También en relación con la violación cualitativa, frecuentemente se oye hablar de “crisis institucional”, con motivo de la violación de una norma constitucional. Si la violación es cualitativa, para que haya un “crisis institucional” es necesario, en primer lugar, que se den los componentes a los que nos referíamos anteriormente pero será necesario algo más: que se vea afectado el funcionamiento de alguna de las instituciones contempladas en la misma Constitución, de otra manera no se puede hablar propiamente de una “crisis institucional”. Así, se podrá hablar de “crisis institucional” en el ejemplo dado anteriormente del Poder Ejecutivo que disuelve el Congreso; o si el Congreso interfiere en facultades privativas del Poder Ejecutivo; o si se produce alguna injerencia por parte de los otros poderes que atente contra la independencia del Poder Judicial; o si se produce la autoatribución por parte del Poder Judicial de facultades no previstas en la Constitución o las leyes. En general la “crisis institucional” deberá ubicarse en la zona de distribución, independencia, equilibrio, y control de poderes. En otras palabras, la violación constitucional deberá guardar relación con la estructura de poder y deberá tener tal entidad que atente de manera grave y actual contra alguno de los principios antes mencionados de

independencia, equilibrio y control, dificultando de manera grave el correcto funcionamiento de alguna de las instituciones previstas en la Constitución. Si por ejemplo, el Poder Ejecutivo impide el libre ejercicio de la libertad de expresión, habrá, como ya dijimos, una grave crisis constitucional, pero no hay “crisis institucional” porque la cuestión no guarda relación con los principios relacionados al correcto funcionamiento de los órganos constitucionales del Estado. En suma, la “crisis institucional” es un tipo de crisis constitucional que se refiere específicamente a la grave alteración del funcionamiento de los órganos del Estado; la alteración debe ser de tal magnitud que afecte de manera notoria la independencia, el equilibrio o el control de las instituciones. Por ejemplo, según el artículo 233 el Presidente de la República no puede ausentarse el país sin dar aviso previo al Congreso y a la Corte Suprema de Justicia. Supóngase que sólo da aviso al Congreso y no a la Corte Suprema. Se ha violado la disposición constitucional, pero, la norma no tiene gran relevancia (es un mecanismo de control de baja importancia), como tampoco es grave la violación (sólo omitió informarle a la Corte Suprema), aunque el Presidente está en especial posición de garante de las normas constitucionales. En este caso, pues, no hay crisis institucional -ni siquiera crisis constitucional- ya que, si bien se trata de la relación entre los poderes del Estado, no existe, sin embargo, un atentado importante contra la independencia, equilibrio o control de los órganos. Nadie puede sostener seriamente que esto pueda dar lugar a la destitución del Presidente por juicio político.

Hace unos años atrás, en el Paraguay, la Cámara de Senadores funcionó durante años con un miembro menos de la cantidad prevista en la Constitución. Durante ese lapso se produjo, a mi entender, una grave violación de la Constitución puesto que, intencionalmente, se impidió varias veces el juramento de un representante legítimamente elegido. Según los presupuestos exigidos para la violación grave, diremos que la norma violada es de alto rango, que la violación es grave y que el autor de la violación reviste no menos importancia. En efecto, se trataba nada menos que de la composición de la Cámara de Senadores (Art. 223) y el autor de la violación era la misma Cámara, la que, sin lugar a dudas, está en posición de garante respecto de su correcto funcionamiento (Art. 202.1). Sin embargo, dicha violación grave (crisis constitucional), no provocó una “crisis institucional” puesto que no se vieron afectados los principios de independencia, equilibrio y control.

Dentro del ámbito procesal, en la Argentina se ha desarrollado el concepto de “gravedad institucional” y se ha dicho que tal cosa ocurre cuando las cuestiones sometidas a juicio exceden el interés de las partes, proyectándose sobre el interés general, de modo que quedan comprometidas las instituciones básicas del sistema de gobierno o los derechos consagrados en la Constitución o los Tratados Internacionales debidamente ratificados. También se ha afirmado que hay “gravedad institucional” cuando la cuestión afecta a la sociedad toda, obstaculiza el desenvolvimiento de los órganos del Estado e incide en la distribución de poder diseñado en la Constitución. En lo que coinciden, en general, los autores argentinos es que la situación se caracteriza porque las circunstancias son excepcionales, los intereses en juego trascienden los particulares y alcanzan a la población en general.

Para concluir, espero que el presente trabajo sea correctamente interpretado, en el sentido de que no propugno, bajo ningún concepto, la violación de la Constitución. Por el contrario, siempre he defendido la tesis de que las constituciones deben ser tomadas en serio y que deben ser cabalmente cumplidas, como requisito indispensable para la convivencia pacífica y la consecución de los ideales allí consagrados. No obstante, su violación es un hecho duro que merece un análisis científico, para lo cual hace falta perfeccionar el instrumental correspondiente. Lo primero que se debe hacer –y es lo que proponemos- es atribuirle a las violaciones constitucionales sus diferentes dimensiones y consecuencias.

BIBLIOGRAFÍA

ANTIEAU, CHESTER. "Modern Constitutional Law" (Ed. Lawyers Cooperative Pb., New York, 1994).

BIDART CAMPOS, GERMAN JOSE. "Derecho Constitucional del Poder" (Ed. EDIAR, Bs. As., 1986).

CHANDLER, RALPH C. Y OTROS. "The Constitutional Law Dictionary" (Ed. ABD-CLIO, Santa Bárbara, California, 1987).

DUVERGER, MAURICE. "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional" (Ed. Ariel, Barcelona, 1979).

LINARES QUINTANA, SEGUNDO V. "Sistema de Partidos y Sistemas Políticos" (Ed Plus Ultra, Bs. As., 1976).

LOEWESTEIN, KARL. "Teoría de la Constitución" (Ed. Ariel, Barcelona, 1970).

MENDONÇA, DANIEL. "Cómo hacer cosas con la Constitución" (Editora Litocolor S.R.L., Asunción, 1999).

MENDONÇA, JUAN CARLOS. "Constituciones de la República del Paraguay" (Ed. CEPUC, Asunción, 1991).

NINO, CARLOS SANTIAGO, "Fundamentos de Derecho Constitucional" (Ed. Astrea, B. As., 1992).

PIETRELLA, DIONISIO. "La Constitución de la República Italiana" (Ed. Dante Alighieri, Bs. As., 1957).

SAYE, ALBERT B. Y OTROS. "Principios del Gobierno Americano" (Ed. EDISAR, Bs. As., 1981).

TUSHNET, MARK V. "Constitutional Law" (Ed. N.Y. UNIVERSITY PRESS, New York, 1992).

LA INAMOVILIDAD DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA: UNA VISIÓN DESDE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Diego Moreno R.A.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. A MODO DE “OBERTURA”: LA ESPECIAL POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN NUESTRO SISTEMA Y EL PROBLEMA DE LA OBJECIÓN DEMOCRÁTICA. III. DOS INTERPRETACIONES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL Y ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA INAMOVILIDAD. A. DOS INTERPRETACIONES CONTRAPUESTAS. B. TRES CONSIDERACIONES SOBRE LA INAMOVILIDAD VITALICIA O SEMI-VITALICIA. IV. SOBRE EL DEFENSOR O “GUARDIÁN” DE LA CONSTITUCIÓN. A. ENTRE LA SUPREMACÍA JUDICIAL Y LA DOCTRINA “DEPARTAMENTALISTA”. B. LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA Y SU GUARDIÁN: UNA PROPUESTA EN CLAVE “DEPARTAMENTALISTA. C. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL SOBRE LA INAMOVILIDAD FRENTE A LA DOCTRINA DEPARTAMENTALISTA. V. CONCLUSIÓN

LA INAMOVILIDAD DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA: UNA VISIÓN DESDE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Diego Moreno R.A.¹

I. INTRODUCCIÓN

La forma de designación y el plazo en el que habrán de permanecer en el cargo los jueces de la Corte Suprema de Justicia revisten la mayor importancia para nuestro sistema político, en razón de que dicho órgano tiene el poder de decidir la no aplicación de los actos normativos de otros poderes del Estado alegando su incompatibilidad con la ley fundamental. Este poder no resulta en principio problemático cuando se trata de disposiciones que claramente contravienen el texto de la Constitución. Pero cuando la ley fundamental se presta a interpretaciones razonables que apuntan en sentidos diferentes, la justificación de la atribución de este poder a los jueces se complica considerablemente. De allí que los magistrados sean auténticos actores políticos dentro de nuestro sistema, y no desempeñan una labor meramente “técnica”, sino que tienen el importantísimo papel de dotar de significado a la Constitución –que es un texto jurídico pero a la vez *político*–, incluso por encima de la interpretación que puedan efectuar los demás poderes del Estado.

De otra parte, hay quienes consideran que la inamovilidad de los jueces constituye un factor decisivo a fin de apuntalar su independencia respecto del poder político. En este sentido, una de las principales aspiraciones de la transición ha sido la de lograr el establecimiento de un

¹ Las opiniones expresadas en este trabajo son a título personal y de la exclusiva responsabilidad del autor, por lo cual en modo alguno comprometen a terceras personas. El autor desea agradecer la generosidad de Roberto Moreno, Manuel Riera Escudero, Jorge Silvero-Salgueiro y Diego Troche Robbiani por sus útiles comentarios, críticas y observaciones a versiones previas de este trabajo. Demás está decir que los errores que permanecen son imputables únicamente a la obstinación del autor.

sistema judicial independiente y que sea capaz de desempeñar la función jurisdiccional de forma eficaz y acorde a los estándares de un moderno Estado de derecho. Ésta es una de las razones por la cual tanto las intromisiones del poder en el ámbito de la justicia como la sumisión de ésta a intereses políticos hayan sido objeto de preocupación a lo largo de la transición.

Sin embargo, más allá de estas legítimas aspiraciones e inquietudes, en ocasiones se puede pasar por alto determinadas cuestiones contextuales que en nuestro sistema condicionan la conexión que se pretende establecer entre la inamovilidad de los jueces y su independencia respecto a influencias políticas. Incluso en un sistema como el norteamericano, que consagra la inamovilidad vitalicia de los jueces², existen importantes estudios empíricos que dejan en evidencia la influencia de factores políticos en las decisiones judiciales, a pesar de haberse instituido un régimen de inamovilidad vitalicia³. Además, aunque la independencia sea uno de los argumentos más frecuentemente empleados para defender la inamovilidad de los magistrados, y en especial, la de aquellos pertenecientes a las más altas instancias judiciales, hay otras razones, enraizadas en cuestiones de teoría constitucional, que también ponen en entredicho la figura de la inamovilidad, al menos cuando ésta es entendida como la permanencia en el cargo durante periodos que resultan más extensos de lo que pudiera resultar aconsejable.

² Artículo III, Constitución de los EE.UU. Esta disposición se aplica tanto a los jueces de la Corte Suprema como a los magistrados de instancias inferiores a nivel federal, y establece que la permanencia en el cargo se da mientras los jueces mantengan “buena conducta”.

³ Véase, a título de ejemplo, C. R. Sunstein *et al.*, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings, Washington, DC, 2006; y B. Friedman, “The Politics of Judicial Review”, 84 *Texas Law Review* 287 (2006). Sin embargo, el tipo de influencia política que se da en cada sistema es diferente, aunque no me extenderé en este lugar en señalarlas. Me limitaré a apuntar que en nuestro país acaso las influencias se darían más a través de cuestiones vinculadas a la política partidaria, en tanto que en los EE.UU. entran a tallar otro tipo de condicionantes políticos, como la ideología del juez, las convicciones políticas predominantes de las élites gobernantes, etc. Sobre este último punto, véase R. A. Dahl, “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, 6 *Journal of Public Law* 279 (1957).

El tema merece entonces ser objeto de reflexión. Sobre todo en razón de que, como es de público conocimiento, se trata de un asunto de interés fundamental y permanente para el desenvolvimiento institucional del país, el cual, ante la ausencia de una solución pacíficamente aceptada, originada en un problema de interpretación constitucional, tiende a reflotar cada tanto tiempo bajo la forma de crisis políticas. La última de ellas se produjo en el mes de abril de 2012, cuando por medio de una resolución, el Senado decidió la no confirmación de siete de los nueve ministros que integran el más alto tribunal de la República⁴, contrariando así la interpretación de la Corte Suprema sobre esta materia que considera que los ministros son inamovibles hasta la edad de 75 desde el momento en que son designados, sin necesidad de ser confirmados en el cargo⁵. A partir de allí se desató una contienda entre ambos poderes, cuyas implicaciones político-partidarias no permitieron que se ventilasen en el debate posiciones del todo objetivas, sumado a la nula o escasa participación en el mismo por parte de sectores académicos vinculados al mundo del derecho⁶.

De todas maneras, mi intención no es hacer un recuento del desarrollo de esta crisis, sino más bien poner de relieve un conjunto de fenómenos interrelacionados que suscita esta cuestión y para la cual, a mi modo de ver, no se ha ensayado todavía una respuesta teórica satisfactoria y comprehensiva que nos permita lidiar adecuadamente con dichos fenómenos.

En efecto, como tendremos ocasión de ver, no se trata solamente de determinar si, de acuerdo a la Constitución, los ministros de la Corte Suprema deben o no ser confirmados en el cargo, o si, por el contrario, son inamovibles hasta la edad de 75 años desde el momento en que son designados. La cuestión encierra ingredientes mucho más complejos,

⁴ Resolución No. 824/2012 del 12 de abril de 2012. La reacción de la Corte Suprema no se hizo esperar, y se produjo a través de la Resolución 3727 dictada ese mismo día, la cual declaró que la resolución del Senado carecía de validez.

⁵ Por ejemplo, los siguientes Acuerdos y Sentencias: 557/2007; 1149/2008; 37/2009; 110/2009; 443/2009; 947/2009; así como la Resolución 1924/2009.

⁶ Por lo demás, no podía esperarse una presencia muy activa de estos actores debido a que resultan virtualmente inexistentes en nuestro país. Sobre el preocupante estado de la enseñanza del derecho y de la investigación jurídica en el Paraguay, véase el sugestivo ensayo de R. Moreno, "El derecho paraguayo ante la encrucijada de la 'carne': algunos plagues con motivo del bicentenario" (versión en manuscrito en poder del autor).

algo que el mero ejercicio interpretativo no permite ver con claridad, y que van desde el complejo papel que desempeña la Corte Suprema en nuestro sistema político, hasta la cuestión de quién debe ser el defensor de la Constitución en situaciones de crisis institucionales derivadas de las distintas interpretaciones que puedan tener de la ley fundamental diferentes poderes del Estado. En consecuencia, en este estudio me propongo abordar la problemática desde una perspectiva más comprensiva, aunque sin pretensiones de exhaustividad, pues el tema resulta harto complejo, como tendremos ocasión de ver.

En lo que sigue procederemos entonces del siguiente modo. En primer lugar, intentaré reconducir la discusión sobre la inamovilidad de los ministros hacia el problema señalado al inicio de este trabajo, y que se traduce en la posibilidad de que un órgano de escasa intensidad democrática pueda acabar configurando, principalmente a través del ejercicio del control judicial de las leyes dictadas por el Congreso, los perfiles del ordenamiento político y social del país, lo cual podría acarrear algunos problemas de encaje en un sistema que aspira a ser constitucional y a la vez democrático (sección II). Esta discusión abrirá el escenario entonces para abordar la temática de este trabajo desde la perspectiva de la teoría constitucional. Con esto se pretende arrojar luz sobre el hecho de que detrás de la articulación específica de la figura de la inamovilidad, así como de la pregunta acerca del órgano encargado de decidir en última instancia sobre dicha articulación ante la existencia de dos interpretaciones encontradas, se esconden en realidad profundas implicaciones políticas e institucionales de una enorme trascendencia para un sistema de democracia constitucional.

Posteriormente, me detendré por un instante en el debate sobre las dos interpretaciones existentes con relación a si los ministros son inamovibles automáticamente al ser nombrados para el cargo o si requieren antes pasar por el procedimiento de confirmación previsto en la ley fundamental. Como es sabido, existen al menos dos posiciones sobre esta cuestión que pretenden ser defendidas apelando al texto constitucional. El hecho de que existan diferentes interpretaciones produce como resultado consecuencias de diverso orden. En primer término, ello invita a una reflexión, de lege ferenda, sobre la figura de la inamovilidad. En este sentido, intentaré argumentar que no está claro que resulte conveniente para un sistema político como el nuestro el que los

jueces adquieran la inamovilidad hasta la edad de 75 de forma automática. Además, al haber dos interpretaciones que pugnan por prevalecer, acaso sea posible aproximarse a las prescripciones que se derivan de esta discusión al optar por una de ellas (sección III).

Otra consecuencia de las distintas interpretaciones que suscita el texto constitucional sobre este punto consiste en que debemos orientar la mirada hacia cómo deben resolverse los desacuerdos de interpretación sobre la Constitución cuando dos posturas en tensión enfrentan a distintos poderes del Estado, con especial énfasis en la relación entre el Congreso y la Corte Suprema. En efecto, aunque existen interpretaciones encontradas, una de ellas debe finalmente prevalecer, por aquello de que dos normas incompatibles no pueden coexistir al interior de un mismo sistema jurídico. Sugeriré que, en nuestro sistema constitucional, una solución “departamentalista”, que propicia una interpretación compartida de la Constitución, acaso resulte prometedora, en oposición a un sistema de supremacía judicial excluyente y sectario que pretende otorgar un monopolio interpretativo a la Corte Suprema. Este último sistema tiende a convertir a dicha instancia en el único “guardián” de la Constitución, en detrimento de los demás poderes del Estado, que al menos en teoría deberían ser más representativos de la voluntad ciudadana (sección IV). Las conclusiones serán expuestas en la última sección.

II. A MODO DE “OBERTURA”: LA ESPECIAL POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN NUESTRO SISTEMA Y EL PROBLEMA DE LA OBJECIÓN DEMOCRÁTICA

Dada la especial posición que en nuestro ordenamiento político y jurídico ocupa la Corte Suprema, centraré mi atención en este estudio únicamente en el régimen de los ministros que la integran, no así en el de los jueces ordinarios, a los que quizás resultaría adecuado aplicar el régimen de la inamovilidad hasta la edad de 75 años, siguiéndose previamente el procedimiento de confirmación previsto en la Constitución. En este sentido, la existencia de una carrera judicial, con cuadros de magistrados bien entrenados y seleccionados a través de un proceso riguroso y competitivo de méritos y aptitudes, e inmersos en una cultura presidida por determinados valores propios de la función judicial, es una práctica que existe actualmente en varios de los sistemas jurídicos más desarrollados del mundo, algo con la cual, en principio, no abrigo

objeciones. Por esta razón, además de la necesidad de acotar mi objeto de estudio, la situación de los jueces de inferior jerarquía no será abordada en este lugar⁷.

En el caso de los ministros del máximo tribunal las cosas son, sin embargo, distintas. En nuestro país, la Corte Suprema, y en especial, la Sala Constitucional de ésta, poseen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el Congreso de manera exclusiva. El problema que deseo plantear es si, dado el enorme poder que entraña esta facultad de invalidar las decisiones del órgano que debería encarnar mejor que ningún otro la representación ciudadana, es conveniente que los ministros del máximo tribunal sean inamovibles de por vida, o hasta la edad de 75 años, que viene a ser casi lo mismo. Asimismo, pretendo dejar abonado el terreno para la discusión que vendrá más adelante, a saber, la de si los jueces deben en efecto tener siempre la palabra final sobre la interpretación constitucional.

Como es sabido, la “objeción democrática” –o “dificultad contramayoritaria”, fórmula que también se emplea para aludir al tema– constituye un problema originado inicialmente en la teoría constitucional norteamericana, que recibió una enorme atención académica a partir de la obra del jurista Alexander Bickel, y que posteriormente se convirtió en el problema por excelencia de la teoría constitucional norteamericana, incluso hasta nuestros días⁸. Como espero quede en claro a lo largo de este trabajo, sin un conocimiento cabal de las implicaciones del problema de la objeción democrática que se plantea contra el poder que detentan los jueces, resulta difícil llegar al fondo de las cuestiones

⁷ En general, para una discusión sobre la inamovilidad, véase el M. Riera Hunter, “Principio de inamovilidad judicial”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución*, T. II, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002; así como R. Maciel Guerreño, “La inamovilidad judicial”, disponible en:

http://www.rmg.com.py/publicaciones/DerechoConstitucionalyPolitico/Ruben_InamovilidadJudicial-Monografia.pdf.

⁸ Pon poner solo algunos ejemplos en los cuales se destaca la centralidad de este problema, véase B. Friedman, “The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy”, 73 *New York University Law Review* 333 (1998), p. 334; B. Ackerman, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, 93 *Yale Law Journal* 1013, p. 1016 (1984); y L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, vol. I., 3ª ed., Foundation Press, New York, 2000, pp. 302-4.

políticas e institucionales más importantes que se pretenden abordar en este estudio.

Para Bickel, quien contribuyó a impulsar el debate con su influyente obra *The Least Dangerous Branch*⁹, había una enorme paradoja en el hecho de que las decisiones de un órgano que aspiraba a la representación popular, como lo era el Congreso norteamericano, podían ser dejadas de lado, a través del ejercicio del control judicial de la ley (o “judicial review”), por una decisión de un órgano no electo a través de votaciones periódicas y populares, carente de representatividad, y cuyos miembros no respondían por sus decisiones ante el electorado, como lo era la Corte Suprema (y los jueces en general). A criterio de Bickel, cuando la Corte, bajo el pretexto de interpretar la Constitución, invalida una decisión del legislativo, esto “frustra la voluntad de los representantes del pueblo actual de aquí y de ahora”. La Corte, proseguía el autor, ejerce el control judicial “no en nombre de la mayoría, sino en su contra”. Para Bickel, esto resultaba problemático en razón de que se suponía que el sistema de gobierno de su país era democrático (de allí la denominación de “dificultad contramayoritaria”). Sin embargo, las decisiones democráticas podían ser dejadas de lado por un órgano no democrático, “anomalía” que según el autor en cuestión requería algún tipo de respuesta.

Según la concepción tradicional del control judicial (antes de que fuese problematizada en el sentido en que lo hizo Bickel), se asumía que la Corte Suprema, cuando invalidaba, por ejemplo, una ley del órgano legislativo en función a su inadecuación con la “superior law”, no hacía más que dar prevalencia a la Constitución, que era la ley fundamental, y a la cual todas las demás leyes de inferior jerarquía debían adecuarse. De allí que muchos juristas no percibiesen en toda su dimensión la gravedad del problema que Bickel señalaba¹⁰. En efecto, la concepción tradicional

⁹ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., 1986.

¹⁰ Hubo, desde luego, notables excepciones anteriores a la obra de Bickel. Por ejemplo, la experiencia de la Era Lochner, abordada más abajo en el texto, marcó una huella muy profunda en juristas como Oliver Wendell Holmes, Felix Frankfurter y Learned Hand (todos ellos, por cierto, jueces de la Corte Suprema que sentían ciertas ansiedades ante el “judicial review”). Por lo demás, el debate sobre la legitimidad del control judicial de las leyes tiene incluso antecedentes más remotos, ya que hunde sus raíces en la época de los primeros años de la joven república.

gozaba de un profundo arraigo, y se anticipaba ya en *El Federalista* No. 78, escrito por Hamilton, y cuya lógica fue posteriormente recogida por el juez Marshall en *Marbury v. Madison*¹¹, fallo en virtud del cual, por primera vez, la Corte Suprema norteamericana se atribuyó la función de controlar la adecuación de las disposiciones jurídicas de inferior jerarquía a la Constitución.

Para la concepción tradicional, influida en buena medida por el razonamiento Hamilton-Marshall, la tarea de aplicar la Constitución constituía una labor puramente mecánica, que no planteaba demasiadas dificultades prácticas. Se trataba simplemente de verificar si una disposición se adecuaba o no a la Constitución¹². De allí que la defensa tradicional del poder de los jueces de invalidar las leyes del Congreso cuando éstas resultaban contrarias a la Constitución no era vista como algo problemático, siempre y cuando se aceptase al mismo tiempo la idea de una norma suprema y rígida que debía prevalecer por sobre todas las demás normas del sistema jurídico¹³.

Sin embargo, a partir del realismo jurídico, corriente del pensamiento jurídico norteamericano que negaba la interpretación puramente objetivista de la constitución (y quizás incluso antes, con los trabajos del jurista James Bradley Thayer sobre la presunción de constitucionalidad¹⁴), comenzó a constatarse que la Constitución, en verdad, era susceptible de diferentes interpretaciones, y que una interpretación puramente mecánica y objetivista, como la propiciada por Hamilton-Marshall, simplemente no estaba a nuestro alcance en muchos

¹¹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹² Resulta significativo el ejemplo utilizado por Marshall en *Marbury*, a saber, el de la inconstitucionalidad de una medida que dispusiese la posibilidad de establecer una condena por traición basada en el testimonio de un solo testigo, en lugar de dos, como exige la Constitución de los EE.UU. Se trata de un caso claro y que no admite dudas.

¹³ En efecto, éste constituye un problema diferente al del poder de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Aquí se pone énfasis en que una norma rígida y suprema deba prevalecer sobre la legislación ordinaria. El problema guarda relación con el conocido argumento jeffersoniano acerca de la “tiranía del pasado”, en virtud del cual la objeción contramayoritaria pasa a ser una objeción inter-generacional. Para una exposición, véase S. Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

¹⁴ J. B. Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review* 129 (1893).

casos de relevancia constitucional. Esto significaba, en la práctica, que los jueces tenían un enorme poder de apreciación para interpretar y atribuir determinados significados a la Constitución, los cuales podían a su vez ser contestables desde distintas perspectivas.

El periodo conocido en la historia constitucional norteamericana como la “Era Lochner”¹⁵, por ejemplo, demostró lo controvertido que podía llegar a ser el otorgar tanto poder a un puñado de magistrados que, con excepciones notables como la de Oliver Wendell Holmes¹⁶, se aferraban a una interpretación de la Constitución en clave libertaria que los llevaba a desconocer la legislación de carácter social que se intentaba introducir en aquella época para regular nuevos ámbitos de la vida humana a la luz de las cambiantes realidades sociales. Como es de público conocimiento, esta etapa de la Corte Suprema norteamericana acabó tras el enfrentamiento entre el Presidente Franklin D. Roosevelt con el máximo tribunal, con la derrota final de los jueces conservadores (quienes recibían el mote de los “nine old men”, queriendo con esto ponerse de relieve que el país se hallaba en manos de nueve adultos mayores que no se encontraban ya a tono con las convicciones sociales predominantes).

Un tiempo después, habrían de sobrevenir los tiempos del Tribunal Warren, de un acentuado activismo judicial que trascendía las convenciones interpretativas generalmente aceptadas en torno a la Constitución para en cierta forma impulsar una agenda progresista, a contrario de lo que ocurrió durante la Era Lochner. Aquí el problema se

¹⁵ La etapa lleva su nombre a raíz del paradigmático caso *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905), en el cual la legislatura del estado de Nueva York intentó poner el límite de sesenta horas semanales laborales para los trabajadores panaderos, pero la Corte Suprema entendió que dicha regulación atentaba contra la libertad contractual que supuestamente tenía su fundamento en la Constitución. En general, para una útil introducción en español a las distintas etapas del derecho constitucional norteamericano, véase C. Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

¹⁶ En su disidencia a *Lochner*, Holmes había expresado en su voto: “a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States.”

planteaba desde coordenadas ideológicas inversas: ¿cómo podía justificarse el poder de los jueces –incluso cuando tenía por objeto defender causas progresistas, como los derechos de minorías oprimidas¹⁷– si a final de cuentas sus métodos resultaban muy cuestionables desde un punto de vista jurídico y si sus decisiones no podían reconducirse fácilmente al texto de la Constitución?

Finalmente, en otro de esos movimientos pendulares que da la historia, el Tribunal Rehnquist, durante las últimas décadas del siglo XX y hasta los primeros años del presente, promovió una reacción contra una buena parte de la jurisprudencia progresista de la Era Warren para intentar restaurar, a través de un activismo judicial muy resistido por distintos sectores sociales y académicos, una jurisprudencia de orientación marcadamente conservadora.

Aunque no puedo hacer aquí una historia completa de la evolución jurisprudencial del máximo órgano judicial norteamericano, espero que esta apretadísima síntesis “en tres actos” sirva para ilustrar el enorme poder que puede llegar a tener un órgano no representativo, elitista y aristocrático –en el sentido sociológico y no peyorativo de estos términos– en la configuración del orden político y social de un país entero, imprimiéndole determinadas orientaciones ideológicas a expensas de sus órganos políticos más democráticos y representativos, e incluso de la opinión de la ciudadanía. Por lo demás, en todas estas etapas, determinadas decisiones de la Corte Suprema generaron no sólo una buena dosis de rechazo ciudadano (acaso con la posible excepción del Tribunal Warren), sino un efecto adverso al que la Corte tenía en mente al adoptar sus decisiones¹⁸, y general, no pocas disfunciones en un sistema político en el que la máxima instancia judicial, impropiamente, parecía cumplir una tarea legislativa a través de la cual decidía cuestiones fundamentales para la vida del país. Muchos consideraban que esto no se adecuaba a una arquitectura constitucional que consagraba el principio de separación y equilibrio de poderes.

¹⁷ La justificación de este nuevo papel para el control judicial provenía de la nota al pie número 4 del fallo *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938).

¹⁸ Véase, por ejemplo, M. Klarman, “How *Brown* Changed Race Relations: The Backlash Thesis”, 1 *Journal of American History* 81 (1994).

Hoy en día, el pluralismo de valores que caracteriza a todas las sociedades democráticas modernas, y su impacto a la hora de diseñar nuestras instituciones políticas, resaltado por autores como el filósofo político John Rawls¹⁹ y aplicado al ámbito constitucional –en el que dicho pluralismo permea– por el iusfilósofo Jeremy Waldron²⁰ y varios otros, ha venido a reforzar la dificultad que reviste la interpretación mecanicista de la constitución que había sido sostenida en su día por la filosofía Hamilton-Marshall. De esta forma, el problema se ha revigorizado en los últimos años.

Ésta es, en apretadísima síntesis, una descripción de la objeción democrática al gobierno de los jueces, que adquiere una especial gravedad cuando se ejerce el control judicial dejándose sin efecto las leyes dictadas por el órgano que mejor encarna, en términos comparativos, la representación ciudadana –es decir, el Congreso– bajo el argumento de que resultan contrarias a la Constitución²¹. Según lo dicho anteriormente, en este debate acaso se encuentre una de las claves para abordar no sólo el problema de la inamovilidad de los jueces, con un conocimiento más cabal de las profundas implicaciones políticas e institucionales que el mismo entraña, sino además, el problema acerca de qué órganos deberían tener una participación a la hora de dotar de significados a la Constitución cuando existen interpretaciones contrarias que enfrentan a distintos poderes del Estado²².

¹⁹ J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia, New York, ed. 2005.

²⁰ J. Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999.

²¹ Para una monografía donde abordo más exhaustivamente el tema, véase, del autor, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

²² De todas formas, es importante remarcar que el problema de la objeción democrática ha sido enfatizado, por lo general, en relación a las cláusulas más abiertas, vagas e indeterminadas de las constituciones, y que el debate se ha centrado, sobre todo, en aquellas disposiciones de un acentuado carácter político y moral, como las que consagran derechos fundamentales, valores y principios constitucionales que remiten al razonamiento moral, y otras similares sobre las cuales es de esperar que se produzcan desacuerdos razonables a la hora de interpretarlas o aplicarlas a situaciones fácticas específicas. Sin embargo, por razones que no intentaré explicar en este lugar, en nuestro país, el problema ha impregnado a casi todas las cláusulas de la Constitución, incluso a aquellas que no necesariamente presentan estas características y que en apariencia debían de haber sido de aplicación más sencilla, como se puso en evidencia con la crisis desatada a raíz de la intención de modificar la Constitución para permitir la reelección

III. DOS INTERPRETACIONES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL Y ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA INAMOVILIDAD

A. DOS INTERPRETACIONES CONTRAPUESTAS

En esta sección dejaré de lado la discusión sobre la objeción democrática al poder los jueces para volver la mirada brevemente a las dos interpretaciones que ha suscitado el tema de la inamovilidad de los ministros de la Corte Suprema. Mi objetivo es poner de manifiesto que, más allá de mis preferencias personales, pueden ofrecerse dos interpretaciones de la cuestión que pretenden hallar sustento en el texto constitucional, por lo cual, a mi entender, el problema no puede limitarse a un mero debate interpretativo sino debe ser trascendido para prestar atención además a otro tipo de cuestiones, como por ejemplo, la de cómo lidiar con situaciones de desacuerdos sobre el significado constitucional que enfrentan a diferentes poderes del Estado.

Se podría objetar, sin embargo, que esta aproximación resulta inadecuada, en el sentido de que existe una interpretación que podría resultar superior a la otra, independientemente a que puedan invocarse argumentos jurídicos para defender ambas posiciones. La disputa debería librarse entonces en el ámbito de la interpretación jurídica, según esta posición. ¿Pero cuáles son las consecuencias que ello traería aparejado en términos prácticos? La respuesta es que casi ninguna, y la explicación de esto es muy sencilla. Bajo un sistema de supremacía judicial que otorga la última palabra a los órganos jurisdiccionales, la firmeza de las decisiones de estos últimos no está condicionada a su corrección material. En consecuencia, así como debemos ocuparnos de buscar la mejor interpretación posible, también debemos hacer un hueco en nuestra agenda para lidiar con la pregunta acerca del procedimiento empleado para decidir en última instancia sobre el significado constitucional. Éste es el motivo por el cual la cuestión del defensor de la constitución se vuelve perentoria y será abordada más adelante (sección IV).

presidencial por vía de la enmienda o de la reforma, y también, a través de la disposición según la cual los ex presidentes electos democráticamente deben ser senadores vitalicios. De allí ese lugar común según el cual en nuestro país, en materia jurídica, todo resulta “opinable”, para perplejidad y frustración de no pocos ciudadanos.

Volvamos entonces a la tesis inicial. Es de público conocimiento que la pregunta jurídica acerca de la inamovilidad de los ministros de la Corte Suprema encuentra al menos dos interpretaciones que conducen a resultados opuestos²³. La primera de ellas hace hincapié en el Art. 261 de la Constitución. Según esta posición, y con base en dicha norma, se interpreta que los ministros son inamovibles automáticamente hasta la edad de 75 años desde el momento en que son designados para el cargo, sin necesidad de confirmación alguna, y que sólo pueden ser removidos por vía del juicio político. A su vez, la interpretación contraria prioriza la aplicación del Art. 252, según párrafo, e insiste en que los ministros deben pasar por la confirmación por dos períodos siguientes al de su elección antes de que adquirieran la inamovilidad hasta la edad de 75 años.

Los pormenores de esta disputa ya han sido discutidos a cabalidad y no volveré sobre ellos en este lugar²⁴. Lo cierto es que, nos guste o no, existen dos interpretaciones contrapuestas. Siendo así las cosas, ¿quién tiene la razón? O mejor dicho, ¿puede discernirse una única respuesta correcta en este caso? A mi modesto entender, los argumentos que defienden la primera de las posiciones expuestas resultan algo endeble, y en lo personal considero desafortunado el hecho de que la Corte no haya otorgado en sus sentencias un peso mayor

²³ En consecuencia, resultaría impropio en este caso emplear los términos “laguna” o “vacío legal”, como han pretendido algunos. Este tipo de situaciones se da cuando ninguna norma del sistema jurídico resulta aplicable a un supuesto de hecho. En este caso ocurre precisamente todo lo contrario, ya que, como se verá en el texto, existen, a falta de una, dos normas que podrían ser aplicadas para resolver el caso.

²⁴ Algunos estudios completos, rigurosos y detallados son los de M. Riera Escudero, “La Corte Suprema de Justicia. Hipótesis en conflicto” (versión en manuscrito en poder del autor, aunque el texto ha sido publicado en *La Ley. Revista jurídica paraguaya*, 1999); D. Troche Robbiani, dictamen titulado “Amovilidad e Inamovilidad. Inexistencia de las resoluciones y sentencias que declaran la inamovilidad” (versión en manuscrito en poder del autor); y J. Seall-Sasiain, “Cuestionable inamovilidad permanente de los ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura”, disponible en: <http://www.ssva.com.py/publicaciones/inamovilidad.doc>. También pueden consultarse las respectivas sentencias de la Corte Suprema sobre el tema. Algunas de las más recientes se encuentran disponibles en: http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Gaceta_Judicial_1_2010.pdf.

o afrontado más directamente las críticas que varios autores ya habían planteado en ocasión de los primeros fallos dictados sobre esta materia²⁵.

Sin embargo, lo cierto es que la cuestión puede ser interpretada de diferentes maneras, en parte debido a una redacción no del todo feliz del texto constitucional (hay que reconocerlo), aunado al hecho de que la práctica constitucional posterior tampoco ha podido solucionarla de manera satisfactoria (de lo contrario no se producirían las crisis). En consecuencia, el significado constitucional relativo a esta cuestión debe ser “construido”, por así decirlo, más que “encontrado” dentro de los confines de las cuatro esquinas del texto constitucional (como pretendía la postura “interpretativista” dentro de la teoría constitucional norteamericana²⁶).

Ahora bien, ¿quién construye y cómo se construye el significado constitucional ante situaciones de este tipo? Una respuesta plausible es que esto debe hacerlo “el guardián” de la Constitución. ¿Pero quién es “el guardián” de la Constitución? La última parte de este Art. estará dedicada a ensayar una respuesta a esta pregunta. Antes, sin embargo, y ante la inexistencia de una única respuesta a la pregunta sobre la inamovilidad, me propongo analizar si sería o no conveniente que los ministros de la Corte Suprema sean automáticamente inamovibles hasta la edad de 75 años, sin necesidad de pasar por el proceso de confirmación. El abordar la cuestión desde esta perspectiva podría resultar provechoso no sólo como una discusión de lege ferenda, sino en razón de que, al no existir una solución constitucional pacíficamente aceptada sobre el tema, los argumentos que serán expuestos podrían ser tenidos en cuenta por los órganos eventualmente encargados de la defensa de la Constitución y de dotar de significado a la misma.

²⁵ Pero véase, sin embargo, R. Campos Cervera, “Teoría y práctica de la interpretación constitucional – Intérpretes naturales y ocasionales de la Constitución”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución*, T. III, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007, pp. 132 y ss., quien ha modificado su criterio inicial y sucesivamente se ha adherido a cada una de las dos interpretaciones.

²⁶ Sobre el debate “interpretativismo / no interpretativismo”, véase J. H. Garvey y T. A. Aleinikoff (eds.), *Modern Constitutional Theory*, 3ª ed., West Publishing, Minnesota, 1994, capítulo 2, sección B.

B. TRES CONSIDERACIONES SOBRE LA INAMOVILIDAD VITALICIA O SEMI-VITALICIA

Dejemos entonces de lado el ejercicio de interpretación de la Constitución para intentar responder a una pregunta distinta. ¿Es conveniente para el sistema político paraguayo el que los jueces de la Corte Suprema sean inamovibles automáticamente hasta la edad de 75 años, sin pasar previamente por el proceso de confirmación previsto en la Constitución? Mi respuesta se inclina hacia la negativa, por tres razones. Una de ellas guarda relación con la pretendida conexión entre la inamovilidad y la independencia, en tanto que las dos restantes están muy estrechamente vinculadas al problema de la objeción democrática al que aludíamos en la sección II.

En primer lugar, resulta dudoso que la inamovilidad por sí sola contribuya a consolidar la independencia judicial respecto de la política, al menos dentro de nuestro sistema. Recordemos que éste es uno de los principales argumentos que se encuentra detrás de la lógica de la inamovilidad de los jueces, aunque a veces se tiende a asumirlo más como un dogma que otra cosa. En efecto, se trata, ante todo, de una tesis empírica, por lo cual nada mejor que acudir a la experiencia. Los ministros de la anterior Corte Suprema (la que fue sometida a juicio político durante el gobierno de Duarte Frutos) se consideraban inamovibles a raíz de los fallos de dicha instancia que declaraban su inamovilidad. Si se consideraban inamovibles, era de esperar como resultado su independencia respecto del poder político. Sin embargo, a pesar de que los ministros de aquel entonces se consideraban inamovibles, aun así se hicieron públicas algunas actitudes y comportamientos impropios de la función judicial. Es decir, en todas estas instancias se operaba bajo el supuesto de la inamovilidad, pero los hechos, cuando no demostraban de manera incontestable, cuando menos evidenciaban ciertos vínculos con el poder político que no se condicen con el ideal de la independencia judicial.

Es difícil dar cuenta de por qué se produce este fenómeno desde un análisis jurídico-constitucional, y quizás la ciencia política esté mejor equipada para ofrecer una explicación satisfactoria, ya que como he dicho, se trata de una cuestión empírica. Lo cierto es que, si tomamos en cuenta ciertos factores culturales que condicionan el comportamiento de

los diferentes actores políticos de nuestro sistema, incluidos los miembros de la Corte, la inamovilidad no parece haber constituido un obstáculo que sirva para blindar a los jueces de la máxima instancia judicial de influencias político-partidarias.

Se podrá acaso objetar que se trata de casos patológicos, de conductas impropias imputables únicamente a sus autores, pero que en modo alguno pueden condicionar el diseño de nuestras instituciones republicanas. Sin embargo, en el fondo, la tradición del constitucionalismo moderno, desde sus remotos orígenes con la Carta Magna del año 1215, pasando por las distintas oleadas constitucionales que resultaron a partir de las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII, ha estado motivada precisamente por una actitud de desconfianza hacia el uso abusivo del poder. En consecuencia, el constitucionalismo moderno se asoció desde sus orígenes de forma muy íntima con la adopción de mecanismos institucionales para hacer frente a situaciones de este tipo que podían presentarse en la práctica. De allí que acaso sea más sano y acorde con el espíritu de esta tradición el prever dispositivos para enfrentar situaciones que puedan dar lugar a un uso abusivo del poder, antes que acabar confiando en la virtud incorruptible de quienes eventualmente terminen ocupando posiciones de poder, cualesquiera que éstas sean²⁷.

En segundo lugar, un cargo que otorga tanto poder –como pudo verse más arriba cuando expusimos sobre el problema de la objeción democrática al gobierno de los jueces– no debería ser vitalicio o semi-vitalicio, no sólo por una cuestión de elemental prudencia, sino en razón de que el establecimiento de plazos limitados de duración para los cargos públicos preserva mejor las formas de un sistema político con componentes republicanos y liberales que pretende *limitar* el poder²⁸.

²⁷ Por supuesto que sería bueno contar con nueve ministros con la integridad de un Jerónimo Irala Burgos. Uno de los más importantes constitucionalistas norteamericanos de los últimos tiempos, John Hart Ely, decía en una obra muy famosa que el juez de la Corte Suprema de su país, Earl Warren, era su héroe. Si el autor de estas líneas debería elegir a algún magistrado como su héroe personal, sin duda sería el maestro Irala Burgos. ¿Pero cuáles son las probabilidades reales de contar con nueve ministros de una virtud casi sobrehumana como la que ejemplificaba esta auténtica *rara avis* judicial?

²⁸ Dicho sea de paso, éste es un argumento que en otros lugares he empleado para sugerir el carácter desafortunado de la propuesta de modificar la Constitución para permitir la

Finalmente, un tercer argumento contrario a la inamovilidad vitalicia o semi-vitalicia de los ministros, que también remite al problema de la objeción democrática, guarda relación con la experiencia comparada sobre la materia. Hoy día el modelo norteamericano de la inamovilidad vitalicia para los miembros del más alto tribunal se halla bastante desacreditado, precisamente en razón de que el problema de la objeción democrática ha sido percibido con mayor agudeza tanto por los estudiosos (constitucionalistas y politólogos) como por parte de la clase política de dicho país, que también demuestra una gran sensibilidad hacia este asunto. (No hay prácticamente una elección presidencial en la que este tema no sea objeto de atención durante la campaña política.) Acaso el sistema se mantiene en los Estados Unidos únicamente debido al peso que la tradición otorga al documento constitucional de este país, más allá de algunas propuestas de reforma que es difícil que lleguen a prosperar²⁹.

reelección presidencial, algo que no se entiende, al menos desde el punto de vista del ciudadano común y corriente, en un contexto en el que prácticamente todos los presidentes de la transición han culminado sus mandatos sumidos en el desprestigio y la impopularidad. El entusiasmo que despierta este tipo de propuestas acaso sea más fácil de entender, por razones obvias, desde la perspectiva de quienes detentan el poder antes que desde la perspectiva de los ciudadanos ordinarios. Para mi posición sobre este tema, véase, del autor, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro”, en J. M. López Ulla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en iberoamérica*, Civitas/Thomson Reuters, 2011, así como “Escepticismo, sentido común y reforma constitucional”, disponible en: <http://novapolis.pygglobal.com/10/escepticismo.php>. De otra parte, también valdría la pena explorar la aplicación de esta tesis que pretende limitar las posibilidades de reelección al ámbito parlamentario, en relación al cual actualmente se promueve la supresión de las “listas sábanas” a fin de evitar que los legisladores —especialmente los más desprestigiados ante la opinión pública— se perpetúen en sus cargos al amparo de las listas partidarias. En lugar de eliminar el sistema de votación por listas para introducir un sistema sobre el cual pesan muchas dudas de implementación y que algunos incluso consideran podría provocar graves disfunciones al sistema electoral y un manto de dudas que podría afectar seriamente la legitimidad de una futura elección, resultaría más sencillo limitar las posibilidades de reelección de los legisladores, al menos si lo que se pretende es evitar que se perpetúen en sus cargos. De todas formas, ésta es una cuestión ajena al tema central de este trabajo y que merecería un tratamiento aparte a fin de abordarlo cabalmente, pero que indudablemente conecta con el debate sobre la inamovilidad de los ministros, como parte integral de nuestra arquitectura constitucional.

²⁹ Véase, por ejemplo, M. J. Perry, “Protecting Human Rights in a Democracy. What Role for the Courts?”, 38 *Wake Forest Law Review* 635 (2003); así como S. Levinson, *Our Undemocratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2006, capítulo 4.

Aun así, importantes constitucionalistas norteamericanos se quejan de estar sometidos a una especie de “gobierno de los jueces”, en virtud del cual, como hemos visto más arriba, deben soportar por varias décadas a nueve jueces que no son democráticamente electos ni tampoco responden políticamente ante el electorado, pero que sin embargo tienen el poder nada trivial de decir lo que la Constitución dice o no dice. Y siguen teniendo este poder aun cuando, debido al paso de los años, las convicciones sociales sobre los grandes temas constitucionales que prevalecían cuando fueron nombrados para el cargo ya han dado paso a las de una nueva generación, como ocurrió con toda claridad durante la Era Lochner.

En contraposición al modelo estadounidense, un modelo más adecuado, en el sentido de que contribuye si no a eliminar del todo, cuando menos a mitigar el problema de la objeción democrática, y hacia el cual muchas constituciones modernas tienden a converger, es el europeo. Bajo este modelo, los miembros de los tribunales constitucionales gozan de un período más que razonable para ejercer el cargo, que se extiende de entre siete a quince años, dependiendo del país. Esto permite que las convicciones de los jueces se mantengan a tono con las de la sociedad, a la vez de posibilitar una sana renovación de los cuadros judiciales cada tanto tiempo³⁰. A mi criterio, éste es el modelo hacia el que deberíamos apuntar, acaso con una modificación importante, a saber, la de que los plazos deberían ser más cortos aún, por ejemplo, de entre cinco a siete años, como mucho.

Ahora bien, bajo el texto actual de la Constitución, ¿es posible converger hacia esta solución? La respuesta varía según cuál de las dos interpretaciones que pudimos ver más arriba prevalezca. Si optamos por la interpretación según la cual los ministros, una vez designados, devienen automáticamente inamovibles hasta los 75 años, la respuesta es negativa, y nos acercamos más hacia el modelo norteamericano. Si optamos por la interpretación que exige la confirmación siguiendo el procedimiento constitucionalmente establecido, la respuesta es sí y no. Sí, por cuanto que, al ejercer la facultad de confirmar o no a los

³⁰ En el mismo sentido, S. M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton, 1996, pp. 118 y ss., quien incluye además a otros países, como Canadá, Japón y la India, entre otros que han intentado evitar incurrir en los rasgos más problemáticos del modelo norteamericano.

ministros, se otorga a los órganos encargados de intervenir en el proceso de confirmación la potestad de impedir que los ministros se perpetúen en el cargo y permanezcan en él por sólo cinco años, permitiendo así la renovación de los cuadros judiciales de la máxima instancia cada tanto tiempo. Y no, porque esta solución tampoco converge del todo hacia el modelo europeo que establece unos plazos fijos, sino que otorga la posibilidad de acceder a periodos adicionales en el cargo, que dependen de la confirmación.

IV. SOBRE EL DEFENSOR O “GUARDIÁN” DE LA CONSTITUCIÓN

Podemos recapitular lo dicho hasta aquí de la siguiente manera. Los jueces de la Corte Suprema, a través del control judicial de constitucionalidad de las leyes, tienen un enorme poder por sobre otros órganos que en teoría deberían ser más democráticos y representativos, en especial, el Congreso, cuyos miembros son electos periódicamente y deberían responder ante la ciudadanía por sus decisiones, a diferencia del máximo tribunal, que es un órgano de escasa intensidad democrática y está diseñado para otro tipo de funciones relacionadas a la administración de la justicia en sentido amplio, no precisamente para responder por sus actos ante el electorado³¹. Esta cuestión arroja luz sobre algunos de los elementos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar una decisión sobre el plazo de duración que habrán de tener los ministros de la Corte Suprema, aunada a las demás razones señaladas en la sección anterior que desaconsejarían conceder a los ministros de la Corte un mandato muy extenso.

De otra parte, habíamos visto además que existen al menos dos interpretaciones sobre la inamovilidad de los ministros, y que ambas intentan hallar un fundamento en el texto constitucional, por lo cual es necesario determinar cuál de estas interpretaciones debe prevalecer. Esto nos conduce, en consecuencia, hacia el debate sobre “el guardián” de la constitución, es decir, el órgano que debe tener la decisión final cuando

³¹ Por esta razón no estoy a favor de que los jueces sean electos a través de elecciones populares, ya que la función de administrar justicia requiere ponerlos a resguardo precisamente de la presión de fuerzas mayoritarias, que a veces pueden resultar hostiles a la adopción de una recta decisión judicial (piénsese, por ejemplo, en el caso de la protección de los derechos de minorías socialmente impopulares).

se produce un problema de interpretación de la ley fundamental que genera posiciones encontradas entre los principales órganos políticos. A abordar esta cuestión nos abocaremos de aquí hasta el final de este trabajo. Como se dejará entrever, el problema de la objeción democrática nuevamente subyace a las preocupaciones implícitas en esta discusión.

A. ENTRE LA SUPREMACÍA JUDICIAL Y LA DOCTRINA “DEPARTAMENTALISTA”

En el ámbito continental-europeo, puede sostenerse que el debate moderno sobre el guardián de la constitución encuentra su mejor expresión en el famoso intercambio acaecido durante la primera mitad del siglo XX entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, dos referentes del pensamiento político y constitucional cuya influencia sigue siendo enorme hasta hoy. Mientras que el primero proponía la solución –hoy en día desacreditada– de asignar al Presidente del Reich la función de defender la Constitución de Weimar³², Kelsen respondía argumentado a favor de asignar la defensa de la constitución a una jurisdicción constitucional (independientemente a la categorización de “legislador negativo” que Kelsen empleara para describir al órgano que proponía, el cual de todas formas debía resolver las disputas sometidas a su conocimiento por métodos jurisdiccionales³³). En Europa, fueron las tesis del jurista vienés las que finalmente prevalecieron, y esa es la razón por la cual hoy se lo considera como el arquitecto del modelo europeo de justicia constitucional, aun cuando dicho modelo se haya apartado en importantes aspectos de la concepción original de Kelsen³⁴, quien, por lo

³² C. Schmitt, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983. Haciéndose eco de la crítica que en su día formulara ya Kelsen, J. Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, reprocha la solución de Schmitt, acusándola de invertir “el sentido que la división de poderes tiene en el Estado democrático de derecho, convirtiéndola exactamente en todo lo contrario”.

³³ H. Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en la compilación *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988; así como, del mismo autor, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.

³⁴ Por citar sólo un par de ejemplos, A. Stone Sweet, “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter”, 101 *Michigan Law Review* 2744 (2003); y M. Rosenfeld, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts,” 2 *International Journal of Constitutional Law* 633 (2004), p. 636, ponen

demás, siempre tuvo muy presente el riesgo de otorgar a los jueces un poder que podría tornarse “simplemente insoportable”³⁵.

En los Estados Unidos las cosas quizás hayan sido un poco más complejas de lo que generalmente se piensa, sobre todo en atención a los resultados de algunos estudios que en cierta forma desmitifican ciertos lugares comunes que fueron aceptados de forma relativamente pacífica por la doctrina constitucional durante las últimas décadas. En resumidas cuentas, la sabiduría convencional ha tendido a mantener que, a raíz del caso *Marbury v. Madison* de 1803, tempranamente se había consagrado en dicho país la doctrina de la supremacía judicial, en virtud de la cual se convertía al poder judicial en “guardián” de la Constitución. Desde una perspectiva revisionista, autores como Larry Kramer³⁶ y varios otros, han puesto en entredicho este entendimiento popular, argumentando que las ramas más políticas del gobierno, en especial el Congreso y la ciudadanía en general, también desempeñaron un papel protagónico en la tarea de establecer los significados constitucionales durante una buena parte de la historia constitucional de este país. En tanto que la doctrina *Marbury* reconocía la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Constitución, nada se decía sobre si la Corte debía tener un monopolio sobre la interpretación constitucional (que es, en definitiva, lo que algunas versiones de la doctrina de la supremacía judicial consagran). Es decir, según estos autores, la posibilidad de que los demás poderes del Estado determinasen el significado de la Constitución se hallaba abierta.

Esta situación, que permitía un rol más activo para el establecimiento de significados constitucionales a otros órganos del Estado, cambió a raíz de un fallo que ha sido muy criticado –no tanto por el problema específico que resolvió, sino por el papel que asignó a la

en duda que la concepción de Kelsen del tribunal constitucional como “legislador negativo” siga vigente a raíz de la evolución posterior del modelo europeo de justicia constitucional. Esto es así, sobre todo, en razón del creciente papel de los tribunales constitucionales europeos en el juzgamiento de cuestiones que involucran derechos fundamentales, algo que el jurista vienés, dada su concepción de la constitución y de la interpretación jurídica, consideraba inadecuado.

³⁵ Kelsen, “La garantía jurisdiccional...”, cit., p. 143.

³⁶ L. D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford, 2004; así como L. D. Kramer, “The Supreme Court 2000 Term. Foreword: We the Court”, 115 *Harvard Law Review* 5 (2001).

Corte en los procesos de interpretación constitucional—. Se trata del caso *Cooper v. Aaron*³⁷, de 1958, el cual dejó asentada la jurisprudencia que actualmente sigue la Corte Suprema en esta materia. A raíz del fallo dictado en este caso, la Corte Suprema reclamó para sí el monopolio de la interpretación constitucional, estableciendo que no sólo tenía la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, como se había establecido en *Marbury*, sino que era la Corte Suprema, y sólo la Corte Suprema, quien habría de tener la palabra final a la hora de determinar el significado que debería atribuirse a la Constitución, debiendo todos los demás poderes ceñirse a la interpretación establecida por la Corte, aun cuando las decisiones adoptadas en esta instancia se hallaban destinadas únicamente a resolver los casos y controversias específicos sometidos a su decisión. Unas décadas más tarde, la doctrina de la supremacía judicial que *Cooper* contribuyó a apuntalar fue ratificada en *City of Boerne v. Flores*³⁸, ésta vez bajo el conservador Tribunal Rehnquist que aprovechó, en una de esas paradojas de la historia, algunos de los trazos jurisprudenciales de la Era Warren para impulsar una agenda conservadora, y por ende, contraria al espíritu que animó al Tribunal Warren.

Para algunos críticos importantes, con la doctrina *Cooper*, la Corte ha dejado asentada una jurisprudencia arrogante y hasta autoritaria que otorga el monopolio de la interpretación constitucional a la Corte Suprema³⁹, lo cual en la práctica se traduce en la proposición según la cual la Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es. Es decir, se equipara la Constitución a las interpretaciones que de ésta efectúa la Corte Suprema, que ahora vienen a ser una y la misma cosa. De otra parte, la doctrina *Cooper* pretende restar a otros poderes del Estado que detentan credenciales democráticas más sólidas que la Corte Suprema – por su representatividad y por estar sujetos a las decisiones del electorado, ante el cual deben rendir cuentas– la facultad de tener una opinión y una incidencia en los procesos de construcción de los significados constitucionales.

³⁷ 358 U.S. 1 (1958).

³⁸ 521 U.S. 507 (1997).

³⁹ M. Tushnet, “Scepticism about Judicial Review: A Perspective from the United States”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001, pp. 372-3.

No es de extrañar entonces el hecho de que algunos autores hayan intentado resucitar en los últimos años la doctrina “departamentalista” como antídoto al monopolio interpretativo de la Corte Suprema⁴⁰. Pero ésta no es la única razón que explica la persistencia del departamentalismo en el derecho constitucional norteamericano. En otras variantes, por ejemplo, el departamentalismo se asocia más bien a una construcción específica de la doctrina de la separación de poderes, que pretende lograr un mejor equilibrio entre todos ellos, y que hunde sus raíces en el pensamiento de los “founding fathers”⁴¹. Otros van más lejos aún y señalan que, a pesar de *Cooper*, el sistema constitucional norteamericano de hecho actualmente se adecua más, en la práctica, a un sistema departamentalista que a un sistema de supremacía judicial. Por tal motivo, no se puede comprender cabalmente el funcionamiento de dicho sistema sin prestar atención a esta realidad, que pone de manifiesto que la Corte Suprema no es en verdad el intérprete “final” o “supremo” de la Constitución –mucho menos el único– sino que los significados constitucionales se construyen a lo largo del tiempo en un proceso en el que intervienen otros poderes del Estado y también la ciudadanía⁴².

⁴⁰ Muchos de estos autores se identifican con la corriente académica del “constitucionalismo popular”, denominación que pone de manifiesto que no están dispuestos a ser complacientes con dejar a una Corte Suprema elitista el monopolio de la interpretación constitucional, reclamando una intervención más activa en estos procesos de otras ramas más políticas del gobierno e incluso de la ciudadanía ordinaria.

⁴¹ Por ejemplo, Thomas Jefferson, en una carta escrita en el año 1819, afirmaba: “each department is truly independent of the others and has an equal right to decide for itself what is the meaning of the Constitution...”. A su vez, otro de los “padres fundadores”, en este caso James Madison, se expresaba en estos términos: “As the Legislative, Executive, and Judicial departments of the United States are co-ordinate, and each equally bound to support the Constitution, it follows that each must, in the exercise of its functions, be guided by the text of the Constitution according to its own interpretation of it; and, consequently, that in the event of irreconcilable interpretations, the prevalence of the one or the other department must depend on the nature of the case, as receiving its final decision from one or the other.”

⁴² A título de muestra, N. Devins y L. Fisher, *The Democratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2004, argumentan que la creencia de que la Corte Suprema es el intérprete final de la Constitución resulta infundada y desconoce además el papel de otros órganos y de la ciudadanía en la determinación de los significados constitucionales. De otra parte, en el ámbito europeo, se discute la posibilidad de que una ley declarada inconstitucional y expulsada del sistema por el tribunal constitucional pueda ser aprobada nuevamente por el parlamento, con lo cual el sistema de supremacía judicial se vería también matizado.

El término “departamentalismo” proviene del hecho de que, en la jerga constitucional estadounidense, a veces se denomina como “*departamentos* del gobierno” a los tres poderes del Estado. En resumidas cuentas, el departamentalismo, que tuvo fuerza hasta entrado el siglo XX y que ahora está siendo reimpulsado por algunos sectores de la academia, sostiene que cada “departamento” o rama del gobierno tiene autoridad para interpretar por sí mismo la Constitución en lo que a sus atribuciones se refiere de acuerdo a su mejor entender y con prescindencia de la opinión de los demás poderes, y que las interpretaciones efectuadas por la Corte Suprema no siempre tienen una validez especial más allá de los casos y controversias sometidos a su decisión⁴³. Esto quiere decir que los demás poderes del Estado, y no sólo la Corte Suprema, pueden tener una influencia a la hora de decidir sobre el significado de la Constitución en el ejercicio de sus atribuciones legales, lo cual contribuye a mitigar la objeción democrática al poder los jueces al no establecer un “guardián” único para la Constitución⁴⁴.

Sobre el punto, véase V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 199 y ss. Finalmente, otros modelos más “débiles” de justicia constitucional, vigente en países como Canadá, Reino Unido, y Nueva Zelanda, han pretendido igualmente matizar el poder que los jueces poseen en los sistemas de supremacía judicial al institucionalizar la posibilidad de otorgar una respuesta legislativa (Canadá) o bien, permitiendo a los jueces llamar la atención sobre una eventual inconstitucionalidad pero dejando la decisión final en manos de otros actores (Reino Unido). Para una excelente exposición, véase S. Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 49 *American Journal of Comparative Law* 707 (2001).

⁴³ A veces se emplea también la expresión “coordinate construction” para hacer referencia al mismo concepto, en tanto que en otras ocasiones se alude al debate que el mismo suscita utilizando las fórmulas “interpretación extrajudicial” o “interpretación no judicial”. También es importante remarcar que existen diferentes versiones tanto del departamentalismo como de la supremacía judicial, algo que debe tenerse presente a fin de entablar un debate significativo sobre estos conceptos.

⁴⁴ N. Devins y L. Fisher, “Judicial Exclusivity and Political Instability”, 84 *Virginia Law Review* 83 (1998), p. 106, exponen elocuentemente las bondades de la doctrina en estos términos, sobre todo contra quienes sugieren que promueve la inestabilidad del sistema: “No single institution, including the judiciary, has the final word on constitutional questions. It is this process of give and take and mutual respect that permits the unelected Court to function in a democratic society. By agreeing to an open exchange among the branches, all three institutions are able to expose weaknesses, hold excesses in check, and gradually forge a consensus on constitutional values. By participating in this process, the public has an opportunity to add legitimacy, vitality, and meaning to what might otherwise be an alien and short-lived document. Therein lies true stability.” A su

Lincoln vislumbró claramente los problemas que podría generar en la práctica una adhesión incondicional a la doctrina de la supremacía judicial, y al mismo tiempo implícitamente dejó entrever que el departamentalismo podría acaso constituir una forma de afrontarlos. Tras la infame decisión de la Corte Suprema en el caso *Dred Scott v. Sandford*⁴⁵, que legitimó la institución de la esclavitud y que a su vez fue uno de los factores desencadenantes de la Guerra de la Secesión, el citado presidente expresó las siguientes palabras, que se convertirían en una permanente fuente de inspiración para la doctrina departamentalista:

“el ciudadano honesto debe reconocer que si la política del Estado, sobre cuestiones vitales que afectan al pueblo entero, ha de ser establecida de manera irrevocable por las decisiones de la Corte Suprema ... el pueblo habrá cesado de ser su propio gobernante, habiendo prácticamente entregado el gobierno a manos de ese eminente tribunal”⁴⁶.

B. LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA Y SU GUARDIÁN: UNA PROPUESTA EN CLAVE “DEPARTAMENTALISTA”

Ésta es, en resumidas cuentas, la esencia de la doctrina departamentalista en el derecho constitucional norteamericano. Ahora bien, ¿puede ofrecerse una propuesta en clave “departamentalista” para nuestro sistema político que nos permita lidiar con crisis políticas que se enraízan en la necesidad de construir significados constitucionales cuando existen interpretaciones encontradas entre distintos poderes del Estado? Desde el punto de vista de la crítica que hemos señalado hacia el ejercicio del poder que tienen los jueces de nuestra máxima instancia

vez, R. F. Nagel, “Judicial Supremacy and the Settlement Function”, 39 *William and Mary Law Review* 849 (1998), p. 857, cuestiona en estos términos a quienes consideran que la doctrina de la supremacía judicial sería más proclive a la estabilidad del sistema: “How anyone who has lived through a significant part of the modern period of tumultuous judicial creativity could treat the relative stability of judicial interpretations as self-evident is baffling. The historical record demonstrates that the modern Supreme Court has changed the effective meaning of the Constitution repeatedly and dramatically.”

⁴⁵ 60 U.S. 393 (1857).

⁴⁶ Traducción libre del autor. El pasaje corresponde al discurso pronunciado en ocasión del “first inaugural address” de Lincoln de 1861.

judicial, una especie de “departamentalismo” podría resultar saludable. Bajo este sistema, la interpretación de la ley fundamental no formaría parte del monopolio exclusivo de un puñado de jueces, sino que estaría abierta además –en un espíritu pluralista y que fomente una sociedad abierta de intérpretes constitucionales, por adaptar una frase de Peter Häberle– hacia los demás poderes del Estado, sobre todo aquellos que deberían encarnar mejor la representación ciudadana en un sistema de gobierno de democracia representativa. Es decir, se trataría de propiciar una especie de interpretación compartida de la Constitución, en la que intervengan diferentes actores y no sólo la Corte Suprema.

Dicho esto, la pregunta *jurídica* que debemos plantear es la siguiente: ¿hay lugar, dentro del marco de las disposiciones de nuestra Constitución, para una doctrina departamentalista? En lo que a nuestro ordenamiento constitucional se refiere, a primera vista pareciera ser que la Constitución consagra el principio de la supremacía judicial, es decir, otorga a la Corte Suprema la facultad exclusiva de interpretar la Constitución con carácter definitivo, y que sus interpretaciones deben prevalecer por sobre las del Congreso y deben ser seguidas por los demás órganos del Estado. Así, el Art. 247 establece que el Poder Judicial (y *a fortiori*, su máxima instancia), es el “custodio” de la Constitución. Y luego añade, en tono solemne: “la interpreta, la cumple y la hace cumplir”. A su vez, el Art. 259 inciso 6, atribuye a la Corte Suprema la facultad de conocer y resolver sobre inconstitucionalidad, y más específicamente, el Art. 260, inciso 1, otorga a la Sala Constitucional de la Corte el deber y la atribución de conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos. Es decir, lo que es o no inconstitucional parecería pertenecer al dominio propio de la función jurisdiccional.

Sin embargo, un análisis más detenido acaso arroje como resultado el hecho de que nuestra Constitución quizás reserve en efecto un espacio para alguna forma de departamentalismo. El propio texto que acabo de citar, relativo a la atribución de la Sala Constitucional, expresa que dicha Sala únicamente puede declarar “la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en

fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso”⁴⁷. Esta disposición pone de manifiesto dos cuestiones que son importantes en relación a la posibilidad de aplicar la doctrina departamentalista a nuestro ordenamiento.

En primer lugar, deja en evidencia que nuestro sistema de control constitucional es más parecido al norteamericano que al europeo, al menos en este punto. Bajo el modelo europeo de justicia constitucional, el control de constitucionalidad es “abstracto”, en el sentido de que lo que se enjuicia es la norma jurídica en sí misma, contrastándola con la constitución, con independencia a que exista o no un caso litigioso que motive el enjuiciamiento de la norma, algo que en principio no se contempla en nuestro ordenamiento. En el contexto europeo, si se considera que la norma es contraria a la constitución, la declaración de inconstitucionalidad produce el efecto de expulsar la norma del sistema, con lo cual la declaración de inconstitucionalidad produce inevitablemente efectos *erga omnes*. En segundo lugar, la disposición en cuestión pone de manifiesto que la inconstitucionalidad en nuestro sistema sólo tiene efectos *inter partes*, en razón de que, a diferencia del modelo europeo y a semejanza del norteamericano, no expulsa a las disposiciones declaradas inconstitucionales del sistema jurídico. La declaración de inconstitucionalidad produce el efecto más modesto de tornar inaplicable con relación al caso específico del que se trate la norma considerada inconstitucional⁴⁸.

Como queda dicho, la forma de configurar la facultad de la justiciabilidad conferida al poder judicial en los Estados Unidos, limitada a “casos y controversias” (Art. III de la Constitución de los EE.UU.), resulta muy similar a cómo se configura el sistema de control constitucional bajo nuestra ley fundamental. Y es precisamente esta configuración de la justiciabilidad, limitada a casos y controversias

⁴⁷ Lo cual concuerda con los artículos 11 y 12 de la Ley 609/95, “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”, y en general, con las disposiciones pertinentes del Código Procesal Civil vigente.

⁴⁸ Véase, del autor, “Los perfiles de la justicia constitucional en el ordenamiento jurídico paraguayo”, 28 *La ley. Revista jurídica paraguaya* 154 (2005), donde apoyándome en autores como Juan Carlos Mendonca, pongo en entredicho una línea jurisprudencial seguida en el pasado por la Corte Suprema y que tiende a sostener lo contrario sin que al parecer le asistan demasiados fundamentos, además de ampararse en una interpretación que a mi entender resulta errónea del artículo 137.

concretos, lo que ha dado pie a la doctrina departamentalista en los Estados Unidos. El razonamiento es que, si el poder de la Corte Suprema norteamericana ha de limitarse a casos y controversias concretos, entonces existe un hueco para que, fuera de los casos y controversias concretos sometidos a su decisión, la Constitución sea interpretada además por otras ramas del gobierno en el ejercicio de sus funciones⁴⁹. Se trata precisamente de aquello que Lincoln reclamaba implícitamente en el pasaje antes citado. *Mutatis mutandi*, esta misma lógica podría, en principio, aplicarse también a nuestro sistema.

Desde otra perspectiva, es importante recordar que una mirada al funcionamiento normal de nuestro sistema constitucional, más allá de las cuestiones litigiosas, también pone de manifiesto el hecho de que nuestra Constitución no otorga un monopolio interpretativo a la Corte Suprema. En efecto, como ocurre en cualquier democracia constitucional moderna, cada vez que el Congreso considera una iniciativa legislativa, debe hacer una evaluación sobre su compatibilidad con la Constitución, es decir, debe interpretar la Constitución para determinar si la ley que se dispone a adoptar es conforme a la misma⁵⁰. Lo mismo ocurre con el Presidente de la República, que podría perfectamente llegar a vetar una ley en razón de que la considera inconstitucional, y acaso con cualquier funcionario o ciudadano que se disponga a aplicar o cumplir una disposición jurídica. Pretender que sólo la Corte Suprema interpreta la Constitución, sobre todo si con esto se tiende a minusvalorar el papel del Congreso (y otros agentes), constituye un despropósito. A final de cuentas, la Constitución también consagra una solemne disposición en esta materia a favor del Congreso, cuando en su Art. 202 establece la siguiente atribución a favor del poder legislativo: “velar por la observancia de esta Constitución”.

Por lo demás, la pregunta acerca de qué deben hacer los demás poderes del Estado cuando consideran que una interpretación de la Constitución resulta errónea y a la vez produce graves consecuencias es una cuestión abierta, y nos conduce directamente hacia esa perenne dificultad de la teoría política que plantea la siguiente e inquietante pregunta: ¿quién custodia a los custodios? La Corte Suprema, a diferencia de la figura del Papa en la Iglesia Católica, no posee ningún

⁴⁹ M. C. Dorf y T. W. Morrison, *Constitutional Law*, Oxford, Oxford, 2010, p. 32 y ss.

⁵⁰ Artículo 202, inciso 2 de la Constitución.

tipo de infalibilidad⁵¹ (como tampoco la tienen los demás órganos, lo cual constituye precisamente una de las ventajas del departamentalismo).

De hecho existen algunos indicios de que nuestro sistema habría desembocado ya, en la práctica, hacia un sistema que parece tender a una determinada forma de departamentalismo, y esto se ha dado precisamente allí donde los demás poderes, en especial el Congreso, han estado en desacuerdo con las interpretaciones del máximo tribunal en cuestiones que atañen al funcionamiento de los órganos del Estado, por lo cual han pretendido hacer valer en su lugar otras interpretaciones que se consideran más adecuadas. Un ejemplo de esto acaso sea la negativa del Congreso a recibir el juramento como senador activo del ex presidente Duarte Frutos, por considerarlo inconstitucional, a pesar del fallo de la Corte que admitía la posibilidad de que el ex mandatario accediese a la senaduría activa⁵². Otro ejemplo podría ser algunos de los argumentos traídos a colación en el marco del juicio político contra los anteriores miembros de la Corte Suprema, ocasión en la cual los legisladores cuestionaron precisamente determinadas interpretaciones de la Constitución que los magistrados del más alto tribunal habían mantenido como causales de mal desempeño en sus funciones, con lo cual, dentro del marco de sus atribuciones, los parlamentarios pretendían ejercer una influencia sobre el establecimiento de los significados a ser atribuidos a la Constitución. De todas formas, está claro que este último extremo debería emplearse con suma cautela, pues la Constitución de por sí es un documento susceptible de generar interpretaciones encontradas, por lo cual va de suyo que no cabría hacer uso del juicio político ante cada interpretación de la Corte con la cual se esté en desacuerdo.

C. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL SOBRE LA INAMOVILIDAD FRENTE A LA DOCTRINA DEPARTAMENTALISTA

Hasta aquí hemos visto entonces que, en general, quizás sea posible aplicar la doctrina departamentalista a nuestro sistema, y además, acaso éste actualmente ya funcione en la práctica de conformidad a una

⁵¹ Para una sugestiva analogía entre dos aproximaciones a la interpretación constitucional, una de ellas “católica” y la otra “protestante”, véase S. Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton, 1988.

⁵² Acuerdo y Sentencia No. 404 de fecha 30 de agosto de 2010.

determinada forma de departamentalismo. Pero volvamos ahora al caso concreto que ocupa nuestra atención en este estudio. ¿Puede aplicarse la doctrina departamentalista, en este caso en particular sobre la inamovilidad de los ministros del máximo tribunal, con la finalidad de dejar de la lado la interpretación que la Corte Suprema ha efectuado, haciendo prevalecer en su lugar la interpretación contraria que exige que los ministros sean confirmados?

La respuesta, nuevamente, es compleja y debe analizarse en función a distintos escenarios posibles. En los supuestos en los cuales los afectados no hayan sido beneficiados por un fallo que declare su inamovilidad, una aproximación departamentalista permitiría a los órganos encargados seguir el procedimiento de la confirmación de los miembros de la máxima instancia judicial en el futuro, en el entendimiento de que ésta resulta la interpretación más adecuada de la Constitución.

¿Qué hay de los casos en los cuales los ministros ya se han beneficiado con sentencias firmes que declaran su inamovilidad? Aquí las cosas se vuelven más complicadas, y debo adelantar que no tengo una respuesta categórica que ofrecer. Existen varias cuestiones que deben consideradas. En primer lugar, se debe ser consciente de que una respuesta que impida de antemano cualquier tipo de participación del Senado y de otros órganos que eventualmente deberían intervenir en el proceso de confirmación (como el Consejo de la Magistratura y el Presidente de la República)⁵³, producirá previsiblemente como efecto el que todos los ministros se apresuren a promover un juicio que declare su inamovilidad antes de ser confirmados, a fin de blindar su posición ante un posible intento de confirmación. Con esto la aplicación del departamentalismo en este ámbito se tornaría impracticable y sería muy fácil burlarlo.

⁵³ Es importante recordar que algunos intérpretes señalan que no basta con la mera confirmación o no por parte del Senado, sino que los ministros deben volver a postular siguiendo todos los pasos establecidos para el proceso de designación inicial, incluyendo la presentación de sus candidaturas al Consejo de la Magistratura a efectos de que este órgano elabore las ternas de rigor y luego se sigan los demás pasos establecidos por la Constitución. Agradezco esta clarificación al Dr. Troche Robbiani.

Otro aspecto a considerar es el siguiente. Como es sabido, en el párrafo cuarto del Art. 137, que alude a la supremacía de la Constitución, se dispone que carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad contrarios a la ley fundamental. Esto abre una serie de interrogantes sobre la posibilidad y el modo de aplicar la doctrina departamentalista. La norma citada más bien parece establecer un principio, pero no especifica los procedimientos que deben seguirse en distintos casos en los que se pueda producir una disposición o acto de autoridad contrarios a la ley fundamental. ¿Pueden simplemente pasarse por alto las decisiones del máximo tribunal, como si no existiesen, si otro órgano del Estado considera que son contrarias a la Constitución? A favor de la posición mantenida por el Senado durante la última crisis, podría quizás argumentarse que, en este caso en particular, más que juicios en los que estén involucrados los derechos e intereses de personas individualizadas ajenas a esta cuestión, está en juego la configuración de los contornos precisos de uno de los poderes del Estado ante dos interpretaciones de la Constitución, cuestión con relación a la cual, por cierto, una interpretación efectuada por la propia Corte puede resultar interesada, por razones obvias.

De todas maneras, y más allá de las particularidades de este caso en concreto, ¿qué tipo de riesgos podría generar esta aproximación sobre el sistema jurídico en su conjunto? ¿Abriría la puerta a que en cualquier otro tipo de juicio el Congreso pueda obrar de manera similar? ¿A fin de evitar este riesgo, debería más bien seguirse algún tipo de procedimiento previo que invalide antes la decisión de la Corte? ¿Resultaría ello compatible con el Art. 248, párrafo segundo de la Constitución, que prohíbe revivir procesos fenecidos o intervenir de cualquier forma en los juicios?

En fin, se trata de cuestiones de una enorme complejidad técnico-legal para las cuales el departamentalismo, en la doctrina constitucional norteamericana, ha dado pie a una rica discusión académica a efectos de explorar sus distintos contextos de aplicación y formas de ponerlo en práctica, minimizando las posibilidades de que se produzcan disfunciones graves en el sistema jurídico-político⁵⁴. En

⁵⁴ En general, la literatura sobre el departamentalismo es muy amplia. A título de ejemplo, véase la bibliografía citada en K. E. Whittington, "Extrajudicial Constitutional

efecto, el departamentalismo constituye, al menos en parte, una doctrina destinada a evitar la usurpación del poder por un puñado de jueces con la finalidad robustecer las instituciones democráticas y republicanas y lograr un mejor equilibrio entre poderes, no una herramienta que apunte a socavar los principios básicos de un Estado de derecho, como el respeto a la cosa juzgada⁵⁵. Se trata, parafraseando a Robert Post y Reva Siegel, de buscar un equilibrio adecuado entre las exigencias de un Estado de derecho y la autoridad de la ciudadanía (en este caso a través de sus representantes electos) de tomar parte en la conformación del significado constitucional⁵⁶. De todas maneras, lo cierto es que este debate todavía no se ha desarrollado en nuestro país con la misma intensidad, y que la doctrina de la supremacía judicial parece gozar de una aceptación generalizada, sin que siempre se tomen en cuenta todas las implicaciones políticas e ideológicas que se esconden detrás de la misma.

Por último, como señala el constitucionalista Mark Tushnet, bajo un sistema departamentalista, la interpretación que finalmente acabará prevaleciendo en cada caso dependerá de quién tiene de hecho la última carta a jugar⁵⁷. Es decir, bajo el departamentalismo, la interpretación que fijará finalmente el significado constitucional dependerá del último órgano al que le toque actuar en una situación determinada, como ocurrió en el caso del juramento frustrado de Duarte Frutos. En dicha ocasión, el Senado podía en última instancia aceptar o rechazar la interpretación de la Corte y admitir o no el juramento. En el caso de la inamovilidad de los ministros, sin embargo, las cosas fueron distintas, y quizás ésta sea la razón por la cual ha sido difícil hacer prevalecer la posición del Senado en este caso. Recordemos que la ley que organiza el funcionamiento del Consejo de la Magistratura contiene una norma que establece que las vacancias producidas en el seno del máximo tribunal

Interpretation: Three Objections and Responses”, 80 *North Carolina Law Review* 773 (2002), nota al pie núm. 17, p. 776.

⁵⁵ El propio Lincoln, en su crítica a *Dred Scott*, aceptaba que los fallos eran vinculantes para las partes de un juicio determinado, y que había razones para que otros agentes otorgasen un cierto peso a las decisiones de la Corte hasta que fuesen revocadas por una jurisprudencia que estableciese una orientación diferente.

⁵⁶ R. C. Post y R. B. Siegel, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy” 92 *California Law Review* 1027 (2004), p. 1029.

⁵⁷ M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 137.

deben ser comunicadas por la Corte Suprema⁵⁸. En este caso, la Corte Suprema tiene la última carta, por así decirlo, y puede optar por considerar inexistentes las vacancias y no comunicarlas al Consejo (o comunicar que no existe vacancia alguna). Bajo este supuesto, la interpretación de la Corte lleva las de ganar, precisamente porque la Corte aparece como el último actor al ser el encargado de la comunicación de las vacancias. Sin embargo, esta ley podría ser modificada en el futuro por el Congreso, otorgando esta facultad de comunicación al Senado. De esta forma, una vez que el Senado notifique de las vacancias producidas al Consejo, a este órgano no le quedaría otra alternativa que proceder a la elaboración de nuevas ternas. Ésta podría ser otra forma de inclinar la balanza a favor de otros órganos del Estado bajo un sistema departamentalista, matizando de esta manera el monopolio interpretativo de la Corte.

Esta discusión pone de manifiesto que la doctrina departamentalista plantea una serie de interrogantes y que su aplicación no es en modo alguno sencilla. De todas formas, más allá de todas las dificultades señaladas, considero que sería beneficioso explorar más a fondo la posible aplicación de esta doctrina a nuestro ordenamiento jurídico. Al menos, claro está, si queremos evitar los males asociados al gobierno de los jueces y a la objeción democrática al ejercicio del poder de éstos para decir lo que la Constitución dice o no dice. Como hemos visto, esta facultad les otorga la posibilidad de acabar moldeando nada menos que los contornos de los más diversos ámbitos de la vida de nuestro país, al margen de la opinión de los ciudadanos y de sus representantes electos, que no podrán hacer ya nada para removerlos hasta la edad 75 años, salvo en los supuestos muy excepcionales que podrían dar pie a un juicio político, instrumento que, por lo demás, no debería ser empleado a la ligera.

V. CONCLUSIÓN

La preocupación por fortalecer el poder judicial en lugar de debilitarlo es sin duda legítima. Solamente con una Corte Suprema independiente puede edificarse una sociedad bien ordenada, en el sentido

⁵⁸ Ley N°. 296/95, artículo 34.

rawlsiano de la expresión⁵⁹. Pero resulta más que dudoso que la inamovilidad vitalicia (o hasta la edad de 75 años) sea la vía adecuada para lograr este objetivo. Por lo demás, como he tratado de evidenciar en este trabajo, la Corte Suprema detenta un enorme poder, lo cual debería movernos a reflexionar seriamente sobre el plazo de duración de los mandatos que debemos otorgar a sus integrantes. He intentado sugerir que una orientación hacia el modelo europeo de justicia constitucional, en el que los jueces son nombrados por periodos fijos, luego de los cuales fenece definitivamente el mandato, acaso sea más adecuada, con el añadido de que los mandatos deberían tener, en nuestro sistema, la duración más corta posible.

Más allá de este debate, lo cierto es que el texto constitucional, nos guste o no, se presta a dos interpretaciones opuestas, y que ambas pueden ser defendidas en base a distintas razones que intentar hallar sustento en la ley fundamental, independientemente a nuestras convicciones personales sobre el asunto. Ante esta situación, necesariamente debemos volver la mirada hacia el problema acerca de quién debe ser el guardián de la Constitución. En este sentido, he sugerido que una propuesta en clave departamentalista no sólo hallaría sustento normativo en la Constitución, sino que además, acaso resulte una opción más atractiva desde el punto de vista teórico. Ello es así en razón de que este sistema propicia una suerte de mecanismo de interpretación compartida de la Constitución, en lugar de otorgar el monopolio en esta materia a la Corte Suprema, permitiendo así la posibilidad de que los órganos que en términos comparativos deberían ser más representativos de la voluntad ciudadana puedan incidir también en la construcción de los significados que habrán de atribuirse a la Constitución.

Esta sugerencia puede quizás resultar algo abstrusa, sobre todo a raíz de una creencia muy difundida dentro de nuestra cultura jurídica según la cual la Corte debería ser el intérprete supremo de la ley fundamental, y de que valores públicos como la preservación del Estado de derecho y los derechos fundamentales de las personas son cosas que caen bajo el dominio propio de la función jurisdiccional. Sin embargo, esta creencia guarda relación más que nada con los prejuicios

⁵⁹ Rawls, cit., pp. 35 y ss.

corporativos del gremio de los abogados que con un análisis más objetivo que tome en cuenta distintas aportaciones que permiten una comprensión más adecuada del funcionamiento de los sistemas constitucionales modernos. En definitiva, es posible concebir una constitución que otorgue un mayor protagonismo a los ciudadanos y a sus representantes electos, y no sólo a un puñado de jueces que integran un órgano que por su composición y funciones tiende a ser más bien de naturaleza corporativa. Por éste y otros motivos apuntados a lo largo de este estudio, deberíamos ser sumamente cautos al otorgarles un mandato casi vitalicio para ejercer el cargo de ministros de la máxima instancia judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution,” 93 *Yale Law Journal* 1013, p. 1016 (1984).

Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., 1986.

Campos Cervera, R., “Teoría y práctica de la interpretación constitucional – Intérpretes naturales y ocasionales de la Constitución”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución*, T. III, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007.

Dahl, R.A., “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, 6 *Journal of Public Law* 279 (1957).

Devins, N. y Fisher, L., “Judicial Exclusivity and Political Instability,” 84 *Virginia Law Review* 83 (1998).

Devins, N. y Fisher, L., *The Democratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2004.

Dorf, M.C. y Morrison, T.W., *Constitutional Law*, Oxford, Oxford, 2010.

Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Friedman, B., “The History of the Counter-majoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy,” 73 *New York University Law Review* 333 (1998).

Friedman, B., "The Politics of Judicial Review", 84 *Texas Law Review* 287 (2006).

Gardbaum, S., "The New Commonwealth Model of Constitutionalism," 49 *American Journal of Comparative Law* 707 (2001).

Garvey, J.H. y Aleinikoff, T.A. (eds.), *Modern Constitutional Theory*, 3ª ed., West Publishing, Minnesota, 1994.

Griffin, S.M., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton, 1996.

Habermas, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

Holmes, S., "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

http://www.rmg.com.py/publicaciones/DerechoConstitucionalyPolitico/Ruben_InamovilidadJudicial-Monografia.pdf.

Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.

Kelsen, H., "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en la compilación *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.

Klarman, M., "How *Brown* Changed Race Relations: The Backlash Thesis", 1 *Journal of American History* 81 (1994).

Kramer, L.D., "The Supreme Court 2000 Term. Foreword: We the Court," 115 *Harvard Law Review* 5 (2001).

Kramer, L.D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford, 2004.

Levinson, S., *Our Undemocratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2006.

Levinson, S., *Constitutional Fatih*, Princeton, Princeton, 1988.

Maciel Guerreño, R., "La inamovilidad judicial", disponible en:

Moreno Rodríguez Alcalá, D., "El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos

para el futuro”, en J. M. López Ulla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en iberoamérica*, Civitas/Thomson Reuters, 2011.

Moreno Rodríguez Alcalá, D., “Escepticismo, sentido común y reforma constitucional”, disponible en: <http://novapolis.pyglobal.com/10/escepticismo.php>.

Moreno Rodríguez Alcalá, D., “Los perfiles de la justicia constitucional en el ordenamiento jurídico paraguayo”, 28 *La ley. Revista jurídica paraguaya* 154 (2005).

Moreno Rodríguez Alcalá, D., *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

Moreno, R., “El derecho paraguayo ante la encrucijada de la ‘carne’: algunos plagueos con motivo del bicentenario” (versión en manuscrito en poder del autor).

Nagel, R.F., “Judicial Supremacy and the Settlement Function,” 39 *William and Mary Law Review* 849 (1998).

Perry, M.J., “Protecting Human Rights in a Democracy. What Role for the Courts?,” 38 *Wake Forest Law Review* 635 (2003).

Post, R.C. y Siegel, R.B., “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy,” 92 *California Law Review* 1027 (2004).

Rawls, J., *Political Liberalism*, Columbia, New York, ed. 2005.

Riera Escudero, M., “La Corte Suprema de Justicia. Hipótesis en conflicto” (versión en manuscrito en poder del autor, aunque el texto ha sido publicado en *La Ley. Revista jurídica paraguaya*, 1999).

Riera Hunter, M., “Principio de inamovilidad judicial”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución*, T. II, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002.

Rosenfeld, M., “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts,” 2 *International Journal of Constitutional Law* 633 (2004).

Schmitt, C., *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.

Seall-Sasiain, J., “Cuestionable inamovilidad permanente de los ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura”, disponible en: <http://www.ssy.com.py/publicaciones/inamovilidad.doc>.

Stone Sweet, A., “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter,” 101 *Michigan Law Review* 2744 (2003).

Sunstein, C.R., *et al.*, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings, Washington, DC, 2006.

Thayer, J.B., “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law,” 7 *Harvard Law Review* 129 (1893).

Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, vol. I., 3ª ed., Foundation Press, New York, 2000.

Troche Robbiani, D., dictamen titulado “Amovilidad e Inamovilidad. Inexistencia de las resoluciones y sentencias que declaran la inamovilidad” (versión en manuscrito en poder del autor).

Tushnet, M., “Scepticism about Judicial Review: A Perspective from the United States”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.

Tushnet, M., *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

Waldron, J., *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999.

Whittington, K.E., “Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses,” 80 *North Carolina Law Review* 773 (2002).

Wolfe, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

Ackerman, B., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution,” 93 *Yale Law Journal* 1013, p. 1016 (1984).

Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., 1986.

Campos Cervera, R., “Teoría y práctica de la interpretación constitucional – Intérpretes naturales y ocasionales de la Constitución”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución*, T. III, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007.

Dahl, R.A., “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, 6 *Journal of Public Law* 279 (1957).

Devins, N. y Fisher, L., “Judicial Exclusivity and Political Instability,” 84 *Virginia Law Review* 83 (1998).

Devins, N. y Fisher, L., *The Democratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2004.

Dorf, M.C. y Morrison, T.W., *Constitutional Law*, Oxford, Oxford, 2010.

Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Friedman, B., “The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy,” 73 *New York University Law Review* 333 (1998).

Friedman, B., “The Politics of Judicial Review”, 84 *Texas Law Review* 287 (2006).

Gardbaum, S., “The New Commonwealth Model of Constitutionalism,” 49 *American Journal of Comparative Law* 707 (2001).

Garvey, J.H. y Aleinikoff, T.A. (eds.), *Modern Constitutional Theory*, 3ª ed., West Publishing, Minnesota, 1994.

Griffin, S.M., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton, 1996.

Habermas, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

Holmes, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

http://www.rmg.com.py/publicaciones/DerechoConstitucionalyPolitico/Ruben_InamovilidadJudicial-Monografia.pdf.

Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.

Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en la compilación *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.

Klarman, M., “How *Brown* Changed Race Relations: The Backlash Thesis”, 1 *Journal of American History* 81 (1994).

Kramer, L.D., “The Supreme Court 2000 Term. Foreword: We the Court,” 115 *Harvard Law Review* 5 (2001).

Kramer, L.D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford, 2004.

Levinson, S., *Our Undemocratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2006.

Levinson, S., *Constitutional Fatih*, Princeton, Princeton, 1988.

Maciel Guerreño, R., “La inamovilidad judicial”, disponible en:

Moreno Rodríguez Alcalá, D., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro”, en J. M. López Ulla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en iberoamérica*, Civitas/Thomson Reuters, 2011.

Moreno Rodríguez Alcalá, D., “Escepticismo, sentido común y reforma constitucional”, disponible en: <http://novapolis.pyglobal.com/10/escepticismo.php>.

Moreno Rodríguez Alcalá, D., “Los perfiles de la justicia constitucional en el ordenamiento jurídico paraguayo”, 28 *La ley. Revista jurídica paraguaya* 154 (2005).

Moreno Rodríguez Alcalá, D., *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

Moreno, R., “El derecho paraguayo ante la encrucijada de la ‘carne’: algunos plagues con motivo del bicentenario” (versión en manuscrito en poder del autor).

Nagel, R.F., “Judicial Supremacy and the Settlement Function,” 39 *William and Mary Law Review* 849 (1998).

Perry, M.J., “Protecting Human Rights in a Democracy. What Role for the Courts?”, 38 *Wake Forest Law Review* 635 (2003).

Post, R.C. y Siegel, R.B., “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy,” 92 *California Law Review* 1027 (2004).

Rawls, J., *Political Liberalism*, Columbia, New York, ed. 2005.

Riera Escudero, M., “La Corte Suprema de Justicia. Hipótesis en conflicto” (versión en manuscrito en poder del autor, aunque el texto ha sido publicado en *La Ley. Revista jurídica paraguaya*, 1999).

Riera Hunter, M., “Principio de inamovilidad judicial”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución*, T. II, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002.

Rosenfeld, M., “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts,” 2 *International Journal of Constitutional Law* 633 (2004).

Schmitt, C., *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.

Seall-Sasiain, J., “Cuestionable inamovilidad permanente de los ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura”, disponible en: <http://www.ssysa.com.py/publicaciones/inamovilidad.doc>.

Stone Sweet, A., “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter,” 101 *Michigan Law Review* 2744 (2003).

Sunstein, C.R., et al., *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings, Washington, DC, 2006.

Thayer, J.B., “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law,” 7 *Harvard Law Review* 129 (1893).

Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, vol. I., 3ª ed., Foundation Press, New York, 2000.

Troche Robbiani, D., dictamen titulado “Amovilidad e Inamovilidad. Inexistencia de las resoluciones y sentencias que declaran la inamovilidad” (versión en manuscrito en poder del autor).

Tushnet, M., “Scepticism about Judicial Review: A Perspective from the United States”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.

Tushnet, M., *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

Waldron, J., *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999.

Whittington, K.E., "Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses," 80 *North Carolina Law Review* 773 (2002).

Wolfe, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

**“LA INAMOVILIDAD DE MINISTROS DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”
¿UN ‘LABERINTHUS CONTINUI’ LEIBNIZIANO?**

Horacio Antonio Pettit

SUMARIO: I. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II: EL CONTEXTO SITUACIONAL. III. LA INCARDINACIÓN DE LA DOCTRINA NACIONAL. — POR LA TESIS DEL SENADO. — POR LA TESIS DE LA CORTE. IV. EL TRATAMIENTO DE LA INAMOVILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO. V. NUESTRA BREVE CONCLUSIÓN. VI. ALGUNAS PISTAS PARA SORTEAR AQUEL LABERINTO

“LA INAMOVILIDAD DE MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”⁽¹⁾ ¿UN ‘LABERINTHUS CONTINUI’ LEIBNIZIANO?

Horacio Antonio Pettit

I. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

II. EL CONTEXTO SITUACIONAL

Las tesis o mejor dicho posturas hermenéuticas que se han erigido con relación a la inamovilidad de los ministros de la Corte encuadran *prima facie* en dos criterios extremos:

1^a) El de la *Cámara de Senadores*: que apoyada en la interpretación del art. 252 de la Constitución de la República (y su complementario art. 19 de la Ley N° 609/1995) sólo les reconoce inamovilidad temporal durante los cinco años de duración inicial en el cargo, e inamovilidad definitiva o permanente (hasta los 75 años de edad) recién sobrevenidas un par confirmaciones senatoriales ulteriores a su designación (con acuerdo del Poder Ejecutivo y sin el concurso del Consejo de la Magistratura); y,

2^a) El de la *Corte Suprema de Justicia*: que basada en la interpretación del art. 261 de la Carta Magna (impetrada mediante acciones de inconstitucionalidad) afirma la inamovilidad permanente o definitiva *ab initio* de sus miembros (hasta los 75 años de edad), es decir, a contarse desde la misma designación senatorial y subsiguiente acuerdo ejecutivo (*Ac. y Sent. N°s. 222/2000, 223/2000, 557/2007, 1.149/2008, 1.924/2009, 37/2009, 110/2009, 443/2009, 947/2009, 949/2009*).

Sin embargo, en la opinión de LUIS LEZCANO CLAUDE, últimamente también se esgrime una tercera opción –a la que

⁽¹⁾ El presente artículo ha sido publicado en la página *web* de La Ley Paraguaya (laleyonline.com.py), en fecha 23 de abril de 2012.

calificaremos de residual y, por tanto, siendo la de menor predicamento excluirémos de este análisis— cuando dice que

«algunos doctrinarios sostienen que el procedimiento debe ser en un todo el mismo que se utiliza para la designación de los magistrados, es decir, integración de ternas por el Consejo de la Magistratura, confirmación por la Cámara de Senadores, si así se decidiera, y acuerdo del Poder Ejecutivo» (*“Derecho constitucional. Parte orgánica”*, pp. 338/9, Edic. del autor, Asunción, 2009).

En este intrincado escenario examinaremos concisamente las perspectivas que nos deparan las resoluciones del Senado y de la Corte, eso sí, sin desatender nuestro objeto de custodiar como nación la incolumidad del Estado de Derecho ni desoír al efecto las palabras de HANS KELSEN cuando en su *“Teoría pura del derecho”* caracterizaba a éste como

« (...) un orden judicial y que la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos...».

O el panegírico de JUAN JACOBO ROUSSEAU, cuando en su *“Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres”* ya presagiaba sobre los peligros de su menosprecio o abuso y que ante tales circunstancias

«Hubiera querido que nadie en el Estado pudiese pretender hallarse por encima de la ley, y que nadie desde fuera pudiera imponer al Estado su reconocimiento; porque, cualquiera que sea la constitución de un gobierno, si se encuentra un solo hombre que no esté sometido a la ley, todos los demás hállanse necesariamente a su merced...».

III. LA INCARDINACIÓN DE LA DOCTRINA NACIONAL

Los doctrinarios de nuestro país, a partir del “estado conflictual” (o si se quiere compulsa aún democrática y republicánamente controlable) suscitado por la Resolución senatorial N° 421/1999 y el precedente originalmente sentado por la Corte Suprema en el año 2000, han venido gradualmente enrolándose en una u otra dirección a través de sus estudios y dictámenes jurídicos.

El grado de dificultad –para el orden jurídico⁽²⁾, la estabilidad institucional y la gobernabilidad política– que esto ha propiciado conspira sin duda –descontando inclusive aquella tercera alternativa– contra las reales posibilidades de focalizar la *quididad preceptiva* del asunto.

Y véase nomás el cariz *confrontativo* que subyace de las justificaciones preconizadas por ambas partes para tratar una materia riesgosamente susceptible de quebrantar –o cuanto menos irritar– el relacionamiento articulado entre poderes.

La motivación (por momentos desiderativa) que tendrían quienes propugnan la tesis senatorial –que se centra en las confirmaciones en el cargo exigidas como *condictio sine qua non* para la obtención de inamovilidad definitiva– la describe ALBERTO POLETTI ADORNO, cuando puntualiza que

« (...) frente a la garantía a la movilidad debe situarse no sólo el derecho de otras personas que reúnan los requisitos establecidos en la Constitución para acceder al cargo, sino principalmente el derecho

⁽²⁾ Este orden jurídico (como noción de sistema especialmente aplicable a nuestro caso) debe preservarse del modo que CARL SCHMITT ha concebido, es decir, “que una ley no pueda aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no pueda ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse; no pueda tampoco por sí sola –sino deja de ser una norma– nombrar o designar a las personas concretas que deben interpretar o manejar la ley. Tampoco el concepto de juez independiente, sometido solamente a la ley, es normativista, sino un concepto de orden, una instancia competente, un miembro de un sistema de orden de funcionarios y administradores. Que esa persona en concreto sea el juez competente no viene dado por reglas o normas, sino por una concreta organización de justicia y de nombramientos selectivos concretos” (“*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*”, p. 16, Edit. Tecnos SA, Madrid, 1996).

que tienen los ciudadanos en general y la necesidad del país de contar con una justicia independiente. Si la permanencia de los buenos debe ser promovida, también debe ser impulsada la salida de los malos. Podría señalarse que el juicio político no es la mejor opción para que los ministros de la Corte cesen en sus funciones» (“*Derecho constitucional comparado*”, p. 121, Edit. Intercontinental, Asunción, 2011).

Las razones enunciadas por la Corte (revestidas por ello con autoridad de *cosa juzgada*) y por sus sostenedores, en cambio, están asentadas básicamente en la preopinión jurisdiccional de CARLOS FERNÁNDEZ GADEA en cuanto indica que

«La independencia del Poder Judicial consagrada en el art. 3° de la Constitución Nacional como principio fundamental está corroborada por una serie de normas también de carácter constitucional, como el art. 248, que consagra su independencia política y funcional... el art. 3° de la Constitución establece que ‘el pueblo ejerce el poder público por medio del sufragio. El gobierno ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse ni otorgar a otro, ni a persona alguna, individual o colectivamente, facultades extraordinarias o la suma del poder público...’ El Poder Judicial es uno de los poderes del Estado, y no simple órgano de aplicar el derecho y que a tenor de lo previsto en el art. 247 ‘es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir’...»⁽³⁾.

⁽³⁾ HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ coincidentemente manifiesta que “el Poder Judicial latinoamericano, en el marco del sistema presidencialista que lo gobierna, y aun dentro de la alternativa parlamentaria que ofrece la República de Haití, constituye el poder de contralor por excelencia de los poderes de gobierno. La inamovilidad de sus miembros – sustento de su independencia–, constituye uno de los pilares funcionales que asegura su autonomía decisional” (“*Derecho constitucional latinoamericano*”, p. 359, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991).

En otras palabras, RAFAEL RAVEAU explica que “la inamovilidad de los jueces es un elemento esencial de la independencia del Poder Judicial. En efecto, si los jueces pudiesen tener el temor de ser depuestos del ejercicio de sus funciones, la independencia de ellos estaría herida de muerte. La inamovilidad de los jueces es, históricamente, más antigua que la teoría de la división o separación de los poderes, pues, se estableció en

– POR LA TESIS DEL SENADO –

El Ciudadano Convencional de la última Constituyente y senador en ejercicio MIGUEL ABDÓN SAGUIER, en un matutino capitalino ha declarado que

« (...) Los ministros necesitan ser confirmados y la confirmación es deber y función de la Cámara de Senadores. Desde 1999, se ha venido aplicando en forma pacífica y reiterada. El debate se reprisó el 29 de julio de 2004, el 5 mayo de 2005. Una resolución del 17 de mayo de 2007 de la Corte Suprema de Justicia, la número 113, firmada por sus miembros, declaró que los ministros de la Corte son magistrados... Los jueces de la Corte son jueces. La diferencia (con los ministros) es de rango, no de naturaleza. Son todos magistrados. Si dice la Corte que son magistrados, se les aplica el art. 252. No son inamovibles» (*Diario abc Color*, 15/IV/2012).

El también Ciudadano Convencional BERNARDINO CANO RADIL, y uno de los primeros académicos en adherir a la posición senatorial, ha señalado que del art. 261 de la Constitución

« (...) se aferró la Corte Suprema para interpretar, siendo juez y parte, que sus miembros fueron electos con carácter permanente y excluirse de su condición de magistrados que son designados cada cinco años y recién después de dos períodos obtienen su inamovilidad definitiva como ordena el art. 252 de la Constitución.

(...) este es otro ejemplo de arbitrariedad de la Corte en su función de interpretar la Constitución. En este caso particular se alejó de un principio fundamental de la administración de justicia, que torna nula una resolución, cuando se es juez y parte. Amén de opinar de un modo sibilino que los Ministros de la Corte no son iguales a los

Inglaterra por el ‘Act of Settlement’, y en Francia se introdujo en el curso del siglo XVI como una consecuencia de la venalidad de los cargos públicos; y en estos antecedentes históricos se fundan los autores que niegan la independencia del Poder Judicial como consecuencia de la teoría de la separación de los poderes, justificando esa independencia en otro motivo: la independencia del juez es garantía para los litigantes y ajusticiados” (*“Tratado elemental de derecho constitucional chileno y comparado”*, Editorial Nascimento, Santiago, 1939).

Magistrados» (*Manual de derecho constitucional y político*”, Edit. Catena, p. 650, Asunción, 2003).

MANUEL RAMÍREZ CANDIA, otro Ciudadano Convencional de la Constituyente del '92 y catedrático de la especialidad, igualmente rechaza la inamovilidad definitiva *ab initio* de los ministros judiciales, valiéndose de una pormenorizada argumentación contra la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, que reza cuanto sigue:

«1. La expresión magistrados judiciales utilizada en el art. 252 de la Constitución es aplicable a todos los funcionarios que ejercen la función jurisdiccional dentro del Poder Judicial conforme con la sistemática de la Constitución, porque dicha expresión se utiliza en las inhabilidades para los cargos de Presidente de la República, miembros del Congreso Nacional y para las inmunidades de los magistrados

2. El art. 261 solamente establece dos supuestos de pérdida del cargo, una por sanción de destitución por el juicio político y la expresión 'solamente' que se utiliza en la norma constitucional es para distinguir del proceso de remoción de los demás magistrados que realiza el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y el cese de funciones por razón de la edad.

3. Las modalidades de terminación del mandato establecido en el art. 261 no se relaciona con otros supuestos de terminación del mandato que pueden ser término del mandato, renuncia o muerte.

4. La posición de la Corte de que solamente por juicio político o la edad pueden perder el cargo implica que los supuestos de renuncia o muerte no afectaría la permanencia en el cargo, situación que no resulta razonable.

5. No existe antinomia entre los arts. 252 y 261 de la Constitución, porque el primero, establece el período de mandato de los magistrados judiciales en general, incluidos los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y el segundo, establece dos modalidades de pérdida del mandato que son la remoción por el juicio político como una sanción y el cese del mandato por llegar al límite biológico de la

edad de 75 años» (*“Derecho constitucional paraguayo”*, t. II, Edic. del autor, pp. 348/9, Asunción, 2011).

El exministro de la Corte Suprema de Justicia (dimitente), JOSÉ ALTAMIRANO, en una reciente y ocasional entrevista de prensa ha asegurado asimismo que

« (...) no existe inamovilidad en el carácter de ministro de ninguno de los que fueron removidos de sus cargos por la Cámara de Senadores...

El Congreso no es ninguna autoridad para decir que los ministros son o no inamovibles o dejarlos sin mandato.

La prerrogativa es del Consejo de la Magistratura que apenas concluido el mandato de los ministros debió llamar a nuevo concurso.

Los que aparecen no son ministros... Tiene que dictarse de una buena vez una resolución por parte del Congreso y les confirma sin concurso y que también lo apruebe el Ejecutivo o de lo contrario el Consejo de la Magistratura tiene que llamar inmediatamente a un concurso para el llenado de los cargos».

Finalmente, JORGE SEALL-SASIAIN –especialista del área y titular de cátedra en la Universidad Nacional de Asunción–, en un exclusivo opúsculo titulado *“Cuestionable inamovilidad permanente de los ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura”*, ha concluido en parecida tesitura que

« (...) del proceso de selección, proposición en terna, y designación previsto tanto en la Constitución como de las leyes orgánicas del Consejo de la Magistratura y de la Corte Suprema de Justicia, surgen, claramente, dos conclusiones: 1) que, en modo alguno, se pretendió distinguir entre magistrados por su jerarquía (Ministros de CSJ vs. demás magistrados) en punto al sistema y régimen de inamovilidad; sólo diferenció en cuanto al mecanismo y órgano de remoción, para hacer efectiva la llamada responsabilidad política; y, 2) que en éste órgano y a partir de una terna completa e independientemente elaborada, se inician todos los nombramientos y

redesignaciones ('confirmaciones') de magistrados y de agentes fiscales. Toda interpretación que soslaye la participación del órgano constitucionalmente instituido para dicha tarea debe rechazarse por inconstitucional.

No existe apoyatura sólida en la Constitución para distinguir entre el mecanismo del 'primer nombramiento' y de los 'sucesivos nombramientos'. El único resquicio es el que apela a la interpretación literal, nunca suficiente *per se* en la hermenéutica constitucional, buscando una disquisición semántica en los vocablos 'nombramiento', 'designación', 'confirmación' y 'elección', utilizados por el constituyente con el fin de no repetir el mismo vocablo y no con el de instituir dos procedimientos radicalmente diferentes: la 'designación' vs. la 'confirmación'. Se utilizaron cuatro palabras –mal escogidas– para designar un mismo acto que sólo se diferencia de las veces en que se repite. Para no sacar dichos términos fuera de contexto y rescatar su único y coherente significado, se deben leer conjunta, armónica, relacional y sistemáticamente los arts. 251, 264, 269, 270 y 275, y 8º Disposiciones Finales y Transitorias, Constitución. Cualquier otra interpretación fundada en términos aislados y en selectivas acepciones del diccionario sólo ahonda la indeterminación y el caos significativo al que dieron pie los constituyentes, sin pretenderlo» (Editado en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 7, año 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid).

– POR LA TESIS DE LA CORTE –

En la acera opuesta, al igual que en el primer grupo, también un Convencional Constituyente, RODRIGO CAMPOS CERVERA se manifiesta a favor de esta toma de posición cuando arguye que

« (...) la aplicación del art. 261 de la Constitución constituye el principio fundamental que garantiza la independencia del Poder Judicial, mediante la inamovilidad 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 impropia...

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 válida, 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 CN, 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» («*Comentario a la Constitución*», t. III, p. 135, Asunción, 2007).

En el mismo sentido, EVELIO FERNÁNDEZ ARÉVALOS (a la sazón colega Constituyente de Campos Cervera) habría de apuntar al respecto que

«No existe ninguna prescripción constitucional expresa y específica que establezca la duración en sus cargos de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, así como tampoco existen normas específicas para los magistrados judiciales de cada fuero, de cada jurisdicción o de cada jerarquía. Como ya hemos tenido oportunidad de explicar, sólo existe una directiva constitucional genérica para los magistrados judiciales.

En efecto, el art. 252 CN, entre otras disposiciones, establece que los magistrados judiciales ‘son designados por períodos de cinco años, a contar de su nombramiento’, pero si hubiesen sido ‘confirmados por dos períodos siguientes a su elección, adquirirán inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los ministros de la Corte Suprema de Justicia’.

De esta manera el régimen aplicable a la duración en el cargo de los magistrados judiciales tiene las siguientes notas características: – duran en sus funciones cinco años, a contar de su nombramiento, siendo inamovibles (inamovilidad temporal) durante ese lapso; –pero

si hubieran sido confirmados en el cargo por dos períodos siguientes al de su elección, adquieren inamovilidad en el cargo hasta cumplir la edad de setenta y cinco años (arts. 252 y 261 CN, inamovilidad cuasi permanente); es decir que ocupan el cargo y continúan en funciones de manera inamovible hasta esa edad; aunque de modo no inamovible o con inamovilidad temporal, pueden continuar en funciones.

Los magistrados judiciales que pretendan ser confirmados o busquen una nueva designación deberán concursar nuevamente ante el Consejo de la Magistratura y, de acuerdo con su idoneidad, méritos y aptitudes, podrán ser postulados por dicho Consejo como candidatos integrantes de una terna.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado y resuelto en cuanto a la duración en sus cargos de los ministros...: – que no les son aplicables las disposiciones del art. 252 CN; –que la norma expresada en el art. 261 CN implica que los ministros del más alto tribunal de la República y los miembros del Superior Tribunal de Justicia Electoral, son inamovibles hasta que lleguen a la edad de setenta y cinco años, salvo, obviamente, que fueran removidos antes por juicio político.

(...) De acuerdo con el expresado criterio de la Corte Suprema de Justicia, todos los ministros de la Corte Suprema de Justicia... gozan de *inamovilidad cuasi permanente* hasta cumplir 75 años de edad. Recordemos nuevamente que no importa qué edad asumieron el cargo ni cuánto tiempo lo ejercieron: todos los ministros de la Corte Suprema de Justicia y todos los miembros del Superior Tribunal de Justicia Electoral, cesan en sus funciones automáticamente al cumplir 75 años de edad, aunque hubieran asumido el cargo un día antes» (*“Organos constitucionales del Estado”*, §§ 21.257 y 21.258, Edit. Intercontinental, Asunción, 2003).

En último lugar, y no por ello menos relevante, LUIS LEZCANO CLAUDE, Constituyente del '92 y exministro (dimitente) de la Corte, enfáticamente asevera que

« (...) los ministros de la Corte Suprema de Justicia gozan de inamovilidad definitiva o permanente a partir de su nombramiento

hasta los setenta y cinco años de edad... en el lapso que media entre el nombramiento y la edad límite, sólo puede ser separado de su cargo por la vía del juicio político» (*“Derecho constitucional. Parte orgánica”*, p. 337, Edic. del autor, Asunción, 2009).

IV. EL TRATAMIENTO DE LA INAMOVILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

El art. III de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica confiere a los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores, la continuidad en sus funciones (*life tenure*), mientras observen buena conducta... Lo que se traduce normativamente en la consagración de la *inamovilidad vitalicia* desde el mismo nombramiento formal del magistrado.

En la República Argentina, el maestro GERMÁN BIDART CAMPOS aclara que el

«nombramiento de jueces con acuerdo del senado confiere un *status definitivo* a favor del juez, que se pierde únicamente por la destitución mediante enjuiciamiento político. La inamovilidad significa, entre otras cosas, que el título obtenido por el nombramiento es perfecto y vitalicio» (*“Manual de la constitución reformada”*, t. III).

GREGORIO BADENI acota, no obstante, que

«Los convencionales de 1994 pretendieron que el principio constitucional de la inamovilidad vitalicia no fuera absoluto, sino relativo. El art. 99, inc. 4º, de la Constitución dispone que el nombramiento de un juez cesa cuando cumple 75 años de edad. En tal caso, podrá ser confirmado mediante un nuevo nombramiento por un lapso de 5 años, el cual podrá ser repetido indefinidamente...

Consideramos que el nombramiento o confirmación de un magistrado judicial es realizado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y sin límite temporal, tal como lo resolvió la Corte Suprema en el caso *‘Fayt’*...

El Poder Judicial es uno de los órganos del gobierno en el cual se concentra el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Integran ese órgano, con el carácter de funcionarios del gobierno, todos los magistrados judiciales. Cualquiera sea su categoría, al margen de admitir que la titularidad del órgano resida en la Corte Suprema de Justicia. Los jueces no son funcionarios públicos de la administración ni de la entidad legisferante. Son funcionarios públicos de jerarquía gubernamental que expresan la voluntad del Estado en materia jurisdiccional...

Pero la inamovilidad no genera un derecho adquirido. No se trata de una garantía personal o individual, sino institucional. Ella preserva el cargo e, indirectamente, a la persona que lo ejerce, aunque como una mera consecuencia...» (*“Tratado de derecho constitucional”*, t. II, pp. 1820 a 1825, Edit. La Ley, Bs. As., 2006).

JUAN F. ARMAGNAGUE agrega finalmente que

« (...) la excepción a la inamovilidad absoluta o vitalicia está dada por lo dispuesto en el último párrafo del inc. 4 del art. 99, es decir, un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años.

La Constitución no distingue entre jueces de la Corte y de tribunales inferiores, en primer lugar. En segundo término, ha establecido un término de setenta y cinco años cumplidos.

En tercer lugar, tampoco intervendrá el Consejo de la Magistratura, pues el texto constitucional sólo se refiere a ‘un nuevo nombramiento precedido de igual acuerdo’...» (JUAN F. ARMAGNAGUE, *“Curso de derecho constitucional argentino y comparado”*, p. 372, Edit. La Ley, Asunción, 2009).

En el constitucionalismo brasileño, por citar otro ejemplo mercosurino, CELSO RIBEIRO BASTOS comenta que los Ministros del Supremo Tribunal Federal

« (...) gozam, como todos os demais juízes, das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95)» (“*Curso de direito constitucional*”, § 6.1. Edit. Saraiva, São Paulo, 1999).

El autor peruano JOSÉ PAREJA PAZ SOLDÁN, referente a la Carta Magna anterior a la vigente –aunque no por eso descartable en su mención–, señalaba que

«La administración de justicia requiere que los magistrados que la ejerzan se sientan seguros y protegidos del temor o de la amenaza. Si pudieran ser destituidos, estarían coaccionados por la exigencia de no malquistarse con las personas que disponen del poder de removerlos, hallándose en realidad sometidos a la voluntad de éstos. Además la acción del juez está esencialmente determinada por normas y sometida a la ley y no debe ser un instrumento político. De ahí el magnífico principio inglés: ‘los jueces duran mientras duran en sus buenos servicios’.

La calidad de la administración de la Justicia es el reflejo de los hombres que la administran. Y hay que cuidar que los magistrados lleven una vida segura, decorosa, estable y que no estén sujetos al poder de los que eventualmente puedan o no ratificarlos. La certeza de conservar el cargo inspira al magistrado la resolución de ser digno y lo reviste de esa imparcialidad tranquila y reflexiva, que honra el cuerpo al que pertenece» (“*Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979. Apreciación y comentarios*”, Edic. del autor, p. 348, Lima, 1981).

En la interpretación del art. 146 de la Constitución peruana de 1993, (Expediente N° 2209/2002-AAjTC), por la confirmación previa del Consejo Nacional de la Magistratura a la inamovilidad permanente –dado que el art. 154 de la misma no distingue niveles–, el Tribunal Constitucional ha pronunciado:

« (...) que dicho precepto constitucional reconoce un derecho a todos aquellos que tienen la condición de jueces... Se trata del derecho a permanecer en el servicio Judicial), mientras observen conducta e idoneidad propia de la función. Sin embargo, este derecho

tiene dos límites constitucionales muy precisos: Uno de carácter interno, que se traduce en el derecho a permanecer en el servicio, entre tanto se observe conducta e idoneidad propias o acorde con la investidura de la función que se ejerce; y otro de carácter temporal, este derecho a permanecer en el servicio no es intemporal o hasta que se cumpla una determinada edad, sino está determinado en el tiempo. Esto es, por 7 años, luego de los cuales, la permanencia en el servicio de los jueces... se encuentra sujeta a una condición: que sea ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura...

Lo que quiere decir que la garantía de la permanencia en el servicio judicial se extiende por espacio de 7 años, dentro del cual el juez... no puede ser removido, a no ser que no haya observado conducta e idoneidad propia de la función o haya cumplido los 70 años, al que antes se ha hecho referencia. Una vez transcurridos los 7 años, el derecho de permanecer en el cargo se relativiza, pues, a lo sumo, el magistrado... solo tiene una expectativa de poder continuar en el ejercicio del cargo, si es que logra sortear el proceso de ratificación... ».

V. NUESTRA BREVE CONCLUSIÓN

VI. ALGUNAS PISTAS PARA SORTEAR AQUEL LABERINTO

La pregunta que debemos formularnos *a priori* es la que sigue: ¿la inamovilidad acerca de la cual se traba la presente *fricción interpoderes* (eufemismo que usamos para no caer en la ligereza de otorgarle ya la entidad de “conflicto”) refiere a la garantía de permanencia *ad vitam* en funciones, es decir, desde la designación hasta cumplidos los 75 años de edad como manda el art. 261 de la Constitución de la República?

En puridad, sí. El meollo está en definir qué *debe ser* antes del qué *debería ser*, sobre todo, cuando en este último caso el Senado dentro de un régimen republicano, fungiendo de intérprete conforme al art. 202, num. 2 de la Constitución, no pueda obrar desapasionadamente en su calidad de “caja de resonancia del humor y sentimiento populares”— como sí debe hacerlo el Poder Judicial (al menos eso se desprende de tal excelsa función) por el principio de objetividad e imparcialidad—, ante

los innúmeros avatares que le exigen, por lo común y salvando las individualidades, a que como colegiado político actúe condicionado a fluctuantes negociaciones sectoriales e inestables disposiciones partidarias o resoluciones de bancadas.

Por lo arriba expuesto, en el análisis de los hechos no debe perderse de vista que además del articulado constitucional en discusión (arts. 3, 137, 251, 252, 261, 264, 269, 270 y 275, y 8° de las Disposiciones Finales y Transitorias) también está en cuestión el art. 19 de la Ley N° 609/1995⁽⁴⁾. Y más puntualmente en la hipótesis de la ley, porque en esta el Congreso deja entrever, independientemente del acápite “reconducción tácita” en el cargo, la existencia de un límite temporal (o duración de 5 años en funciones, a la manera del art. 252) y la supeditación de confirmaciones continuas para la adquisición de inamovilidad permanente.

Ahora, sin ahondar en engorrosos detalles, si el Congreso creyendo interpretar la Carta Magna llegó a la conclusión de que el art. 19 de la Ley N° 609/1995 se ajustaba a los mandatos del Constituyente, lo único cierto hubiera sido que, por inexistencia de texto expreso y por creerse genuinamente con potestad de “completar” tal vacío normativo, antepusiera el “espíritu de la Convención” a la operatividad del texto constitucional. Entonces, valdrá preguntarse si en tal caso éste ha sido el espíritu de los constituyentes (es decir, dejar al arbitrio del legislador que por ley infraconstitucional se establezca la duración quinquenal en la función).

Y para ello remitimos a los antecedentes de la Constitución de 1967, la cual en su art. 196 expresamente preceptuaba que “los *miembros de la Corte Suprema de Justicia* y de los Tribunales, los Jueces y demás Magistrados *serán designados por períodos de cinco años*, coincidentes con el presidencial, y podrán ser reelectos. Sólo serán removidos por la 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

⁽⁴⁾ El citado artículo reza: “Cumplido el período para el cual fueron designados, de acuerdo con el Art. 252 de la Constitución y 8° de las Disposiciones Finales y Transitorias de la misma, los ministros de la Corte Suprema de Justicia seguirán en el ejercicio de sus funciones hasta tanto sean confirmados o nombrados sus sucesores conforme con el procedimiento constitucional”.

dispone esta Constitución. El enjuiciamiento de los demás Magistrados se hará ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la ley”.

¡Nótese la diferencia! La explicitud dispensa cualquier comentario. Sin necesidad de apelar a la sistemática ni a interpretaciones arriesgadas podemos concluir que aquélla disposición no permitía resquicio a la duda.

Todos los argumentos elaborados desdeñando esta incuestionable realidad conducen a un mismo problema (y en esto estimo que habrá un consenso de los analistas): que el Constituyente del '92 por el afán de desmarcarse del modelo vinculado con la última dictadura o tal vez por exceso de moderación ha descuidado, como en otros casos, las milimétricas medidas para el “redondeo” del plexo constitucional.

Y esta no es una cuestión menor. Aquel art. 196 bien podrá ser empleado, como tantas otras cosas, para inclinar a uno u otro lado la atención. Pero no olvidemos que la imprecisión de la Constituyente (comprensible, por las circunstancias de la época) ha llevado a esta incómoda situación desde que *aquello que dijo en 1967*, y que a nuestro entender no precisaba escudriñamiento, no lo *repite o corrigió* (si era esa la necesidad) en 1992.

Por lo tanto, en ese preciso instante, en que la norma queda –por decirlo– “descuidadamente abierta”, es que ambos poderes entran a disputar interpretaciones unilaterales en nada conciliadoras y en cuyo caso de predominancia orgánica.

En este orden de consideraciones nos preguntamos, difiriendo para otra oportunidad el examen de las distintas opiniones jurídicas, ¿si ante tales acontecimientos y en el contexto de un Estado de Derecho es el Senado o la Corte que debe prevalecer?; o expresado de otra manera: ¿si en un Estado de Derecho es el criterio legalista del Senado o el independentista del Poder Judicial que debe prevalecer?

En nuestra convicción deberá predominar la concepción del Poder Judicial, o para ser más exactos el de la Corte Suprema, porque no existe mayor garantía para su funcionamiento independiente que el brindado por una de las más importantes premisas para el logro de un

gobierno recto y civilizado: la inamovilidad definitiva de los jueces (sin importar su jerarquía) mientras dure su buen desempeño en la judicatura; BENJAMÍN CONSTANT⁵, promediando la segunda década de los años 1800, ya escribía que

“(…) todo nombramiento temporal, proceda del gobierno o del pueblo, toda posibilidad de revocación, salvo que vaya precedida de un juicio positivo, atentan por igual a la independencia del poder judicial...

Durante casi toda la Revolución, ni tribunales, ni jueces, ni juicios, fueron libres. Los diversos partidos se apoderaron, uno tras otro, de los instrumentos y de las formas de la ley. Hubiera sido necesario el valor del guerrero más intrépido para que nuestros magistrados se hubiesen atrevido a pronunciar sus sentencias de acuerdo con su conciencia. El valor que hace desafiar la muerte en una batalla es más fácil que la profesión pública de una opinión independiente entre las amenazas de tiranos o de facciosos. *Un juez amovible o revocable es más peligroso que un juez que ha comprado su empleo. Haber comprado su puesto es cosa menos corruptora que temer siempre perderlo*” [la itálica es nuestra].

Este parecer se refuerza más aún con el pensamiento del filósofo constitucionalista JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, para quien

«la inamovilidad de los jueces es una de las conquistas más notables de los pueblos libres. Es la única garantía verdadera de la independencia de los magistrados judiciales en el desempeño de sus cargos. Los pone a cubierto de las coacciones extrañas, ya provengan de otros poderes, ya de las personas que, gozando de las influencias oficiales, pretendan ejercer presión sobre sus conciencias... No es lógicamente concebible una correcta e imparcial administración de justicia por magistrados que dependan del ejecutivo en cuanto a la permanencia en sus cargos, y por eso es que son inadmisibles ciertas combinaciones que arbitran algunas constituciones provinciales por las que los jueces son nombrados para un período de tiempo

⁵ “Principios de Política aplicables a todos los Gobiernos representativos”, Tomo II, Capítulo XIX, “De las Garantías Judiciales”, pp. 147 y 148, Edit. Biblioteca Económica Filosófica, Trad. Antonio Zozoya, Madrid, 1841

determinado, al cabo del cual quedan cesantes si no son nuevamente designados por el Gobernador con acuerdo del Senado, adquiriendo la inamovilidad recién cuando son así confirmados en sus puestos» ("*Derecho constitucional argentino*", pp. 393/4, Edit. Kraft, 1943).

Empero como el asunto no podía quedar agotado así nomás, vale decir, porque la independencia judicial (órgano-persona) está garantizada en la Constitución de ello ya no cabe duda, la Corte Suprema de Justicia de todos modos procedió a interpretarla –tal vez por el mérito de los hechos o la fuerza de los eventos– a través de inconstitucionalidades con efecto *inter partes* (puntualmente para los ministros hoy afectados que habrán concurrido bajo el amparo del art. 47, num. 1, Const.), con lo cual quedaría establecida la certeza para el ejercicio de la magistratura y el afianzamiento de la funcionalidad institucional independiente, a la que HERBERT HART loaría diciendo que

«un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que el tribunal se equivocó carece de consecuencias dentro del sistema; nadie ve modificados sus derechos o deberes. La decisión, claro está, puede ser privada de efectos jurídicos por una ley, pero el hecho mismo de que sea menester recurrir a ello demuestra que, en lo que al derecho atañe, el enunciado de que el tribunal se equivocó era un enunciado vacío. La consideración de estos hechos hace que parezca pedante distinguir, en el caso de las decisiones de un tribunal supremo, entre su definitividad y su infalibilidad. El derecho es lo que los tribunales dicen que es» ("*El concepto de derecho*", pp. 176/183, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1961; cit. por Mendonca).

Lo contrario hubiese constituido un retroceso deslegitimante para la consolidación del Estado de Derecho ante el avance acaparador del poder político –como ha sido desde siempre en la historia de la humanidad–; por consiguiente, el contrapeso de los fallos judiciales asegurando la inamovilidad definitiva *ab initio* de los ministros ha repuesto el equilibrio *interpoderes*, pues de no haber sido así, TOMÁS ELORRIETA Y ARTAZA nos hubiera reclamado que

«Allí donde los funcionarios judiciales no sean inamovibles, carecerá de independencia el Poder Judicial, y se convertirá

fácilmente en un instrumento de los políticos. Pero en los tiempos actuales, aunque esa inamovilidad no sea completa, porque puede intervenir el Poder Ejecutivo en las jubilaciones..., tiene garantías sobradas un Juez probo para administrar justicia sin temor a nadie.

Los autores del Federalista se daban ya cuenta exacta de la Importancia de la inamovilidad judicial, cuando decían comentando la Constitución Norteamericana ‘por lo mismo que el Poder Judicial por su debilidad natural está constantemente expuesto a ser dominado, aterrado o influido por los Poderes con los que está coordinado, por lo mismo que nada puede contribuir tanto a darle fuerza e independencia como la permanencia en el cargo, esta cualidad puede ser considerada como un elemento indispensable en su constitución y en una gran medida como la ciudadela de la justicia pública y de la seguridad pública» (, p. 177, “*Tratado elemental de derecho político comparado*”, Edit. Hijos de Reus, Madrid, 1916).

En conclusión: la independencia del Poder Judicial como órgano supremo del Estado, así como la inamovilidad de los jueces como personas-funcionarios, constituyen una misma identidad pleonástica: hablar de inamovilidad es confirmar la independencia del Poder Judicial, así como hablar de independencia del Poder Judicial denota que los demás poderes del Estado subordinan su accionar al imperio de la ley y acatan sus decisiones en el maduro entendimiento de que sólo en él descansa la magna tarea de “custodiar la Constitución”; quítese la inamovilidad y se producirá un vaciamiento del régimen republicano de gobierno: la independencia es respecto de la inamovilidad, algo así como la voluntad y la acción en un organismo, respectiva y complementariamente; si se ataca la independencia del Poder Judicial, retaceando verbigracia su presupuesto para disimular una merma salarial, se está restando efecto a la acción de los magistrados indirectamente; y si se intenta frenar la acción de los magistrados (inamovilidad), como ahora ocurre, se ataca veladamente la voluntad del Poder Judicial (su independencia) para la consecución de su cometido orgánico-institucional que reposa en el mismo preámbulo: *asegurar la justicia*.

La inamovilidad definitiva de los ministros de la Corte, en consecuencia, lejos está de responder a un privilegio corporativo, sino más bien a una garantía institucional para su funcionamiento

independiente como máxima autoridad del Poder Judicial: garantizando la inamovilidad de un ministro, o del cuerpo de ministros, se asegura en consecuencia la independencia *ex toto* del Poder Judicial.

Y si diéramos por seguro lo antedicho, y aun así se insistiera en la necesidad de renovación de la Corte, y si nos preguntáramos por qué el Senado contando con los votos para una resolución no confirmatoria (como la han dado en llamar) no hace lo propio para impulsar un juicio político, le parafrasearíamos a JORGE REINALDO VANOSI para satisfacer dicha inquietud y tal vez nuestra propia resignación:

“Nombrar a un juez es la mayor responsabilidad, porque el juez tiene a su vez decisiones que involucran la vida, la libertad, el honor, la seguridad, la propiedad y todos los derechos humanos en juego. Es grave equivocarse al nombrar un secretario de Estado, pero se repara. Es grave elegir un mal legislador, pero habrá una nueva elección y se lo podrá dejar de lado. Pero ¿qué pasa cuando nos equivocamos en el nombramiento de los jueces y sobre todo cuando las instancias son cada vez superiores, en un régimen donde se garantiza por el sistema constitucional la inamovilidad de esos magistrados?

Ese error no se repara fácilmente, no tiene en definitiva ninguna solución, por eso lleva al desencanto, a la inseguridad. Por eso lleva a que, en definitiva, se desconfíe de todo.

Es decir que, en definitiva, puede ocurrir que lo que menos se tenga en cuenta es lo que más se debe tener en cuenta. Así y todo, mucho me conformaría si se diera lo que el viejo adagio inglés, no sé si por convicción o por resignación, trata de explicitar como resumen de lo que debe ser el nombramiento de un juez: *que sea un gran señor, si sabe derecho mejor*” (“*Estudios de teoría constitucional*”, pp. 113/4, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2002).

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTO POLETTI ADORNO, “*Derecho constitucional comparado*”, Edit. Intercontinental, Asunción, 2011.

BENJAMÍN CONSTANT, “*Principios de política aplicables a todos los gobiernos representativos*”, t. II, Edit. Biblioteca Económica Filosófica, Trad. Antonio Zozaya, Madrid, 1891.

BERNARDINO CANO RADIL, “*Manual de derecho constitucional y político*”, Edit. Catena, Asunción, 2003.

CELSO RIBEIRO BASTOS, “*Curso de direito constitucional*”, Edit. Saraiva, São Paulo, 1999.

EVELIO FERNÁNDEZ ARÉVALOS, “*Órganos constitucionales del Estado*”, Edit. Intercontinental, Asunción, 2003.

GERMÁN BIDART CAMPOS, “*Manual de la constitución reformada*”, t. III, Edit. Ediar, Bs. As., 2008.

GREGORIO BADENI, “*Tratado de derecho constitucional*”, t. II, Edit. La Ley, Bs. As., 2006.

HANS KELSEN, “*Teoría pura del derecho*”, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM, México DF, 1982.

HERBERT L. HART, “*El concepto de derecho*”, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1961.

HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, “*Derecho constitucional latinoamericano*”, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

JORGE SEALL-SASIAIN, “*Cuestionable inamovilidad permanente de los ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura*”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 7, año 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

JORGE REINALDO VANOSI, “*Estudios de teoría constitucional*”, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM, México DF, 2002.

JOSÉ PAREJA PAZ SOLDÁN, “*Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979. Apreciación y comentarios*”, Edic. del autor, Lima, 1981.

JUAN F. ARMAGNAGUE, “*Curso de derecho constitucional argentino y comparado*”, Edit. La Ley, Asunción, 2009.

JUAN JACOBO ROUSSEAU, “*Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*”, Edic. de 1754.

JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, “*Derecho constitucional argentino*”, Edit. Kraft, Bs. As., 1943.

KARL SCHMITT, “*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*”, Edit. Tecnos SA, Madrid, 1996.

LUIS LEZCANO CLAUDE, “*Derecho constitucional. Parte orgánica*”, Edic. del autor, Asunción, 2009.

MANUEL RAMÍREZ CANDIA, “*Derecho constitucional paraguayo*”, t. II, Edic. del autor, Asunción, 2011.

RAFAEL RAVEAU, “*Tratado elemental de derecho constitucional chileno y comparado*”, Editorial Nascimento, Santiago, 1939.

RODRIGO CAMPOS CERVERA, “*Comentario a la Constitución*”, t. III, Edic. Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2007.

TOMÁS ELORRIETA Y ARTAZA, “*Tratado elemental de derecho político comparado*”, Edit. Hijos de Reus, Madrid, 1916.

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DESDE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Juan Pablo Rolón

SUMARIO: 1. LA IMPORTANCIA DEL AMBIENTE PARA EL SER HUMANO. 2. CONCEPTOS BÁSICOS QUE HACEN AL DERECHO AMBIENTAL. 2.1. ¿AMBIENTE O MEDIO AMBIENTE? 2.2. ECOSISTEMA. 2.3. ECOLOGÍA. 2.4. DESARROLLO SUSTENTABLE. 3. EL AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN DEL PARAGUAY DE 1992. PRINCIPIOS Y VALORES JURÍDICOS. 4. LA CONSTITUCIÓN Y EL AMBIENTE. 5. POLICÍA Y LEGISLACIÓN AMBIENTAL VIGENTE EN EL PARAGUAY. 6. LEYES FORESTALES. 7. LEY DE AGUAS. 8. CONTROL AMBIENTAL. 9. CONCLUSIÓN

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DESDE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Juan Pablo Rolón

1. LA IMPORTANCIA DEL AMBIENTE PARA EL SER HUMANO

La constitución de un país es el reflejo de la cultura y perspectivas de desarrollo de un pueblo, que a través de sus representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, se proyecta hacia el futuro, en busca de valores de cohesión y bienestar social. Nuestros convencionales han comprendido que uno de los puntos neurálgicos para acercarnos a tales valores es proteger el ambiente, siendo el mismo un bien jurídico común y universal.

Nuestro país se ha hecho eco de la diversidad internacional en materia de legislación ambiental vigente desde la década del setenta, sin embargo no fue hasta el año 1992 que la materia ocupa un sitial jurídico de índole supremo. El desarrollo industrial y el crecimiento poblacional fueron aspectos que en el transcurso del tiempo incidieron velozmente en la necesidad de garantizar y proteger derechos individuales y colectivos que se ven afectados por aquellos factores. De hecho, la Convención Nacional Constituyente no solo abrazó la posibilidad de constitucionalizar al ambiente, sino que lo incluyó en el Título correspondiente a los “Derechos Fundamentales” en una sección especial en directa relación con la vida.

El ambiente, como bien jurídico, es un concepto que a medida que evoluciona va generando innumerables situaciones que destacan su trascendencia, y que hace necesario que se refuercen los preceptos que se refieren al mismo, tanto en la Constitución como en las leyes.

La historia constitucional indica que a partir de finales del siglo XVIII, se fueron sucediendo generaciones de derechos que ampliaron el

espectro de las reivindicaciones del hombre. En primer término, los Derechos Civiles y Políticos, luego los Derechos Sociales Económicos y Culturales y, por último, la tercera generación de derechos, entre los cuales se halla el del Ambiente Saludable. La trilogía se encuentra incluida y sistematizada dentro de la Constitución Nacional, lo que hace que su esquema refleje amplitud e integridad.

Fue atinado lo considerado por los convencionales al incluir la materia ambiental en la Carta Magna, pues la democracia trajo aparejado un abanico de libertades que despertaron la iniciativa privada, que en veinte años elevaron la calidad de vida.

La actividad humana incide en el ambiente considerablemente. Ejemplos claros son la construcción de dos hidroeléctricas en el Río Paraná y la explotación de la ganadería y de la soja. Consecuentemente, la economía ha mejorado sustancialmente, pero ello a expensas de miles de hectáreas de bosques.

Es lógico que a mayor capital disponible existe mayor inversión y aumentan las industrias que compiten en diferentes áreas de la producción de bienes y servicios. Esto trae consigo una gran contaminación con residuos que afectan al aire, tierra y agua.

Asimismo, a mayor inversión existe mayor necesidad de mano de obra y a mayor mano de obra ocupada hay mayores ingresos y mayor emigración de familias hacia las zonas urbanas. El crecimiento de los sectores poblados genera el aumento en las necesidades que deben ser satisfechas (vivienda, alimento, vestimenta, diversión), lo que a su vez genera más consumo de bienes y con ello mayor cantidad de residuos que deben ser recolectados, depositados y tratados.

Esta enumeración de las principales actividades humanas que inciden en el ambiente, es solo una parte de todas aquellas que se producen en el fenómeno social. Nuestra Constitución, como todas sus pares en la región y en el mundo, se ha inscripto en el grupo de aquellas que pretenden proteger y preservar al ambiente en forma integral. No obstante, la Constitución por sí misma no es suficiente, es necesario que se la complemente o amplíe con una legislación adecuada.

La legislación depende de su fuente principal, la Carta Magna. Desde el año 1992 se ha sancionado una innumerable cantidad de leyes que sustituyeron a otras anacrónicas o insuficientes a la realidad de esos momentos; por otro lado se sancionaron normas que cubrieron lagunas legales.

La intención del presente artículo es realizar un recorrido en los veinte años de vigencia de la Constitución y su incidencia en lo que a ambiente se refiere. Cuáles fueron los cambios que se dieron en las normas jurídicas que se encontraban vigentes, las instituciones administrativas y judiciales que se crearon para proteger al ambiente, así como también las normas penales ordinarias y especiales que definen y sancionan aquellos hechos punibles que alteran a la naturaleza.

2. CONCEPTOS BÁSICOS QUE HACEN AL DERECHO AMBIENTAL

2.1. ¿AMBIENTE O MEDIO AMBIENTE?

Nuestra constitución emplea el vocablo “ambiente” para referirse a todo lo relacionado con el contexto natural que rodea al hombre. Es necesario analizar el origen y concepto de la expresión a fin de establecer su alcance y sentido, todo esto para discernir posteriormente su correcto uso con respecto a la materia regulada. Asimismo, se realizará una comparación con la palabra “medioambiente”, con el objeto de definir sus semejanzas y diferencias. En doctrina se debate constantemente sobre el empleo de una u otra expresión por separado o indistintamente.

Ambiente, proviene de las expresiones latinas *ambiens*, *ambientis*, y ésta de *ambere*, "rodear", "estar a ambos lados". Básicamente comprende al espacio que rodea a un objeto, su entorno que lo determina y condiciona.

Establecer una definición única de ambiente es una tarea arduamente dificultosa por cuanto en doctrina su conceptualización es vacilante. Sin embargo, todas las definiciones comparten elementos comunes que integran el concepto en sí como un todo único. La Real Academia Española define al ambiente en una de sus acepciones como: “Condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas, etc., de un

lugar, de una reunión, de una colectividad o de una época”. En esta definición se percibe una generalidad propia del contexto material del cual se extrae un aporte inicial para emprender la aventura de precisar de la mejor manera posible la definición que se pretende. Otras definiciones dicen del ambiente: “... el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinados”.

Con este concepto se percibe cómo elementos básicos van definiendo el concepto técnico de la palabra ambiente, tales como los elementos bióticos y abióticos. Otras definiciones nos aportan más datos, desarrollando las partes integrantes del concepto: “Es el conjunto de fenómenos o elementos naturales y sociales que rodean a un organismo, a los cuales este responde de una manera determinada. Estas condiciones naturales pueden ser otros organismos (ambiente biótico) o elementos no vivos (clima, suelo, agua), todo en su conjunto condicionan la vida, el crecimiento y la actividad de los organismos vivos”. Así se logra enmarcar, de forma aproximada, el esquema de la palabra. En esta última definición se agrega a la palabra organismo (como todo ser vivo), y su relación con su entorno biótico y abiótico, cómo se condicionan mutuamente.

Medio ambiente consiste en una expresión que básicamente incluye factores más amplios, tales como los símbolos y la cultura social instaurados por las personas en una zona determinada y que igualmente influyen sobre los demás factores bióticos y abióticos determinando su vida. La industria, el comercio, el arte, las actividades deportivas y políticas constituyen algunos ejemplos de como la evolución constante hace que el progreso alcance a todas las esferas humanas y a las naturales también.

No obstante, las semejanzas, en doctrina se debate constantemente el uso de una u otra palabra. Los que se inclinan a favor del uso de “ambiente” sostienen que en ella se sintetiza el verdadero significado del bien jurídico que debe ser precautelado que es el entorno que rodea y condiciona la vida; igualmente cuestionan el uso de la expresión medio ambiente en el sentido que el uso de “medio” implica una redundancia innecesaria.

En conclusión, el uso de la palabra “ambiente” en el texto de la Constitución encierra el concepto del entorno estrictamente natural en el que se despliegan y desarrollan aquellos factores bióticos y abióticos de los cuales se habló en párrafos anteriores. Suelo, agua y aire constituyen los tres tipos de ambientes en los que se desarrollan los complejos conjuntos de vidas y que otorgan igualmente diversidad de herramientas y necesidades básicas para la subsistencia. En cada uno de estos ambientes la evolución de millones de años colocó a seres con vida que aprendieron a relacionarse en un circuito ininterrumpido de intercambio de energía. Es cuando este circuito se altera que la red pierde su esencia y sus diferentes eslabones se desorientan al no contar más con sus fuentes de energía vitales.

Comprendiendo la importancia de conservar intactos estos espacios naturales y su íntima relación con la vida, es que la Constitución del Paraguay le otorga una ubicación y privilegio únicos al entorno exclusivamente natural. El medioambiente, que encierra un universo más amplio, se encuentra protegido y garantizado en capítulos y normativas independientes, por ejemplo el medioambiente laboral, artístico, cultural, paisajístico, urbano, etc.

En síntesis, el término “ambiente” es empleado en la Constitución en el sentido estricto y abarca la protección y conservación los factores abióticos de suelo, aire y agua.

2.2. ECOSISTEMA

El ambiente implica tres componentes básicos: espacio, energía y libre tránsito. Estos elementos se interrelacionan permanentemente dependiendo recíprocamente para su subsistencia.

En el entorno natural, el principio del más fuerte es la regla que se impone. Los seres vivos que procrean y se desarrollan en dicho espacio, existiendo seres inferiores y superiores en el mismo espacio y tiempo. Se alimentan de otros y alimentan a otros, sirviendo de medio para la circulación de la energía vital que, paradójicamente, garantiza la existencia de las generaciones futuras.

Ahora bien, para que produzca efectos, el tránsito cíclico y permanente de esta energía debe realizarse en forma originaria, es decir, sin alteraciones; pues si uno de los elementos del circuito dejara de existir, la cadena se rompería sentenciando al sistema, que, a su vez, forma parte de una red global de ecosistemas que a mediano o largo plazo incide en la vida del hombre y sus necesidades. De ahí la trascendencia de preservar su funcionamiento saludable y su convivencia con el progreso y desarrollo humano.

2.3. ECOLOGÍA

Es la ciencia eminentemente técnica que se encarga del estudio y la praxis del fenómeno del ecosistema en sus diferentes ámbitos, buscando el sentido de los diferentes vínculos que ocurren en los niveles de la cadena. El objetivo de la materia en sí consiste en comprender detalladamente el fenómeno que se produce, para que a partir de ese entendimiento se pueda diseñar un esquema de recomendaciones que permitan congeniar desarrollo humano con el entorno ambiental; asimismo procura formular las reglas técnicas necesarias para restablecer los ecosistemas ya afectados en diferentes grados.

Aporta al derecho las recomendaciones que, sobre el resultado de las experimentaciones, sirven de base para la formulación de aquellas normativas que procuren la protección del ambiente en forma integral. El entorno y sus componentes son el objeto de esta ciencia que, teniendo como centro de estudio lo estrictamente natural, busca una proyección global, partiendo de un reducido espacio local o regional y teniendo como meta final el cuidado de todo el planeta tierra.

2.4. DESARROLLO SUSTENTABLE

Como consecuencia de dos hechos de gran impacto en la historia del hombre como ser la era industrial y las guerras mundiales, se tomó conciencia de la necesidad de aunar los esfuerzos de la comunidad internacional para frenar el acelerado e indiscriminado impacto negativo de las acciones humanas contra el ambiente, en todas sus esferas.

El ser humano como ente con uso de razón entiende y explota su entorno de una manera superior a como lo hace el resto de los animales

que habitan la tierra. Aprendió a perpetuar su especie a expensas del ambiente; fue expandiendo su marco de influencia en diferentes sectores, primero de forma precaria y luego, por medio del intercambio de costumbres, perfeccionando sus mecanismos e instrumentos. Sintió la necesidad de ampliar su espacio en donde desarrollar su campo de acción y de los valles y desiertos pasó a los bosques, costas, ríos, mares y por último el aire.

En cada uno esos espacios naturales ha tenido un paso influyente que dejó una marca imborrable, ya que afectó recursos no renovables. Luego sobrevinieron las extinciones de especies de flora y fauna; contaminaciones de agua, suelo y aire por medio de los diferentes desechos líquidos, sólidos y en forma de gases que alteran aceleradamente el mapa natural de las diferentes regiones. El estado originario del ambiente empezó a modificarse, no temporalmente, sino para siempre.

La comunidad internacional, mediante organizaciones como la ONU, OEA, NAFTA, advirtieron las consecuencias que se comenzaban a producirse, y entre las cuales se caracterizaba la de detectar la formación de un agujero en la capa de ozono en la región austral del planeta. Las organizaciones se auto convocaron en una serie de encuentros que, con las formas de Convenciones y Tratados, buscaron informar sobre la situación alarmante del avance de la contaminación del planeta por directa acción del hombre y de las consecuencias devastadoras que se generarían si no se tomaban acciones políticas inmediatas.

El “ambiente” no fue el único objeto de protección de las normas internacionales. En puridad, se protegió el concepto de “desarrollo sustentable” que -en forma de principio y valor jurídico- se buscó proyectar y difundir a los diferentes estados.

El ambiente, en términos legales, no solo encierra la idea de entorno, sino también el de bien jurídicamente protegido, el cual tiene como esencia otorgar a todos los que transitan en él la posibilidad disfrutar de sus frutos y formas en forma inalterable y original.

La ley cumple en este caso un papel trascendental que consiste en otorgar las condiciones necesarias para que el derecho innato del ser humano al “desarrollo”, en todas sus facetas, se produzca de forma pacífica, sin provocar cambios perpetuos en detrimento de las generaciones futuras.

3. EL AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN DEL PARAGUAY DE 1992. PRINCIPIOS Y VALORES JURÍDICOS

La República del Paraguay, por medio de su Constitución de 1992, busca custodiar un bien jurídico esencial para toda vida posible: el ambiente.

En las Constituciones que precedieron a la vigente no se reguló el ambiente en forma expresa y directa, más bien se llegó a la protección de derechos particulares que tenían una implicancia natural, pero donde lo principal era el interés privado y no el general o colectivo.

Es por ello que la ausencia de una normativa constitucional que proteja al ambiente, hizo que se acuda al auxilio de la legislación positiva que por medio del Código Civil, principalmente, se regule el uso y explotación de la propiedad en lo referente al agua fluvial, pluvial; el cauce de los ríos y arroyos, su disminución o aumento por acontecimientos naturales o humanos; la explotación del suelo y sus productos pétreos (exploración, explotación, transporte, industrialización y comercialización), por medio de la legislación minera; así como la protección del aire de factores externos que alteran su estructura y función a través de los residuos provenientes de acciones humanas tales como: los ruidos molestos y el humo por el trabajo con máquinas y las industrias.

A partir del año 1992 no sólo se puso en vigencia una nueva Constitución para los paraguayos, sino que se hizo necesario reajustar y reformar el sistema legal vigente hasta ese entonces en el país a fin de adecuarlo a la realidad nacional e internacional.

Una de las materias sensibles y de atención urgente por su atraso fue la ambiental. Como se indicara, hasta entonces la legislación

ambiental se reducía al Código Civil y leyes especiales que regulaban una actividad privada en particular.

La técnica legislativa aplicada por los convencionales hizo que el Ambiente ocupara una posición de privilegio. De hecho, su regulación se realiza dentro del título en el que se enmarca la protección de la vida en todos sus niveles.

La vida, para el derecho constituye el bien jurídico por excelencia. Para garantizar que su protección sea efectiva y plena se necesita que se desarrolle en armonía con lo que le rodea.

Para trascender, todo organismo vivo necesita de varios planos en los cuales desenvolver su dinámica evolutiva. La naturaleza otorga las herramientas básicas para la vida como aire, agua, territorio, alimento, frutos, cobijo, etc. Sin estas herramientas, la vida no subsistiría. Es decir que vida y ambiente se encuentran estrechamente vinculados y dependen recíprocamente entre sí para poder existir, por lo tanto, el valor normativo que se otorga al ambiente es justo y acorde a la realidad de la persona humana.

El ambiente tiene reservados en la Constitución los artículos 7° y 8°, pero no obstante antes de entrar a tallar lo referente a su regulación, conviene realizar una interpretación sistemática de estos artículos.

Los citados artículos se ubican en el Título II “De los Derechos, de los deberes y de las Garantías”. En primer término, al servir de base para la proyección y trascendencia, constituye en consecuencia un derecho elemental que debe ser protegido con los mismos privilegios que la propia vida.

En el Art. 4° se señala que la vida es inherente a toda persona humana. En los siguientes artículos 5° y 6° se prohíben la tortura, o tratos crueles, inhumanos o degradantes. A su vez, en la segunda parte del Art. 6°, la Carta Magna establece: “El Estado también fomentará la investigación sobre los factores de población y sus vínculos con el desarrollo económico social, **con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes**”

La constitución prevé que el futuro trae aparejado el hecho natural del aumento de la tasa poblacional, y que esta tendencia influye en las reglas de juego prestablecidas de carácter económico, es decir, el crecimiento sostenido de la demanda con relación a la oferta de servicios y bienes, lo que a su vez genera mayor inversión de capital en industrias ampliando el campo del comercio. Los factores de población encierran, igualmente, las ideas de salud pública, educación, trabajo y justicia y derechos sociales que deben ser equilibrados, en su cobertura, con el crecimiento de la tasa de natalidad.

En el Paraguay, actualmente, el aumento acelerado de la masa poblacional está empezando a generar conflicto entre derechos y obligaciones. Porque mayor población implica que el derecho a un ambiente saludable cada vez se vuelva más fino con relación al derecho a la diversión y esparcimiento; a la libre industria y comercio; a la obligación de los propietarios de grandes extensiones de tierras de trabajarlas para evitar su expropiación, etc.

La legislación prevé para el efecto la promoción de los parques nacionales y áreas de reserva naturales públicas y privadas con el objeto de conservar en determinadas zonas el ecosistema autóctono. También regula la actividad humana tal como la producción, a fin de que su impacto no altere considerablemente el entorno natural. Lo importante en este punto es comprender que la preservación del ambiente y su vínculo con los factores poblacionales pueden congeniar con políticas adecuadas, de modo que uno no influya en el avance del otro.

La calidad de vida tiene directa relación con la preservación del ambiente; de hecho, el derecho a un ambiente saludable es sinónimo de calidad de vida. Este concepto no se refiere exclusivamente al bienestar físico-psicológico de la persona humana, sino también a los factores externos que pueden de alguna manera incidir en su integridad. La ausencia de espacios verdes, la presencia en el aire de gases tóxicos como los provenientes del escape de vehículos y fábricas, la contaminación de las aguas con desechos industriales, son factores de población que de no ser controlados a tiempo pueden ocasionar la disminución de la calidad de vida.

En conclusión, la Constitución relaciona directamente a tres conceptos bien definidos, interdependientes y prioritarios: vida, ambiente y calidad de vida, en dicho orden de influencia y sucesión.

4. LA CONSTITUCIÓN Y EL AMBIENTE

Como se ha señalado, son dos los artículos que en la Constitución regulan lo referente al medio ambiente en forma exclusiva. Los títulos que les corresponden son: “Del Derecho a un ambiente saludable” y “De la protección ambiental”. Se trata de dos momentos del fenómeno ambiental, el primero representa al estado en el que el hábitat natural se halla protegido por políticas de Estado tendientes a su preservación y, el segundo, se refiere al momento en el que, por causa de una acción humana, se vulnera o altera la composición natural del ambiente de forma definitiva, y tiene **como efecto inmediato su sanción.**

El art. 7° empieza definiendo el derecho de todos a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Ambiente saludable implica un estado en el que la acción humana se halla controlada y condicionada de tal forma que el impacto que ocasione sea dentro de los márgenes técnicos recomendados. Equilibrio ecológico implica la situación en el que los diferentes elementos que ocupan el ambiente en sus ecosistemas interactúan naturalmente sin intervención humana que afecte su normal desarrollo a través del tiempo. Son dos estados que se condicionan mutuamente. No puede existir un equilibrio ecológico si no se desarrolla dentro de un ambiente saludable.

A continuación se citan las acciones o políticas de Estado tendientes a contribuir a la promoción del ambiente: preservación, conservación, recomposición y el mejoramiento del ambiente.

Preservación: consiste en el conjunto de medidas tendientes a procurar mantener en su estado original un objeto. En el caso particular, se refiere a una zona en la cual el Estado debe coordinar acciones para preservar su estado natural, ya sea de un bosque, arroyo, río; impedir la intervención de cualquier acontecimiento humano que vulnere dicha condición.

Conservación: Incluye el conjunto de acciones dirigidas al mejoramiento de las formas en las que se encuentra un recurso que, degradado por el transcurso del tiempo o intervención humana, ha perdido su estado propio. Mantener el estado actual de una reserva natural, procurando mejorarla para recuperar su esencia o valor originales.

Recomposición: Es la acción por la cual se busca resarcir un daño al ambiente a través de políticas de Estado o de sanciones penales impuestas a aquellas personas que hayan cometido un delito contra los recursos naturales. En el primero de los ejemplos es el gobierno quien toma la iniciativa en su manos y promueve acciones para recomponer áreas afectadas por medio de la reforestación, purificación del aire o agua, recuperación del suelo degradado, etc. En el segundo caso, es el Estado el que impone a un particular la obligación, por medio de una pena, de recomponer el entorno natural afectado cumpliendo condiciones de recuperación ambiental dentro de un término determinado. Es la última ratio en materia ambiental en lo referente a posibilidad de recuperar la esencia natural alterada gravemente. En caso de ser imposible la recomposición, la indemnización es la forma en la que se produce el resarcimiento por el daño provocado.

Mejoramiento del ambiente: Es la política de Estado llevada a adelante por el gobierno que busca obtener un bienestar ambiental óptimo que redunde en una calidad de vida aceptable para la población. Por lo general es la acción contraria a la tendencia moderna, y que consiste en mejorar el ambiente de una urbe llevando a su seno centros de esparcimiento naturales como ser parques, plazas, lagos artificiales. Igualmente, la integración de la ciudad a los espacios naturales es un medio de mejoramiento del ambiente como en el caso de las costaneras que acercan a las capitales los grandes recursos hídricos como ser mares y ríos. Con estas políticas se pretende aportar oxígeno y limpieza al entorno paisajístico de una región poblada.

A continuación la Constitución expresa: "... así como su conciliación con el desarrollo humano integral... ". El ambiente y sus políticas de promoción deben ser vinculadas con el desarrollo humano integral. Pero, ¿qué implica desarrollo humano integral?

Es el estado dinámico por el cual la sociedad experimenta cambios en su niveles de población, lo que a su vez repercute en el refuerzo de las políticas de Estado tendientes a la cobertura de las necesidades básicas de la nueva y creciente demanda local. Mayor población, mayor infraestructura vial, mayores medios de comunicación, mayor demanda de educación, salud, trabajo, justicia, mayor índice de comercio, etc. Es la tendencia que eleva los niveles básicos de vida.

El desarrollo humano en las últimas décadas ha experimentado un crecimiento vertiginoso que en algunos casos no se compeadece de los recursos naturales. Las ocupaciones de tierras, los éxodos de las zonas rurales a las pobladas, así como también el aumento de capitales económicos que hacen que las inversiones agropecuarias se incrementen a costa de grandes extensiones de bosques vírgenes, son algunos ejemplos de como las fluctuaciones poblacionales inciden negativamente en el ambiente. La injerencia humana en la naturaleza es inevitable.

Es labor del Estado el de coordinar las estrategias pertinentes a fin de acomodar el avance de la calidad de vida con la protección del ambiente, para ello, antes de pasar a lo práctico es necesario realizar un estudio pormenorizado de las condiciones macro sociales y buscar por medio de estudios técnicos la armonización del desarrollo con el ambiente.

El art. 8° de la Constitución Nacional se refiere a la *Protección Ambiental*. Hasta aquí se analizó el derecho de todos los ciudadanos a un ambiente saludable y todas las políticas a ser impulsadas por el estado a fin de garantizarlo; a continuación se interpretará las acciones legales que recaen sobre aquellas conductas que, con intención o impericia, quebrantan el estado de bienestar del ambiente natural como derecho difuso.

Dice la Constitución al respecto: “Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquéllas que califique peligrosas...”

Como norma fundamental, nuestra Constitución delega a la ley definir y sancionar los hechos humanos susceptibles de atentar contra el ambiente. Pero no sólo exige penalizarlos, sino también obliga a la ley

establecer expresamente qué conductas serán monitoreadas o restringidas con el objeto de administrarlas en pos del orden social.

Actualmente se encuentran vigentes varias leyes ordinarias y especiales, de carácter civil, penal, rural y administrativo que cumplen con el mandato constitucional. En ellas se individualizan las conductas molestas y nocivas que producen diferentes grados de daños al ambiente o a la salud de terceras personas, estableciendo un sistema de reparaciones, indemnizaciones y sanciones penales de carácter personal (prisión o multa), así como también un régimen de sumarios y multas administrativas para los infractores.

No obstante, no se agota la regulación de las conductas contra el ambiente, es imprescindible organizar a los organismos públicos con funciones de contralor de aquéllas, sirviendo de contralores y árbitros en los conflictos que se puedan generar.

Por Ley 1560/2000 se crea “el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”. Está a cargo el Poder Ejecutivo procurar el presupuesto necesario para el sostenimiento del esquema creado y organizado por dicha ley. Los demás poderes del Estado, del mismo modo, organizan sus propios departamentos que cumplen con la función de policía ambiental; como ejemplo, en el Poder Legislativo se encuentra en funcionamiento la CONADERNA (Comisión Nacional de los Recursos Naturales); el Poder Judicial en la actualidad interviene en las tres instancias conociendo y juzgando sobre hechos punibles contra el ambiente. En el Ministerio Público, desde el año 2000 se encuentra en funcionamiento la Unidad Fiscal Especializada Ambiental (UFEDA), que tiene a su cargo la investigación y procura de la sanción penal de aquellos participantes en hechos punibles contra el medio ambiente.

Con carácter auxiliar, coadyuvan a los organismos citados la Policía Nacional a través de la Agrupación Policial Ecológica Rural (APER), el INTN, las municipalidades, gobernaciones, el Servicio Nacional de Calidad y Salud Animal (SENACSA), como los más importantes y recurrentes, pues se encuentran en funcionamiento otras instituciones públicas y privadas que se encargan de acompañar el proceso de protección al ambiente.

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

El Paraguay se erige como un Estado fuera de todo conflicto bélico, rechaza a la guerra internacional como método para la solución de conflictos. Sin embargo, se reserva el derecho a la legítima defensa (art. 144 C.N. De la renuncia a la guerra). Sustentado en este principio de paz e integración regional y mundial renuncia voluntariamente a proyectos de producción de armas de destrucción masiva de cualquier índole. Independientemente de estas declaraciones expresas, nuestro país actualmente no se halla capacitado para llevar adelante tales incursiones, por el elevado presupuesto que implican y la peligrosidad en la manipulación de las materias primas necesarias de carácter extremadamente delicadas y peligrosas.

Prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos de naturaleza tóxica como ser: dióxido de carbono, óxidos de nitrógeno, cloruro de hidrógeno, dióxido de azufre, metales pesados, etc. El contacto con estas sustancias contaminantes trae aparejadas innumerables afecciones peligrosas para la salud y la vida entre las que se destacan: irritaciones en los ojos y en otros tejidos sensibles, problemas respiratorios, daños en el sistema neurológico, en el sistema inmunitario, en el corazón y en los riñones, incluso en el desarrollo mental de los niños vienen a ser habituales, tanto como los tumores y el cáncer.

El tratamiento de estas sustancias genera, indefectiblemente, un alto riesgo de contaminación de varios recursos como el suelo, agua y aire que al contacto con tales productos, aparte de alterar sus composiciones naturales, sirven de medio para su propagación a grandes sectores aumentando la vulnerabilidad de la población. Extiende la regulación a los demás elementos peligrosos. Como ejemplo legal del cumplimiento de este mandato constitucional se puede citar a la recientemente promulgada Ley 4397/11 "Que prohíbe el uso de tripolifosfato de sodio en productos domisanitarios nacionales y/o

extranjeros en todo el territorio nacional”. De igual modo se encuentran vigentes leyes que regulan la recolección, transporte, depósito, manipulación y tratamiento de residuos domiciliarios, hospitalarios e industriales.

Al referirse al tráfico de recursos genéticos incluye en la regulación a los materiales biológicos que en forma de productos químicos son utilizados para el estímulo o mejoramiento de la calidad de la agricultura y ganadería. En las plantaciones tales como la soja se utiliza la técnica de riego de fertilizantes para obtener una mayor producción en menor tiempo, el mejoramiento de la calidad y soportar la influencia de agentes externos como el caso de las plagas y los cambios de clima. En el caso de la ganadería, bajo estricto control, son empleados medicaciones y alimentos balanceados que garantizan la salud y mejoran la calidad de la cría y engorde de los animales porcinos, bovinos, avícolas y piscícolas que son empleados para la comercialización de productos cárnicos y sus derivados. Las actividades descritas utilizan una tecnología química y biológica que necesariamente debe ser controlada para precautelar el interés nacional que implica a la economía (importación) y la salud pública.

Para culminar, el artículo 8° dice: “...El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.”

La Ley 1160/97, Código Penal en su libro II, Título III, Capítulo I *De los hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana*, entre sus artículos 197 al 202 define y sanciona aquellas conductas dolosas y culposas que atentan contra el ambiente. El Ensuciamiento y Alteración de las Aguas; Contaminación del aire y emisión de ruidos dañinos; Maltrato de los suelos; Procesamiento ilícito de desechos; Ingreso de sustancias nocivas al territorio nacional y Perjuicio a Reservas Naturales, son específicamente los hechos punibles descriptos y penados.

Junto con el Código Penal se encuentra vigente la Ley 716/96 “Que sanciona los delitos contra el medio ambiente”. La característica de esta ley es su naturaleza mixta en cuanto a las sanciones que impone a las conductas descriptas en ella, pues en algunos hechos adhiere penas de

prisión o multa y en otros deriva a la legislación administrativa su castigo.

5. POLICÍA Y LEGISLACIÓN AMBIENTAL VIGENTE EN EL PARAGUAY

Del estudio y comprensión de la legislación ambiental se puede extraer una importante regulación legal vigente y que actúa como complemento y refuerzo de los principios constitucionales referentes al ambiente; verdadero entramado sistemático de normas que establecen definiciones, sanciones, además de crear y organizar entidades públicas con la función fundamental de velar por el respeto y protección del ambiente.

La Constitución Nacional como norma fundante provee los principios y valores positivos que la legislación se encarga de desarrollar ampliando los conceptos básicos.

En nuestro país los recursos naturales se hallan protegidos en diferentes leyes que se encargan de establecer los lineamientos jurídicos, técnicos e institucionales de forma especializada.

De hecho, la materia forestal, hídrica, de suelo y aire necesariamente requiere una atención legal independiente que logre abordar la mayor cantidad de hipótesis posibles que se desprenden de su administración, explotación, transporte, comercialización y regímenes de intervención estatal para velar por el correcto cumplimiento de las obligaciones impuestas a los propietarios, poseedores y usufructuarios de recursos naturales; además de establecer sistemas de fiscalización y sanciones.

A continuación, se presenta la enumeración de las leyes de materia ambiental vigentes en el Paraguay con un breve comentario de cada una de ellas.

1) Ley 1160/97 “Código Penal”: promulgada el 26 de noviembre de 1997, entra en vigencia un año después. Incluye en su cuerpo legal entre los artículos 197 al 202 los hechos punibles contra el ambiente. En el año 2008 por Ley 3440 se modifican parcialmente varios artículos,

entre ellos el art. 198, que a partir de entonces pasa a titularse “Contaminación del Aire y emisión de ruidos dañinos”. Las penas aplicables van de dos hasta diez años de pena privativa de libertad o multa. Se consideran las conductas dolosas, culposas y las tentativas; que de acuerdo al grado de responsabilidad de los participantes en los hechos las penalidades fluctúan entre los extremos mencionados.

La puesta en vigencia del nuevo Código Penal trajo aparejada la proyección constitucional de la persecución de aquellas conductas atentatorias contra el ambiente y la seguridad pública con acciones u omisiones punibles que se dirijan a alterar los recursos naturales.

2) Ley 1183/85 “Código Civil”: En el libro 4° que regula el derecho de propiedad, en el Título III, aborda entre los artículos 1974 al 1988 el régimen de uso, adquisición y pérdida de la propiedad sobre inmuebles por las islas, aluvión, avulsión, alveo abandonado y la edificación y plantación. En los artículos 2001 y 2002 legisla sobre los árboles y arbustos.

Entre los artículos 2004 al 2014, pertenecientes al parágrafo IV reglamenta al agua en todas sus formas: pluviales y las que fluyan por cauces naturales en el interior de propiedades privadas. En el artículo 2034 y apunta lo referente a la pesca desde las riveras pertenecientes a propiedades privadas y su sometimiento a las reglamentaciones emanadas de las autoridades competentes.

Cabe resaltar que si bien en el Código Civil no se toma a los recursos naturales, *per se*, como objeto de sus normas jurídicas, sino a la incidencia que ejercen sobre el derecho de propiedad, no por ello se encuentran ajenas a la materia ambiental y su trascendencia en el universo civil.

3.-) 3) Ley 3180/07 “De Minas”. Norma legal que en 76 artículos tiene la función de sistematizar la regulación de la actividad de explotación de yacimientos naturales para la extracción y explotación de productos minerales. Reemplazó a la Ley 93/14 y su modificatoria la ley N° 628/24 y sus decretos reglamentarios.

La ley vigente, a lo largo de su texto desarrolla las definiciones de las actividades propias de la minería como ser: *prospección, exploración, explotación*, que a su vez implica las siguientes acciones: *beneficios, refinación, fundición, transporte minero y comercialización*. A continuación establece disposiciones sobre *la fiscalización de las actividades mineras; derechos mineros; sujetos del derecho minero; de la pequeña minería y la minería artesanal*; un título especial reservado para *Sustancias pétreas, terrosas y calcáreas*. Igualmente y en título especial regula todo lo referente a los cánones y tributos que serán devengados al Estado en concepto de retribuciones por la explotación minera.

En el artículo 50 expresamente dice: “Protección del medio ambiente”. En él se establece la obligación para los concesionarios de respetar la legislación ambiental vigente, caso contrario da intervención al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, para investigar e iniciar sumarios administrativos a fin de sancionar a los infractores.

La autoridad administrativa que aplica la presente ley es el Viceministerio de Minas y Energías, dependiente del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.

4.-) Ley 1863/02 “Estatuto Agrario” y su modificatoria Ley 2002/02. Esta ley toca un punto sensible de la realidad nacional cual es la distribución equitativa de la tierra, su promoción y desarrollo a través de un régimen de adjudicaciones a ciudadanos paraguayos, que reuniendo los requisitos legales, pueden acceder con beneficios a la propiedad de un inmueble rural. Naturalmente que las adjudicaciones son hechas en forma particular a un ciudadano o colectiva a varias familias, que agrupadas y organizadas en asentamientos, logran ingresar como sujetos beneficiarios con el fin de establecer colonias agrarias, y de esa forma volver productivas tierras declaradas como latifundios. De igual modo se hace mención de principios legales inclusivos y de promociones económicas sociales como ser: el reconocimiento de igualdad de acceso a las tierras y sus beneficios a las mujeres, y la creación de cooperativas dentro de las colonias.

Por cierto, este régimen de distribución de tierras, son sobre aquellas de naturaleza rural. El suelo nacional se caracteriza por ser rico

en recursos naturales en toda su extensión, independientemente de su productividad o no. Por lo tanto, es de esperar que en varios artículos de la ley se resalte al ambiente y su protección. Como ejemplo podemos citar al artículo 3° que establece: “La propiedad privada inmobiliaria rural cumple con su función social y económica cuando se ajusta a los requisitos esenciales siguientes:... **b) sostenibilidad ambiental, observando las disposiciones legales ambientales vigentes**”; el artículo 5°, define a la superficie “agrológicamente útil”, al resultante de tierra luego de descontar de su totalidad las siguientes áreas: las áreas de reserva forestal obligatorias; las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado; las áreas de aprovechamiento y conservación de bosques naturales, aprobadas por autoridad administrativa competente; los bosques naturales y áreas destinadas a servicios ambientales.

El artículo 7° puede erigirse como la norma más importante en materia ambiental en toda la ley, pues declara obligatoria la elaboración de un estudio de impacto ambiental sobre los inmuebles rurales que serán destinados a los sujetos agrarios. El estudio debe ser presentado para su aprobación ante la autoridad administrativa competente (SEAM-Secretaría del Ambiente).

Además de esta, se debe cumplir con los requisitos enumerados en las demás leyes ambientales aplicables al caso particular. Este artículo se halla en concordancia con el 23 que se titula: *Estudios previos*. Por último cabe citar el artículo 41 que se titula: “Áreas Silvestres Protegidas”, se hace la transcripción de su contenido, dada su ilustración exacta: “Las tierras del patrimonio del Organismo de Aplicación, que observen características ecológicas y ambientales singulares, serán declaradas Áreas de Reserva para constitución de Áreas Protegidas bajo Dominio Público, y en tal carácter deberán ser transferidas a título gratuito a la Autoridad Administrativa de Aplicación de la Ley N° 352/94 ‘De Áreas Silvestres Protegidas’. La identificación de estas áreas se hará conjuntamente con la Secretaría del Medio Ambiente”

5.-) Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”. Se trata de la norma ambiental por la cual se regula el trámite administrativo que involucra dos instrumentos, uno de carácter privado y otro público. El primero representado por la Evaluación de Impacto Ambiental (E.I.A.),

causa fundamental del segundo, denominado Declaración de Impacto Ambiental (D.I.A.).

El objeto de dicha ley es el concepto de impacto ambiental, su sentido y alcance. Al respecto en el Art. 1° se define a la institución jurídica de la siguiente forma: "...toda modificación del medio ambiente provocada por obras o actividades humanas que tengan, como consecuencia positiva o negativa, directa o indirecta, afectar la vida en general, la biodiversidad, la calidad o una cantidad significativa de los recursos naturales o ambientales y su aprovechamiento, el bienestar, la salud, la seguridad personal, los hábitos y costumbres, el patrimonio cultural o los medios de vida legítimos...".

Es decir, que toda actividad humana tendiente a afectar al ambiente en toda su extensión y variantes debe necesariamente ser denunciada ante la autoridad administrativa competente para su inspección y fiscalización, con el objeto de ser correspondido por medio de la expedición de un permiso que establezca las condiciones en las que se cumplirá con el proyecto. Como se anunció en renglones precedentes dos son los documentos que sirven de marco al trámite, ellos son:

- **Evaluación de Impacto Ambiental:** instrumento de carácter eminentemente técnico, elaborado por un profesional registrado, denominado consultor y en el cual se asientan los siguientes datos del proyecto: Datos completos del interesado; inmueble afectado, su ubicación, características del entorno natural en el que se asienta el inmueble; individualización de la actividad. En este último dato se debe tener en cuenta al artículo 7° en el cual se enumeran las obras incluidas como obligatorias de E.I.A. La cita no es taxativa, sino enunciativa por cuanto en el último inciso deja abierta la obligación de presentar el presente estudio a: "Cualquier otra obra o actividad que por sus dimensiones o intensidad sea susceptible de causar impactos ambientales".

- **Declaración de Impacto Ambiental:** Instrumento público que en forma de Resolución Administrativa concede, amplía, renueva, suspende o cancela un proyecto u obra presentado en la Evaluación de Impacto Ambiental. Es la última fase del proceso y al ser de carácter público debe revestir formalidades para la validez. En el artículo 12 se

establece que su obtención es necesaria para poder acceder a beneficios externos de índole económica y administrativa como: créditos, autorización de otras entidades públicas y subsidios y exenciones tributarias. Se regula el régimen de emisión expresa de la Declaración de Impacto Ambiental, con plazos para su emisión; y la Licencia tácita en los casos en los que la autoridad no se pronuncie en el plazo de 90 días a contar desde la presentación del E.I.A.

La autoridad administrativa competente es la Secretaría del Ambiente (SEAM).

6.-) Ley 716/96 “Que Sanciona los Delitos contra el Medio Ambiente”. Norma jurídica de naturaleza especial y penal que en 15 artículos define las conductas punibles de carácter ambiental. Entre los hechos se encuentran: las actividades desarrolladas entorno a las armas nucleares; residuos tóxicos; tala o quema de bosques o formaciones forestales; tráfico y comercialización ilegal de productos forestales; construcción de obras hidráulicas sin la debida autorización administrativa; destrucción, tráfico y comercialización de animales silvestres en vías de extinción; manipulaciones genéticas; los incumplimientos de medidas de mitigación ambiental (obtención de Declaración Ambiental); descarga de gases y vertido de desechos industriales ilegales; los que infrinjan disposiciones sobre la caza y pesca; emisión de ruidos y vibraciones molestas; depósito y tratamiento sin permiso de residuos domiciliarios, hospitalarios, industriales, etc., y, por último, la sanción a propietarios de rodados por la emisión de humos de escape fuera de los niveles legalmente permitidos.

Las sanciones aplicables son la de pena privativa de libertad de entre seis meses a diez años; multa de entre 500 a 2000 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas de la capital; asimismo, se establecen penas complementarias, como la inhabilitación para utilizar vehículos (emisión de humos de escape), y para el caso de funcionarios públicos sancionados, su destitución del cargo e inhabilitación para ocupar cargos públicos por diez años.

6. LEYES FORESTALES

La Ley 422/73 “Forestal” es una ley especial de orden administrativo que se encarga de regular la explotación forestal, a modo de fiscalizarla de forma integral y de ese modo equilibrar el interés particular de inversión con el interés general de la conservación de los bosques nacionales.

No es prohibitiva en esencia, sino que tiene por fin inmediato el de establecer un sistema normativo dinámico que permita a los productores, ganaderos y agricultores llevar a cabo sus actividades, previo permiso de la autoridad administrativa competente.

Sancionada en la década del setenta, entra en vigencia en un momento de la historia en el que empezaba el auge de intervención humana en los bosques autóctonos de la región oriental, que a lo largo de un poco más de treinta años ha perdido prácticamente la totalidad de su masa forestal. Grandes construcciones como las represas de Itaipú y Yacyretá, luego la fundación de Ciudad del Este, fueron los inicios de obras que necesitaban trabajos de limpieza del suelo. El resultado de los desmontes fue aprovechado comercialmente y con ello se generó más interés en la explotación de los productos y subproductos forestales. Especies como el Palo Santo, Yby rapytá, Tajy, Quebracho, entre otros son especies protegidas, especialmente, debido a su tala y desmonte indiscriminado.

El objeto de esta ley es el aprovechamiento de la tierra y el manejo racional de los bosques. Las actividades promovidas son la protección, conservación y aumento de sostenible de los recursos forestales del país; control de la erosión del suelo; protección de las cuencas hidráulicas y manantiales; promoción de al forestación, reforestación y protección de los cultivos. En el artículo 4° clasifica a los bosques, según su función dentro de un área específica en: productores, protectores y especiales.

También esta ley se encarga de sistematizar la organización de la autoridad administrativa competente, que aplica la ley. El Servicio Forestal Nacional (Actualmente se denomina Instituto Forestal Nacional-INFONA).

La autoridad administrativa se encarga de otorgar permisos para desmonte, previa presentación por parte del interesado de un Plan de uso de la Tierra. Los productos y subproductos forestales pueden ser objeto de transporte y comercialización, debiendo para el efecto documentarse su traslado por medio de guías de traslado. Estas guías de traslado identifican a la madera y sus derivados con los datos personales del propietario, lugar de origen y de destino, especie, cantidad, etc. Para el efecto en puntos regionales del territorio nacional se ubican puestos de control, con funcionarios fiscalizadores que se encargan de controlar las cargas de maderas transportadas.

Es obligatorio que el inmueble en el que se producirá el desmonte incluya un sector equivalente al 25% del total, que será destinado a reserva forestal; también debe incluir cortinas de viento en los cauces hídricos que crucen por las propiedades.

La Ley 515/94 que “Prohíbe la exportación y tráfico de rollos, trozos y vigas de madera”, regula el tráfico y comercialización de rollos, trozos y vigas de madera con destino a la República Federativa del Brasil. Fija pena privativa de libertad para los que violen la prohibición.

En la Ley 536/95 “Del fomento a la forestación y reforestación” se destacan las definiciones contenidas en el artículo 2°:

“...b) Forestación: La acción de establecer bosques, con especies nativas o exóticas en terrenos que carezcan de ellas o donde son insuficientes.

c) Reforestación: La acción de poblar con especies arbóreas mediante plantación, regeneración manejada o siembra, un terreno anteriormente boscoso que haya sido objeto de explotación extractiva”.

Seguidamente se trata acerca de las políticas de incentivo de la forestación y reforestación, con incentivos y exenciones impositivas. Más adelante se legisla sobre los tributos y las sanciones aplicables a los infractores. La autoridad administrativa aplicable de la presente ley es el Instituto Forestal Nacional.

7. LEY DE AGUAS

La Ley 3239/07 “De los recursos hídricos del Paraguay” tiene por objeto regular la gestión sustentable e integral de todas las aguas y los territorios que la producen, cualquiera sea su ubicación, estado físico o su ocurrencia natural dentro del territorio paraguayo, con el fin de hacerla social, económica y ambientalmente sustentable para las personas que habitan el territorio de la República del Paraguay.

Se define como el líquido vital por excelencia al decir: “El agua es un bien natural condicionante de la supervivencia de todo ser vivo y los ecosistemas que los acogen” (inc. e, artículo 3°).

Define como de naturaleza jurídica pública todos los bienes hídricos, de dominio del Estado. Aquellos recursos hídricos que sean compartidos con otros Estados serán regulados en tratados y acuerdos internacionales.

En algunos artículos la norma a la cual nos referimos tiende a ser muy rígida y estricta. Actualmente los recursos hídricos en nuestro país son abundantes y suficientes para cubrir las necesidades básicas diarias de los ciudadanos. No obstante en un futuro cercano el agua será un bien de escasa disponibilidad, por lo que se justifica que se encuentre vigente una norma legal que se encargue establecer las pautas técnicas para una distribución equitativa.

La parte principal que hace al tema del presente artículo se desarrolla en el Capítulo “Del régimen legal ambiental de los recursos hídricos”, en cinco artículos despliega las reglas de protección de la composición natural de los recursos hídricos contra los agentes externos. Son autoridades administrativas competentes la Secretaría del Ambiente y el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

Se reglamenta el régimen y naturaleza jurídica de las aguas atmosféricas, de las concesiones e infracciones y sanciones.

Por otro lado, cabe destacar también otras normativas, tales como:

Ley 352/94 “De áreas silvestres protegidas”.

- Ley 369/72 “Que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental”.
- Ley 799/95 “Marco legal que regula y administra la actividad pesquera en el Paraguay.
- Ley 96 “De vida Silvestre”
- Ley N° 42/90 “Que prohíbe la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento”.
- Ley 816/96 “Que adopta medidas de defensa de los recursos naturales”
- Ley N° 1100/97 “De prevención de la contaminación sonora”
- Ley N° 970/96 “Que aprueba la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, en los países afectados por la sequía grave o desertificación, en particular en África”.
- Ley N° 836 “De Código Sanitario”
- Ley N° 3.556/08 “De pesca y acuicultura”
- Ley N° 4014 “De prevención y control de incendios”
- Ley N° 2524/10 “De prohibición en la región oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques”.

8. CONTROL AMBIENTAL

Toda la legislación revisada hasta aquí exige de la existencia de autoridades públicas que se encarguen de aplicarlas. Es necesario un sistema de control ambiental que integre a instituciones gubernamentales aunando esfuerzos en pos del medio y el bienestar de los individuos. Desde los tres Poderes del Estado, pasando por el Ministerio Público hasta la Policía Nacional, las gobernaciones y los municipios.

- **Poder Ejecutivo:** tiene a su cargo diversos ministerios y demás dependencias públicas con la función legal de actuar como autoridades administrativas competentes en la administración de las licencias, permisos, fiscalizaciones, concesiones, sanciones y más.

Entre las instituciones que cumplen con una función ambiental y que dependen directamente del Poder Ejecutivo se encuentran: La Secretaría del Ambiente; el Instituto Forestal Nacional; el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra; el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; el Servicio Nacional.

- **Poder Legislativo:** Actualmente se encuentra en funcionamiento la Comisión Nacional de Defensa de los Recursos Naturales. Tiene como función esencial el de generar conciencia en los ciudadanos en relación al cuidado y conservación de los Recursos Naturales existentes en el país; gestionar políticas y acciones tendientes al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y su conciliación con el entorno ambiental; impulsar proyectos de ley en materia ambiental, coordinar consultas populares a fin de conocer directamente las problemáticas sociales en materia ambiental, representar a los ciudadanos en la formulación de denuncias sobre hechos punibles contra el ambiente; servir de nexo entre las diferentes instituciones públicas y privadas a fin de coordinar trabajos conjuntos sobre problemáticas ambientales. Se organiza por medio de una presidencia y miembros pertenecientes al senado y cámara de diputados.

- **Poder Judicial:** los Juzgados Penales de Garantías, los Tribunales de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, como las tres instancias posibles en todo proceso intervienen en el conocimiento y juzgamiento de las causas penales iniciadas sobre la base de investigaciones de hechos punibles contra el medio ambiente, en especial los definidos y sancionados en el Código Penal y la Ley 716/96 “Que Sanciona los delitos contra el Medio Ambiente”. Se hace necesario, con el desarrollo que ha alcanzado la problemática ambiental en los últimos años, que se creen y organicen instancias judiciales especializadas en materia ambiental con objeto de acompañar y dar celeridad a los procesos de dicha índole.

- **Ministerio Público:** Como titular de la acción penal pública, tiene a su cargo la formulación de oficio o a instancia de parte de denuncias sobre supuestos hechos punibles contra el ambiente. De hecho el artículo 38 de la Constitución Nacional otorga a todos los ciudadanos el derecho a la defensa de los intereses difusos y en tal sentido esta norma constitucional expresa: "...individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional...".

Desde el año 2000, el Ministerio Público posee unidades especializadas en la investigación de hechos punibles contra el ambiente en jurisdicciones que abarcan a casi toda la República. La Unidad Fiscal Especializada en Delitos Ambientales (U.F.E.D.A.), se organiza estructuralmente de la siguiente manera: un Fiscal Adjunto, Agentes Fiscales y funcionarios especializados en la investigación de los hechos punibles de la presente materia. Tiene a su cargo no solo la investigación de hechos punibles ambientales, sino también el impulso y sanción de los responsables de estos en juicio oral y público. Además, media entre las partes afectadas y procura igualmente la recomposición o indemnización por los daños ocasionados.

- **Contraloría General de la República:** Entre sus funciones también se encuentra la de velar por el cumplimiento de los planes presupuestarios que tienen como eje central la promoción y estímulo de los recursos naturales; el cumplimiento de los fines del estatuto agrario y la administración de los bienes naturales de dominio público como los recursos hídricos y minas. Tiene legitimación activa para promover denuncias públicas sobre hechos de corrupción que afecten al ambiente.

- **Policía Nacional:** Cumple con la función de auxiliar de la justicia, y en materia ambiental se halla organizada la Agrupación Policial Ecológica y Rural con agentes capacitados en materia ambiental y rural. Cumplen con la importante misión de acompañar y coadyuvar al Ministerio Público en la investigación de los hechos punibles contra el ambiente.

- **Municipalidades y gobernaciones:** En sus respectivos territorios cumplen con la misión de precautelar los intereses locales en

materias naturales y ambientales. Organizan dentro de sus instituciones, departamentos o direcciones ambientales con funcionarios técnicos, fiscalizadores y asesorías jurídicas. Intervienen directamente en la prevención y represión de las conductas que atentan contra los recursos naturales zonales por medio de sumarios administrativos, aplicación de multas, cancelación de registros y clausuras de obras o firmas que contravienen a ordenanzas municipales de carácter ambientales.

9. CONCLUSIÓN

Es indudable que con la Constitución vigente desde el año 1992, se han logrado varios avances en nuestro país. No solo la democracia y los principios republicanos se han instaurado en el Paraguay, sino que sobre todas las cosas se han fortalecido y modernizado principios y valores jurídicos de vital importancia para la convivencia de los habitantes del país.

El ambiente se constituye en la actualidad en un concepto vigente y cotidiano que merece una atención amplia y efectiva. Para que esto último se materialice es necesario contar con un soporte jurídico que inspire en los ciudadanos una conciencia de celo por el ambiente.

La justicia cumple un papel trascendental en los conflictos que se generan por aquellas conductas que niegan o desconocen los principios y valores constitucionales, buscando en primer término la verdad de los acontecimientos, develar quienes son los responsables de los perjuicios y daños al ambiente y procurando la sanción de los mismos y la recomposición o indemnización.

El Paraguay, con la Constitución del 1992 en sus veinte años de vigencia se ha instalado en un nivel técnico y jurídico en materia medio ambiental que se traduce en normas constitucionales claras e integrales, que proyecta los ideales generales establecidos a nivel mundial en la década del setenta.

Se puede concluir que la Constitución Paraguaya, sin temor a equívocos, da un verdadero ejemplo de compromiso y protección celosa de sus recursos naturales.

Los valores fueron perfectamente entendidos por los convencionales, los legisladores y magistrados judiciales, tanto que el cuidado del ambiente en el Paraguay es una realidad que debe ser celebrada. No obstante, lo que queda pendiente es el mejoramiento de los mecanismos de aplicación, el cual pasa más bien por el fortalecimiento de las instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) CONSTITUCIÓN AMBIENTAL
- 2) CÓDIGO PENAL – LEY 1160/97 y su modificatoria LEY 3440/08
- 3) CÓDIGO CIVIL – LEY 1183/85
- 4) LEY 422/73 – FORESTAL
- 5) LEY 716/96-QUE SANCIONA LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE
- 6) LEY 294/93-DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL
- 7) LEY 1863/07-ESTATUTO AGRARIO
- 8) LEY 2419/04-QUE CREA Y ORGANIZA EL INDERT
- 9) DERECHO CONSTITUCIONAL PARAGUAYO. Manuel de Jesús Ramírez Candia. Editora LITOCOLOR. Año 2000
- 10) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Texto Final Concordado y Anotado. Congreso Nacional. Editora INTERCONTINENTAL S.A. Año 2008. Asunción-Paraguay
- 11) INTRODUCCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL. Horacio Antonio Pettit. Editorial LITOCOLOR. Año 2002. Asunción-Paraguay
- 12) TRATADO DE DERECHO PÚBLICO. Miguel Angel Pangrazio. Ediciones y Arte S.R.L. Año 1996. Asunción-Paraguay
- 13) MANUAL DE DERECHO AMBIENTAL. Carlos Andaluz Weistreich, Editora Proterra. Año 2006. Lima-Perú
- 14) Real Academia Española.
www.Buscon.rae.es/draeI/srtconsulta?TIPOBUS=38<LEMA=ambiente,punto3m. 02/04/2012

15) UN DICCIONARIO PARA LA EDUCACIÓN AMBIENTAL.
www.elcatellano.org/glosario_ambiental.pdf. 24/02/2012

16) RINCÓN VERDE:
www.rinconverde.blogspot.com/2007/01/etimolog.html. 04/04/2012

17) PAGINA WEB SECRETARÍA DEL AMBIENTE.
<http://www.seam.gov.py/legislaciones-ambientales.html>. 06/04/2012

18) PAGINA WEB CONADERNA. <http://conaderna.gov.py/>.
06/04/2012

19) PÁGINA WEB MINISTERIO PÚBLICO.
<http://www.ministeriopublico.gov.py/content/c2/delitos/index.php>.
07/04/2012

20) PODER JUDICIAL. <http://www.pj.gov.py/contenido/133-centro-internacional-de-estudios-judiciales/336>. 08/04/2012

EL CONTROL DE LOS FONDOS PÚBLICOS Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Enrique A. Sosa Elizeche

SUMARIO I. INTRODUCCIÓN. II. EL ART. 256 DE LA CONSTITUCIÓN. III. CONCEPTO DE LA EXPRESIÓN TRIBUNAL DE CUENTAS. IV. EL CONTROL DEL PRESUPUESTO. CONTROL ADMINISTRATIVO, POLÍTICO Y JURISDICCIONAL. V. LA RENDICIÓN DE CUENTAS, EL EXAMEN Y EL JUICIO DE CUENTAS. VI. ANTECEDENTES NACIONALES. LA LEY DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL AÑO 1909. VII. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS AL MOMENTO DE LA SANCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE. VIII. LA CONSTITUCIÓN VIGENTE. IX. FUNCIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. X. LA LEY N° 1535/99 DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO. XI. COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS. XII. FUNCIONES ACTUALES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS. XIII. EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS. XIV. CONCLUSIÓN

EL CONTROL DE LOS FONDOS PÚBLICOS Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Enrique A. Sosa Elizeche

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución vigente, sancionada en el año 1992, se adscribe, como las anteriores, al principio de división de poderes o de funciones que trae consigo un sistema de controles y contrapesos (checks and balances). Ello permite el equilibrio entre los poderes que integran el Poder Público, constituyéndose en una garantía para el ciudadano. La Ley Fundamental hace expresa referencia al sistema cuando dispone: “...El Gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control...” (Art. 3.)

Los controles recíprocos a que hace referencia la disposición constitucional citada en el párrafo anterior pueden darse en varios ámbitos públicos del quehacer nacional. Existen controles políticos, controles jurídicos, controles económicos, etc. estructurados, fundamentalmente, en la propia Constitución como así también en las normas secundarias, leyes y reglamentos.

Dentro del sistema, reviste singular importancia el control económico, en particular el del gasto público reflejado en el Presupuesto General de la Nación que se elabora y sanciona anualmente. La correcta utilización de los recursos del Estado es requisito *sine qua non* para la adecuada implementación de las políticas públicas; la indebida aplicación de los fondos, así como su desviación conllevan la modificación de la orientación política que los poderes públicos han fijado, una malversación que debe ser corregida y, en algunos casos, la configuración de delitos que deben ser perseguidos.

Se ha señalado que: “El control de la ejecución del presupuesto tiene, desde luego, una finalidad técnico – legal vinculada con la regularidad de los actos de gestión y el adecuado manejo de los fondos públicos; pero, además, persigue un objetivo más amplio, de tipo político, cual es la apreciación de la orientación general del gobierno del Estado, costo y eficiencia de los organismos oficiales, y adecuación de la actividad desarrollada a los planes de acción económico- social. Esto explica que la doctrina establezca una distinción conceptual entre el aspecto puramente *contable (accountability function)* y el aspecto *directivo (management function)* que están implícitos en el control del presupuesto.”¹

El Estado moderno ha experimentado un crecimiento exponencial, lo cual lleva consigo la exigencia de mayores recursos, mayores costos y mayores gastos, para cumplir con sus funciones específicas. Al mismo tiempo, como una condición ineludible, se requiere un sistema de control adecuado, lo que exige la creación de organismos de vigilancia en el manejo presupuestario². Esos organismos deben cumplir funciones que abarquen los diversos aspectos de la gestión financiera de los entes públicos.

Por último, no debe perderse de vista que el control tiene por objeto, como ya lo hemos expresado, la verificación sobre la correcta utilización de los recursos, tanto en su aspecto legal como en la calidad de la gestión. Tampoco puede olvidarse que los procedimientos de control deben culminar con un pronunciamiento sobre la actividad controlada que puede consistir en actos u operaciones aislados o en el conjunto de la gestión del órgano controlado, como enseña Sayagués Laso (véase “Tratado de Derecho Administrativo”, II, pág. 439). El pronunciamiento puede ser de naturaleza administrativa, política o jurisdiccional. Sin lugar a dudas, el pronunciamiento jurisdiccional tiene un valor fundamental por las cualidades que lo rodean que permiten mayor seguridad, imparcialidad y transparencia.

¹ Guliani Fonrouge, Carlos M., “Derecho Financiero”, 1 pág. 228.

² Ver Peña Villamil, Manuel, “Finanzas y Derecho Financiero”, Tomo I, pág. 423, 2ª. Edición, Asunción, 1998.

II. EL ART. 256 DE LA CONSTITUCIÓN

Nuestra Ley Fundamental introduce en su texto, en los Artículos 281 y sges., a la Contraloría General de la República como “órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado”.

Pero al describir sus funciones no hace referencia alguna al control *jurisdiccional* de las cuentas. Esta es una función que, históricamente, correspondía al Tribunal de Cuentas al que también, en ciertos períodos, se le había encomendado el control administrativo de las cuentas.

La referencia al Tribunal de Cuentas la hace la Constitución en el texto del Art. 265 que expresa: “*Del Tribunal de Cuentas y de otras magistraturas y organismos auxiliares*”

Se establece el Tribunal de Cuentas. La ley determinará su composición y su competencia.

La estructura y las funciones de las demás magistraturas judiciales y de organismos auxiliares, así como las de la escuela judicial serán determinadas por la ley.”

Llama la atención lo escueto de la referencia al órgano, cuyas funciones no están descriptas y sobre cuya competencia se hace una remisión a la ley. Sin lugar a dudas, el texto es insuficiente y exige del intérprete una labor de cierta complejidad para determinar su verdadero sentido y alcance.

III. CONCEPTO DE LA EXPRESIÓN TRIBUNAL DE CUENTAS

El concepto del Tribunal de Cuentas está vinculado al de órgano de control de la administración de los fondos públicos. Por tanto, cuando la Constitución expresa “Se establece el Tribunal de Cuentas” y encomienda a la ley la determinación de su composición y su competencia, al establecerlas, es obligación del legislador tomar en consideración y atender específicamente la naturaleza y funciones que históricamente le han correspondido en el Paraguay a ese tribunal. Desatender esa obligación y privarle de las competencias que

tradicionalmente le correspondieron implicaría una violación constitucional ya que haría desaparecer un órgano constitucional, manteniéndoselo solo nominalmente y no efectivamente.

Debe advertirse, no obstante, que, tal como ya lo hemos señalado, la Constitución de 1992 creó otro órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, la Contraloría General de la República, a la que le otorgó determinadas funciones y atribuciones relativas a ese ámbito.

Corresponde analizar, por tanto, si las competencias atribuidas por la Constitución a la Contraloría General de la República han absorbido la totalidad de las funciones de control del uso de los fondos públicos que históricamente le correspondían al Tribunal de Cuentas o si solo se trata de un aspecto parcial de un sistema más amplio de controles financieros. En la primera de las hipótesis, el Tribunal de Cuentas habría subsistido solo nominalmente y podría atribuírsele, excluyentemente, competencias ajenas al control de las cuentas. En la segunda de las hipótesis, correspondería otorgar al Tribunal de Cuentas las competencias en cuestiones derivadas del referido control de las cuentas de manera a complementar el sistema.

Al efecto de ese análisis debe examinarse, en primer lugar, la regulación de los distintos tipos de control de las cuentas públicas que han existido o existen, tanto en el derecho paraguayo como en el derecho comparado, a fin de identificar el sistema de controles que ha sido adoptado en nuestro país.

En segundo lugar, debe procederse a un repaso de los antecedentes legislativos del Tribunal de Cuentas en el Paraguay.

En tercer lugar, corresponde realizar una comparación entre las atribuciones conferidas a la Contraloría General de la República en la Constitución y las que históricamente le correspondían al Tribunal de Cuentas.

IV. EL CONTROL DEL PRESUPUESTO. CONTROL ADMINISTRATIVO, POLÍTICO Y JURISDICCIONAL

En el derecho comparado existen varias formas de control de la gestión de los bienes públicos. Uno es el referido a los actos administrativos sobre los cuales, además de los controles internos existe un control externo conferido al tribunal de lo contencioso-administrativo cuyas funciones en el Paraguay se han atribuido al Tribunal de Cuentas. El tribunal de lo contencioso-administrativo tiene por objeto el control de la legalidad de los actos administrativos, vale decir, de la regularidad de los mismos en cuanto a su adecuación a la normativa legal, sea esta constitucional, legislativa o reglamentaria. Esta función del tribunal contencioso-administrativo no juzga sobre el mérito y procede contra los actos administrativos de carácter unilateral e individual para los casos de lesión a los particulares o a la autoridad administrativa de una repartición pública.

El otro tipo de control es el de carácter económico-financiero referente a la gestión presupuestaria. Con relación a él, se señala en la doctrina que “desde el punto de vista teórico es posible apreciar la función controladora desde diversos puntos de vista, y clasificarla de este modo: 1) según las personas afectadas, en control de los ejecutores administrativos y de los funcionarios contables; 2) en cuanto a los hechos realizados, en control de recursos y de erogaciones; 3) considerando la oportunidad en que se ejerce la fiscalización, en control preventivo también llamado *a priori* o *pre-audit*, que tiene lugar antes o durante la operación de ejecución propiamente dicha, y control definitivo o *a posteriori* o *post-audit*; 4) según la naturaleza de los órganos intervinientes, en control administrativo, jurisdiccional y político. Por supuesto que en la práctica tales aspectos se combinan, manifestándose en varias modalidades, pero la clasificación que ofrece mayor interés y se tiene en cuenta generalmente, es la última, esto es, la relacionada con la naturaleza de los organismos actuantes”³.

En realidad, más que a los órganos intervinientes, dicha clasificación debería estar referida a la naturaleza del control ya que podría darse el caso de que ante un mismo órgano se combinaran, como

³ Giuliani Fonrouge, Carlos, “Derecho Financiero, 1, página 229.

lo afirma el autor citado, o se concentraran, el control administrativo y el jurisdiccional.

El control *jurisdiccional* está vinculado a la forma en que se controla o al tipo de control, vale decir un control emergente de un proceso judicial en el que se debaten las posiciones de dos partes antagónicas, por ejemplo el órgano de control administrativo, por un lado, y el órgano controlado, por el otro, del cual surgiría el pronunciamiento o fallo del órgano jurisdiccional.

El control llamado *político* es el legislativo o parlamentario en el que tales controles se ejercen por el Congreso. A ese efecto obedecen las remisiones de informes por parte de la Contraloría General de la República a fin de que el Poder Legislativo tome nota del manejo y de la ejecución, del detalle y la justificación de los ingresos y egresos de las finanzas públicas sobre la ejecución presupuestaria, tal como lo establece la Constitución en su Art. 202, inc. 20.

El sistema de control *administrativo* admite varias etapas a saber, el control interno que se realiza dentro de cada repartición pública y el control externo que es el que tiene a su cargo en nuestro país la Contraloría General de la República. En tales casos los controles son administrativos, no jurisdiccionales. (Véase igualmente la Ley 1539/99 de Administración Financiera del Estado).

El control jurisdiccional, está estructurado sobre la base de un tribunal independiente que en el derecho comparado recibe diversas denominaciones como Corte de Cuentas, Cámara de Cuentas o Tribunal de Cuentas. En el derecho colonial existían unos tribunales de cuentas de Indias, la Audiencia Real de Cuentas⁴. Esa denominación se da incluso en países de América Latina como Brasil, por ejemplo. En algunos casos ejercen también funciones de control administrativo, pero fundamentalmente su función es jurisdiccional.

A título de ejemplo, la Constitución de Brasil otorga competencia al Tribunal de Cuentas, entre otras facultades de control, para juzgar las cuentas de los administradores y demás responsables por

⁴ Ver Giuliani Fonrouge, Carlos, ob. cit., Tomo 1, pág. 236.

“dinero, bienes y valores públicos de la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones y sociedades instituidas y mantenidas por el Poder Público Federal”, y las cuentas de aquellos que dieran lugar a pérdida, extravío u otra irregularidad de la cual resulte perjuicio para el erario público. (Art. 71.2). Sus decisiones, en el caso de resultar imputación de deuda o multa, tienen eficacia de título ejecutivo. (Art. 71. 10. 3°). Dispone también que los responsables del control interno, al tener conocimiento de cualquier irregularidad o ilegalidad, darán conocimiento de ella al Tribunal de Cuentas de la Unión, bajo pena de responsabilidad solidaria, así como que cualquier ciudadano, partido político, asociación o sindicato es parte legítima para, en la forma de la ley, denunciar irregularidades o ilegalidades ante el Tribunal de Cuentas de la Unión. (Art. 74, 1° y 2°).

En algunos países el Tribunal de Cuentas además de juzgar las cuentas de inversión realiza un *juicio de responsabilidad* de los administradores.

V. LA RENDICIÓN DE CUENTAS, EL EXAMEN Y EL JUICIO DE CUENTAS

Debe distinguirse la rendición de cuentas del examen de las mismas y del juicio de cuentas.

Los órganos administrativos deben periódicamente someter a otro u otros órganos indicados por la ley la descripción de la gestión realizada y las cuentas a fin de que sean examinadas y, eventualmente, juzgadas. Este es un principio general dentro del Derecho que impone una obligación que es inherente a toda persona que gestiona y maneja fondos ajenos. Se da en forma genérica en varios institutos del derecho civil, como por ejemplo el *mandato* en el que, en virtud del Art. 891 inc. e del Código Civil, es obligación del mandatario “dar cuenta de sus operaciones”. Igual obligación se da en los casos de tutores, curadores, albaceas testamentarios, administradores de sucesiones, etc.

Se ha señalado que la *rendición de cuentas* consiste en la descripción del cumplimiento exacto de la gestión conteniendo un detalle claro y completo de los ingresos y egresos con sus respectivos

comprobantes⁵. Asimismo, se ha advertido igualmente que “los ingresos y egresos que figuran en las cuentas no constituyen créditos y deudas que van compensándose a medida que se producen, sino simples partidas de créditos y débitos que forman parte de un conjunto indivisible; no hay compensación sino balance”⁶.

La Ley de Organización Administrativa de 1909 ya disponía, en su Art.115: “Las reparticiones, empresas y establecimientos públicos o personas que administren, recauden o inviertan valores fiscales o de beneficencia pública, están obligados a rendir cuenta documentada de su administración o gestión, sin perjuicio de las inspecciones periódicas de libros, antecedentes y archivo, prescriptas por esta ley”.

El *examen* de la rendición de cuentas procede en el ámbito administrativo y consiste, como se ha señalado en la doctrina, en la revisión de la documentación que respalda las operaciones relacionadas con los recursos materiales, humanos, financieros y económicos de una entidad pública con el objeto de comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación respectiva y la exactitud de las operaciones y cálculos matemáticos y de contabilidad, así como su compatibilidad con las disposiciones legales. Se busca verificar la correcta inversión de los fondos en atención a los objetivos planteados.

El Capítulo IV de la Ley 1535/99 de Organización Financiera del Estado, en el Art. 65, hace referencia al “Examen de las Cuentas”. Dicha función, que comprende el estudio de la rendición y el examen de cuentas de las entidades públicas sujetas a dicha ley, a los efectos del control de la ejecución del presupuesto, la administración de los fondos y el movimiento de los bienes y se basa, principalmente, en la verificación y evaluación de los documentos que respaldan las operaciones contables que dan como resultado los estados de situación financiera, presupuestaria y patrimonial, sin perjuicio de otras informaciones que se puedan solicitarse para la comprobación de las operaciones realizadas.

El *juicio de cuentas* propiamente dicho se daba inicio con la formulación de reparos realizada por el ente que llevaba a cabo el control

⁵ Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil Argentino”, Contratos, II, pág. 431.

⁶ Aut. y ob. cit., pág. 432.

administrativo o contable, reparos que debían ser contestados por el administrador, llevándose adelante el proceso hasta el pronunciamiento o fallo por parte del Tribunal de Cuentas que determinaba la aprobación o desaprobación de la rendición de cuentas. El emplazamiento para contestar los reparos da inicio a la *actividad jurisdiccional* del Tribunal⁷.

En nuestro derecho, la Ley de Organización Administrativa del año 1909 regulaba el juicio de cuentas disponiendo que, si el Tribunal de Cuentas, a pesar del dictamen favorable de la Contaduría General, hiciese alguna observación en la rendición de cuentas, o si dicho dictamen fuere desfavorable, debía emplazar al responsable para que presente su alegato, en el término de diez días. Vencido el término, y si hubiese o no presentado alegato, el Tribunal de Cuentas podía hacer practicar las pruebas que juzgara necesarias en un término que no podría exceder de veinte días, con cuya diligencia quedaba cerrado el procedimiento, llamándose autos para sentencia, la que debía ser dictada en el plazo de treinta días. Así lo disponían los Arts. 155°, 156° y 157° de la referida Ley de Organización Administrativa. La sentencia que se dictaba hacía cosa juzgada y constituía título ejecutivo contra el responsable o su fiador. En el juicio de cuentas solo procedía el recurso de nulidad por ante el Superior Tribunal de Justicia.

Sobre dicho juicio nos extenderemos más adelante.

VI. ANTECEDENTES NACIONALES

1) LA LEY DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL AÑO 1909

El Tribunal de Cuentas fue creado por la Ley de Organización Administrativa del año 1909 que dispuso que el **juzgamiento** de todas las cuentas a que se refiere el Art. 115 estuviera a cargo de un Tribunal de Cuentas que fue creado por dicha ley, conforme lo disponía el Art. 139. El referido Art. 115 establecía: “Las reparticiones, empresas y establecimientos públicos o personas que administren, recauden o

⁷ Véase Giuliani Fonrouge, ob. Cit., pág. 241; Silva Cimma, Enrique, “Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público”, pág. 197, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

inviertan valores fiscales o de beneficencia pública, están obligados a rendir cuenta documentada de su administración o gestión, sin perjuicio de las inspecciones periódicas de libros, antecedentes y archivo, prescriptas por esta Ley”. En tanto que el Art. 139 disponía: “El juzgamiento de todas las cuentas a que se refiere el Art.115 estará a cargo de un Tribunal de Cuentas que se crea por esta Ley”.

Disponía la Ley que ese Tribunal de Cuentas funcionara bajo la superintendencia del Superior Tribunal de Justicia, denominación en ese entonces del más alto tribunal de la República, como es sabido, posteriormente Corte Suprema de Justicia, el que dictaría los reglamentos convenientes para asegurar el orden, la disciplina y el buen desempeño del Tribunal, conforme lo expresaba el Art. 140.

A los fines de este trabajo es sumamente conveniente hacer referencia y descripción de la competencia del Tribunal de Cuentas, así como del procedimiento, establecidos en la citada Ley de Organización Administrativa.

En virtud del Art. 149 de la mencionada ley, el Tribunal de Cuentas tenía competencia para: 1º, el juzgamiento de todas las rendiciones de cuentas que hicieren las reparticiones, empresas y establecimientos públicos o personas que administren, recauden o inviertan valores fiscales o de beneficencia pública; 2º, revisar, calificar y cancelar las fianzas prestadas por los empleados, de acuerdo con esta ley; 3º, tomar razón de las leyes, decretos y demás disposiciones gubernativas, referentes a la inversión o percepción de fondos y 4º, **examinar** anualmente la cuenta general de la ejecución del presupuesto, presentada por la Contaduría General en la memoria que menciona el Art. 68 y expedir el informe correspondiente que deberá ser publicado con aquella a los efectos del Art. 72, inciso 7º de la Constitución. Se refería a la Constitución de 1870.

Dicha disposición de la Constitución de 1870 atribuía al Congreso, además de la potestad de “fijar anualmente el presupuesto de gastos de la Administración de la Nación”, la de aprobar o desechar las cuentas de su inversión.

La Ley de Organización Administrativa disponía que las cuentas rendidas por las reparticiones, empresas y establecimientos públicos o personas que administren, recauden o inviertan valores fiscales o de beneficencia pública, **solo podrían ser definitivamente aprobadas o desaprobadas por el Tribunal de Cuentas, su jurisdicción era exclusiva en esto, y en consecuencia, su fallo sería el único que exonerara de todo cargo a los responsables** (Art. 151°).

Igualmente establecía que las funciones del Tribunal respecto a los exámenes de las cuentas de percepción o inversión de los caudales públicos, **serán limitadas a comprobar si ellas han sido practicadas con arreglo a la Constitución o las leyes y decretos vigentes** (Art. 152°), con lo que se limitaba el examen al control de la legalidad de las cuentas, no así a su mérito.

Si del examen administrativo de las cuentas se detectaba la comisión de algunos de los delitos previstos por el Código y las leyes, el Tribunal de Cuentas tenía la obligación de denunciar inmediatamente ante la jurisdicción criminal a los efectos de la instrucción de sumario a los autores y cómplices (Art.153°).

Disponía el Art. 154° de la Ley que, recibido el expediente de la rendición de cuentas y si el dictamen del Contador General aconsejare la aprobación de ella, el Tribunal de Cuentas examinaría detenidamente si todas las partidas estuvieran de acuerdo con las leyes respectivas, con la obligación de dictar la resolución correspondiente dentro del plazo de veinte días.

Si la resolución fuese aprobatoria, debía notificar al interesado devolviendo el expediente a la Contaduría General para su archivamiento.

Pero, si el Tribunal de Cuentas, a pesar del dictamen favorable de la Contaduría General, hiciese alguna observación en la rendición de cuentas, o si dicho dictamen fuere desfavorable, debía emplazar al responsable para que se presente su alegato, en el término de diez días. Vencido el término, y si hubiese o no presentado alegato, el Tribunal de Cuentas podía hacer practicar las pruebas que juzgara necesarias en un término que no podría exceder de veinte días, con cuya diligencia

quedaba cerrado el procedimiento, llamándose autos para sentencia, la que debía ser dictada en el plazo de treinta días. Así lo disponían los Arts. 155°, 156° y 157° de la referida Ley de Organización Administrativa.

De acuerdo con el Art. 158° de la Ley, las sentencias del Tribunal de Cuentas tenían el carácter de **cosa juzgada**. Si tres días después de su notificación no se hubiera hecho el pago de la cantidad juzgada a favor del Fisco, la persona o empleado responsable pagaría el interés de dos por ciento mensual. Si diez días después de la notificación no se hiciera el pago, el Tribunal de Cuentas suspendería al empleado responsable, comunicando al Ministerio de Hacienda y a la Contaduría General a fin de que ésta procediese a la retención los haberes que hubieran podido corresponder al empleado suspendido.

En caso de renuencia al pago dentro del plazo de treinta días, el Tribunal de Cuentas debía pedir al Poder Ejecutivo la destitución del empleado y pasar los antecedentes con copia de la sentencia al Fiscal General de Estado para que proceda a ejecutarla ante la jurisdicción civil. La copia de la sentencia constituía suficiente título de la ejecución contra el responsable o su fiador. (arts. 159° y 160°).

Contra el fallo recaído en el juicio de cuentas cabía solo el recurso de nulidad por los vicios siguientes: 1°, si no se hubiere hecho el emplazamiento ordenado por el Art. 155; 2°, por haberse falsificado documentos o cometidos cualquier otra clase de falsedad que haya influido en la resolución del juicio y 3°, por omisiones, dobles cargos u otras causas de rectificación análogas (Art. 164°).

El Art. 167° establecía que la resolución del Superior Tribunal de Justicia debía ser dictada sin la presentación de nuevos escritos y tendría por objeto pronunciarse sobre la nulidad o declarar no haber lugar en el recurso cuando este se hubiere interpuesto fuera de los casos establecidos en el Art. 164.

Si el Superior Tribunal declaraba la nulidad, debía asimismo pronunciarse sobre el fondo de la cuestión; su resolución causaba ejecutoria. Así lo disponía el Art. 168°.

Como puede verse, la normativa legal estableció un sistema de control externo, tanto administrativo como judicial, atribuyendo esta función al Tribunal de Cuentas, regulando al mismo tiempo el procedimiento del Juicio de Cuentas, lo que constituye un “proceso” eminentemente jurisdiccional.

2) LA LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES DE 1918

La Ley Orgánica de los Tribunales, N° 325 del año 1918 no incluyó al Tribunal de Cuentas entre los órganos del Poder Judicial pero confirió al Tribunal Superior de Justicia jurisdicción para conocer originariamente y en única instancia “de las lesiones de derecho administrativo causadas a los particulares por la administración nacional o municipal, u oficinas de su dependencia, cuando proceden en virtud de sus facultades regladas” (Art. 43) es decir, el juzgamiento en las cuestiones contencioso-administrativas suscitadas entre los particulares y la administración. Nada establecía respecto del juzgamiento de las cuentas de inversión de los fondos públicos que, hasta ese momento continuaba correspondiendo al Tribunal de Cuentas, bajo la “superintendencia” del Superior Tribunal de Justicia.

3) LA LEY DE ORGANIZACIÓN FINANCIERA DE 1926

La Ley de Organización Financiera el 2 de julio de 1926 impuso a la Contaduría General la obligación de “remitir anualmente al **Tribunal de Cuentas** y al Ministerio de Hacienda la cuenta de inversión de los recursos fiscales durante el ejercicio fenecido” (Art. 27, inc. e). La misma ley impuso similar obligación a la Dirección del Tesoro al disponer que era función de la misma, entre otras, “**Rendir cuenta anual al Tribunal de Cuentas de todas sus operaciones**” (Art. 40, inc. d). Asimismo, se imponía al Poder Ejecutivo, en el Art. 23, la carga de presentar al Congreso, anualmente y antes del envío del proyecto del presupuesto general, la cuenta de inversión del presupuesto de gastos correspondiente al último ejercicio cerrado.

La referida ley, en el capítulo correspondiente a la “Percepción de las Rentas”, estableció: “Art. 35. - El Tribunal de Cuentas resolverá en apelación todas las cuestiones suscitadas con motivo de la aplicación de las leyes y reglamentos fiscales y especialmente con motivo del cobro

y percepción de los impuestos en general, con cuyas decisiones quedará cerrado el procedimiento administrativo. Pero el particular que se considerase lesionado en su derecho, con la resolución del Tribunal de Cuentas, podrá, en el término de cinco días, promover ante el Superior Tribunal de Justicia, el juicio de lo contencioso- administrativo, de acuerdo con el Art. 43 de la Ley Orgánica de los Tribunales N. 325.”

Al respecto, comenta Salvador Villagra Maffiodo: “La Ley de O. Financiera del 02 de julio de 1926 vino a colocar en situación ambigua al Tribunal de Cuentas, el que, habiéndose creado para funcionar bajo la superintendencia del entonces Superior Tribunal de Justicia, integrando por consiguiente el Poder Judicial, pasó a formar parte de la Administración, al menos para asuntos fiscales, al establecer dicha ley que “con sus decisiones quedará cerrado el procedimiento administrativo”⁸.

4) LA LEY 1462/35 “QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO”

En el año 1935 se dictó la Ley 1462 “Que establece el procedimiento para lo contencioso-administrativo” la cual reiteró la jurisdicción del Superior Tribunal de Justicia en la materia, disponiendo: “El Superior Tribunal de Justicia conocerá originariamente en única instancia del recurso contencioso-administrativo” (Art. 1º). Extendió la referida ley la potestad de juzgar no solo en las cuestiones suscitadas entre los particulares y la administración pública sino también en las derivadas de “lesión de derecho administrativo causada contra la administración pública por la autoridad administrativa” (ver Art. 2º). Esta ley tampoco hace referencia alguna al juzgamiento de las cuentas.

5) LA CONSTITUCIÓN DE 1940

La Constitución de 1940 en su Art. 85 dispuso: “El Tribunal de Cuentas entenderá en los juicios de lo contencioso-administrativo y en el examen y aprobación de las cuentas de inversión del dinero público.....”. Asimismo, confirió a la Cámara de Representantes, que

⁸ “Principios de Derecho Administrativo”, pág. 323, Editorial El Foro, 1983.

constituía el Poder Legislativo, la facultad de aprobar o desechar las cuentas de inversión.

6) LA CONSTITUCIÓN DE 1967

Posteriormente la Constitución de 1967 dividió al Tribunal de Cuentas en dos salas. El Art. 203 disponía: “El Tribunal de Cuentas será dividido en dos salas. La primera tendrá competencia exclusiva en los juicios contencioso administrativos; la segunda en control de las cuentas de inversiones del Presupuesto General de la Nación, sobre cuya ejecución informará anualmente al Poder Ejecutivo y a la Cámara de Diputados”.

El texto constitucional no confería expresamente al Congreso la facultad de aprobar o desechar las cuentas de inversión, aunque el Art. 153, entre las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, establecía “Son atribuciones exclusivas de las Cámara de Diputados: 1)..., 2) ...; 3) Sin perjuicio de sus facultades, cuando el informe anual del Tribunal de Cuentas surgen malos manejos en las inversiones públicas, adoptar las medidas pertinentes, conforme se establece en esta Constitución y las leyes.”

7) EL CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL

La Ley N° 879 “Código de Organización Judicial”, promulgada en el año 1981, dispone en el Capítulo II, Del Tribunal de Cuentas, en su Art. 30: “El Tribunal de Cuentas se compone de dos salas, integradas por no menos de tres miembros cada una. Compete a la primera entender en los juicios contencioso-administrativos en las condiciones establecidas por la ley de la materia; y a la segunda el control de las cuentas de inversión del presupuesto General de la Nación, conforme a los dispuesto en la Constitución”.

Puede advertirse que, conforme surge de la lectura de estos antecedentes legislativos, el Tribunal de Cuentas fue creado como un órgano encargado del juzgamiento de las cuentas de la administración pública con funciones relativas al examen de las cuentas. Solo a partir de la Constitución de 1940 pasó a cumplir una doble función, cuando se le atribuyó la competencia para entender en las cuestiones contencioso-

administrativas, a la par de su tradicional función de juzgamiento y examen de las cuentas.

VII. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS AL MOMENTO DE LA SANCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Al momento de la sanción de la Constitución de 1992 el Tribunal de Cuentas tenía una doble competencia, distribuida en dos Salas, a saber: la primera, para entender en los juicios contencioso-administrativos y la segunda, la tradicional función de control de las cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación, conforme lo establecía la entonces vigente Constitución de 1967. Dicho control lo ejercía, de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Organización Administrativa del año 1909, mediante el examen administrativo de las cuentas rendidas (Arts. 152 y 153) así como a través del juzgamiento de las rendiciones de cuentas de las entidades públicas o personas que administrasen, recaudaren o invirtiesen “valores fiscales o de beneficencia pública” (Art. 149, inc. 1°).

Cabe destacar que por Ley N° 95/90, encontrándose aún vigente la Constitución de 1967, se creó la Contraloría General de la Nación a la cual se le otorgaron “amplias facultades de control sobre el despacho de todos los negocios que en la esfera de su competencia están a cargo de los organismos del Estado” (Art. 2°). Su objeto lo constituía velar por el cumplimiento de las normas jurídicas relativas a la administración financiera del Estado y el patrimonio público mediante periódicas auditorías financieras, administrativas y operativas; controlar la normal y legal percepción de los recursos y los gastos e inversiones de los fondos del Estado; asimismo los de las Instituciones Autónomas, Entes Descentralizados, de Economía Mixta, Bancos del Estado, Municipalidades y los de las Entidades de Desarrollo Municipal; fiscalizar la correcta utilización de las subvenciones estatales concedidas a las Instituciones de Derecho Privado; y aconsejar normas de control interno para las entidades mencionadas en este Art. (Art. 3). Tenía competencia, entre otras, para fiscalizar y controlar la gestión de todas las reparticiones o entidades que recauden o inviertan fondos del Estado, realizar auditorías financieras, administrativas u operativas de las entidades sujetas a su control, controlar la veracidad de las estadísticas

financieras y económicas de la Nación, dar a conocer al Poder Ejecutivo y al Congreso de la Nación, toda transgresión de los principios constitucionales que afecta al normal desenvolvimiento y ejecución del Presupuesto General de la Nación (Art. 11). Detectada cualquier irregularidad que implique la comisión de un delito, en su área, el Contralor General debía informar de inmediato al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional y, enviar las compulsas pertinentes al Ministerio Público (Art.13). El Contralor General, luego de recibir de las Entidades sujetas a su control los informes anuales respectivos, debía elevar, por conducto del Poder Ejecutivo, al “Congreso Nacional” antes del 30 de abril de cada año, un informe sobre el Ejercicio Financiero del año anterior, con el resultado de la ejecución presupuestaria activa y pasiva sobre el balance consolidado y la situación financiera y patrimonial, incluyendo el estado comparativo de los ingresos y gastos presupuestados del ejercicio; así también el informe debía contener el estado de la deuda pública nacional al finalizar el ejercicio, con clasificación de deudas internas y externas y otros detalles e igualmente una relación detallada de los gastos pagados durante el año fiscal y el estado demostrativo de la situación del tesoro, al expirar la vigencia del presupuesto.

El Contralor General debía presentar trimestralmente al Poder Ejecutivo y al “Congreso Nacional”, un informe sobre las disposiciones fiscales y de control realizados y sobre el estado del Tesoro Nacional, de la Deuda Pública, de la Ejecución Presupuestaria, de la situación económica del país y, cualquier otro dato que fuere necesario para la correcta administración de los bienes públicos (Arts. 19 y 20).

Las competencias del Contralor General, de acuerdo con la Ley 95/90, eran, por tanto, de control y examen, en términos genéricos, pero sin facultades específicas para el “**juzgamiento**” de las cuentas.

VIII. LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

En la Convención Nacional Constituyente, reunida para elaborar la hoy vigente Constitución, el proyecto de la Subcomisión Redactora no incluía al Tribunal de Cuentas. Sólo se refería a la estructura y funcionamiento de las demás magistraturas, vale decir estaba incluida sólo la segunda parte del Art. cuya redacción final extendida fue

aprobada. Existió otra propuesta en la que se expresaba: “**Del Tribunal de Cuentas**. Se establece el Tribunal de Cuentas que entenderá en los juicios de lo contencioso – administrativo y en el examen y aprobación de las cuentas de inversión del dinero público.

La ley podrá establecer otras atribuciones y la composición del tribunal”⁹.

El texto aprobado, como puede verse, lo reiteramos, no establece la competencia del Tribunal de Cuentas, la cual deja librada a la ley, como tampoco establece específicamente sus funciones, vale decir que solo se refiere a la expresión “Tribunal de Cuentas”. En las deliberaciones de la Convención, el convencional Dr. Lezcano Claude había advertido sobre la superposición de la existencia del Tribunal de Cuentas y de la Contraloría General de la República las cuales, al decir del mismo, tienen idénticas atribuciones. Se estaba refiriendo al control de las cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación y a la presentación de un informe a la Cámara de Diputados, la que debería decidir la adopción de las medidas pertinentes para el caso en que surgieran malos manejos en las inversiones públicas. Proponía el convencional la sustitución de las palabras “Tribunal de Cuentas” por “Tribunal en lo Contencioso Administrativo”¹⁰.

IX. FUNCIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Nuestra Ley Fundamental creó como órgano constitucional del Estado la Contraloría General de la República en la Sección II, Capítulo IV, Título II de la Parte II, Artículos 281 y sgts., instituyéndola como “órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos y municipalidades, en la forma determinada por esta Constitución y por la ley”.

De acuerdo con el Art. 283 de la Constitución, le corresponde al Contralor General de la República, entre otros: 1) El control, la

⁹ Barboza, Ramiro, “Constitución de la República del Paraguay 1992”, Tomo II, pág. 1298 y 1299, Centro de Publicaciones de la UCA, 1993.

¹⁰ Pettit, Horacio Antonio, “Constitución de la República del Paraguay Concordada, Anotada y con Jurisprudencia” Tomo II, pág. 547, La Ley Paraguaya, año 2010.

vigilancia y la fiscalización de los bienes públicos. 2) El control de la ejecución y de la liquidación del Presupuesto General de la Nación. 3) El examen de las cuentas fondos e inventarios de las reparticiones públicas. 4) La fiscalización de las cuentas nacionales de las empresas o entidades multinacionales, de cuyo capital participe el estado en forma directa o indirecta “en los términos de los respectivos tratados”. 5) La denuncia a la justicia ordinaria y al Poder Ejecutivo de todo delito del cual tenga conocimiento en razón de sus funciones específicas.

El Art. 282 obliga al Presidente de la República a enviar a la Contraloría la liquidación del Presupuesto del año anterior, la cual “deberá elevar informe y dictamen al Congreso, para que los consideren cada una de las Cámaras”.

En la Convención Nacional Constituyente, los debates y discusiones en el tratamiento de la Sección II correspondiente se centraron, fundamentalmente, en la composición del órgano, en el carácter unipersonal o colegiado que debía tener y en los conocimientos específicos que debía poseer el Contralor, primando, obviamente, el texto sancionado. Es útil advertir, a los fines de este trabajo, que en ese debate se expresó lo siguiente: “...Evidentemente aquí no estamos dando facultades jurisdiccionales, aquí no habrá juicios coactivos a través de la Contraloría. Evidentemente, es un Contralor contable de cómo se manejan los ingresos y egresos en la administración central, descentralizada autárquica y en los municipios”¹¹.

Está claro, como surge tanto de la letra de las disposiciones constitucionales así como de las opiniones vertidas en la Convención Nacional Constituyente, que al órgano creado, la Contraloría General de la República, le correspondían funciones de control administrativo, no jurisdiccional, función esta última que correspondía a un órgano distinto que no podía ser otro que el Tribunal de Cuentas, mencionado expresamente en el Art. 265 de la Constitución, inserto en el Capítulo III del Poder Judicial.

¹¹ De las opiniones del Convencional Federico Callizo, transcritas en “Constitución de la República del Paraguay. Concordada, Anotada y con Jurisprudencia”, Horacio Antonio Pettit, Tomo II, pág. 615, La Ley Paraguaya, año 2010.

En el año 1994 se sancionó la Ley N° 276 Orgánica y Funcional de la Contraloría General de la República. Se dispone en su texto, conforme a las pautas establecidas en la Constitución, que ella constituye “el organismo de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los Departamentos y de las Municipalidades, en la forma determinada por la Constitución Nacional y por esta ley. Goza de autonomía funcional y administrativa” (Art. 1°). El Art. 2° dispone que la Contraloría tiene por objeto velar por el cumplimiento de las normas jurídicas relativas a la administración financiera del Estado y proteger el patrimonio público, estableciendo las normas, los procedimientos requeridos y realizando periódicas auditorías financieras administrativas y operativas, controlando la normal y legal percepción de los recursos y los gastos e inversiones de los fondos del sector público, multinacional, nacional, departamental o municipal sin excepción, o de los organismos en que el Estado sea parte o tenga interés patrimonial a tenor del detalle desarrollado en el Art. 9° de la Ley, y aconsejar, en general las normas de control interno para las entidades sujetas a su supervisiones.

El mencionado Art. 9° establece los deberes y atribuciones de la Contraloría General, entre ellos el control, vigilancia y la fiscalización de los bienes públicos y del patrimonio del Estado, abarcando todas las entidades públicas, incluso las autónomas, autárquicas o descentralizadas (inc. a).

Igualmente le encomienda el control de la ejecución y la liquidación del Presupuesto General de la Nación (inc. b). También le compete ese control con respecto a los presupuestos de todas las reparticiones estatales en el sentido amplio así como de las empresas multinacionales en los términos de sus respectivos tratados y/o cartas orgánicas, debiendo remitir un informe al Congreso al respecto (incisos c y d).

Asimismo le corresponde elevar un dictamen sobre el informe financiero anual en los términos el Art. 282 de la Constitución (inc. k), así como dar a conocer a ambas Cámaras del Congreso y al Poder Ejecutivo toda transgresión de disposiciones constitucionales y legales de que tenga conocimientos como resultado de su función (inc. n).

Es importante el contenido del Art. 19 que establece: “el control y fiscalización que la Contraloría ejerce sobre las instituciones de conformidad a la Constitución Nacional y ésta Ley, serán sin perjuicio de las facultades que correspondan a otros organismos e instituciones del Estado como el Tribunal de Cuentas, 2ª. Sala, a los que por Ley se asignen potestades de control y fiscalización”.

El Art. 43 reitera la obligación de presentar anualmente al Congreso Nacional un informe general detallando las gestiones realizadas al cierre del último ejercicio financiero del Estado.

X. LA LEY N° 1535/99 DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO

La vigente Ley 1535/99 De Administración Financiera del Estado, establece en su Art. 36: “Rendición de Cuentas. Las oficinas, funcionarios y agentes perceptores de recursos públicos presentarán a la autoridad correspondiente la rendición de cuentas de los ingresos obtenidos, en la forma, tiempo y lugar que establezca la reglamentación.”

Diseña la ley la estructura del sistema de control, disponiendo que el control de la Administración Financiera del Estado será externo e interno, y estará a cargo de la Contraloría General de la República, de la Auditoría General del Poder Ejecutivo y de las Auditorías Internas Institucionales (Art. 59). De acuerdo al Art. 60, el control interno comprende el control previo a cargo de los responsables de la Administración y control posterior a cargo de la Auditoría Interna Institucional y de la Auditoría General del Poder Ejecutivo.

La tarea principal de la Auditoría Interna consiste en ejercer el control sobre las operaciones en ejecución; verificando las obligaciones y el pago de las mismas con el correspondiente cumplimiento de la entrega a satisfacción de bienes, obras, trabajos y servicios, en las condiciones, tiempo y calidad contratados (Art. 61, 2° pfo.).

La Auditoría General del Poder Ejecutivo es un órgano dependiente de la Presidencia de la República. Como órgano de control interno del Poder Ejecutivo le corresponde la función de realizar

auditorías de los organismos y entidades dependientes de dicho poder del Estado y tiene también a su cargo reglamentar y supervisar el funcionamiento de las Auditorías Internas Institucionales. El control será deliberado, a posteriori, de conformidad con la reglamentación pertinente y las normas de auditoría generalmente aceptadas. Así lo establece el Art. 62 de la Ley.

El control externo que, de acuerdo con la ley, se ejerce a posteriori, una vez ejecutadas las operaciones de las entidades públicas, está a cargo de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de auditorías externas independientes que puedan ser contratadas. Ello surge de los Artículos 63 y 64 de la ley.

El Capítulo IV de la Ley, en el Art. 65, hace referencia al “Examen de las Cuentas”. Dicha función, que comprende el estudio de la rendición y el examen de cuentas de las entidades públicas sujetas a dicha ley, a los efectos del control de la ejecución del presupuesto, la administración de los fondos y el movimiento de los bienes y se basa, principalmente, en la verificación y evaluación de los documentos que respaldan las operaciones contables que dan como resultado los estados de situación financiera, presupuestaria y patrimonial, sin perjuicio de otras informaciones que se puedan solicitarse para la comprobación de las operaciones realizadas.

Se prevén también en la Ley los informes que deben remitirse al Ministerio de Hacienda y de éste al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional. Estos últimos deben contener “el conjunto de Estados Contables que presentará la posición financiera, económica, presupuestaria y patrimonial consolidada de los organismos y entidades del Estado, referente a cada ejercicio fiscal cerrado y liquidado, con el estado comparativo de lo presupuestado y lo ejecutado.” (Art. 67). Se prevé asimismo un informe anual del Presidente de la República a la Contraloría General de la República referente a la liquidación del presupuesto del año anterior y el informe y dictamen de la Contraloría General de la República al Congreso Nacional (Arts. 68 y 69) para el rechazo o la aprobación del informe el Presidente de la República. (Art. 70).

XI. COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

La descripción de las funciones atribuidas a la Contraloría General de la República, tanto por la Constitución como por su ley orgánica, la Ley N° 276/94 y por la Ley N° 1535/99 De Administración Financiera del Estado, revela que la superposición de funciones entre la Contraloría General de la República y el Tribunal de Cuentas señalada en el seno de la Convención Nacional Constituyente, como puede observarse, solo podría haberse dado en lo que respecta al control administrativo, ya que la Contraloría diseñada en la Constitución tiene funciones de esa índole. Pero no ocurre lo mismo en lo referente al control jurisdiccional que solo puede ejercerse a través de un órgano del Poder Judicial con facultades de administrar justicia y de conocer y decidir en actos de carácter contencioso, como lo establece nuestra ley fundamental (v. Art. 284 y Art. 147, 2° pfo. de la Constitución).

Al consagrar la Constitución un órgano que forma parte del Poder Judicial al que se denomina Tribunal de Cuentas y cuya composición y determinación de su competencia fueron remitidas a la regulación legislativa, la ley necesariamente debe someterse a la norma superior en virtud del principio de la supremacía constitucional y regular las competencias que sean propias de un órgano de control jurisdiccional de cuentas. Por lo tanto, esa norma secundaria, al establecer la competencia del órgano, debe atender a la naturaleza de éste, tal cual surge de la función originaria y tradicional que se otorgó al Tribunal de Cuentas en la República del Paraguay desde su creación por la Ley de Organización Administrativa de 1909 cuál era la del juzgamiento de las rendiciones de cuentas del erario público. Esta era su verdadera naturaleza. Las funciones de tribunal de lo contencioso-administrativo, muy importantes por cierto, le fueron atribuidas con posterioridad.

Es por tanto obligación del legislador otorgar al Tribunal de Cuentas sus competencias naturales, sin perjuicio de agregarles otras de diferente naturaleza como las cuestiones contencioso-administrativas, si es que se considerara conveniente otorgarlas al mismo tribunal. Personalmente considero más apropiado crear tribunales de lo contencioso-administrativo, con esa denominación, para otorgarles esas otras competencias. Pero, de cualquier manera, en modo alguno puede la

ley privar al Tribunal de Cuentas, órgano constitucional, de sus funciones tradicionales de juzgamiento de las cuentas so peligro de incurrir en patente falta de razonabilidad y por ende, en manifiesta inconstitucionalidad.

Tal como si, habiéndose creado en la Constitución un tribunal de comercio, la ley le atribuyera competencia exclusiva y excluyente solo para entender en cuestiones totalmente ajenas al derecho comercial.

XII. FUNCIONES ACTUALES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

No obstante la necesidad constitucional de mantener en el Tribunal de Cuentas sus funciones naturales de juzgamiento de las cuentas públicas, se dictó la Ley N° 2248/03 que dispone en su art. 1°: “Modifícase el Art. 30 de la Ley N° 879 del 2 de diciembre de 1981 “CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL”, que queda redactado de la siguiente forma: Art. 30. El Tribunal de Cuentas se compone de dos Salas, integradas con tres miembros cada una, denominada en adelante Primera y Segunda Sala. Compete a ambas salas entender, exclusivamente, en los juicios contencioso-administrativos, en las condiciones establecidas por la Ley de la materia”.

A partir de dicha modificación legislativa, el Tribunal de Cuentas, pasó a convertirse exclusivamente en un tribunal de lo contencioso-administrativo, perdiendo toda competencia en materia de juzgamiento de las cuentas, careciendo la República del Paraguay, en el estado actual de la legislación, de un órgano jurisdiccional especializado que se encargue de dicha función, contrariamente a lo que surge del texto constitucional y de la denominación que le otorga¹².

Este estado normativo ha dado lugar al planteamiento de varias acciones de inconstitucionalidad contra la referida Ley N° 2248/03. En una de ellas, en la que se hizo lugar a la acción, se expresa en los Considerandos: “Por la Ley de Organización Administrativa de 1909, que fija el régimen procesal para el control judicial de la ejecución presupuestaria en el sector público, se tiene instituido dos fases o etapas

¹² Véase Sosa Arrúa, Enrique, “Régimen Jurídico de la Rendición de Cuentas de Fondos Públicos. Situación a partir de la Ley N° 2.248/03”, en Anales de Legislación Paraguaya, La Ley, Año 6, N°4, Mayo de 2004, pág. 1.

respectivas bien diferenciadas, pero que corresponden al mismo proceso (unidos sin separarse y separados sin distinguirse), la primera, de revisión administrativa de legajos de documentos (que corresponde a la etapa procesal civil declarativa tendiente a establecer si existe o no obligación de rendir cuenta), y la segunda, el proceso de rendición de cuentas propiamente dicho, siguiendo siempre la estructura y el derrotero previsto en el actual Código Procesal Civil, en la parte especial relativa al “juicio de rendición de cuentas”, normativa aplicable incluso de modo supletorio, para los supuestos de oscuridad, silencio, etc., y tanto en aquel como en este, la sustanciación respectiva es por la vía del contradictorio bajo los principios de bilateralidad, control recíproco, debido proceso legal, etc. No olvidemos que en los pleitos sustanciados ante la segunda sala, las partes son: de un lado, el rindente u ordenador de gastos, y del otro el agente fiscal de cuentas, en representación de la sociedad.” (Ac. y Sent. N° 903 del 25/11/11, Sala Constitucional)¹³.

XIII. EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS

Otra cuestión que se encuentra pendiente es la relativa a la hipótesis de incumplimiento de la obligación de rendir cuentas, a la forma de constreñir judicialmente a la autoridad administrativa responsable a cumplir con ese deber, al órgano jurisdiccional competente y al procedimiento a seguir. Ya nos hemos referido a la obligación de rendir cuentas impuesta por la Ley N° 1535/99 De Administración Financiera del Estado a las oficinas, funcionarios y agentes perceptores de recursos públicos.

El órgano jurisdiccional competente para disponer la condena a rendir cuenta, en el estado actual de la legislación, no puede ser otro que el juzgado de primera instancia en lo civil y comercial ya que el Tribunal de Cuentas carece de facultades para entender en el litigio que se suscite ante la negativa a rendir cuenta.

En cuanto al procedimiento, el Código Procesal Civil regula en su Art. 673, y sgtes., el juicio de rendición de cuentas, el que, como es sabido, consta de varias etapas. La primera tiende a la determinación de

¹³ La Ley, Revista Jurídica Paraguaya, marzo 2012, pág. 225.

la obligación de rendir cuenta y culmina con la sentencia que condena o no a la rendición de cuentas. La segunda etapa comienza “una vez firme la sentencia que condena a rendir cuenta” y su objeto consiste en la presentación de las cuentas debidamente documentadas, su discusión o impugnación y termina con el pronunciamiento del juez sobre los saldos. Una tercera etapa puede abrirse en la hipótesis en que deba procederse a la ejecución de la sentencia por el procedimiento correspondiente¹⁴.

Este procedimiento es aplicable a todos los casos en que alguna persona o entidad, por manejar fondos ajenos, esté obligada a rendir cuentas de su gestión. Aun cuando el juicio se tramita por el proceso de conocimiento sumario, lo cual reduce considerablemente los plazos y las complejidades del juicio ordinario, es conveniente adoptar una regulación procesal especial para la demanda de rendición de cuentas contra una autoridad o agente de la administración pública atendiendo a las particularidades de la relación sustancial que tiene un gran componente de derecho público. Pero el tema que estamos abordando se refiere solo a la primera etapa.

XIV. CONCLUSIÓN

Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 2248/03 QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 30 DE LA LEY N° 879 DEL 2 DE DICIEMBRE DE 1981 “CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL”, el juzgamiento de las cuentas correspondientes a las reparticiones, establecimientos públicos, funcionarios o personas que administren valores fiscales estaba a cargo del Tribunal de Cuentas, específicamente de la Segunda Sala, conforme a lo establecido en el Art. 30 del Código de Organización Judicial, que disponía: “El Tribunal de Cuentas se compone de dos salas, integrados por no menos de tres miembros cada una. Compete a la primera entender en los juicios contenciosos – administrativos en las condiciones establecidas por la ley de la materia; y a la segunda el control de las cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación, conforme a lo dispuesto en la Constitución”.

La Ley N° 2248/03, dispone en su art. 1°: “Modificase el Art. 30 de la Ley N° 879 del 2 de diciembre de 1981 “CÓDIGO DE

¹⁴ Véase Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Tomo VI, pág. 261.

ORGANIZACIÓN JUDICIAL”, que queda redactado de la siguiente forma: Art. 30. El Tribunal de Cuentas se compone de dos Salas, integradas con tres miembros cada una, denominada en adelante Primera y Segunda Sala. Compete a ambas salas entender, exclusivamente, en los juicios contencioso-administrativos, en las condiciones establecidas por la Ley de la materia”.

Sin embargo, omitirse la toma en consideración del Artículo. 265 de la Constitución, que expresa en su primera parte: “Se establece el Tribunal de Cuentas. La ley determinará su composición y competencia”.

A partir de la reforma legislativa mencionada se han modificado medularmente las funciones del Tribunal de Cuentas, quedando ambas salas destinadas exclusivamente a entender en los juicios contencioso-administrativos.

Puede apreciarse el vacío originado por la ley citada, la que puede encontrarse viciada de inconstitucional al soslayar la disposición prevista en el Art. 265 de la Constitución transcrito anteriormente, ya que de acuerdo a los antecedentes históricos de la legislación en la materia, el juzgamiento de las rendiciones de las cuentas públicas compete a los Tribunales de Cuentas. Esta ha sido la función del Tribunal de Cuentas en el Paraguay a partir de su creación por la Ley de Organización Administrativa de 1909, con algunas variantes en la Constitución de 1940 (“examen y aprobación de las cuentas de inversión del dinero público”) y en la Constitución de 1967 (“control de las cuentas de inversiones del Presupuesto General de la Nación”), hasta la promulgación de la disposición legal mencionada precedentemente.

Actualmente la Contraloría General de la República es la encargada de examinar las cuentas, conforme a lo dispuesto en el Art. 283, inc. 2º de la Constitución, que dispone: “Son deberes y atribuciones del Contralor General de la República: 2. el control de la ejecución y la liquidación del Presupuesto General de la Nación; 3) el control de la ejecución y de la liquidación de los presupuestos de todas las reparticiones mencionadas en el inciso 1), como asimismo el examen de sus cuentas, fondos e inventarios.”

Cuando las cuentas sometidas a revisión no son objetadas, no existen inconvenientes. Estos se suscitan cuando existen objeciones o reparos a la rendición de cuentas ya que la Contraloría General de la República no puede actuar como órgano juzgador, función que de acuerdo al Art. 248 de la Constitución, que dispone: “Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso.....”, compete exclusivamente al Poder Judicial.

De acuerdo a las disposiciones legales señaladas no existe actualmente un órgano judicial específico con competencia especial para entender y decidir las cuestiones atinentes al juzgamiento de las rendiciones de cuentas. Puede sostenerse que no existe propiamente un Tribunal de Cuentas, ya que las competencias que éste ejerce actualmente se reducen a las cuestiones contencioso-administrativas y no a las propias de un verdadero Tribunal de Cuentas, el cual existe solo nominalmente con funciones que no corresponden a su naturaleza. Dicha supresión implica una violación constitucional.

La Ley 2248/03 se impone sea derogada y se dicte otra ley que restablezca las funciones propias del Tribunal de Cuentas, dándose así cumplimiento a la disposición constitucional.

Puede, al efecto, crearse una nueva sala para entender en el juzgamiento de las rendiciones de cuentas de los funcionarios y órganos de la Administración Pública que hayan sido impugnadas o “reparadas” por la Contraloría General de la República, siempre que el motivo de la impugnación o reparo no haya sido satisfecho en el plazo fijado por la Contraloría General de la República, así como para entender en el juicio de rendición de cuentas que deba promoverse cuando exista negativa a rendirlas ante dicho órgano por quien estuviere obligado a ello.

La nueva ley podría disponer que hasta tanto se dicte la ley que regule el procedimiento en el *juicio de cuentas*, éste se substancie de conformidad con las normas del Libro IV Título X De la Rendición de Cuentas del Código Procesal Civil. Así también, establecer reglas sobre la legitimación procesal reconociendo el carácter de partes al administrador cuentadante y el Agente Fiscal de Cuentas, con intervención de la Procuraduría General de la República.

Todo ello sin perjuicio de que, alternativamente, pudieran crearse tribunales de lo contencioso-administrativo que, con esa denominación, entendieran en las cuestiones de esa naturaleza.

De sancionarse una ley en base a las modificaciones propuestas o en términos similares, pero en el mismo sentido de restituirse al Tribunal de Cuentas, al menos a una de sus salas, su competencia natural, se estaría ajustando parte de nuestro ordenamiento legal a la disposición constitucional.

Por último, en la hipótesis de una reforma constitucional, debe incluirse una disposición en la Ley Fundamental que, en forma clara, no solo establezca el Tribunal de Cuentas, sino que también determine su competencia, en particular, la referente al juzgamiento de las rendiciones de cuentas de los fondos públicos. La seguridad jurídica exige para su consecución que, en caso de discrepancias entre ciudadanos particulares o entre éstos y las autoridades, ellas sean resueltas por un órgano jurisdiccional del Estado que otorgue garantías de imparcialidad y que tenga competencias especiales para las relaciones jurídicas especiales, como lo son las atinentes al manejo de los fondos públicos y a la rendición de las cuentas de ese carácter. Debe recordarse que se trata del único órgano jurisdiccional que, además de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido tratamiento específico en las tres últimas constituciones que ha tenido la República.

BIBLIOGRAFÍA

Barboza, Ramiro, “Constitución de la República del Paraguay 1992”, CIDSEP-AID, Asunción, 1993

Giuliani Fonrouge, Carlos M., “Derecho Financiero”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1965

Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1987

Peña Villamil, Manuel, “Finanzas y Derecho Financiero”, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, 1998

Pettit, Horacio Antonio, “Constitución de la República del Paraguay, Concordada, Anotada y con Jurisprudencia”, La Ley Paraguaya, 2010

Sayagués Laso, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, Montevideo, 1959

Silva Cimma, Enrique, “Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público”, Editorial Jurídica de Chile, 1994)

Sosa Arrúa, Enrique, “Régimen Jurídico de la Rendición de Cuentas de Fondos Públicos. Situación a partir de la Ley N° 2.248/03”, en Anales de Legislación Paraguaya, La Ley, Año 6, N°4, Mayo de 2004

Villagra Maffiodo, Salvador, “Principios de Derecho Administrativo”, Editorial El Foro, Asunción, 1983.

ACERCA DE LA DENOMINADA “CONSULTA CONSTITUCIONAL”

José Raúl Torres Kirmser

Giuseppe Fossati López

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. 2. LA NORMATIVA VIGENTE. 3. FUNDAMENTOS TELEOLÓGICOS. 4. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. 5. ASPECTOS DE TÉCNICA PROCESAL. 6. BIBLIOGRAFÍA

ACERCA DE LA DENOMINADA “CONSULTA CONSTITUCIONAL”

José Raúl Torres Kirmser

Giuseppe Fossati López

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, el instrumento de la “consulta constitucional” viene siendo utilizado, cada vez con más frecuencia, por los Tribunales y Juzgados de la República, como medio para provocar el control de constitucionalidad de las disposiciones que se ven obligados a aplicar, en cuanto las mismas presenten a su juicio contraposición a los mandatos de la ley fundamental. El dictado de la Ley 2421/2004, de reordenamiento administrativo y de adecuación fiscal, cuyo artículo 29 limita los honorarios en los juicios en los que fuere parte el Estado, al 50% del mínimo legal, motivó diversos planteamientos de los más distintos estamentos jurisdiccionales, por la vía de la consulta, a los efectos de obtener un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma¹.

¹ Las sentencias en relación con dicha cuestión concreta han declarado invariablemente la inconstitucionalidad de la norma en cuestión por violatoria del principio de igualdad ante la ley, al reducir al 50% del mínimo legal los honorarios de los profesionales abogados que actúan en juicios promovidos contra el Estado; únicamente por tal razón, es decir, únicamente por la calidad de parte del Estado, lo cual le confiere una posición de privilegio violatoria de la igualdad ante la ley, que se extiende también a la actuación del Estado en la esfera privada, así como a la aplicación del principio en las actuaciones ante la jurisdicción. Además de las sentencias mencionadas en la nota 6, *infra*, dictadas en mayoría, existen diversos otros pronunciamientos en igual sentido, con el voto unánime de los integrantes de la Sala Constitucional: véanse, a título de ejemplo, las S.D. N° 331, de fecha 6 de junio de 2011; N° 234, de fecha 20 de mayo de 2011; N° 493, del 22 de octubre de 2010; N° 375, de fecha 9 de agosto de 2010; N° 231, de fecha 5 de mayo de 2008, todas de la Sala Constitucional.-

Empero, cabe puntualizar que no por ser la cuestión arriba apuntada la que se presenta con mayor estadística, se excluyen otras hipótesis conflictivas. En este sentido, se han resuelto, siempre por la vía de la “consulta”, casos igualmente

Estos antecedentes fácticos han hecho que en los últimos tiempos el mecanismo de la consulta se haya visto valorizado sobremanera en su aplicación práctica, y en consecuencia el interés en una profundización de los fundamentos legales y doctrinarios del instituto aumenta sensiblemente. Estas consideraciones motivan las líneas que siguen.

2. LA NORMATIVA VIGENTE

El mecanismo de lo que se da en denominar, de modo coloquial, “consulta constitucional”, se halla previsto en el artículo 18 inc. a) del Código Procesal Civil, que dispone lo siguiente: *“Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte, remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales”*.

Aquí debe recordarse que en el año en que el Código Procesal Civil entró en vigor, es decir, en 1988, no se encontraba vigente la Constitución que actualmente nos rige. Por ende, la remisión hecha por

interesantes. Así, por la vía reglada en la Ley 600/1995, que modifica el art. 582 del Cód. Proc. Civ., imponiendo al juzgador en la acción de amparo la remisión de los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia –lo que no configura sino una modalidad especialmente regulada del control de constitucionalidad provocado por los magistrados inferiores– se ha sometido a la Corte Suprema de Justicia la cuestión relativa a la adecuación a la Constitución Nacional de disposiciones reglamentarias por las cuales se establecen valores impositivos presuntos para la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo en la importación de cigarrillos y en la primera enajenación de los cigarrillos de producción nacional, violentando los criterios de determinación del valor imponible establecidos en la norma de mayor rango, es decir, la ley (S.D. N° 79, de fecha 8 de marzo de 2011, Sala Constitucional; S.D. N° 278, de fecha 1 de junio de 2011, Sala Constitucional). También por vía de consulta se ha sometido a la Corte Suprema de Justicia la cuestión relativa a la constitucionalidad de las disposiciones del Código Procesal Penal en cuanto permiten solicitar informes a una entidad privada en el marco de una investigación penal. La Sala Constitucional ha establecido que dichas facultades no transgreden la ley fundamental de la República (S.D. N° 345, de fecha 12 de mayo de 2009).

la ley ritual remitía –como no podía ser de otra manera– a dicho instrumento normativo, actualmente derogado por imperio del art. 1º de las disposiciones finales y transitorias de la actual Constitución Nacional. La disposición en cuestión establecía lo siguiente: “*La Corte Suprema de Justicia tendrá facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución, en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Corte Suprema de Justicia, y por excepción en cualquier instancia, y se elevaran sus antecedentes a dicha Corte. El incidente no suspenderá el juicio, que proseguirá hasta el estado de sentencia*”.

Es fácil advertir, visto el texto de la norma, que el Código Procesal Civil se refiere, *per relationem*, a la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma; teniendo de consulta solamente el nombre, que por lo demás tampoco se encuentra consagrado como tal en las disposiciones del mencionado código ritual. En palabras más sencillas, el expediente no se remite en consulta alguna, sino que se provoca, por parte del órgano juzgador, el control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia. Así lo ha entendido la doctrina especializada, quien subraya que la denominación ‘consulta’ tiene un significado puramente coloquial que no puede inducir a equívocos sobre el verdadero alcance del pronunciamiento que en ella recae: “*La ‘consulta’ constituye en realidad, en estos casos, un sometimiento ex officio que hace el tribunal incompetente, al tribunal competente, para que quede establecido por este si la ley invocada al caso es constitucional o inconstitucional, de manera que, si resulta lo segundo, el tribunal incompetente pueda exonerarse de su aplicación*”². En idéntico sentido se ha dicho que en estos casos “*el magistrado a cargo del proceso requiere de la Corte Suprema de Justicia o de su Sala Constitucional un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto normativo relacionado con el caso sometido a decisión judicial*”³.

² Mendonça, Juan Carlos. *La garantía de inconstitucionalidad*. Asunción, Litocolor, 1ª ed., 2000, p. 85.

³ Lezcano Claude, Luis. *El control de constitucionalidad en el Paraguay*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2000, p. 33.

Esta base normativa, como es lógico, debe encontrar su correlato en la Constitución Nacional vigente. En este sentido, en primer término, el art. 259 de la Ley Fundamental, en su inciso 5), atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de conocer y resolver sobre inconstitucionalidad; lo que concuerda con el artículo sucesivo, el 260, que atribuye a la Sala Constitucional la competencia para conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos, con fallo aplicable solo al caso concreto, además de decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias.

Como puede verse, el texto del art. 260 de la actual Constitución Nacional reproduce, en gran medida, la análoga disposición del art. 200 de la Constitución de 1967, con mayores explicitaciones acerca del órgano competente y del contenido del pronunciamiento, pero reproduciendo, en lo sustancial, la facultad de decidir sobre inconstitucionalidad contenida en la Constitución anterior, a la cual refiere el art. 18 inc. a) del Código Procesal Civil. La remisión normativa, en consecuencia, se concreta exclusivamente en la competencia del órgano que puede declarar la inconstitucionalidad, que viene siendo, naturalmente, la Corte Suprema de Justicia⁴.

Estas disposiciones específicas se ven reforzadas por otras que delegan al legislador la potestad de reglamentar las vías a través de las cuales puede provocarse el control de constitucionalidad. En primer término, el art. 259 inc. 10) de la Constitución Nacional indica expresamente que la Corte Suprema de Justicia tiene los demás deberes y atribuciones que le fijan la Constitución y la ley; esto es, permite al legislador ampliar ulteriormente el marco de operatividad de las competencias de la Corte Suprema de Justicia. Naturalmente, y excusado lo obvio de la afirmación, el Código Procesal Civil tiene rango de ley y por ende puede reglamentar, perfectamente, la modalidad a través de la cual la Corte Suprema de Justicia puede efectuar el control de constitucionalidad.

⁴ Mendonça, Juan Carlos. *Cuestiones constitucionales*. Asunción, Litocolor, 1ª ed., 2007, pp. 86.

Si aún hubiera dudas, el art. 132 de la Constitución Nacional, reglando, una vez más, el control de constitucionalidad, dispone cuanto sigue: “*La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley*”. Dicha disposición remite nueva y claramente a la ley como válido instrumento normativo regulador de la forma y vías a través de las cuales provocar el control de constitucionalidad⁵, con lo que, desde un plano puramente normativo, el procedimiento de la “consulta” encuentra pleno amparo en las disposiciones constitucionales.

La ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 609/1995, complementa lo arriba reseñado, regulando en su art. 11 los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional. De esto se desprende que el control de constitucionalidad provocado por los Magistrados de inferior jerarquía encuentra amparo en normas constitucionales, que definen la competencia de la Corte Suprema de Justicia y permiten al legislador ordinario arbitrar otras vías para provocar el control en cuestión.

Este entendimiento, sin embargo, parece no ser pacífico. En los últimos tiempos se ha manifestado una voz disidente en la Sala Constitucional, sosteniendo, en extrema síntesis, que la competencia relativa a la evacuación de consultas “*referida a la Sala Constitucional de la Corte lisa y llanamente no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico*”⁶. Con más detalle, la discrepancia que anotamos considera que tanto el artículo 259 como el 260 de la Constitución Nacional prevén únicamente las vías procesales de la acción y de la excepción como mecanismo procesal idóneo para provocar el control de constitucionalidad. Por el momento, nos concentraremos exclusivamente en el aspecto procesal de la cuestión, ya que tendremos motivo de volver sobre otros puntos de la opinión que venimos comentando.

⁵ Hace notar este elemento interpretativo, puramente literal, Lösing, Norbert. *La Justicia constitucional en Paraguay y Uruguay*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1ª ed., 2002, p. 114.

⁶ Mencionaremos, *ex plurimis*, los Acuerdos y Sentencias número 354, del 8 de junio de 2011 y 326, del 6 de junio de 2011, ambos provenientes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; en los cuales se deja sentada la disidencia en cuestión; la cual no ha merecido la adhesión de los restantes miembros de la Sala.

Por lo expuesto hasta aquí, no creemos que la doctrina en cuestión pueda ser compartida. Una hermenéutica puramente exegética es suficiente para llegar a la conclusión contraria, sobre todo visto el tenor del art. 132 de la Constitución Nacional, en cuya virtud no solo dicho cuerpo normativo, sino también la ley, pueden establecer vías y mecanismos procesales para provocar el control de constitucionalidad. En esta tesitura, la disposición del art. 18 inc. a) de la Constitución Nacional, que como lo vimos somete al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia –naturalmente, a través de la Sala correspondiente, que es la Sala Constitucional– la cuestión de constitucionalidad suscitada por los juzgadores; no se aparta de los límites de la competencia por cuanto no es una consulta en sentido técnico, como ya se ha indicado, y desde luego tal terminología no surge del texto legal, siendo una expresión puramente coloquial. Los magistrados que en ejercicio de sus facultades ordenatorias remiten el expediente en “consulta” lisa y llanamente impetran el control constitucional de oficio, a fin de que el único órgano jurisdiccional competente determine la inaplicabilidad de la norma al caso concreto, en los términos del art. 260 de la Constitución Nacional, sustancialmente idénticos al art. 200 de la Constitución del año 1967. Esta facultad surge de una disposición legal, lo que es acorde con el art. 132 de la Constitución, que también permite a la ley prever formas de provocar el control constitucional. En consecuencia, las disposiciones legales de referencia se armonizan con las normas constitucionales a través de los arts. 132 y 259 inc. 10 de la Ley Fundamental.

3. FUNDAMENTOS TELEOLÓGICOS

La exposición que antecede se ha acotado, a designio, únicamente al plano normativo, en cuanto el mismo admite, según lo dejamos escrito líneas arriba, la vía de la provocación de oficio del control de constitucionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales, como mecanismo idóneo para la eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma que se encuentre en juego a los efectos de la resolución de un caso concreto. Sin embargo, desde una perspectiva finalista, la necesidad de que los juzgadores puedan someter la cuestión de constitucionalidad en caso de hallarse ante la necesidad de aplicar una norma que contravenga las disposiciones de la ley fundamental aparece como insoslayable.

En efecto, ciertamente no es apreciación novedosa aquella según la cual los jueces –de cualquier fuero, rango y jurisdicción– deben fundar sus fallos, en primer término, en las disposiciones constitucionales. Este mandato se halla expresamente establecido en el artículo 256 de la Constitución Nacional; y lo reitera el art. 15 inc. b) del Código Procesal Civil, que además contiene la ulterior advertencia según la cual la infracción de esta disposición trae aparejada la nulidad de las resoluciones y actuaciones.

Esto coincide, ciertamente, con el mandato general contenido en el art. 137 de la Constitución Nacional, según el cual la ley suprema de la República es la Constitución. Desde luego, en un Estado que se precia de ser un Estado de Derecho, en los términos del art. 1º de la Ley Fundamental, ello no puede ser de otra manera. La doctrina nacional ha podido sostener, ya desde antaño, que la imposibilidad de declarar por parte de los Magistrados de inferior jerarquía la inconstitucionalidad de las leyes, no puede conllevar, de modo alguno, el desmedro de aplicar la Constitución Nacional antes que ninguna otra ley, cuando esta sea contraria a aquella, conforme con el orden de prelación establecido por la Constitución⁷.

Naturalmente, tales preceptos quedarían profundamente desvirtuados si se admitiere que el juzgador, aun a sabiendas, puede aplicar una norma que reputa inconstitucional. El Poder Judicial, de acuerdo a las disposiciones del art. 247 de la Ley Fundamental, es el custodio de la Constitución, por lo que mal podría concebirse que sus integrantes, los magistrados de la República, puedan verse compelidos a aplicar una ley que reputan inconstitucional, incluso sin instancia o pedido de parte.

Por lo demás, debe quedar claro que *“el control de constitucionalidad hace parte esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y aplicación del derecho vigente para cada proceso, y por eso debe efectuarse por el juez aunque no se lo pida la parte, porque configura un aspecto del iura novit curia’*. El juez tiene que aplicar bien el derecho, y para eso, en la subsunción del caso concreto dentro de la

⁷ Mendonça, Juan Carlos. *Inconstitucionalidad, aspectos procesales*. Asunción, El Foro, 1ª ed., 1983, p. 22.

norma, debe seleccionar la que tiene prioridad constitucional. Aplicar una norma inconstitucional es aplicar mal el derecho, y esa mala aplicación –derivada de no preferir la norma que por su rango prevalente ha de regir el caso– no se purga por el hecho de que nadie haya cuestionado la inconstitucionalidad. Es obligación del juez suplir el derecho invocado, y en esa suplencia puede y debe fiscalizar de oficio la constitucionalidad dentro de lo más estricto de su función. Negar aplicación a una norma inconstitucional sin petición de parte es solo y exclusivamente cumplir con la obligación judicial de decidir un ‘conflicto de derecho’ entre normas antagónicas y rehusar la utilización de la que ha quebrado la congruencia del orden jurídico. De aquí arranca el siguiente enunciado: cada vez que un juez al dictar sentencia tropieza con una inconstitucionalidad, debe declararla por sí mismo, aunque nadie se lo haya pedido, en virtud del ‘iura novit curia’ y de la obligación de aplicar bien el derecho que rige la causa”⁸.

La autoridad de su autor justifica la extensión de la cita que dejamos mencionada. Es decisivo, ciertamente, el hecho de que no puede abdicarse del control de constitucionalidad únicamente porque las partes no han provocado, de propia iniciativa, dicho mecanismo. Este temperamento no puede significar que el juez de la causa deba verse pasivamente sometido a aplicar una ley que reputa inconstitucional. Como se ha dicho jurisprudencialmente, ya en el año 1888, en la Argentina, “*es elemental en nuestra organización constitucional, la*

⁸ Bidart Campos, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987, p. 154.

En el mismo sentido, cuadra mencionar la profunda contribución, merecedora de lectura, de Silveiro Salgueiro, Jorge. *Justicia constitucional y amparo en Paraguay*, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México, UNAM, 1ª ed., 2008, tomo III, p. 582, quien justicieramente recuerda las enseñanzas del Prof. Félix Paiva, quien indicaba, en relación con el orden de prelación de leyes, ya en el año 1915, cuanto sigue: “*la primera ley que debe ser observada y aplicada es la Constitución, que prela sobre cualquier otra. Y de aquí puede surgir la interesante cuestión relativa a la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso y si el Poder Judicial puede declararla. La Constitución no lo dice expresamente, como lo establecen otras Constituciones, pero por implicancia de sus disposiciones concordantes esa potestad no se le puede negar, ya que ella no es atribuida a ningún otro poder*”.

atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderada, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”⁹.

En pocas palabras, no se puede imponer al juzgador una suerte de abdicación constitucional, subordinando el control de constitucionalidad exclusivamente a petición de parte, pues esto implicaría tanto como tolerar la violación del deber constitucional del juez de fundar los fallos en las disposiciones de la ley fundamental, lo cual aparece como profundamente contradictorio con la función de custodia de la Constitución que esta asigna al Poder Judicial en su totalidad¹⁰.

⁹ Fallo de la Corte Suprema de la Nación Argentina, citado en Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires, Alfa, 1ª ed., 1953, tomo II, p. 307.-

¹⁰ En las sentencias citadas en la nota 6, *supra*, a las que remitimos, se ha dicho a este respecto, en la opinión disidente que votó en el sentido del rechazo de la consulta de constitucionalidad planteada por los jueces de inferior jerarquía, que “*los Jueces se encuentran obligados a fundar sus resoluciones en la Constitución Nacional y en las leyes (Art. 256, CN). Y han de hacerlo, conscientes de que sus fallos estarán sujetos al recurso de revisión. Son las partes litigantes las que, eventualmente, han de objetar la constitucionalidad de las normas aplicadas en la decisión del caso que les ocupa, para lo cual tienen los resortes legales pertinentes. Más allá del hecho decisivo de que la Sala Constitucional carece de atribuciones para evacuar consultas, desde un punto de vista práctico, hacerlo presupondrá un prejuzgamiento y un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional*”.

Más allá de lo dicho en el texto respecto de la cuestión planteada, en cuya virtud no puede admitirse una suerte de obligación del juzgador de inferior jerarquía de aplicar la norma que este reputa inconstitucional en ausencia de petición de parte; aquí cabe mencionar que no se produce un prejuzgamiento, sino muy por el contrario, un juzgamiento que se pronuncia expresamente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, tal y como se dijera líneas arriba. En este sentido, la decisión que recaiga, precisamente, indicará al juez si la disposición acerca de la cual consulta es o no constitucional, y, de no serlo, ello determinará directamente su inaplicabilidad al caso concreto, con la imposibilidad de que la cuestión vuelva a

Por otro lado, nuestro sistema no es de control difuso sino concentrado; es decir, el único órgano con competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes u otros instrumentos normativos es la Sala Constitucional o el pleno de la Corte Suprema de Justicia, conforme surge de los artículos 259 inc. 5) y 260 de la Constitución Nacional, a los cuales se ajusta la normativa inferior, señaladamente, la Ley 609/95, en sus arts. 3º y 11¹¹. La doctrina, naturalmente, enfatiza que la principal cualidad del control concentrado implica, precisamente, la existencia de un tribunal específicamente dedicado al control de constitucionalidad¹². En otras palabras, los sistemas de control concentrado se identifican allí donde hay un único órgano con competencia para examinar y juzgar acerca de la compatibilidad de las leyes con la Constitución¹³.

proponerse en el marco del mismo proceso, precisamente porque con la consulta se provoca, oficiosamente, el control de constitucionalidad válido para cada caso: en pocas palabras, el pronunciamiento derivado de un mecanismo de consulta es una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad sin ninguna diferencia con las que producen por la vía de la acción o excepción, y consiguientemente reviste los mismos caracteres, entre los que se destaca principalmente el de la cosa juzgada. En exposición, siempre clara y convincente, de Bidart Campos: “*Pensemos ahora en sistemas que limitan el efecto del control al caso que resuelve el tribunal, dejando subsistente la vigencia de la norma. Las sentencias que declaran inconstitucional una norma, y las que declaran que una norma no es inconstitucional, solo vinculan a las partes del proceso en el que recaen, y no obstan a que una cuestión constitucional sobre la misma norma sea propuesta o resuelta en otros procesos*” (Bidart Campos, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987, p. 138). Una vez recaído el juzgamiento de la Sala Constitucional, la constitucionalidad de la norma acerca de la cual se consulta se habrá determinado, para el caso concreto, definitivamente, en sentido positivo o negativo, con lo que no podrá haber ulterior actividad jurisdiccional acerca del punto.

¹¹ A este respecto, la claridad de las disposiciones constitucionales nacionales no ofrece la menor duda: puede consultarse lo dicho, *ex multis*, en Torres Kirmser, José Raúl. *La praxis del control de constitucionalidad en el Paraguay*, en *Comentario a la Constitución. Homenaje al décimo quinto aniversario*. Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1ª ed., 2007, p. 538; Lösing, Norbert. *La Justicia constitucional en Paraguay y Uruguay*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1ª ed., 2002, p. 114; Camacho, Emilio. *Lecciones de derecho constitucional*. Asunción, Intercontinental, 1ª ed., 2001, p. 112; Ramírez Candia, Manuel de Jesús. *Derecho constitucional paraguayo*. Asunción, Litocolor, 1ª ed., 2000, tomo I, p. 649.

¹² Gozañi, Osvaldo A. *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1994, pp. 19 y 20.

¹³ Bin, Roberto y Pitruzella, Giovanni. *Diritto costituzionale*. Turín, Giappichelli, 6ª ed., 2005, p. 402.

Esto quiere decir que los órganos jurisdiccionales no tienen la facultad de declarar, por sí mismos, la contrariedad de las leyes a los mandatos constitucionales, puesto que carecen de competencia en tal sentido. En consecuencia, al no tener los magistrados la potestad de declarar autónomamente la inconstitucionalidad de la norma, los mismos, debiendo fundar sus sentencias en la Constitución y en las leyes, no pueden eximirse de la aplicación de la ley por iniciativa propia. En otras palabras, el juez no puede desconocer, por sí mismo, la existencia de disposiciones legislativas que resulten aplicables al caso, pues al no poder declarar la inconstitucionalidad de la norma, debe aplicarla.

Esto es lo que, en resumidas cuentas, enseña Bidart Campos, en lúcidas palabras, que vale la pena transcribir *in extenso*: “*Hay dos aspectos conexos: a) si se prescinde de normas vigentes sin declararlas inconstitucionales, la sentencia es pasible de impugnación por arbitrariedad, en cuanto no se la reputa derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias de la causa; y ello porque si hay una o más normas que resultan aplicables al caso, la sentencia que prescinde de ellas sin declararlas inconstitucionales se ve desprovista de fundamentación suficiente en el derecho vigente*”¹⁴. En un sistema concentrado, como el que rige en la República del Paraguay, la competencia excluyente de la Corte Suprema de Justicia, ya sea del pleno o de la Sala Constitucional a los efectos del control de constitucionalidad excluye la posibilidad de que los jueces, por sí, puedan dejar de aplicar las leyes.

Estas motivaciones explican fácilmente el importante rol que en la sistemática procesal corresponde al mecanismo de la consulta constitucional, como elemento fundamental que permite conciliar la supremacía de la Constitución, normativamente impuesta por el art. 137 de la Constitución Nacional, con el sistema de control concentrado de las normas y con la necesidad de declaración de inaplicabilidad de la norma a los efectos de que la misma pueda ser válidamente desconocida por el juzgador ordinario. Un sistema de control concentrado, que a su vez consagra el principio de supremacía de la Constitución siguiendo las

¹⁴ Bidart Campos, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987, p. 131.

huellas de la más rancia tradición constitucionalista, insuperablemente explicada ya en el famoso caso *Marbury vs. Madison*¹⁵, no puede privar a sus jueces de la posibilidad de provocar, oficiosamente, el control de constitucionalidad, dado que no solo la Corte Suprema de Justicia, sino todo el Poder Judicial, custodio de la Constitución de acuerdo al art. 247 de la Ley Fundamental, debe aplicar la Constitución.

Dicho de otra manera, un sistema jurídico en el cual se consagra el valor supremo de la Constitución no puede dejar a sus jueces la posibilidad de desconocerla –que viene a ser lo mismo que violarla– aplicando normas jurídicas de inferior rango que contravengan las disposiciones contenidas en aquella. El sistema de control concentrado, que asigna a un solo órgano jurisdiccional la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas de inferior jerarquía que contradigan la Ley Fundamental, requiere ineludiblemente, como requisito de coherencia interna y como mecanismo indispensable de preservación de la vigencia y aplicabilidad de las disposiciones de la Constitución, que los magistrados puedan provocar el control de constitucionalidad cuando la norma a ser aplicada al caso sea apreciada como inconstitucional por los mismos.

Este aspecto no deja de ser debidamente señalado por la doctrina, que insiste, precisamente, en que una de las principales consecuencias del control concentrado de constitucionalidad radica en que los jueces de inferior jerarquía pueden someter las normas que se reputan inconstitucionales a la jurisdicción del único órgano con competencia para declarar tal situación. Se advierte, así, que el modelo por el cual los jueces de inferior jerarquía pueden provocar oficiosamente el control constitucional “*es una forma de proteger el debido proceso constitucional y evitar perjuicios subsiguientes si la norma aplicada fuera estimada inconstitucional*”¹⁶. Desde una

¹⁵ Caso acerca del cual puede consultarse el excelente epítome de Amaya, Jorge Alejandro. *Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2011, *passim*. Los orígenes de la cuestión, empero, son aún más datados, según puede leerse en la enjundiosa exposición de Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires, Alfa, 1ª ed., 1953, tomo II, pp. 255 y siguientes.

¹⁶ Gozafni, Osvaldo A. *La justicia constitucional. Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1994, p. 81.

perspectiva sistemática, más técnicamente, se ha indicado acertadamente que en el marco de los sistemas de control concentrado se permite su activación por vía incidental siempre que el juzgador ordinario sospeche que la norma a ser aplicada contravenga la Constitución, suspendiendo el pronunciamiento hasta tanto sobrevenga el del contralor de constitucionalidad¹⁷. En el mismo sentido, se ha enseñado autorizadamente que los procedimientos ante las Cortes Constitucionales tienen la característica que pueden ser iniciados también por instancia de los jueces ordinarios¹⁸.

Una somera revisión de las disposiciones existentes en otros ordenamientos permitirá confirmar la bondad de los asertos arriba sostenidos.

4. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

El mecanismo de la ‘consulta’ –que como ya lo puntualizáramos ampliamente, en realidad se trata de la activación del control de constitucionalidad por parte de los Magistrados de inferior jerarquía– ha tenido amplio reconocimiento y aplicación en los ordenamientos de otros países en los cuales el control de constitucionalidad es concentrado, lo que confirma, desde una óptica puramente comparatística, que en la estructura de dicho sistema de control de constitucionalidad es indispensable que los juzgadores de inferior jerarquía tengan la potestad de someter a conocimiento del único órgano competente, de oficio, la cuestión relativa a la constitucionalidad de las normas aplicables al caso del que se trate.

Ya el artífice de la reglamentación procesal relativa al asunto que nos ocupa recalca que el mecanismo de la “consulta” no era nada novedoso –hablamos del año 1983– mencionando allí los antecedentes de la Constitución cubana del año 1940, las disposiciones de la Constitución austriaca redactada por Kelsen, la Carta española de 1931,

¹⁷ Bin, Roberto y Pitruzzella, Giovanni. *Diritto costituzionale*. Turín, Giappicchelli, 6ª ed., 2005, p. 403.

¹⁸ De Vergottini, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Padua, CEDAM, 5ª ed., 1999, p. 252.

el art. 258 de la Constitución uruguaya y el proyecto de Código procesal del mismo país¹⁹.

Precisamente, en tiempos más recientes, la doctrina de dicho país recalca justamente la importancia del mecanismo de la consulta constitucional con argumentos muy similares a los dichos hasta aquí: la disposición del art. 258 de la Constitución uruguaya no es un medio consultivo a disposición de los jueces, sino una declaración de inconstitucionalidad solicitada por el juez ordinario cuando se considera que la norma es violatoria de la Constitución, absteniéndose de su aplicación hasta tanto la Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre el punto²⁰.

No solo en la normativa de rango puramente constitucional puede encontrarse la reglamentación de la consulta constitucional. En España –ordenamiento al que habremos de referirnos reiteradamente a la hora de analizar algunos aspectos de técnica procesal, por la rica elaboración doctrinaria que ha tenido al respecto el vecino país– la reglamentación del procedimiento de la consulta se encuentra en una normativa inferior, esto es, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, número 2, de 1979, cuyos artículos 35 y siguientes regulan acabadamente el procedimiento a seguir en el marco de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales, de acuerdo al art. 163 de la Constitución de 1978.

En Alemania, el Tribunal Constitucional, de acuerdo al art. 100 inc. I) de la Ley Fundamental, tiene la atribución del control

¹⁹ Mendonça, Juan Carlos. *Inconstitucionalidad, aspectos procesales*. Asunción, El Foro, 1ª ed., 1983, pp. 23 y siguientes. En dichas páginas, el Prof. Mendonça resalta la importancia del antecedente uruguayo, en época de la Constitución de 1967, por cuanto el mismo tiene un modelo de control concentrado. Al paso de compartir dichas afirmaciones, resulta obvio que la comparación con otros ordenamientos que comparten el mismo modelo resulta igualmente fructífera.

²⁰ Van Rompaey, Leslie. *La justicia constitucional en el Uruguay. Coordinación de los principios de separación de poderes y sometimiento de toda la normativa a la Constitución*, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Mexico, UNAM, 1ª ed., 2008, tomo III, pp. 676 y 677.

constitucional concreto por vía de consulta judicial²¹, entre otras varias atribuciones respecto de las cuales se ha dicho que “*han tenido un efecto y una influencia determinante sobre todos los otros poderes del Estado, de manera especial sobre los órganos legislativos*”²². También en Polonia se sigue el modelo de control constitucional concentrado, a través de la actividad del Tribunal Constitucional. En lo que aquí interesa, el artículo 193 de la Constitución polaca dispone que “*cualquier Corte puede plantear al Tribunal Constitucional una cuestión relativa a la conformidad de un acto normativo con la Constitución, con los acuerdos internacionales ratificados o con la ley, si de la respuesta a tal cuestión depende la resolución de un caso pendiente ante la Corte que plantea la cuestión*”. Los datos estadísticos indican que más del 20% de los casos resueltos han sido iniciados por cuestiones de inconstitucionalidad. En más de la mitad de las cuestiones, el Tribunal Constitucional estuvo de acuerdo con los promotores de este control directo de la constitucionalidad de los actos normativos²³, lo cual indica, a nuestro entender, que la importancia de este mecanismo de control constitucional no debe ser subestimada, por el contacto diario y directo que tienen sus protagonistas –los jueces– con las normativas acerca de cuya constitucionalidad se duda.

El mecanismo de consulta se halla previsto en Italia bajo la forma de planteo incidental de la cuestión constitucional. Los artículos 1º de la Ley Constitucional 1/1948 y el art. 23 de la ley 87/1953 prevén que la cuestión de constitucionalidad puede suscitarse, de oficio, en el curso de un juicio y ante una autoridad jurisdiccional; todo lo cual coincide profundamente con lo que se observó hasta aquí. La evolución jurisprudencial llevó a una interpretación extensiva del concepto, fundándose en la necesidad de ampliar la posibilidad de leyes inconstitucionales. De este modo, se consideró posible la realización de la consulta por parte de órganos que, si bien no forman parte del Poder

²¹ Scholz, Rupert. *Alemania: Cincuenta años de Corte Constitucional Federal*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1ª ed., 2002, p. 60.

²² Lösing, Norbert. *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*. Madrid, Dykinson, 1ª ed., 2002, p. 40.

²³ Tomamos esta información de Complak, Krystian. *Érase que se era: veinte años del Tribunal Constitucional polaco*, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Mexico, UNAM, 1ª ed., 2008, tomo II, pp. 161 y 162.

Judicial, tienen “*funciones juzgadoras a los efectos de la aplicación objetiva de la ley*”, en una posición de tercero respecto de los interesados²⁴. En base a esta jurisprudencia, se reconoció la legitimación para elevar consulta a órganos tales como la sección disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura (sentencia 12/1971); el Consejo Nacional Forense, en sede disciplinaria (sentencia 114/1970); al fuero administrativo en materia de patentes y marcas (sentencias 37/1957 y 236/1996), entre otros²⁵.

También en Costa Rica el sistema de control constitucional concentrado incorpora el mecanismo de la consulta como forma idónea de provocar el pronunciamiento acerca de la inconstitucionalidad de la ley. En lo que aquí interesa, dispone la Ley de Jurisdicción Constitucional, en su título IV, capítulo III, específicamente en su art. 102, primer párrafo, lo siguiente: “*Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento*”. De esta manera, en este ordenamiento, al igual que en el nuestro y los demás que venimos comentando, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, puede pronunciar la inconstitucionalidad de una norma a través de un pronunciamiento provocado por el sometimiento de oficio hecho por los magistrados de inferior jerarquía²⁶. En Honduras, de acuerdo al art. 185 de la Constitución de 1982, de modo similar a los países hasta aquí revisados, puede abrirse el proceso de control constitucional de oficio por parte de todo juez o tribunal que conozca de un proceso judicial²⁷.

En Panamá, rige idéntico mecanismo, ya que la Corte Suprema de Justicia monopoliza el control de constitucionalidad y asegura la supremacía de la Ley Fundamental por medio del mecanismo de la

²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 387/1996.

²⁵ Excelente síntesis de dichos datos en Bin, Roberto y Pitruzzella, Giovanni. *Diritto costituzionale*. Turín, Giappichelli, 6ª ed., 2005, p. 420 y siguientes.

²⁶ Jinesta L., Ernesto. *Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2007, pp. 236 y 237.

²⁷ Lösing, Norbert. *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*. Madrid, Dykinson, 1ª ed., 2002, p. 160, especialmente nota 345.

consulta constitucional, que puede ser propuesto de oficio²⁸. En Bolivia, la ley del Tribunal Constitucional reglamentó la posibilidad de consultar de oficio acerca de la constitucionalidad de una norma, en sus artículos 59 a 67²⁹.

De lo expuesto se infiere, con bastante nitidez, que el modelo que permite a los jueces de inferior jerarquía provocar el control de constitucionalidad oficiosamente, a través de la consulta, no es nada nuevo en el campo del derecho comparado, y cuenta con bastantes ejemplos, muchos de los cuales de rancia tradición. Esto resulta sumamente importante, por cuanto en palabras de uno de los comparatistas internacionales más acreditados a nivel internacional, “*el método comparatístico constituye una de las técnicas interpretativas de los institutos constitucionales que se utilizan en el marco de la interpretación sistemática, sobre todo por parte de los órganos jurisdiccionales*”³⁰. Aplicado ello a la cuestión que nos ocupa, se advierte con suficiente claridad que el mecanismo de la consulta es inherente y profundamente consustancial con el modelo de control constitucional concentrado, precisamente porque los jueces, de todo rango y jerarquía, no pueden dejar de aplicar la Constitución, por lo que la provocación oficiosa del control de constitucionalidad es el elemento clave que permite asegurar la irrestricta vigencia de la ley fundamental³¹.

²⁸ Rodríguez Robles, Sebastián. *La jurisdicción constitucional en Panamá (necesidad de un código procesal constitucional)*, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México, UNAM, 1ª ed., 2008, tomo III, p. 424.

²⁹ Lösing, Norbert. *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*. Madrid, Dykinson, 1ª ed., 2002, p. 248.

³⁰ De Vergottini, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Padua, CEDAM, 5ª ed., 1999, p. 13.

³¹ Lo dicho no impide, naturalmente, que *de lege ferenda* haya críticas a este respecto. Se ha dicho, así, que el mecanismo de coordinación constitucional implementado a través de la consulta en gran parte de las constituciones genera un procedimiento engorroso, haciendo que las Cortes Constitucionales se vean inundadas de casos de consulta que, entretanto, suspenden la solución de la controversia de fondo. Véase, en este sentido, lo dicho por Tushnet, Mark. *Comparative constitutional law*, en *The Oxford Handbook of comparative law*. New York, Oxford University Press, 1ª ed., 2006, p. 1246. Naturalmente, esto implica una crítica al sistema vigente, pero no su desconocimiento. En otras palabras, el autor en cuestión considera que el mecanismo de la consulta es poco

5. ASPECTOS DE TÉCNICA PROCESAL

Una vez vistos los fundamentos constitucionales y normativos de la figura, así como su existencia en ordenamientos de otros países, nos detendremos en aspectos de técnica procesal; es decir, en los aspectos puramente operativos a través de los cuales se ejecuta la operación de consulta constitucional. A tal efecto, como ya lo dijéramos, normativamente el Paraguay cuenta con la disposición del art. 18 inc. a) del Código Procesal Civil. Pese a que ya se ha transcritto la norma en cuestión, al inicio del capítulo 2, reiteraremos su reproducción por razones de comodidad, ya que aquí nos concentraremos en aspectos puramente rituales. Dispone dicho artículo: *Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte, remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales*³².

Paralelamente a la legitimación de cualquier juez con el fin de remitir los autos a la Sala Constitucional a los efectos de la consulta – vista la disposición del art. 836 del Código Procesal Civil, según el cual las normas de dicho cuerpo legal se aplican supletoriamente a los procesos tramitados en otros fueros– llama la atención el momento procesal en el cual se debe producir la remisión de los autos a la Corte Suprema de Justicia: ejecutoriada la providencia de autos³². Como se

práctico, pero en el estadio actual de la normativa no hay otro y es aquel cuya aplicación corresponde.

³² Este aspecto, puramente procedimental, ha sido desarrollado por la Sala Constitucional, que ha dicho que la consulta efectuada con anterioridad a dicha etapa procesal es extemporánea: véase la S.D. N° 326, de fecha 6 de junio de 2011. Naturalmente, esto es consecuencia profunda del carácter prejudicial de la cuestión de constitucionalidad, al cual se hará amplia referencia en el texto: solamente listos los autos para la decisión en cuanto al fondo de la cuestión judicialmente controvertida, puede plantearse la consulta con utilidad. Lo contrario implicaría desconocer la posibilidad de que el proceso culmine sin decisión sobre el fondo –ya sea por caducidad, allanamiento, transacción, desistimiento, etc.– casos en los cuales queda sin efecto la necesidad de pronunciarse sobre el mérito de la cuestión y por ende de aplicar la norma inconstitucional.

La jurisprudencia constitucional española sigue idéntico sentido, indicando que si la cuestión de constitucionalidad se plantea una vez concluido el procedimiento, y antes de dictar la resolución definitiva, es precisamente para garantizar que el juzgador tenga, a la

deduce fácilmente de dicha disposición, el momento procesal indica claramente que con carácter previo a la decisión de fondo, el juez que reputa que la norma aplicable a la controversia es inconstitucional somete la cuestión a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, remitiendo el expediente en su totalidad. Es decir, los autos no se deciden, no se dicta sentencia definitiva, hasta que la Corte Suprema de Justicia resuelva la cuestión.

Esto indica a las claras que el mecanismo de la consulta constitucional constituye, dentro del marco procesal, una cuestión prejudicial, que se decide con carácter previo a la sentencia sobre el mérito del asunto. La decisión acerca de la constitucionalidad o no de la norma, como cualquier otra cuestión prejudicial, tiene prioridad lógica, puesto que de ella dependerá el sesgo que tendrá el estudio del mérito de la causa³³. De modo más cercano a la realidad que nos ocupa, se ha dicho que “*la mayoría de la doctrina está a favor de su naturaleza prejudicial, y, específicamente, lo define como cuestión prejudicial de carácter devolutivo, atendiendo para ello a que la resolución del juicio requiere con carácter previo, la resolución de una cuestión (en este supuesto la constitucionalidad de una ley), en estrecha conexión con el proceso (pues de la prejudicial depende la aplicabilidad o no de la ley en el mismo), y sin la cual no es posible la decisión del proceso principal. A este fin, y por la existencia de este nexo, la cuestión prejudicial va a producir efectos jurídicos en la controversia, suspendida en función de aquélla, por la que además va a resultar jurídicamente condicionada*”³⁴.

hora de plantearla, los elementos de juicio suficientes para conocer realmente que de la norma que va a cuestionar depende el fallo. Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, en el auto 93/99/3, y en la sentencia 110/93/2b, ambos citados en Fernández de Frutos, Marta. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Tesis doctoral presentada en la Universidad Autónoma de Barcelona, 2001, p. 325.

³³ Se refiere en estos términos a la cuestión prejudicial Lugo, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. Milán, Giuffrè, 15ª ed., 2005, p. 165.

³⁴ El pasaje que antecede, que se ve avalado por amplias y documentadas citas doctrinarias, corresponde a Blasco Soto, María del Carmen. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona, José María Bosch editor, 1ª ed., 1995, pp. 166 y 167. Puede verse también lo expuesto por De Cabo de la Vega, Antonio. *La cuestión de inconstitucionalidad, sub art. 163*, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid, EDERSA, 1ª ed., 1999, pp. 278 y 279.

De este modo, la vinculación con la cuestión de fondo es íntima. Agudamente, se ha puntualizado que *“si la cuestión prejudicial debe resolverse antes que pueda dictarse sentencia en el proceso concreto donde surge, porque existe un nexo lógico que las une, la cuestión prejudicial se conecta con el objeto principal del proceso, con la res in iudicio deducta, con la res iudicanda, en el sentido de que el resultado obtenido en la decisión de la cuestión prejudicial es necesario para dictar la sentencia sobre el fondo del asunto. La cuestión prejudicial, por consiguiente, se relaciona, más que con el proceso en sí mismo, con el objeto de este proceso; de tal modo que, sin su resolución no puede integrarse plenamente la pretensión o la defensa del litigio, y el juez no puede decidir el objeto planteado en el pleito”*³⁵.

El momento procesal en el que se produce la consulta, entonces, obedece a su carácter prejudicial y a la razón práctica de que hallándose el expediente en estado de dictar sentencia es cuando mejor puede apreciarse y determinarse la norma a ser aplicada, y puede formarse, acabadamente, en el ánimo del juzgador la duda o la sospecha de inconstitucionalidad de la norma a ser aplicada. Muchas veces, analizando la cuestión desde un punto de vista puramente pragmático, solamente ante el caso concreto se percibe en toda su extensión la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma; y consiguientemente es en dicha etapa procesal cuando el juez puede formular la consulta con mayor propiedad.

Tal constatación explica por qué el juzgador que consulta debe 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 jurisprudencia nacional, sobre todo la de los tribunales que someten la aplicabilidad de determinadas normas a consulta constitucional, se han ocupado

³⁵ Reynal Querol, Nuria. *La prejudicialidad en el proceso civil*. Barcelona, José María Bosch editor, 1ª ed., 2006, p. 42.

específicamente del tema, indicando la necesidad de fundamentar la duda constitucional a los efectos de una mejor apreciación del juzgador³⁶.

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 aquel 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”*³⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español comparte este punto de vista, insistiendo en las varias funciones y necesidades que la fundamentación de la duda de inconstitucionalidad viene a llenar: *“El último aspecto de carácter procesal hace referencia a la posibilidad de que el Tribunal controle el juicio de relevancia formulado por el órgano judicial, dadas las alegaciones del Fiscal General del Estado en orden a la improcedencia del planteamiento de la cuestión, y las observaciones formuladas por el Abogado del Estado. En relación con este punto, no cabe duda de que el Tribunal puede efectuar este control, dado que puede rechazar la cuestión en trámite de admisión cuando la estime notoriamente infundada (art 37.1 de la LOTC)”* (Sentencia del Tribunal Constitucional número 67/1985). Por ende, en los casos en los cuales la consulta se limita a mencionar las normas constitucionales

³⁶ El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala, es el órgano jurisdiccional que a nivel nacional ha insistido con mayor frecuencia en la necesidad de fundamentar la consulta. Pueden verse, *ex plurimis*, los varios interlocutorios en los que se ha planteado la consulta, de entre los cuales mencionamos los A.I. N° 1209, de fecha 28 de diciembre de 2005; A.I. N° 971, de fecha 1 de noviembre de 2006; A.I. N° 842, de fecha 15 de octubre de 2009; A.I. N° 463, de fecha 29 de junio de 2010.

³⁷ Fernández Segado, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional en España*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1ª ed., 1997, pág. 665.

supuestamente infringidas, la cuestión debe ser rechazada: *“En algunos casos la invocación (de los preceptos constitucionales) se reduce a la simple cita del precepto constitucional, sin que sea posible descubrir en qué forma ha podido resultar vulnerado por la disposición en cuestión. Tal ocurre con los principios de legalidad y de jerarquía normativa, y con los arts. 1.1 y 133. En otros, la invocación se hace en conexión con otros principios o preceptos constitucionales: así los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, en relación con el de irretroactividad de las normas, o los arts. 31, 33 y 38, en relación con el mismo principio, o el art. 33, en relación con el principio de igualdad”* (Sentencia del Tribunal Constitucional número 126/1987)³⁸.

Como punto conclusivo de la presente contribución, corresponde enfatizar que la consulta constitucional debe referirse, clara y concretamente, a un caso concreto, es decir, a la aplicabilidad o no de una determinada norma constitucional concretamente necesaria para resolver el pleito en el marco del cual se produce el sometimiento oficioso del control de constitucionalidad. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha podido decidir, acertadamente, que no es admisible una consulta constitucional en la cual se someten a consideración de la Corte consultas sobre su competencia y sus facultades respecto de un eventual pronunciamiento de sentencia en los autos de referencia, sin que haya duda razonable acerca de la constitucionalidad de determinadas normas directamente aplicables al caso³⁹.

Esto se relaciona íntimamente con la naturaleza del contralor de constitucionalidad. Para que el mismo se active es necesario un “caso”, es decir, una controversia concreta dentro de la cual pueda apreciarse la inconstitucionalidad de la norma de la que se trate. Las cuestiones abstractas –como la mejor doctrina lo puntualiza– no constituyen causas, ya que las mismas escapan a la competencia del Poder Judicial en general y de la Corte Suprema de Justicia en particular, que decide

³⁸ Las decisiones jurisprudenciales han sido entresacadas de la amplísima recopilación jurisprudencial de López Ulla, Juan Manuel. *Recopilación de jurisprudencia constitucional sobre la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona, Cedecs, 1ª ed., 1999, donde a partir de la página 215 se realiza una completa reseña de los pronunciamientos sobre el punto que mencionamos en el texto.

³⁹ S.D. N° 445, de fecha 10 de junio de 2009, Sala Constitucional.

solamente en conflictos judiciales. Se ha dicho, a este respecto, que “*el meollo de la injusticiabilidad de las cuestiones abstractas radica en varios principios; el primero, que la judicatura solo administra justicia en causas judiciales; el segundo, que la cuestión abstracta demandaría un pronunciamiento también abstracto, es decir, extraño a un caso real y concreto; el tercero, que las sentencias no pueden ser inoficiosas ni inconducentes; el cuarto, que la pretensión del justiciable que originariamente da sustento a la causa tiene que subsistir al tiempo de resolverla*”⁴⁰.

Son estos principios doctrinarios los que confirman la bondad de la interpretación de la Sala Constitucional, referida en la sentencia arriba mencionada, y que por lo demás coinciden con la jurisprudencia española. Con fina precisión se ha dicho que la función del Tribunal Constitucional es la de enjuiciar normas, y no la de colaborar con el juzgador ordinario ofreciéndole pautas interpretativas para la solución del caso del que se trate: en otros términos, la función de la consulta no es dictar pautas interpretativas de la legislación ordinaria⁴¹. El juzgador originario, así, no puede sustituir la actividad hermenéutica que le es propia e irrenunciable valiéndose del mecanismo de la consulta constitucional, que está prevista únicamente para juzgar sobre casos de contrariedad a la ley fundamental.

6. BIBLIOGRAFÍA

AMAYA, Jorge Alejandro. *Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2011.

BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987.

⁴⁰ Bidart Campos, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987, p. 151.

⁴¹ Fernández de Frutos, Marta. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Tesis doctoral presentada en la Universidad Autónoma de Barcelona, 2001, pp. 151 y 152, quien menciona la sentencia del Tribunal Constitucional español número 14/1981, especialmente el voto de los Magistrados Rubio Llorente y Díez-Picazo.

BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. Turín, Giappicchelli, 6ª ed., 2005.

BLASCO SOTO, María del Carmen. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona, José María Bosch editor, 1ª ed., 1995.

CAMACHO, Emilio. *Lecciones de derecho constitucional*. Asunción, Intercontinental, 1ª ed., 2001.

COMPLAK, Krystian. *Érase que se era: veinte años del Tribunal Constitucional polaco*, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Samudío en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Mexico, UNAM, 1ª ed., 2008, tomo II.

DE CABO DE LA VEGA, Antonio. *La cuestión de inconstitucionalidad, sub art. 163*, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid, EDERSA, 1ª ed., 1999.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Padua, CEDAM, 5ª ed., 1999.

FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Tesis doctoral presentada en la Universidad Autónoma de Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional en España*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1ª ed., 1997.

GOZAÍNI, Osvaldo A. *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1994.

JINESTA L., Ernesto. *Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

LEZCANO CLAUDE, Luis. *El control de constitucionalidad en el Paraguay*. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 2000.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires, Alfa, 1ª ed., 1953, tomo II.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. *Recopilación de jurisprudencia constitucional sobre la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona, Cedecs, 1ª ed., 1999.

LÖSING, Norbert. *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*. Madrid, Dykinson, 1ª ed., 2002.

LÖSING, Norbert. *La Justicia constitucional en Paraguay y Uruguay*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1ª ed., 2002.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. Milán, Giuffrè, 15ª ed., 2005.

MENDONÇA, Juan Carlos. *Cuestiones constitucionales*. Asunción, Litocolor, 1ª ed., 2007.

MENDONÇA, Juan Carlos. *Inconstitucionalidad, aspectos procesales*. Asunción, El Foro, 1ª ed., 1983.

MENDONÇA, Juan Carlos. *La garantía de inconstitucionalidad*. Asunción, Litocolor, 1ª ed., 2000.

RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús. *Derecho constitucional paraguayo*. Asunción, Litocolor, 1ª ed., 2000.

REYNAL QUEROL, Nuria. *La prejudicialidad en el proceso civil*. Barcelona, José María Bosch editor, 1ª ed., 2006.

RODRÍGUEZ ROBLES, Sebastián. *La jurisdicción constitucional en Panamá (necesidad de un código procesal constitucional)*, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Mexico, UNAM, 1ª ed., 2008, tomo III.

SCHOLZ, Rupert. *Alemania: Cincuenta años de Corte Constitucional Federal*, en *Anuario de derecho constitucional*

latinoamericano. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1ª ed., 2002.

SILVEIRO SALGUEIRO, Jorge. *Justicia constitucional y amparo en Paraguay*, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México, UNAM, 1ª ed., 2008, tomo III.

TORRES KIRMSER, José Raúl. *La praxis del control de constitucionalidad en el Paraguay*, en *Comentario a la Constitución. Homenaje al décimo quinto aniversario*. Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1ª ed., 2007.

TUSHNET, Mark. *Comparative constitutional law*, en *The Oxford Handbook of comparative law*. New York, Oxford University Press, 1ª ed., 2006.

VAN ROMPAEY, Leslie. *La justicia constitucional en el Uruguay. Coordinación de los principios de separación de poderes y sometimiento de toda la normativa a la Constitución*, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Mexico, UNAM, 1ª ed., 2008, tomo III.

DATOS DE LOS AUTORES

Elodia Almirón Prujel. Abogada, Derecho UNA, 1993. Doctora en Ciencias Jurídicas, UNA, 2004. Master en Planificación y Conducción Estratégica Nacional, IAEE, 2004. Diploma de Especialización en Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca, España, 1996. Diploma Internacional de Especialización en Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Políticas Públicas, Fundación Henry Dunant, Santiago de Chile, Chile, 2008/2009. Beca Postdoctoral de la Fundación Carolina, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2009. Profesora Adjunta por concurso público cátedra de Derechos Humanos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNA, 2007. Profesora Asistente por concurso público cátedra de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNA, 2008. Coordinadora del Área de Derecho Público I. Carrera de Derecho. Universidad Americana, 2011 a la fecha. Directora de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Migraciones. 2012. Obras jurídicas en el área de Derechos humanos y Derecho constitucional, entre otras "Derechos Humanos y Constitución Nacional". Intercontinental Editora. 2004. Reedición 2009. Asunción, Paraguay

Sindulfo Blanco. Ministro de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de la Sala Penal. Cargo anterior: Miembro del Tribunal de Cuentas 1989 - 2004. Cargos docentes actuales: Profesor de Derecho Tributario, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Economía Política, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Titular de Derecho Tributario en la Facultad de Ciencias Económicas, Contables y Administrativas de la Universidad Nacional de Asunción.

Rodrigo Campos Cervera. Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la (UNA) desde 1966 a 1970. Desde 1970 hasta el 2008 docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomática de la UCA como Profesor de Derecho Constitucional primero y desde 1983 como Profesor escalafonado por concurso de méritos de Derecho Político. Designado Profesor Emérito de la Universidad Católica en 2010. Recibió el premio de la "Justicia et Pax" de la Universidad Católica. Convencional Constituyente en las

Convenciones de 1967 y 1991/92; Senador por el P.L.R.A durante tres periodos, desde 1989 hasta el 2003. Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales por dos periodos 1994 y 1995; fue Vice- Presidente del Senado en 1995/96 y Presidente del Senado y del Congreso de la Nación 1997/1998. Más de un centenar de artículos jurídicos constitucionales y políticos publicados en diarios locales; colaboró en revistas jurídicas y políticas, participó en numerosos cursos, paneles nacionales e internacionales y seminarios afines a su especialidad. Miembro del Instituto Interamericano de Derecho Constitucional y del Centro de Estudios Constitucionales. Actual Presidente del Tribunal de Ética Judicial.

Bernardino Cano Radil. Abogado, Egresado de la Universidad Nacional de Córdoba 1980 y Lic. Comunicación Social en 1983. Cursó estudios de Especialización en Criminología (Córdoba) y Políticas Gubernamentales en la Organización Nacional del Trabajo (OIT) Ginebra-Suiza (1983). Especialidad de dos años en Derecho Constitucional en el CIPSEP (1990 y 1991) en la UCA, en Relaciones Laborales en la Universidad de Florida invitado por el Departamento de Justicia (1994) y en Relaciones cívico militares por el Departamento de Defensa, ambos de los Estados Unidos (1995). Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Pilar (2005). Diputado Nacional períodos 1989 a 1993 y 1993 a 1998. Líder de Bancada, Vicepresidente 1º de la Cámara de Diputados, integró el Parlatino (1997/98) y representante del Congreso Nacional ante la Unión Europea por tres años. Convencional Nacional Constituyente (1992), Secretario de la Comisión Redactora. Profesor de postgrado en la Universidad Nacional de Asunción, en la Autónoma y Universidad del Norte. Profesor invitado en Teoría Política del Instituto de Altos Estudios Estratégicos de las Fuerzas Armadas de la Nación. Profesor de grado en la UNA y Columnista, co-redactor del Proyecto de Constitución del Partido Colorado (1991), libro colectivo “Hacia una constitución democrática” (UCA-CIPSEP), La Alternancia en el seno de una sociedad tradicional (Obra colectiva, Manual de

Derecho Constitucional y Político sobre la legitimación del poder político entre otros. Profesor invitado con la Universidad de Barcelona publicó en conjunto con dicha casa de estudios, dos obras colectivas, con los artículos: Desconstrucción del Estado autoritario sin reemplazo por el Estado de Derecho democrático. El caso Paraguay y Constitución de 1992 y la interacción Ejecutivo/Congreso. Obstáculos jurídicos culturales para fortalecer la gobernabilidad democrática en la República del Paraguay.

Jose Ignacio González Macchi. Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Master en Ciencias Penales y Criminológicas, por la Universidad del Zulia, en Maracaibo, Venezuela. Master en Derecho (LL.M.), en Derecho Comparado, otorgado por la California Western School Of Law de San Diego, California, USA. “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 Derechos Humanos”, Expositor, disertante y conferencista en encuentros internacionales. Autor de libros, numerosas monografías y ensayos jurídicos para revistas jurídicas especializadas de la Argentina, Brasil, EE.UU., Francia, Venezuela, y Paraguay. Profesor Asistente de Derecho Penal (parte general) en la Universidad Nacional de Asunción; y Encargado de Cátedra de Derecho Penal - Parte General y Especial en la Universidad Católica de Asunción. Profesor instructor del área Penal en la Escuela Judicial dependiente del Consejo de la Magistratura. Coautor del Anteproyecto de Código Procesal Penal para la República del Paraguay (Ley N° 1.286/98).

Violeta González Valdez. Doctora en Ciencias Jurídicas, calificación summa cum laude con recomendación de publicación, Universidad Católica. Especialista en Derecho Penal, Universidad Nacional de Corrientes; y Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid. Postgrados en Derecho Constitucional, Penal y Criminología, Universidad de Salamanca. Pasantía en el

Clinical Law e Institute for Social Research, Universidad de New Mexico. Miembro del Consejo de Redacción y Coordinadora del Suplemento Penal de La Ley Paraguaya. Profesora del Doctorado en Ciencias Jurídicas y de la Cátedra Deontología Jurídica de la Universidad Autónoma de Asunción; y de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Asunción. Publicaciones: Justicia Penal Juvenil (2011). Técnica Penal (2011). La Justicia Penal Juvenil en el Paraguay. Revisión crítica de su evolución y situación actual (2006). Defensa Penal (2003). En co-autoría: Código Penal Comentado. Tomos I, II y III (2011).

Luis Lezcano Claude. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Abogado y Notario y Escribano Público en la misma universidad. Se especializó en Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado en Historia por la U.N.A. ExMinistro de la Corte Suprema de Justicia, 1995/2003. Convencional Constituyente en la Convención Nacional Constituyente de 1991/92, Profesor Titular en la cátedra de Introducción a las Ciencias Políticas, en la Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables de la U.N.A., Profesor Adjunto en la cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Americana. Enseña y ha enseñado a nivel de grado y postgrado en Universidades privadas y en la UNA. Docente de la Escuela Judicial. Autor de los siguientes trabajos: a) El Consejo de Estado en el constitucionalismo paraguayo, Ed. El Foro, 1986. b) El Poder Ejecutivo en el Paraguay, Ñandutí Vive-Intercontinental Editora, 1989. c) “Comentarios acerca del régimen de gobierno en la futura constitución paraguaya”, en Constitución y cambio, Aportes para el debate de la Convención Nacional Constituyente, CIDSEP-Universidad Católica, 1991. d) Hacia una Constitución Democrática para el Paraguay, Proyecto y Fundamentos (coautoría), CIDSEP-Universidad Católica, 1992. e) Constitución de la República del Paraguay (concordancias), La Ley Paraguaya

S.A., 1992. f) Comentario a la Constitución, Tomos I, II y III (compilador), Corte Suprema de Justicia, 1997, 2002 y 2007. g) El Control de Constitucionalidad en el Paraguay, La Ley Paraguaya S.A., 2000. h) Derecho Constitucional, Parte Orgánica, Asunción, 2008, 2011. i) Varias monografías publicadas en revistas especializadas.

Giuseppe Fossati López. Abogado. Traductor público español – italiano y viceversa. Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero por el Centro Internacional de Formación Financiera y la Universidad de Alcalá de Henares. Doctor (PhD) en “Estado y Persona en los Ordenamientos Jurídicos, enfoque Derecho Civil”; Universidad de Bologna. Past PhD Fellow, Istituto di Studi Avanzati, Universidad de Bologna. Profesor de Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Sede Regional Asunción.

Daniel Mendonça. Abogado, Doctor en Ciencias jurídicas, Master en metodología de la investigación científica, Posgraduado en Teoría General y Filosofía del derecho. Investigador y docente universitario. Autor de numerosas obras sobre temas de su especialidad. Director del Centro de Estudios Constitucionales (CEC).

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.

Diego Moreno Rodríguez Alcalá. Abogado, egresado de la Universidad Católica de Asunción, 1998. Master en Derecho (LL.M.) con énfasis en teoría del derecho y filosofía política por la Universidad Columbia de Nueva York (2001). Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. “Control judicial de la ley y derechos fundamentales”. Una perspectiva crítica (2011). En España obtuvo el primer premio en un concurso para jóvenes constitucionalistas organizado por la Revista Teoría y Realidad Constitucional (UNED), por un artículo sobre la democracia deliberativa (2005). Primer premio en un concurso de monografías organizado por la Revista Jurídica de la Universidad Católica de Asunción, por un trabajo sobre el pensamiento político y jurídico de Thomas Hobbes (1997). Autor de publicaciones en revistas especializadas y obras colectivas de su país y de España sobre temas de teoría del derecho y de la democracia, teoría constitucional y filosofía política.

Horacio Pettit. Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Derecho Ambiental y Doctorando en Derecho (por la Universidad del Norte). Despachante de Aduanas. Maestro Mayor de Obras (ENET N° 1). Exjuez sumariante. Docente de universidades privadas y auxiliar de la Universidad Nacional de Asunción. Consultor y asesor de diversos organismos del Estado (IBR-INDERT, CONAM, Ministerio de Agricultura y Ganadería, Hon. Cámara de Senadores, Vicepresidencia de la República) y de entidades privadas (Asociación Rural del Paraguay, IICA, FAO-Py, FIDA Mercosur, Capymef, Arzobispado de Asunción, entre otras). Asesor editorial. Socio fundador de la Sociedad Paraguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director Ejecutivo de la Fundación Pohder. Tiene publicadas más de veinte obras entre compilaciones, colaboraciones, actualizaciones y textos de estudio.

Juan Pablo Rolón Ruiz Díaz. Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la UNA, Funcionario Asistente Fiscal de la Unidad Penal Ambiental Especializada de la Fiscalía General del Estado.

Trabajos de Investigación publicados en la Revista Jurídica del Ministerio Público: “La Reforma Constitucional”, “Rol del Ministerio Público en el Código Procesal Penal”. Investigador adscrito al Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.

Enrique A. Sosa Elizeche. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Asunción. 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 en la Universidad Católica. Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Asunción. Árbitro designado por Paraguay como miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (2011-2017). Árbitro ante la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Autor de varias obras y trabajos sobre temas jurídicos entre ellos “El Amparo Judicial” (Tercera Edición), “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”, “Los reglamentos administrativos y su relacionamiento con la ley en el marco de la Constitución” (en “Comentario a la Constitución”, T. III).

José Raúl Torres Kirmser. Ministro de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de la misma en los ejercicios 2006 y 2010. Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Profesor Titular de Derecho Mercantil y Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Comisión Nacional de Codificación, del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y de la Asamblea Universitaria de la Universidad de Asunción. Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro fundador de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales.

