

COMENTARIO A LA CONSTITUCIÓN

Tomo V

**Homenaje al
Vigésimo Quinto Aniversario**

© **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IIJ)

Alonso y Testanova, Piso 9, Torre Sur. Asunción - Paraguay

Teléfono: +595 21 422 161

DIRECCIÓN EJECUTIVA

JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, *Ministro Responsable*

CARMEN MONTAÑA CIBILS, *Directora*

COMPILACIÓN

CARMEN MONTAÑA CIBILS, *Investigadora*

EMILY SANTANDER DONNA, *Investigadora*

COLABORACIÓN ESPECIAL

HAYDEE CARMAGNOLA DE AQUINO, *Asesora*

PABLO CUEVAS, *Asesor*

FELICIANO PEÑA PÁEZ, *Corrector*

EDICIÓN Y COMPAGINACIÓN

OVIDIO M. AGUILAR, *Diagramación*

D 342 DERECHO CONSTITUCIONAL

COR CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)

“Comentario a la Constitución – Tomo V – Homenaje al Vigésimo Quinto Aniversario”.

Asunción – Paraguay

Primera edición. Año 2018. 500 ejemplares, p. 428

Versión digital disponible en la Biblioteca Virtual:

www.pj.gov.py/ebook

ISBN: 978-99953-41-58-9

Las opiniones emitidas en esta obra son de responsabilidad exclusiva de sus autores, no reflejan el pensamiento de la Institución.

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



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSE

Presidente

ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA

Vicepresidenta Primera

MIRYAM PEÑA CANDIA

Vicepresidenta Segunda

MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI
GLADYS ESTER BAREIRO DE MÓDICA

LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA

SINDULFO BLANCO

ANTONIO FRETES

CÉSAR GARAY ZUCCOLILLO

Ministros

ÍNDICE GENERAL

Índice de abreviaturas	13
Presentación	15
Control difuso de convencionalidad a la luz del control de constitucionalidad en Paraguay	17
<i>Marta Isabel Acosta Insfrán</i>	
1. Antecedentes del Control de Convencionalidad	19
2. Control difuso y concentrado del control de convencionalidad.....	23
3. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.....	25
4. Desafíos para la aplicación del control de convencionalidad a la luz del control de constitucionalidad	29
5. Particularidades del Control de Constitucionalidad en Paraguay, relevantes para el Control del Convencionalidad	35
6. Abordaje del tema de control de convencionalidad en Paraguay. Marco legal	41
7. Análisis de algunos fallos que incorpora el tema del control de convencionalidad	45
8. Conclusión.....	51
9. Referencias bibliográficas.....	55

Derecho constitucional de acceso a la justicia y discapacidad. Cambio de mirada para construir una sociedad más accesible e inclusiva.....	59
---	-----------

Irma Alfonso de Bogarín

1. Introducción	61
2. Acceso a la justicia y discapacidad.....	63
3. Acceso a la justicia y las 100 Reglas de Brasilia.....	68
4. Recomendaciones	69
5. Comparecencia en dependencias judiciales.....	73
6. Bibliografía.....	79
7. Marco normativo	80

Hado constitucional. ¿Simple lectura o necesaria interpretación?.....	81
--	-----------

María Elodia Almirón Prujel

1. Introducción	83
2. La interpretación desde la Constitución como superación a la distinción entre el control de constitucionalidad y el de legalidad.....	84
3. Interpretación de la Constitución	89
4. Interpretación de la Constitución e interpretación de las leyes	89
5. Principios de la interpretación constitucional	94
6. Principio de la unidad de la Constitución.....	95
7. Principio de la concordancia práctica	95
8. Principio de la eficacia integradora o efectividad ...	96
9. Principio de la corrección funcional.....	96
10. Principio de la eficacia o efectividad.....	97
11. Predominio de la interpretación literal.....	97
12. Válvulas de escape de la interpretación literal.....	97
13. Defectos, incoherencia o imprecisiones del texto.....	97
14. Necesidad de practicar una interpretación sistemática.....	98

15. ¿Qué tiene de especial la interpretación constitucional?	99
16. ¿Existen reglas para interpretar la Constitución?.....	102
17. Conclusiones.....	105
18. Referencias bibliográficas	106

<i>“Quis custodiet ipsos custodes?” ¿Quién vigilará a nuestros vigilantes?</i>	109
---	-----

José Ignacio González Macchi

Constitución y Derechos Fundamentales en la Ejecución Penal	147
--	-----

Violeta González Valdez

1. Introducción.....	149
2. Teoría de los Derechos Fundamentales.....	152
3. Derechos Fundamentales en la Ejecución Penal	155
4. Fines constitucionales de las sanciones penales.....	158
5. Humanidad	161
6. Respeto a la dignidad humana.....	164
7. Respeto a otros derechos	166
8. Proscripción de torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.....	167
9. Separación por categorías	172
10. Igualdad.....	177
11. Vulnerabilidad social y discriminación en la Ejecución Penal	183
12. Bibliografía	186

Constitución y Derecho Penal	189
---	-----

Luis Lezcano Claude

1. Derecho a la vida y pena de muerte.	191
2. Imprescriptibilidad de hechos punibles.....	193
3. Prisión preventiva.	196

4.	Reclusión de las personas.....	200
5.	Derecho de asilo.....	201
6.	Hechos punibles contra el orden constitucional.	202
7.	Suspensión del ejercicio de la ciudadanía.	203
8.	Tribunales militares.....	204
9.	Inmunidades de congresistas.....	210
10.	Juicio político.....	215
11.	Inhabilitación para ejercer cargos públicos.....	217
12.	Reflexión final.	218
13.	Bibliografía.....	219
14.	Legislación.....	220

El derecho convencional como garantía de los derechos humanos	221
--	-----

Arnaldo Martínez Prieto

1.	Introducción	223
2.	Sus orígenes en breve perspectiva.....	224
3.	Casuística Nacional	233

Constitución y cultura	261
-------------------------------------	-----

Daniel Mendonça

1.	Constitucionalismo social.....	263
2.	Estado social	267
3.	Política cultural	269

Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional	279
--	-----

Diego Moreno Rodríguez Alcalá

I.	Introducción	281
II.	Breve descripción del modelo de justicia constitucional establecido en la Constitución de 1992.....	284

III. Tres momentos en el proceso de evolución de la justicia constitucional.....	288
IV. Conclusión.....	309
25 años de la Constitución de 1992.....	313
<i>Jorge Silvero Salgueiro</i>	
1. Introducción.....	315
2. Mayorías.....	318
3. Voto calificado del Presidente de una Cámara.....	324
4. Debate sobre voto de calidad en las Cortes españolas en el siglo XIX.....	326
5. Mayorías en la Cámara de Diputados.....	328
6. Epílogo.....	335
Panorama reciente de la acción declarativa de certeza constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	343
<i>José Raúl Torres Kirmser</i>	
1. A modo de introducción.....	345
2. Premisas doctrinarias y de derecho comparado.....	347
3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.	361
4. Una primera consolidación: sus resultados.....	366
5. La evolución jurisprudencial del último quinquenio	373
6. La acción meramente declarativa y la cosa juzgada	378
7. Bibliografía.....	381
El derecho a la defensa de los niños y adolescentes.....	387
<i>Rosa Beatriz Yambay Giret</i>	
1. Los denominados derechos fundamentales.....	389
2. La defensa en juicio según la Constitución Nacional	392

3.	El derecho a la defensa de los niños y adolescentes	396
4.	La defensa en juicio y el rol del abogado defensor ..	416
5.	El derecho a la defensa del <i>nasciturus</i>	418
6.	Conclusión	421
7.	Bibliografía.....	423



ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Ac. y Sent.:	Acuerdo y Sentencia
ACOJUDCR:	Asociación Costarricense de la Judicatura
ap.:	apartado
Art.:	Artículo
AA.VV.	Autores varios
C/CN/Cn/:	Constitución Nacional
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos
Cap.:	capítulo
CDN:	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño
cf/ cfr.:	confrontar
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COMISIÓN IDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CORTE IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP:	Código Penal
CPC:	Código Procesal Civil
CPP:	Código Procesal Penal
C.S.J.:	Corte Suprema de Justicia
CSJN:	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DD.HH.:	Derechos Humanos
Expte.:	Expediente
Ídem:	en la misma obra citada
IJ:	Instituto de Investigaciones Jurídicas
inc.:	inciso
Nº/Nro./num:	Número
O. C.:	Opinión Consultiva

O. G.:	Observación General
Ob. cit.:	Obra citada
OEA:	Organización de Estados Americanos
Op. cit.:	Obra citada
p./pp.	página/páginas
PDCP/ P.D.C.P.:	Pacto de Derechos Civiles y Políticos
pfo.:	párrafo
S.D.:	Sentencia definitiva
SIDH:	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
ss.:	siguientes
STC:	Sentencia de Tribunal Constitucional
t.:	tomo
vol.:	volumen



PRESENTACIÓN

Al cumplirse un aniversario más de la vigencia de nuestra 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 cinco tomos. La presente corresponde al quinto tomo, homenaje al vigésimo quinto aniversario.

Como en ocasiones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, pone a disposición valiosos aportes de reconocidos especialistas nacionales, magistrados, docentes, profesionales del foro, legisladores e investigadores, que giran en torno a temas trascendentales de la Constitución.

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.

En el vigésimo aniversario, el cambio fue el tema central en los debates, estimulado aún más con el juicio político al Presidente de la República en ese entonces. Se hablaba 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.

La presente edición tiene como objeto el análisis y reflexión de diferentes temas importantes como: el control difuso de convencionalidad, derecho constitucional de acceso a la justicia y discapacidad, interpretación constitucional, el deber de secreto bancario y el hecho punible de lavado de dinero, derechos fundamentales en la ejecución penal, derecho convencional como garantía de los derechos humanos, Constitución y derecho penal, Constitución y cultura, evolución de la justicia constitucional, reflexión analítica de los 25 años de vigencia de la Carta Magna, acción declarativa de certeza constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el derecho a la defensa de los niños y adolescentes.

El orden de las monografías está dado por orden alfabético de apellidos de los autores, se mantiene así el formato del tomo anterior. Cuenta con índices: general y de abreviaturas.

Agradecemos las colaboraciones que los juristas nos han hecho llegar, respondiendo a la iniciativa de la Corte Suprema Justicia. A ellos, nuestro reconocimiento y gratitud pues honran y sitúan a esta colección en la categoría de ser una de las obras más referenciadas tanto nacional como internacionalmente, pues la avalan la seriedad y responsabilidad con que son abordados los temas.



CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD A LA LUZ DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PARAGUAY

Marta Isabel Acosta Insfrán

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 2. CONTROL DIFUSO Y CONCENTRADO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 3. DESAFÍOS PARA LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A LA LUZ DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. 4. PARTICULARIDADES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PARAGUAY, RELEVANTES PARA EL CONTROL DEL CONVENCIONALIDAD. 5. ABORDAJE DEL TEMA DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN PARAGUAY. MARCO LEGAL. 6. CONCLUSIÓN. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD A LA LUZ DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PARAGUAY

Marta Isabel Acosta Insfrán *

1. Antecedentes del Control de Convencionalidad

El control de Convencionalidad, novel instituto, es una creación de la Corte IDH, que la ha ido desarrollando paulatinamente en varios fallos, cuyo fin principal apunta a dar renovado impulso para que los Estados cumplan con su deber de hacer que los tratados internacionales firmados se cumplan cabalmente. “Existe consenso entre los doctrinarios en otorgar la paternidad de la expresión “control de convencionalidad” a García Ramírez (México), ex

* Abogada en Universidad Nacional de Asunción (1995). Especialista en Ciencias Políticas en Universidad Nacional del Este (UNE). Diplomada en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Consejo de la Magistratura (2016). Especialización en Derechos Humanos y Justicia Constitucional. Università di Bologna, Italia (2017). Didáctica Universitaria en Universidad Nacional de Itapúa (2015). Profesora de Derechos Humanos de la Facultades de Derecho (UNE) y de la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción, Campus Alto Paraná. Miembro Tribunal de Apelación Penal, Alto Paraná (cargo actual). Jueza Penal de la Adolescencia (2002-2010) Defensora Pública (1998-2002). Obras jurídicas: “*Reflexiones sobre debido proceso en la Justicia Penal Adolescente*”, en El interés superior del Niño. Tomo II Comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia (2010) CSJ; “*Independencia del Poder Judicial*” en UNEJURIS (2009).

juez y presidente de la Corte IDH (Amaya, 2017, p. 365). El caso donde fue emitido el voto razonado, del citado ex juez se trata de *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*¹..., donde ha acuñado el término de control de convencionalidad. También se ha mencionado en el caso *Tibi Vs. Ecuador*². En el primer caso de los mencionados, el ex juez García Ramírez (2003) en el párrafo 27 de su voto, realiza una aproximación conceptual al control de convencionalidad, afirmando:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante una Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.

“Control de convencionalidad”, éste surge con mayor precisión y ya perfilando sus características en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*³, donde hace corresponsables a los jueces de los Estados que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que están sometidos al cumplimiento y a hacerla cumplir. “... El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” (Corte IDH s.f. Párr. 174).

¹ Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 27.

² Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

³ Corte IDH. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

La misma tesis, citando el caso referido, la ha asumido en el caso el caso *La Cantuta vs. Perú*⁴. Posteriormente, la Corte IDH la ratificó en el caso *Aguado Alfaro vs. Perú*⁵, aclarando que el Poder Judicial debe realizar, no sólo el control de constitucionalidad sino también el de convencionalidad, y debe hacerlo de oficio "...entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes..." (párr. 128). Avanzando en el proceso, la jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*⁶ extiende la obligación de realizar el control de convencionalidad de los jueces, a todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. En el caso *Gelman vs. Uruguay*⁷ la obligación se extiende luego a toda autoridad pública, ya no sólo al Poder Judicial.

Siguiendo el avance de la evolución en materia de control de convencionalidad, llegamos a la conclusión de que no se circunscribe a la Convención Americana, extendiéndose a otros tratados de derechos humanos, ampliándose a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención de Belén Do Pará⁸. Por último, y en cuanto a lo que es pertinente para el desa-

⁴ Corte IDH. Sentencia del 29 de noviembre del 2006. Fondos Reparaciones y Costas. Caso *La Cantuta vs. Perú*.

⁵ Corte IDH. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*.

⁶ Corte IDH. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*).

⁷ Corte IDH. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones y Costas. Caso *Gelman vs. Uruguay*.

⁸ Corte IDH. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Caso *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*. Párrafo 330.

rollo del tema abordado en el presente trabajo, tenemos la postura que adopta la Corte IDH, de que la Convención Americana de Derechos Humanos no impone un determinado modelo de control de convencionalidad, conforme lo ha expresado en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*⁹, en los siguientes términos:

La Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad. En este sentido la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad... le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (párr. 124).

De los precedentes identificados en la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte IDH, pueden identificarse al menos cuatro etapas, al decir de Bazán (2012).

En la primera etapa la Corte refiere que el sujeto que puede llevar a cabo el control de convencionalidad es el "Poder Judicial" (caso *Almonacid Arellano*); en un segundo momento la Corte señala a "Órganos del Poder Judicial" (Caso *Trabajadores Cesados del Congreso*); en un tercer desarrollo ya se habla de "Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" (caso *Cabrera García y Montiel Flores*); y finalmente se establece que el control de convencionalidad recae en "cualquier autoridad pública y no solamente el Poder Judicial" (caso *Gelman contra Uruguay*).

El control de convencionalidad coloca a los Estados, en la obligación compartida de aplicación de normas de derechos humanos, la Corte IDH tiene el control concentrado y los Estados el

⁹ Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

control difuso de convencionalidad. La principal responsabilidad en materia de protección de derechos humanos incluso recae sobre los Estados, siendo la jurisdicción internacional subsidiaria.

Por tanto, la obligación es que los jueces apliquen el control de convencionalidad de oficio, obligación que corresponde a todas las instancias¹⁰.

2. Control difuso y concentrado del control de convencionalidad

El control de convencionalidad tiene dos dimensiones, haciendo ya la comparación que la propia Corte IDH realiza con el control de constitucionalidad: una es concentrada a cargo de la propia Corte IDH, y la otra difusa a cargo de todos los agentes públicos de los Estados, y en especial los jueces vinculados a la tarea jurisdiccional. Ferrer Mac-Gregor (2010) describe ambas dimensiones de la siguiente forma:

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana... El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte (p. 173-176).

Conforme a los lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH, este control de convencionalidad reviste varias características, como que es una obligación que surge de los compromisos

¹⁰ Esto está claro al decir: *“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”*, en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

asumidos por los Estados de cumplir los tratados de buena fe, debiendo realizar en cada caso una evaluación de compatibilidad entre el orden jurídico interno y la CADH, así como los demás instrumentos que constituyen el “Corpus iuris convencional una especie de Bloque de Convencionalidad creando un estándar mínimo para los Estados adheridos a la Convención y con mayor agudeza para aquellos que han aceptado la competencia de la jurisdicción internacional” (Villalba, 2014, p. 239). Con base en éste delineamiento, en caso de existir contradicción entre la Convención o al corpus iuris internacional, el juez nacional tiene el deber de inaplicar la norma violatoria. El mandado además exige el control de oficio, es decir aun cuando las partes no lo hayan alegado. La obligación está dirigida no sólo a los jueces, sino a todos los agentes del poder público.

Los jueces así en especial, como piedra angular del estado social de derecho en un contexto democrático, y en general como agentes del poder público, tienen la obligación de realizar un filtro, un tamiz de la compatibilidad de las normas de orden interno con las normas convencionales. (Carbonell, Miguel. S.f.) Puede conducir, en un caso extremo, a que un juez inaplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional” (p. 71). Los jueces no son aplicadores mecánicos de las normas de orden nacional. Tienen, conforme al principio de convencionalidad, la obligación de verificar si las leyes que aplicarán en el caso en concreto, se adecuan con la Convención Americana de Derechos Humanos, debiendo asimismo considerar lo que se conoce como bloque de convencionalidad. Al respecto Ferrer Mac-Gregor (2010) señala que dicho bloque no sólo comprende a la CADH, sino que debe extenderse a sus protocolos adicionales, y en otros casos a otros instrumentos internacionales reconocidos por el Estado, y por la propia jurisprudencia de la Corte IDH.

3. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

La constitucionalización del tema de los derechos humanos es un fenómeno que ha tenido un avance vertiginoso en los últimos tiempos, sobre todo en los países de América Latina que han ido transformando sus constituciones políticas. La incorporación constitucional, de los tratados internacionales de contenido de derechos humanos, en los países latinoamericanos, se ha dado en diversas jerarquías. En efecto algunos otorgaron incluso, jerarquía supraconstitucional, otros el mismo rango constitucional, y como en el Paraguay infra constitucional. Al respecto Fix-Zamudio (2012) afirma:

En la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos se advierte una tendencia cada vez más acentuada para otorgar a los tratados internacionales, en general, una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, ya que en cuanto a estos últimos existe la tendencia de otorgarles una categoría equivalente a las disposiciones constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita) o al menos inmediatamente inferior a la de las normas fundamentales (p. 410).

La incorporación de los derechos humanos al torrente sanguíneo constitucional, al decir de Ferrer Mac-Gregor (2010) “implica un ‘bloque de constitucionalidad’, sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos... conformado además por los tratados internacionales, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (p. 171).

La Corte IDH realiza una comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. En una explicación didáctica, García Ramírez establece las semejanzas que existen entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Así, en el caso *Tibi vs. Ecuador*, en su voto concurrente y razonado, hace dicha comparación.

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales... Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de estos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procurar conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña al Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía (Párrafo 3 del Voto concurrente del Juez García Ramírez).

A partir del voto razonado citado y que constituye además uno de los primeros pasos del desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH, en varios fallos, realiza dicha comparación conforme ya se ha mencionado en el punto anterior que trata sobre los antecedentes.

Singular importancia reviste el caso *Aguado Alfaro vs. Perú*¹¹, pues en este caso, además de precisar que los Estados no solo deben realizar el control de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad, agrega: "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes..."¹².

Otra referencia importante en la construcción del paralelismo entre control de constitucionalidad y de convencionalidad está

¹¹ Párrafo 128. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

¹² Párrafo 128. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

establecido en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (2014), donde además de aclarar que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad, recuerda que existe la obligación de ejercer un control de convencionalidad, extendiendo la competencia a todos los órganos del Estado, “incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.

Con base en los antecedentes señalados, se vislumbra que la Corte IDH ha realizado una comparación entre la obligación de los Estados en la tarea de realizar el control de constitucionalidad en un contexto de Estado de Derecho en una sociedad democrática, con el cumplimiento del control de convencionalidad en el cumplimiento de compromisos asumidos por la incorporación de tratados internacionales de protección de derechos humanos. Si bien no establece un procedimiento específico, toma como parámetro el control de constitucionalidad, haciendo referencia a las respectivas competencias y al procedimiento interno. Sin embargo, en el control de convencionalidad hace referencia a que es obligación de todos los jueces vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles.

Es una referencia y no una equiparación, pues si bien tal como se ha mencionado, en el caso *Aguado Alfaro vs. Perú*, habla de que los jueces deben realizar no solo el control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. Este caso, es lo que algunos doctrinarios y sobre todo algunos constitucionalistas han recogido para interpretar que solo los magistrados que tengan la facultad de ejercer control de constitucionalidad pueden ejercer el control de convencionalidad.

Sin embargo, la Corte IDH en el avance jurisprudencial, ha ido ampliando a los sujetos obligados, y aclarando los alcances de la tarea del control de convencionalidad. Así en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, ya generaliza, y específicamente obliga a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia,

aclarándose en todos los niveles, como obligados a ejercer el control de convencionalidad de oficio entre las normas internas y la Convención. En este último precedente ya es más específico, consignando que se trata de un control difuso, que se encuentra a cargo de todos los jueces y en todos los niveles, con prescindencia de que tengan o no competencia para realizar el control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad gira en torno a la idea de garantizar la supremacía constitucional, tal como lo explica Amaya: “La doctrina de supremacía exige la existencia de un sistema que procure la defensa de la constitución y que, una vez reconocidos los actos contrarios a ella, declare que éstos no poseen valor por inconstitucionales” (Amaya, 2014, p. 44).

Por su parte, el control de convencionalidad tiene la finalidad de operativizar el cumplimiento de las normas de Derechos Humanos, obligación a cargo de la propia Corte IDH, a través del control concentrado, y en el difuso todos los jueces deben evaluar la adecuación de las normas jurídicas internas con la CADH, y los otros instrumentos que conforman el corpus iuris en materia de protección de derechos humanos, así como la jurisprudencia emitida por la propia Corte IDH.

Teniendo en cuenta la coincidencia de protección entre los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones Políticas actuales, que prácticamente contienen el mismo catálogo de derechos humanos consagrados en los Convenios internacionales, ratificados por la mayoría de los Estados, al menos en América Latina, puede decirse que existe complementación entre el control de constitucionalidad y convencionalidad, considerando que el fin máximo es la protección de la dignidad humana. De forma muy esclarecedora Villalba (2014) refiere que:

El Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad actuarán fusionados en pos de brindar una mejor protección, e incluso la Convención deberá prevalecer por encima de la Constitución, cuando plasme una mejor ga-

rantía de los derechos humanos en aplicación del principio pro-homine... versa plasmar una pasarela o “tender un puente” de unión entre ambos ordenes, beneficiando en definitiva al ser humano (p. 349).

4. Desafíos para la aplicación del control de convencionalidad a la luz del control de constitucionalidad

El tema de control de convencionalidad, sin embargo, presenta algunos puntos de tensión para su aplicación en el ámbito interno de los Estados. En efecto, en materia de control de constitucionalidad los Estados poseen diferentes modelos de control de constitucionalidad como el concentrado, difuso y el mixto. Amaya (2014) los agrupa desde el punto de vista histórico y filosófico: así, el concentrado responde al modelo estadounidense o judicial; el difuso al francés, y el mixto al Kelseniano o continental (p. 73). El que presenta mayor desafío para la aplicación del control de convencionalidad es sin duda, el modelo concentrado, sobre todo para responder a la interrogante “si un órgano de la jurisdicción ordinaria puede ‘inaplicar’ una ley interna en virtud del control de convencionalidad, si ésta no ha sido declarada inconstitucional” (Nash Rojas, 2013, p. 504).

En los Estados que poseen el modelo concentrado de control de constitucionalidad, la problemática gira en torno al momento de poner en práctica el mandato del principio convencional de verificar la adecuación de la norma interna a la Convención Interamericana, cuando el magistrado no tiene competencia para inaplicar una ley que no fue declarada inconstitucional, al corresponder dicha competencia a órganos específicos como Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia o Sala Constitucional; o para aplicar estándares jurisprudenciales de la Corte IDH, sobre todo cuando contengan criterios diferentes a los sostenidos por Corte Suprema Nacional.

Para ejemplificar la problemática que puede representar el control difuso de convencionalidad en los países que tienen el mo-

delo de control constitucional concentrado, se cita la posición de un magistrado integrante de la Sala Constitucional de Costa Rica, cuyo control de constitucionalidad responde a dicho modelo concentrado. El magistrado Dr. Fernando Castillo (ACOFUDCR, 2013) en el marco de una importante conferencia llevada a cabo en Costa Rica sobre el tema específico de la aplicación del control de constitucionalidad por el juez nacional, ha dejado en claro que el control difuso de convencionalidad se lleva muy bien en los países donde tienen un modelo de control de constitucionalidad difuso, pero en países como Costa Rica que tiene un modelo concentrado, considera que: “El juez... por sí mismo no puede desaplicar la norma porque llega a la conclusión de que esa norma es inconstitucional, sino que el juez está en la obligación de formular la consulta constitucional a la Sala”.

También el citado magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica, Castillo (2013) dice que el problema hay que tratarlo con mucho cuidado, porque “eventualmente podríamos estar ante una transformación profunda del modelo concentrado al modelo difuso”. Es decir, al margen del ordenamiento jurídico, se estaría cambiando el modelo de control concentrado de constitucionalidad al modelo difuso, con el desequilibrio en todo el sistema político constitucional.

Referente a temas que pueden surgir controversiales en torno al control difuso de convencionalidad, Ferrer Mac-Gregor (2010) ya ha lanzado algunas interrogantes como ser: “¿Opera éste tipo de control en cualquier sistema? ¿Qué sucede en los países donde no existe control difuso? ¿En qué medida aplica para los tribunales, cortes y salas constitucionales?” Éstas son algunos puntos de tensión que señala el citado autor, y que considera para responderlas será necesario un desarrollo del tema por los jueces nacionales que tendrán un papel fundamental para su consolidación. El propio Ferrer Mac-Gregor (2011), en una entrevista sobre el control difuso, publicado por la Cátedra Jurídica de la Universidad de Girona, ha señalado:

En el caso Cabrera García y Montiel Flores... se precisó algo muy importante de esa doctrina. Este control difuso de convencionalidad debe de aplicarse por todos los jueces, independientemente su formal pertenencia o no al Poder Judicial, y sin importar su jerarquía, grado, cuantía, materia de especialización. Primero éste control difuso está dirigido a todos los jueces, ejerza el control de constitucionalidad o no lo ejerza. Sea del fuero federal o local en los sistemas. De cualquier materia y de cualquier jerarquía, es un control difuso.

La cuestión del control difuso por parte de los jueces nacionales, no es tomada de forma pacífica en la doctrina. Así tenemos al connotado constitucionalista Fix-Zamudio (IIJ, 2013)¹³, quien referente al control de convencionalidad en el ámbito interno dice:

Luego viene la discusión sobre el control de convencionalidad. Muchos autores consideran que los Tribunales nacionales... tienen también control de convencionalidad. Yo discrepo de esta idea por esta razón: el Control de convencionalidad lo tienen los organismos internacionales. Los organismos nacionales solo tienen el control de constitucionalidad, con eso es suficiente.

Muy esclarecedor es Sagüés (s.f.) en la forma de describir la problemática, sobre todo en cuanto a cuándo se debe inaplicar la norma al resolver el caso concreto, lo que él denomina control represivo. La interrogante sobre quién sería el sujeto habilitado al respecto, la expone de la siguiente forma:

Se discute quiénes están autorizados para practicar el control "represivo" de convencionalidad: si todos los jueces

¹³ En el marco del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en setiembre del 2013 en Tucumán, Argentina, quien ha participado vía *on line*, según explica en la entrevista publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional de Autónoma de México (UNAM). Publicado el 18 de setiembre del 2013.

(control difuso) o solamente algunos (los habilitados para concretar el control de convencionalidad). Hay ciertos países, en efecto, donde el común de los jueces no está habilitado para declarar la inconstitucionalidad de las normas, competencia reservada para sus tribunales o salas constitucionales, o Corte Suprema de Justicia” (p. 6).

En cuanto a las respuestas a las interrogantes esbozadas en torno a si, en los modelos de control concentrado de constitucionalidad, los jueces nacionales pueden o no ejercer el control difuso de constitucionalidad, o si dicha competencia está reservada en exclusividad a los que practican el control de constitucionalidad, no es pacífica la postura adoptada por los distintos autores. Como ya se ha mencionado, para algunos como el Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica, el juez ordinario (como lo llama) no puede inaplicar una norma que no fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica. El mismo, considera que si al realizar el control de convencionalidad, se encuentra en la circunstancia de que la norma nacional transgrede la norma convencional, debe consultar a la Sala Constitucional, siendo éste el órgano competente para declarar la inaplicabilidad de dicha norma.

Otro autor, cuyo aporte es muy relevante, es la conclusión a la que ha arribado Sagúes (s.f.) al señalar: “El caso del juez común...que, aunque no se encuentre habilitado para declarar inconstitucional...de todos modos tiene, con el máximo esfuerzo posible, que modularla y hacerla operar conforme, y no contra, a la Constitución local. Y solamente en el supuesto de que esa misión sea definitivamente infructuosa, podrá derivar el problema al ente constitucionalmente programado para declararla inconstitucional” (p. 8).

Por su parte también Ferrer Mac-Gregor (2011) en la entrevista ya mencionada, publicada por la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona, da una opinión en cuanto a la forma en que debe realizarse el control difuso de convencionalidad por los jueces nacionales que no tengan competencia en materia de control de constitucionalidad:

Pero aún en ese supuesto, los jueces nacionales... deben realizar interpretación conforme. Así cuando vea que no es posible ninguna interpretación conforme, lo hará saber al órgano que puede realizar esta declaración de invalidez fuerte digamos, que en todos los sistemas jurídicos debe haber por lo menos un órgano que realice éste control de convencionalidad en su máximo esplendor. O sea, dejando de aplicar una norma al caso concreto, cuando sea inconventional, porque si no el Estado incurrirá en una responsabilidad internacional. De tal suerte que, la intensidad del control de convencionalidad que todavía no lo prevé la Corte IDH, creo que es de la mayor relevancia y es responsabilidad ahora de todos los Tribunales nacionales.

Así se han analizado solo algunos aspectos de la tensión que puede generar la aplicación el control difuso de convencionalidad a la luz del control de constitucionalidad en los modelos concentrados. No es pacífico el tema en cuanto a las respuestas dadas por los autores, pero las respuestas vendrán a darlas los jueces nacionales en la resolución de los casos concretos. De hecho, existen ya varias decisiones tomadas por Estados que han adecuado sus normas internas para dar cumplimiento a la obligación de realizar el control difuso, como el caso de México que introdujo el control de constitucionalidad difuso, en materia de derechos humanos, a partir de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rosendo Radilla vs. México. Este fallo fue tomado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tomó la iniciativa en un expediente identificado como "Asuntos Varios 912/2010" donde establece los alcances de dicha sentencia, y recoge las directrices de la Corte IDH, introduce el control difuso de constitucionalidad, en aplicación del principio pro persona. Luego esto fue consolidado por la reforma constitucional de 2011, abriendo la posibilidad de que cualquier autoridad jurisdiccional realice un control de regularidad de los actos y de las leyes con la Constitución y los tratados internacionales. Santana (s.f.).

El ejemplo del caso mexicano de adecuación a los mandatos de la Corte IDH, cumpliendo compromisos internacionales de cumplir obligaciones internacionales, no es aislado. Se han dado varias modificaciones a nivel constitucional incluso, la mayoría de las Constituciones latinoamericanas se ha ido reformando para introducir la jerarquía constitucional de los tratados internacionales, como las de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y República Dominicana.

Tampoco pueden dejar de mencionarse las contramarchas en cuanto al cumplimiento de fallos de la Corte IDH, que sin lugar a dudas tiene repercusión en el ámbito latinoamericano, como el reciente fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 14 de febrero del 2017, conocido como el caso Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁴, donde ha expresado la negativa de dar cumplimiento a una decisión de la Corte IDH, referente a “dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontavecchia y Héctor D'Aminicoh en la causa ‘Menem’”. Las razones expuestas fueron varias, como la subsidiariedad de la Convención Americana, que la Corte IDH no puede constituirse en una cuarta instancia revisora de sentencias dictadas por la Corte Nacional, excediéndose la Corte IDH en las obligaciones convencionales asumidas por el Estado Argentino, y que la orden de dejar sin efecto una sentencia pasada a cosa juzgada es un mecanismo retributivo que no se encuentra previsto en el texto convencional. Entre otros argumentos desarrollados, para que Corte Suprema de Justicia de la Nación, para establecer de imposible cumplimiento una determinación de la Corte IDH. Más allá de la razonabilidad de este fallo, es una llamada de atención en cuanto a la tensión que en América Latina están generando los fallos de la Corte IDH, que no es asilada.

¹⁴ CSJ 368/1998 (34- m)/CSJ. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontavecchia y D'Aminicoh vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Suprema de la Justicia de la Nación. Buenos Aires. 14 de febrero 2017.

Varios son los desafíos que representa el control de convencionalidad, por la particularidad de la legislación de cada país, sin embargo un mecanismo idóneo de ir acortando las diferencias, con el diálogo jurisprudencial de órganos nacional e internacional de protección de derechos de las personas, que necesariamente debe entablarse. Asimismo, la mirada hacía el derecho extranjero, una mirada hacía el derecho comparado, de forma a incorporar las prácticas positivas, ver qué hacen los demás es muy común en este sistema de idea evolutiva, transitando por un camino hacía un derecho común que conlleve un constitucionalismo global, sobre la base del respeto de la dignidad humana.

5. Particularidades del Control de Constitucionalidad en Paraguay, relevantes para el Control del Convencionalidad

La Corte Interamericana, si bien no establece el procedimiento para la realización del control de convencionalidad por los Estados, es decir el control difuso, sin embargo, como se ha analizado debe examinarse cuál es el modelo de control de constitucionalidad por la implicancia que puede representar, sobre todo en aquellos que tienen el control de constitucionalidad concentrado como el de Paraguay. Se menciona algunas características resaltantes para luego analizar las tensiones que éste modelo puede generar en el momento de aplicar el control convencional difuso.

La República del Paraguay edificó su sistema de control de constitucionalidad a partir de los modelos continental-europeo y norteamericano, es decir, estableció un sistema de control concentrado (característica europea) en cabeza del Poder Judicial (característica norteamericana) más específicamente, en la Corte Suprema de Justicia (González, Robert, 2014, p. 184).

El Artículo 247 de la Constitución, instituye al Poder Judicial como el custodio de la Constitución Nacional. En cuanto a cuál es el órgano específico que, con competencia para ejercer el control de constitucionalidad, existen varias disposiciones que tratan el tema, por un lado el Art. 132 de la Constitución señala con dicha

facultad a la Corte Suprema de Justicia, luego en forma coincidente el Art. 259, en su inciso 5) señala también a la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, en el Art. 260 hace referencia a una atribución de la Sala Constitucional. Esta disyuntiva es resuelta a partir del siguiente razonamiento interpretativo:

Tenemos dos disposiciones que entregan el control de constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia (en pleno)... una disposición que entrega... a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia... El problema no tiene solución mediante ninguno de los principios aplicables en caso de antinomia de normas: el de la *lex superior*, el de la *lex posterior* y el de la *lex specialis*, debida a que las tres normas se encuentran en la propia Constitución Nacional: ninguna es posterior, superior ni especial con relación a las otras. La solución vino a través de la Ley N° 609/95... al prescribir en su Artículo 16 el mecanismo mediante el cual cualquiera de los Ministros de la Corte puede pedir que la Corte decida la cuestión sometida a una Sala mediante decisión plenaria. De modo que la Sala Constitucional resuelve todas las cuestiones de inconstitucionalidad, como regla... mientras no haya una solicitud para someter la cuestión al plenario, como excepción (Mendonça, J.C. 2012, p. 23).

La legitimación es un tema de interés por su relación con el control de convencionalidad difuso. Conforme a la norma del Artículo 550 del Código Procesal Civil, otorga dicha legitimidad a cualquier persona lesionada en sus legítimos derechos por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones y otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, los principios o normas de la Constitución.

La legitimación activa acordada por el legislador es verdaderamente amplia, pues posibilita que toda persona, sea física o jurídica, promueva ante la Corte Suprema de Justicia la respectiva acción de inconstitucionalidad... Puede afirmarse que, la decisión del legislador es acorde y coherente con el diseño republicano de gobierno desde el momento

en que se busca posibilitar que los ciudadanos, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad, hagan valer otra garantía no menos importante cual es el acceso al sistema de justicia. (González, Robert, 2014, p. 184).

Además del tema del órgano, la legitimación, tenemos que las vías para ejercerlo son por la excepción, y por acción. Las normas del Código Procesal Civil se encargan de establecer el procedimiento a seguir en cada uno de los medios de impugnación.

Otro tema de importancia radical para el abordaje del control de convencionalidad, es referente a los efectos de la sentencia que acoge la declaración de inconstitucionalidad, que es para el caso concreto, inter partes. "Pese a contar con un diseño de control de constitucionalidad concentrado, la República del Paraguay ha optado por seguir el modelo difuso en cuanto a los efectos del pronunciamiento" (González, Robert, 2014, p. 184). La consecuencia varía según sea una norma o una resolución la declarada inconstitucional.

La inconstitucionalidad declarada se limita a la inaplicabilidad de la ley o de la norma impugnada, y beneficia sólo a quien obtuvo la declaración. La ley o la norma sigue siendo válida y formando parte del sistema jurídico. No es expulsada de éste, porque la declaración carece de efecto derogatorio...el efecto principal de la sentencia es declarar nula la resolución o las resoluciones dictadas por los tribunales inferiores (Mendonça, J. C. 2012, p. 23).

El efecto interpartes, que tiene la decisión de declarar la inaplicabilidad de la norma inconstitucional o que en su caso también sea inconvencional, representa un punto de tensión considerando que afecta el principio de no regresión, al estado de violación de derechos humanos.

Consideración aparte merece un tema controversial, referente a la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Ésta determinación está regulada en el Artículo 563 del Código Procesal Civil., al establecer que la Corte Suprema de Justicia,

declarará, de oficio la inconstitucionalidad de las resoluciones, en los procesos que le fueran sometidos en virtud de la ley, cualquiera sea su naturaleza. Mendonça (2012) lo justifica, señalando su característica excepcional e indirecta, y que obedece a un principio político, no sólo jurídico, consistente en la seguridad y certeza del derecho. Sin embargo, otros como González, Robert (2014) critica dicha postura, considera que afecta el principio de imparcialidad del juzgador, que va de contra mano con el sistema constitucional del sistema acusatorio de debate.

El tema de la declaración de oficio tiene relevancia teniendo en cuenta su relación en cuanto al mandato de la Corte IDH, que no solamente impone la obligación del control de convencionalidad, sino expresamente dispone: el Poder Judicial debe realizar, no sólo el control de constitucionalidad sino también el de convencionalidad, y debe hacerlo de oficio "...entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes..."¹⁵. Además lo ha ratificado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, precisando que la obligación de realizar el control de convencionalidad de los jueces, está dirigido a todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles¹⁶.

Otra dimensión de este control con fuerte tensión lo constituye el tema de la posibilidad de la llamada consulta constitucional promovida por un Magistrado. Esta forma de activar el control de constitucionalidad, si bien en voto mayoritario emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene acogida favorable, sobre la base de lo dispuesto en el Art. 18 inc. a) del Có-

¹⁵ (Corte IDH Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Párrafo 128).

¹⁶ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

digo Procesal Civil, que otorga facultad a los Magistrados a realizar consultas cuando “a su juicio una ley, decreto u otra disposición pueda ser contraria a reglas constitucionales”¹⁷. Sin embargo, existe una importante disidencia que en forma constante lo viene sosteniendo la Ministra de la Sala Dra. Gladys Barreiro de Mónica, quien en lo fundamental sostiene:

Estando taxativamente establecidas por la Constitución las facultades de esta Sala y no encontrándose comprendida entre ellas la de evacuar consultas, ésta es inexistente. Una ley, aún de la importancia del Código Procesal Civil, no puede fijar deberes y atribuciones que los convencionales constituyentes en su momento decidieron no incluir. Es más, ni siquiera autorizaron la remisión a una ley para la fijación de otras facultades no previstas en el texto constitucional.

Igualmente y con la misma carga de tensión, se encuentra el tema de la llamada certeza constitucional, donde también puntos disidentes, en cuanto a la naturaleza de la acción la Sala Constitucional basados en el Art. 99 del Código Procesal Civil¹⁸, asimismo el Art. 542 *in fine* del CPP, ha establecido:

Toda duda que se suscite sobre el alcance de una norma constitucional, concretizada en un caso específico que

¹⁷ Otra norma similar es la prevista en la Ley N° 600/95 que deroga el Art. 582 del CPC, quedando redactado de la siguiente forma: Si para decidir sobre la acción de amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el Juez, una vez constatada la demanda, elevará en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que en la mayor brevedad declarará la inconstitucionalidad si ella surgiere en forma manifiesta. El incidente no suspenderá el juicio que proseguirá hasta el estado de sentencia”.

¹⁸ Art. 99. Acción puramente declarativa. El interés del que propone la acción podrá limitarse a la declaración de la existencia o no existencia de una relación jurídica, o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento.

motive la intervención jurisdiccional, debe ser dilucidada, en cuanto a su alcance y efectos, por la máxima instancia judicial de la República, en ejercicio de su función interpretativa.

Al respecto de la certeza constitucional, la Ministra Dra. Gladys Bareiro de Módica, integrante de la Sala Constitucional también tiene su posición disidente que viene sosteniendo, donde también señala que la Sala Constitucional no tiene la facultad de evacuar consultas o solicitudes de interpretación jurídica, conforme lo ha plasmado en sus fallos¹⁹.

Sin analizar a profundidad el tema, simplemente se expone como cuestiones relacionadas a la práctica del control de convencionalidad. Se exponen dichos puntos que tiene enfrentado a los autores constitucionalistas y como puede observarse en varios fallos de la Sala Constitucional tampoco es unánime la decisión respecto al tema de activar control de convencionalidad de constitucionalidad por consulta o la vía de la certeza constitucional. A pesar de la firme disidencia, el voto mayoritario de la Sala Constitucional reconoce a la consulta y a la certeza constitucional como medios idóneos de activar el pronunciamiento sobre el control de constitucionalidad.

Los temas abordados como ser la identificación del órgano competente para ejercer el control concentrado de constitucionalidad en el Paraguay, así como la legitimación de quien puede solicitarlo, las vías para activarlo, y los efectos que produce la decisión, tienen importancia gravitante en el análisis de las tensiones que puede representar la aplicación del control difuso de convencionalidad en la República del Paraguay, generando consecuencias a nivel de obligación internacional del Estado en el cumplimiento de sus compromisos convencionales en materia de derechos hu-

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Auto Interlocutorio N° 456 de fecha 16/03/2017, Acción declarativa de certeza constitucional presentada por la Municipalidad de Ñemby.

manos, teniendo en cuenta los estándares desarrollados por la Corte IDH para establecer los alcances del control difuso de convencionalidad.

6. Abordaje del tema de control de convencionalidad en Paraguay. Marco legal

En cuanto al marco normativo, el Paraguay es ratificador tanto de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de los demás instrumentos internacionales mencionados por la Corte IDH a los que se extiende el parámetro de convencionalidad²⁰. Igualmente, la Constitución establece el Artículo 137 la supremacía constitucional y el orden de prelación de las normas jurídicas encontrándose antes que las normas de origen nacional, el Tratado de Derechos Humanos. En la misma línea el Artículo 145 de la Constitución Nacional, el Estado paraguayo admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos. Asimismo, nuestra Constitución recoge el principio pro persona, al consagrar en su Art. 1° el respeto a la dignidad humana, que es la base del modelo, forma de estado y de gobierno, también consignado en el preámbulo de la Carta Magna, como principio teleológico y pauta de interpretación de toda la norma constitucional. En efecto, en el Artículo 1° donde describe la forma de estado y de gobierno, establece que es sobre la base del respeto a la dignidad humana.

Siguiendo la línea de normas que dan apertura al control de convencionalidad debemos considerar el Artículo 44 de la Constitución, donde contiene una cláusula abierta en cuanto a los derechos y garantías, aclarando que las contenidas en la norma fundamental son meramente enunciativas,

²⁰ En el caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, ha dicho que no se limita a la Convención Americana, extendiéndose a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención Belén Do Pará.

no debiendo interpretarse como negación a otros derechos inherentes a la personalidad humana. Esto ratifica nuevamente el principio pro persona, en que decididamente se enmarca la Constitución Nacional. Igualmente, el Art. 256 de la Constitución Nacional, que en forma taxativa establece: "...Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley...". Asimismo, Paraguay, conforme a la Convención de Viena, que en su Artículo 26 aborda la observancia de los tratados y la norma del Artículo 27 prohíbe a los Estados invocar disposiciones internas para justificar incumplimiento de tratados, traducido en el principio *pacta sunt servanda*.

Igualmente, y conforme ya se ha identificado en el punto donde se analiza las peculiaridades del control de constitucionalidad vigente en el Paraguay, simplemente se recuerda lo dispuesto en el Artículo 258 de la Carta Magna, que establece la Sala Constitucional, igualmente el Art. 132 de la citada norma, que otorga la facultad de la Corte Suprema de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas. En consonancia, asimismo, se encuentra la norma infra constitucional como la Ley N° 609/95 "Que organiza la Corte Suprema de Justicia" y el régimen del Código Procesal Civil referente a las acciones del control de constitucionalidad. Complementado con las leyes que ratifican los diferentes tratados internacionales de derechos humanos, que las convierte en normas de origen internacional incorporadas plenamente al orden jurídico positivo nacional, que como ejemplo se cita la Ley N° 1 del año 1989 que ratifica la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica.

Asimismo, si bien conforme al Art. 137 de la Constitución, que consagra la supremacía de la Constitución, todavía con una construcción piramidal. Sin embargo, el tema de los derechos humanos puede considerarse como cuasi constitucional, realizando una interpretación contextual, teleológica de la propia norma constitucional. El principio de supremacía además está actualmente trastocado justamente por la gran adecuación de las normas fun-

damentales consagradas en las constituciones, que en lo ordinario coinciden con el catálogo de derechos humanos. Asimismo, el respeto de la dignidad humana como base de la construcción del estado social de derecho. Igualmente entre los tratados internacionales, el que contiene normas de derechos humanos tiene un lugar privilegiado, considerando lo dispuesto en el Artículo 142 de la Constitución, exige que para la denuncia de los tratados el procedimiento de la enmienda constitucional, es decir le da ciertamente un rango de norma constitucional pues para derogar la norma convencional, es decir dejar de formar parte de Tratados de Derechos Humanos, requiere un procedimiento constitucional para la dicha modificación. Con respecto a este artículo, el connotado constitucionalista Fix-Zamudio (2012) luego de transcribir la norma del Artículo 142 de la Constitución de Paraguay, ha realizado el siguiente comentario: “A nuestro modo de ver, lo anterior equivale a disponer de manera implícita que dichos tratados poseen un rango similar al de las normas fundamentales...” (p. 413).

Estas normas del ordenamiento jurídico nacional, sin lugar a dudas coloca al Estado paraguayo en la ineludible obligación de ser corresponsable con la Corte IDH de ser garante de la aplicación de normas de derechos humanos en el orden interno. Dentro de dicha obligación, se encuentra el control de convencionalidad difuso, que está dirigido a todos los jueces de todas las instancias y materia, la aplicación de oficio.

Igualmente, no puede perderse de vista que Paraguay ha recibido condena en un caso específico donde se describe dimensiones del control de convencionalidad difusa. En efecto en el caso *Xakmok Kaset* del 2010²¹, al Paraguay en el marco de la condena, en forma taxativa le ha señalado la Corte IDH:

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas in-

²¹ Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de agosto del 2010. Párr. 311.

ternas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 311).

A partir de dicha condena, ya no se trata de un simple precedente del fallo de la Corte IDH donde establece estándar del control de convencionalidad difuso, sino una condena aplicada al Paraguay. Este comentario a propósito de que algunos autores consideran que la jurisprudencia de la Corte, sólo es vinculante cuando condena al Estado, en los demás casos al decir de Fix-Zamudio²² es orientativo no vinculante.

Sin embargo, el Paraguay no tuvo la misma repercusión que en México que a partir de una condena similar se produjo un cambio paradigmático en el orden jurídico interno. En efecto y conforme ya se ha comentado en otros puntos. En México a partir del caso Radilla Pacheco Vs. México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, forma un expediente denominado Expediente Varios 912, en el contexto del cual recepciona el fallo de la Corte IDH, y dicta un fallo estableciendo la obligación de todos los magistrados de realizar el control de convencionalidad de oficio. Se acortan así las diferencias entre control de constitucionalidad y convencionalidad, lo que finalmente desembocó incluso en una reforma constitucional del 2011.

²² Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (18 setiembre de 2013). Héctor Fix-Zamudio. Los controles de Constitucionalidad y Convencionalidad en el Ámbito Interno – Héctor Fix-Zamudio. Ponencia XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional Homenaje a Jorge Carpizo. Setiembre 2013. Tucumán Argentina (participación *on line* de Héctor Fix-Zamudio).

El ordenamiento jurídico nacional presenta tierra fértil para la aplicación del control de convencionalidad en su faz difusa, reforzado incluso por una condena recaída contra el Paraguay. Ahora bien, debido al modelo de control concentrado de constitucionalidad y el efecto inter partes, se presentan varios puntos de tensión, que dificultaría cumplir el control difuso para inaplicar normas que no fueron declaradas inconstitucionales. Igualmente, la tensión en referencia a principios de no regresión, por la circunstancia que aún de ser declarada inaplicable por inconstitucional o inconvencional, la norma sigue formando parte del ordenamiento jurídico.

Sólo se llama la atención sobre éstos puntos, sin pretender dar una respuesta, la que está en construcción y en manos de todos los operadores jurídicos del sistema judicial. Si corresponde analizar algunos fallos que han aplicado el control de convencionalidad, por su relevancia.

7. Análisis de algunos fallos que incorpora el tema del control de convencionalidad

La recepción por la Corte Suprema de Justicia del tema de control de convencionalidad, en forma específica con esta denominación es reciente, sin embargo, existen varios precedentes de las Salas del máximo Tribunal, referente a aplicación de las normas de los diversos Tratados en tema de Derechos Humanos, igualmente siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte IDH, para resolver casos concretos. Como ejemplo se cita el Acuerdo y Sentencia N° 1.592, de fecha 02 de mayo del 2007, emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, donde se utiliza todo el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, para establecer el plazo razonable de la duración del procedimiento, determinando el punto de partida del cómputo, haciéndose eco del avance jurisprudencial del Tribunal Interamericano en este tema y adoptando la tesis de ésta, citándose los argumentos recaídos en los Casos: Velázquez

Rodríguez vs. Honduras; Barrios Altos Vs. Perú; López Álvarez Vs. Ecuador; Suárez Rosero Vs. Ecuador; Tibi vs. Ecuador.²³

Asimismo existe una referencia por Villalba (2014) al Acuerdo y Sentencia N° 991 del 21 de agosto del 2013, donde la Sala Constitucional, “ha dado primacía al criterio proteccionista de los derechos humanos por sobre el Tratado de Yacyretá”²⁴ (p. 251). El mismo autor también menciona el Acuerdo y Sentencia N° 1.306 del 15 de octubre del 2013, conocido con el histórico fallo en materia de acceso a la información pública.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, esta vez compuesta por el pleno, de forma expresa hace mención al control de convencionalidad, en el Acuerdo y Sentencia N° 1.306 del 15 de octubre del 2013, donde incorporando los estándares internacionales actualizados sobre el tema de acceso a la información pública, hizo activismo judicial, que impactó en políticas públicas, para la sanción de la Ley de Acceso a la Información Pública. Tomó como base para la decisión el caso: “Claude Reyes y otros vs. Chile”, donde se da preeminencia al derecho de acceso a la información, ante una invocación de protección de la intimidad. Ejerciendo en dicho fallo la Corte, el control de convencionalidad en su faz difusa, al realizar el tamiz correspondiente del ordenamiento jurídico interno a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, dejando las bases para la sanción de una ley sobre acceso a la información pública, con plena vigencia en la actualidad²⁵.

Sin embargo, en el citado fallo histórico, en cuanto al control de convencionalidad, no desarrolló hacia la obligación de los Tri-

²³ Ac. y Sent. N° 1.592/02-05-2007, en el marco de: Excepción de Inconstitucionalidad planteada en los autos: “Francisco José Yore Cluassen s/ Cohecho Pasivo.

²⁴ Acción de inconstitucionalidad en los autos: “Lidia Brunaga y otros c/ Entidad Binacional Yacyretá s/ Amparo Constitucional”.

²⁵ Ley N° 5.282/2014 “De libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental”.

bunales inferiores al respecto, se circunscribió a realizarlo como Corte Suprema de Justicia, con un análisis de ponderación de los derechos en conflicto, utilizando para la resolución del caso los precedentes de la Corte IDH. Tiene no obstante vital importancia porque reconoce que: "...la Corte IDH, es el máximo órgano de interpretación de las disposiciones de la Convención, siendo lógico y razonable que sus decisiones sean consideradas por esta Corte Suprema de Justicia. Ello permitirá evitar eventuales decisiones adversas para nuestro país por la inobservancia de los principios de la Convención, que comprometería la responsabilidad internacional del Estado..."²⁶. No se le resta valor pues hay una práctica concreta del control de convencionalidad difuso, que recoge la jurisprudencia de la Corte IDH, además fue dictada por el pleno de la Corte Suprema.

Existe un fallo también a nivel de Corte Suprema de Justicia, esta vez la Sala Penal, que también realiza un control difuso de convencionalidad, que tiene una importancia gravitante, pues es un tribunal diferente a la Sala Constitucional, que realiza dicha práctica. Incluso de forma expresa habla del control de convencionalidad, nos referimos al Acuerdo y Sentencia N° 1.283 de fecha 30/12/2014²⁷, conocido ya en la jerga tribunalicia como caso "Teniente Honorio".

En dicho fallo, los integrantes de la Sala Penal hace una mención en cuanto a la obligación a cargo de los jueces, al decir en forma puntual: "... El control de convencionalidad se despliega en sede nacional, se encuentra a cargo de los magistrados locales,

²⁶ Acuerdo y Sentencia N° 1306 del 15 de octubre del 2013, emitida por el pleno de la Corte Suprema de Justicia: "Acción de inconstitucionalidad en el juicio: "Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo s/ amparo".

²⁷ Recaído en el Expediente: "Sumario Instruido al Tte. de Artillería Honorio Nicasio Aguilera s/ supuesto hecho de delito contra el servicio, desobediencia, abuso de autoridad y falta contra la disciplina militar ocurrido en el COMARTE".

involucrando a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido recientemente la Corte IDH...”²⁸.

En el citado fallo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incorpora nuevamente estándares desarrollados por la Corte IDH sobre debido proceso, que incluye derecho a la defensa, principio de legalidad, principio de congruencia entre otros, donde se constata que la Justicia Militar ha condenado a un militar Tte. 1° de Artillería Honorio Nicasio Aguilera Irala, sin que el hecho esté expresamente descrito en una ley previa, además de la transgresión del principio de congruencia entre acusación y sentencia. Deja en claro la Corte que la obligación del control de convencionalidad no se circunscribe a los jueces, sino a todas las demás autoridades públicas.

Expone la Sala Penal de la C.S.J., que el control de convencionalidad es una herramienta idónea para resolver las antinomias normativas, de manera a buscar armonizar las normas jurídicas internas a la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Éste fallo es bastante alentador para toda la magistratura nacional, pues si la Sala Penal que no tiene la competencia de control de constitucionalidad ha aplicado el control difuso, e incluso se ha hecho eco del fallo de la Corte IDH que todos los jueces deben hacerlo y que el control de convencionalidad es una herramienta idónea para resolver antinomias normativas. Es decir, debe utilizarse para resolver los conflictos normativos, en el caso se ha inaplicado una norma referente al procedimiento de la justicia militar, es una decisión de alto impacto.

Asimismo, es posible encontrar diversos fallos de Tribunales de Apelación, Juzgados de Primera Instancia que acogen en sus resoluciones precedentes de la Corte IDH, como guía para resolver los casos concretos, en la mayoría de los casos reforzando el ordenamiento jurídico interno. El análisis parte de la norma nacional y

²⁸ Ídem.

concluye con los Tratos de Derechos humanos. Por ejemplo, el Tribunal de Apelación Penal Primera Sala de la Capital, donde citando precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha resuelto conceder la libertad ambulatoria en las condiciones respaldatorias del Art. 245 del Código Procesal Penal. En la fundamentación han desarrollado varios estándares sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva formuladas por la Corte IDH, citándose el caso López, Álvarez Acosta Calderón, Ricardo Canese, entre otros fallos emitidos por la Corte IDH²⁹.

Igualmente, el Tribunal de Apelación de Ciudad del Este, en el año 2012, se aplica en un caso concreto las directrices del Caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”,³⁰ donde se analiza que se ha afectado el principio de congruencia al imponerse medidas de seguridad, de oficio por el Tribunal de Sentencia, sin que haya sido considerado en la acusación Fiscal.

Un fallo didáctico y que recoge toda la doctrina desarrollada por la Corte IDH en cuanto al control de convencionalidad, y así como principio pro persona, y otros estándares desarrollado por la Corte IDH, en el voto en disidencia por el magistrado Arnaldo Martínez Prieto³¹ que en un pasaje señala:

“De lo precedentemente expuesto resulta patente, pues, que el Art. 5 de la Constitución Nacional –como reiteradamente lo dijimos a lo largo de este fallo-, debe ser interpretado de suerte que la imprescriptibilidad en el aludido no se limite únicamente a las consecuencias penales del delito,

²⁹ A. I. N° 15 del 10 de enero del 2017, recaído en la causa: “L. E. T y N. L. M. s/ Hurto. Causa N° 91.13/16”.

³⁰ Ac. y Sent. N° 21 de fecha 31/05/2012. Voto en disidencia de la Magistrada Marta Isabel Acosta Insfrán. Tribunal de Apelación Primera Sala Penal, Alto Paraná.

³¹ A. I. N° 157 del 23/03/2015. Tribunal de Apelación Segunda Sala Civil y Comercial. Juicio: “Víctor Acosta Garayo c/ Estado Paraguayo s/ indemnización de daño moral”.

sino a las civiles, vade decir que comprenda el deber de reparar que surge tras la comisión de un ilícito civil. Esta interpretación es coherente con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que fueron suscriptos por la república, entre los que se destaca la Convención Americana de Derechos Humanos... la imprescriptibilidad se refiere a todo tipo de daños, no únicamente al moral, habida cuenta de que los mismos tienen la misma causa eficiente-violación de los derechos humanos-, pues sólo esa interpretación se compadece con el principio de reparación integral de los daños, principio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos –máxima autoridad jurisdiccional en la materia–, reiteradamente ha remarcado³².

Con los precedentes mencionados, así como el marco legal es el escenario que en la República del Paraguay se encuentra abordado y desplegado el tema de control de convencionalidad. En la mayoría de los casos la tensión no es tan elevada, pues se trató más bien de reforzar las normas internas, es decir, no existe norma anti convencional, salvo el último referente al voto en disidencia del Magistrado Arnaldo Martínez, donde el voto mayoritario decidió aplicando normas del Código Procesal Civil, que se encontraba prescripta la demanda por indemnización de daños, que la víctima de la dictadura ha interpuesto, por violación de derechos humanos. Sin embargo, el razonamiento que sigue los parámetros de la Corte IDH fue en disidencia, por lo que la decisión conforme a los parámetros de convencionalidad muy didáctica pero no prosperó. No obstante, lo que se grafica es la práctica en los Tribunales del control de convencionalidad.

Ciertamente el control de convencionalidad no siempre va implicar tensiones, sino en la mayoría de los casos de lo que se

³² A. I. N° 157 del 23/03/2015. Tribunal de Apelación Segunda Sala Civil y Comercial. Juicio: “Víctor Acosta Garayo c/ Estado Paraguayo s/ indemnización de daño moral”.

trata es de realizar necesariamente el análisis en el caso concreto de la adecuación a la Convención. En los casos en que se constate inconvenientes por incompatibilidad con los Tratados de Derechos Humanos, se deberá realizar, la interpretación conforme, y activar los mecanismos como garantes de aplicación de normas de derechos humanos.

8. Conclusión

La aplicación del control difuso de convencionalidad, por parte de todos los magistrados como herramienta hermenéutica para verificar la adecuación de la Convención Americana de Derechos Humanos con el ordenamiento jurídico positivo, no es un tema de fácil aceptación por los operadores jurídicos. Dicha tarea es un desafío fuerte, para un país con una fuerte doctrina positivista, conocida en la jerga jurídica como cultura codiguera, que en la generalidad de casos el fallo se centra en cuasi exclusividad en los códigos, con poco apego a considerar la Constitución y menos los Tratados. Las pretensiones de las partes y los fallos en su generalidad, se fundamentan solamente en las normas de los Códigos. La obligación de realizar el control de convencionalidad difuso por los magistrados de todas las instancias y fueros, indudablemente significará romper viejos paradigmas, como la de asumir que el magistrado es la piedra angular del Estado democrático de derecho, en tal sentido principal garante de la protección de los derechos humanos. Debe ser, además debiendo ser un juez convencional, que comparte obligación con los jueces de la Corte IDH para la aplicación en el orden interno de las normas de derechos humanos.

Ciertamente, existen grandes desafíos para la aplicación del control de convencionalidad en forma difusa, a la luz del modelo de control de constitucionalidad concentrado que tiene el Paraguay. Sumado a ello, los propios precedentes de la Corte IDH, que si bien dirige el mandato de ejercer a todos los jueces sin importar el nivel, fuero, materia. Exige que, además del control de constitucionalidad deben también realizar el control de convencionalidad,

pero en el en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales, incluso de oficio. Las dimensiones son realizar no sólo el control de constitucionalidad, también el de convencionalidad en el marco del procedimiento y dentro de competencias, de oficio, la verificación de la adecuación de las normas internas a la Convención Americana.

En principio y considerando el paradigma garantista que contiene la actual Constitución Política de Paraguay de 1992, que incluso tiene como fuente a la Convención Americana de Derechos Humanos, además todo el marco normativo en materia de protección de derechos humanos, coincidiendo los derechos fundamentales con el catálogo de derechos humanos, la tensión no se presenta muy álgida en principio. Sin embargo existen varias normas que contradicen las prescripciones convencionales, como ejemplo la Ley N° 4431/2011 “Que modifica el Artículo 245 de la Ley N° 1.286/98 “Código Procesal Penal”, modificado por Ley N° 2.493/04 “Que modifica el Artículo 245 de la Ley N° 1.286/98 “Código Procesal Penal”, que transgrede frontalmente el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, o el tema del derecho al recurso, o a la doble instancia, consagrado en la Convención Americana, y por otro lado las prescripciones del Código Procesal Penal que limita el sistema recursivo estableciendo circunstancias donde no es admisible la activación recursiva, esto sólo por dar algunos ejemplos.

Será necesario así realizar la interpretación conforme, lo aconsejan los autores cuyas posturas fueron expuestas en el presente trabajo, como ser Néstor Sagüés, Eduardo Ferrer MagGregor, cuando encuentra enfrentado la Convención Americana y el ordenamiento jurídico interno, agotar así la posibilidad de armonización de la norma interna con los Tratados de Derechos Humanos, buscar la compatibilidad, dentro los límites de la labor hermenéutica de la razonabilidad, utilizar las propias prescripciones constitucionales considerando que la norma del Art. 256 de la Constitución exige que toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley, conforme a dicha norma todos los

magistrados de la República del Paraguay están obligados a aplicar la Constitución, asimismo la ley donde se encuentran los tratados internacionales en una posición privilegiada conforme se ha analizado. En este sentido, es muy alentador el panorama, considerando que la Constitución de 1992, reconoce el principio pro persona, es garantista y coincide su catálogo de derechos fundamentales con los derechos humanos establecidos en la Convención. Asimismo, la importante norma de clausula abierta del Artículo 44 de la Constitución, en cuanto a los derechos y garantías, aclarando que las contenidas en la norma fundamental son meramente enunciativas, no debiendo interpretarse como negación a otros derechos inherentes a la personalidad humana. Esto viene a reafirmar el principio de interpretación pro persona. De lo que se trata, como dice Pablo Villaba Bernié, también mencionado en el presente trabajo, es de tender un puente de unión entre el control de constitucionalidad y convencionalidad beneficiando al ser humano.

En casos extremos, cuando a pesar de la interpretación conforme a criterios de razonabilidad, persista la inconventionalidad de la norma, cuya aplicación al caso concreto, implique alterar el modelo de control concentrado de constitucionalidad, existen respuestas aún en éstos extremos. En este caso, la respuesta es que, corresponde a la Sala Constitucional ejercer ese control difuso de convencionalidad, para evitar alterar el modelo de control constitucional vigente. Para el efecto, es importante mirar las soluciones que dan en el derecho comparado en países que tiene al igual que Paraguay un modelo concentrado de constitucionalidad, como Costa Rica, y en Europa, Italia, por tomar algunos ejemplos que tienen similar modelo. Además, nuestro sistema, si bien con disidencias y no excepto de críticas, todavía reconoce la consulta constitucional, una herramienta que está al alcance, que haciendo una correcta construcción hermenéutica no puede dejar de considerarse.

De todas formas, debe vencerse y agotarse la posibilidad, realizando el parámetro de convencionalidad, pues actuar de for-

ma contraria expondrá al Estado Paraguayo a sanciones internacionales por violación de normas de derechos humanos.

Si bien son muy importantes los precedentes de la Corte Suprema de Justicia en los fallos analizados, a nivel nacional, sin embargo, es aislado y aún tímido, en cuanto a trasladar la obligación de realizar el control de convencionalidad difuso a todos los jueces, dista bastante del fallo de México, que luego del caso Rosendo Padilla Pacheco, estableció que además de la aplicación de oficio del control de convencionalidad, era responsabilidad de todos los jueces de la nación.

Existen, avances en la incorporación por las resoluciones judiciales de los Tratados Internacionales de protección de derechos humanos, así como las directrices de la Corte IDH en el contexto de los fallos dictados en los tribunales nacionales, sin embargo, es todavía sinuoso el camino para la instauración del control de convencionalidad difuso, como herramienta válida para resolver las antinomias del orden jurídico, siguiendo los precedentes de la Corte IDH.

El Paraguay debe dar pasos en el cumplimiento de su obligación en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente las contenidas en las disposiciones de los Artículos 1 y 2 de dicho Pacto, adoptar todas las medidas legislativas y de otro carácter para hacer efectivo el disfrute de los derechos humanos. De hecho, la obligación de ejercer el control difuso de convencionalidad no se circunscribe hacia el Poder Judicial, sino a todos los agentes públicos, teniendo los integrantes de los otros poderes también dicha obligación, con especial énfasis los que conforman el Poder Legislativo.

El modelo de control constitucional concentrado y con efecto inter partes, que no saca del sistema del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional o inconvencional afecta, principios básicos en materia de compromiso que emergen de tratados de derechos humanos, como el principio de progresividad y prohibición de regresividad. Asimismo, los Artículos 26 y 27 de la Convención de

Viena que consagra el principio de *pacta sunt servanda*, en el sentido de que los Tratados por los cuales se asumen compromisos internacionales deben ser cumplidos de buena fe. Todos estos desafíos deben ser afrontados y resueltos, para evitar exponer a nuevas sanciones al Estado por violación de normas de derechos humanos.

En suma, están dadas las bases con el marco normativo analizado, para la aplicación del control de convencionalidad difuso, en la República del Paraguay. Los precedentes de la Corte IDH que hacen corresponsables a los Estados Partes de la Convención de Derechos Humanos, en la búsqueda de la real vigencia en la vida cotidiana de los diferentes Estados. El marco normativo basado en el principio pro persona de respeto a la dignidad humana lo permite, ciertamente existen tensiones, pero también mecanismos para afrontarla de manera a evitar aplicar normas inconvenientes. Por ende, el camino está allanado, sólo basta romper viejos paradigmas y apostar a una decidida construcción del estado social de derecho, que tiene como centro de protección a la persona.

9. Referencias bibliográficas

Amaya, Jorge A. (2017). *Control de Constitucionalidad*. 2ª Edición. Buenos Aires. Astrea.

Amaya, Jorge A. (2014). *La Jurisdicción Constitucional*. Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. La ley.

ACJUDCR (Asociación Costarricense de la Judicatura) (19 setiembre 2013). Panel: Aplicación del Control de la Convencionalidad por el Juez ordinario. Impartido por: el Dr. Fernando Castillo Vázquez Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En el marco del XX Aniversario de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=UaVpPQf8aNE&t=4257s>

Carbonell, Miguel. (s.f.) *Introducción al Control de Convencionalidad*. Biblioteca Jurídica Virtual UNAM. Recuperado de: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9-pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 7 de Setiembre del 2004. Párrafo 3 del Voto concurrente del Juez García Ramírez Caso Tibi Vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de agosto del 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Párr. 311.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 30 de enero de 2014. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (2010). *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. Biblioteca jurídica Virtual UNAM. Recuperado de: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9-pdf>

Fix-Zamudio, Héctor. *La creciente internacionalización de las Constituciones Iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos*. Ponencia presentada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Curitiba. Estado de Paraná, Brasil (noviembre 2016). Publicado en la Ciencia

del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje Paraguayo a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho. 2012. Asunción. Paraguay. Coordinación Corte Suprema de Justicia. DILP.

González, Robert (2014). *El Control de Constitucionalidad en la República del Paraguay*. En Amaya J. (Coord.), *La jurisdicción Constitucional. Control de constitucionalidad y convencionalidad* (pp. 176-205). Asunción. La Ley Paraguaya.

Fix-Zamudio, Héctor. *Los controles de Constitucionalidad y Convencionalidad en el Ámbito Interno*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (18 setiembre de 2013). Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=ygPlkjFWYrU&t=1529s>.

Mendonça, Juan C. (2012). *Derecho Procesal Constitucional. Régimen procesal de las garantías constitucionales*. Asunción. La Ley S.A.

Nash Rojas, Claudio (2013). *Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XIX. Bogotá. 2013. pp. 489-509. ISSN 2346-0849.

Sagüés, Néstor. *El "Control de Convencionalidad" en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos Económico-sociales. Concordancias y Diferencias con el sistema europeo* (p. 6). Biblioteca Virtual. Corte Suprema de Justicia. Monografía de Juristas Extranjeros. Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/N%C3%A9stor-Pedro-SAgu%C3%A9s-El-Control-de-Convencionalidad.pdf>.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Acuerdo y Sentencia N° 879 del 16 de noviembre 2015. Sala Constitucional C.S.J. Consulta Constitucional en el juicio: "Regulación de Honorarios Profesionales del Abogado Daniel Lovera en el Juicio: Gladys Norma Florentín de Lovera c/ IPS s/ Amparo de pronto despacho".

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Acuerdo y Sentencia N° 81 del 28 de febrero de 2017. C.S.J. “Acción Declarativa de Certeza Constitucional en: Santiago Peña - Ministro de Hacienda.

Santana Bracamontes, Ernesto (s.f.). *Sistemas de Control de Constitucionalidad en México e Italia*. 04 de abril del 2017. Recuperado de: <http://portales.te.gob.mx/ccje/sites/default/files/Santana-Bracamontes-Control-de-Constitucionalidad-en-M%C3%A9xico-e-Italia.pdf>

Tribunal de Apelación Segunda, Sala Civil. A.I. N° 157 del 23 de marzo del 2015. Voto en disidencia del Magistrado Dr. Arnaldo Martínez Prieto. Juicio Víctor Acosta Garayo c/ Estado Paraguayo s/ indemnización de daño moral. Tribunal de Apelación Segunda Sala Civil y Comercial.

Universitat de Girona (el 3 de octubre del 2012). Cátedra de Cultura Jurídica. *Del control de constitucionalidad al control de convencionalidad*. (Cátedra de Cultura Jurídica). Entrevista a Eduardo Ferrer- Mac Gregor de fecha 14 de mayo del 2011. Publicado en fecha 3 de octubre del 2012. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=KJuLupY_Qh7o.

Villalba, Pablo (2014). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Asunción. La Ley S.A.



DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Y DISCAPACIDAD. CAMBIO DE MIRADA PARA CONSTRUIR UNA SOCIEDAD MÁS ACCESIBLE E INCLUSIVA

Irma Alfonso de Bogarín

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. ACCESO A LA JUSTICIA 3. ACCESO A LA JUSTICIA Y LAS 100 REGLAS DE BRASILIA. 4. RECOMENDACIONES 5. COMPARECENCIA EN DEPENDENCIAS JUDICIALES. 6. BIBLIOGRAFÍA. 7. MARCO NORMATIVO.

**DERECHO CONSTITUCIONAL
DE ACCESO A LA JUSTICIA Y DISCAPACIDAD.
CAMBIO DE MIRADA PARA CONSTRUIR UNA SOCIEDAD
MÁS ACCESIBLE E INCLUSIVA**

*Irma Alfonso de Bogarín **

1. Introducción

El acceso a la justicia es un derecho y a la vez un medio que permite a las personas restablecer el ejercicio de aquellos derechos que le hubiesen sido desconocidos o quebrantados¹.

El acceso a la justicia constituye no sólo el núcleo en la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas, sino también para la vigencia de una democracia plenamente inclusiva.

* Presidenta del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de la Capital, 2017. Miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya, especializada en la Protección Internacional de la Niñez. Representante de la Corte Suprema de Justicia como operadora de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica (IberRed). Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA) y de la Escuela Judicial del Paraguay. Profesora invitada a seminarios y congresos en distintas universidades del país y exterior. Expositora de la Asociación Internacional MERCOSUR de Jueces de la Infancia y juventud.

¹ Leandro Despouy. Informe sobre la independencia de magistrados y abogados, al Consejo de Derechos Humanos. 13/05/08.

Puede mencionarse como sus componentes: el derecho a la tutela judicial efectiva, incluido el derecho a ser oído, el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la igualdad ante los tribunales, la igualdad de medios procesales, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Según Francisco Bariffi, la noción de acceso a la justicia es amplia y exhaustiva que puede ser analizada, al menos, en tres dimensiones diferentes: legal, físico y comunicacional.

La primera de ellas se refiere a que las personas con discapacidad puedan participar, sin importar la calidad con la que hagan, en los procesos judiciales por derecho propio.

La segunda dimensión se relaciona con el hecho de que todas las instalaciones judiciales sean accesibles, y la tercera establece que cualquier información que se proporcione a las personas con discapacidad sea de igual forma accesible y se presente en medios alternativos de comunicación, como por ejemplo lengua de seña, en sistema de escritura Braille, en formatos digitales, o en un texto de fácil lectura y comprensión, entre otras.

El acceso a la justicia encuentra su consagración expresa en las Constituciones de nuestros países, y la última década nos deparó importantes sorpresas en la materia, pues se han producido avances elogiados, en la tutela de este derecho constitucional inalienable en diversos instrumentos internacionales tanto a nivel regional y universal².

Así el derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra prescripto en la Convención Americana de Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica (Ley N° 1/89), en cuanto dispone: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reco-*

² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14.

nocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones” (Art. 25.1).

Dispone el Artículo 1 de este instrumento que el Estado debe respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en el Pacto y sostiene el Artículo 2 que aquel debe, por lo mismo, remover los obstáculos que se oponen al curso de esas facultades y adoptar medidas de diversos géneros para ponerlas efectivamente al alcance de todas las personas. El Estado es garante, en general de quienes se hallan bajo su jurisdicción. El deber de cuidado que le compete transita, conforme a las circunstancias, por las más diversas situaciones: entre ellas, el preciso deber de cuidado que le concierne en la atención a sujetos que no pueden valerse por sí mismos o tienen severamente limitada su capacidad de hacerlo. Este deber varía en calidad e intensidad, conforme a las características del bien garantizado y de los titulares de ese bien. Así cabe esperar del Estado que atiende al paciente psiquiátrico, una garantía más extensa, profunda y constante frente a aquellas personas que tienen las condiciones que les permitieran ejercerlas por sí mismas.

Esta Convención goza de jerarquía supra legal, es decir, está por encima de las leyes, pero por debajo de la Constitución (Art. 137).

Sus normas son de cumplimiento obligatorio y no se puede invocar disposiciones de nuestro derecho interno como justificación del incumplimiento. Una solución en contrario no superaría el test de convencionalidad y a la vez comprometería la responsabilidad del Estado.

2. Acceso a la justicia y discapacidad

Las personas con discapacidad se enfrentan con diferentes barreras que las ubican en una posición que, lejos de permitirles gozar y ejercer este derecho en igualdad de condiciones que las

personas sin discapacidad, las han sometido a su anulación o cuando menos a grandes dificultades.

Es por ello los esfuerzos realizados en los últimos años, tanto a nivel nacional como internacional, en orden a reforzar el régimen jurídico de protección de las situaciones de incapacidad, para que dichas personas puedan mejorar sus condiciones de vida y en general sean reconocidas como personas titulares de derechos humanos.

Entre estos instrumentos podemos mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI, aprobado el 13 de diciembre de 2006, que contiene no solo una innovadora visión sobre la discapacidad, en armonía con la perspectiva de los Derechos Humanos, sino exige a los Estados el deber de asegurar el efectivo acceso a la justicia al establecer explícitamente: *“Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”* (Art. 13.1).

Este instrumento, ya en el Preámbulo, expresa su preocupación por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad, que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación, por lo que impone a los Estados Partes la adopción de medidas que posibiliten el pleno disfrute de sus derechos, en igualdad de condiciones con los demás.

De esta forma ha reconocido que estas personas tienen un estatus de sujeto de protección reforzada y surge con prístina claridad, que el Estado es quien asume obligaciones y entre ellas realizar los ajustes de procedimiento para cumplirla. A tal efecto se debe partir del reconocimiento de todas las barreras que propician una desigualdad de las personas con discapacidad en el derecho

de acceso a la justicia para estar en la posibilidad de implementar ajustes que efectivamente, eliminen en la práctica esas situaciones de desigualdad y discriminación, los cuales podrán ser tan variados como las necesidades del caso la establezca. En esa inteligencia los operadores jurídicos tienen la obligación de instrumentarlos atendiendo al caso en concreto, sin pretender establecer criterios generales de aplicación.

En la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de las personas con discapacidad tienen que participar todos los sectores de la sociedad y desde luego los discapacitados.

Con su ratificación por Ley N° 3.540/2008, nuestro país incorporó al derecho nacional con observancia obligatoria, dado que los tratados internacionales ratificados tienen una jerarquía inferior a la Constitución Nacional y superior a las leyes. En este sentido es fundamental tomar medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades, con el fin de evitar retrasos en la tramitación del proceso, de manera que garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos; utilización de la comunicación alternativa y aumentativa, tales como imágenes y tablas de comunicación para permitir a la persona expresarse plenamente.

Por otra parte, no se puede soslayar la disposición que dice: "Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; d) Abstener-

se de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del Artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices; g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible; h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo; i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos” (Art. 4.1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Así la Corte IDH en el caso *Ximenes López c/ Brasil*, sentencia del 4-VII-2006, donde se discutió las condiciones indignas en las que vivía una persona con discapacidad mental en un centro de salud mental en Brasil ha afirmado “...la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren de discapacidades en razón de su particular vulnerabilidad (...) Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los

derechos humanos (...) No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...) como la discapacidad”.

Otra de las decisiones de la CIDH relevante para esta materia, es la medida cautelar adoptada en el 2003 y reafirmada en el 2008 con respecto a los pacientes del Hospital Psiquiátrico de Paraguay³. En dicha medida, la CIDH estableció protecciones para las personas con discapacidad mental internadas en dicho nosocomio. Si bien no se cuestiona propiamente el internamiento, se busca acabar con los maltratos a los que eran sometidas estas personas, en especial con referencia al aislamiento celular. De esta manera, la CIDH solicitó a Paraguay que adopte todas las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad personal de los y las pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, en especial para prevenir la ocurrencia de nuevos actos de violencia física y sexual al interior del Hospital, y requirió que informe sobre las medidas adoptadas para investigar los presuntos abusos sexuales y hechos de violencia que habrían resultado en la muertes de varias personas, con el fin de prevenir la repetición de tales hechos.

No menos importante es la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte IDH que merece una detenida lectura del párrafo relativo a los niños que presentan algún tipo de discapacidad.

Como se advierte, son múltiples los precedentes en los que la Corte IDH ingresó al análisis del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, con argumentos de notable solvencia jurídica.

³ CIDH, MC 277-07 - Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, Paraguay. 17 de diciembre de 2003 y 29 de julio de 2008.

3. Acceso a la justicia y las 100 Reglas de Brasilia

La concreción del acceso a la justicia exige no solo un sistema judicial respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, sino requiere de medidas transformativas de orden cultural, actitudinal, infraestructura física, o en el contenido de los procesos y decisiones que garanticen a que su titular acceda en forma efectiva al sistema para el amplio goce y ejercicio de sus derechos y así dar solidez al Estado democrático plenamente inclusivo.

En otras palabras, no basta con la existencia formal de recursos, sino que este debe ser efectivo, capaz de producir plena eficacia ante la violación de derechos alegados.

Consciente de ello y de que la efectiva mejora en el acceso a la justicia exige una serie de medidas dentro de la competencia del sistema justicia, la Cumbre Judicial Iberoamericana de Presidentes de Corte Suprema y Presidentes del Consejo de la Magistratura, aprobó en su Asamblea Plenaria N° XIV, celebrada en Brasilia en el año 2008, las 100 Reglas de Brasilia, denominada también Reglas que protegen a los más débiles.

Este instrumento contiene un conjunto de recomendaciones y acciones concretas que se inspiran en los principios contenidos en los diversos tratados y declaraciones de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, cuyo propósito es la remoción de los obstáculos al ejercicio de los derechos y también implica la adopción de medidas que posibiliten el pleno disfrute de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por ello, estas Reglas deben ser entendidas como un complemento con las convenciones para impulsar y garantizar el pleno acceso a la justicia.

Entre los beneficiarios de estas Reglas están aquellas personas que por razón de su discapacidad encuentran mayores obstáculos para ejercer con plenitud, ante el sistema de justicia, los

derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, por lo que gozan de un reconocimiento diferenciado de derechos.

Cabe resaltar que estas dificultades se agravan cuando se trata de niños, niñas, adolescentes, mujer, persona adulta mayor, pobre, migrante, indígenas entre otros factores, quienes requieren mayor protección para ejercer sus derechos, pues en la medida que son protegidos y efectivizados esos derechos disminuyen o varían su vulnerabilidad.

Las Reglas de Brasilia entiende por discapacidad “la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social” (R. 7).

Se observa que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

Para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones, establecen unas Reglas que le son aplicables para cuando recurren al sistema de justicia en carácter de parte que ejercita una acción, o para su defensa ante una demanda o como testigo o en cualquier otra condición.

La importancia de estas Reglas reside en que tienen como destinatarios a todos los actores del sistema judicial y a quienes intervienen de una u otra forma en él. De tal modo que el propio sistema pueda contribuir de forma significativa a la reducción de las desigualdades sociales favoreciendo la cohesión social.

4. Recomendaciones

Vale la pena destacar que resulta un instrumento interesante porque formula recomendaciones imperativas a los servidores y operadores del sistema de justicia, tales como la de otorgar a las

personas con discapacidad **trato adecuado** a sus circunstancias singulares.

Esto incluye adoptar las siguientes buenas prácticas:

1. El respeto por la dignidad inherente a las personas con discapacidad conlleva la obligación de **priorizar** actuaciones donde intervienen, procurando que los actos judiciales se celebren en forma puntual.

2. Para garantizar el principio de celeridad, se recomienda **adoptar** las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación del expediente garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto.

En otras palabras, un correcto servicio de justicia implica la necesidad de que los procesos se tramiten con la debida diligencia que requiere mayor celeridad.

En este orden los magistrados, en cuyas dependencias están en trámites los expedientes, se hallan facultados a disponer la concentración en un solo acto las diversas actuaciones en las que deban participar las personas con discapacidad, estableciendo contacto personal con ellas, desde el inicio y durante todo el proceso, promoviendo vínculos de confianza con las mismas para favorecer la participación plena en el proceso que le incumbe.

Para la concentración en el mismo día y lugar de los actos procesales, es conveniente consultar previamente con las personas en situación de discapacidad, por los diversos obstáculos que tienen que sortear para acudir a los tribunales.

3. El sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. A tal efecto el instrumento que estamos analizando recomienda también **proporcionar** desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso en las etapas prejudiciales **información** básica sobre la importancia y aspectos relevantes de su intervención, la naturaleza del acto judicial del que va a participar, su rol dentro de dicho procedimiento, el tipo de apoyo o asis-

tencia que pueden recibir en el marco de las prácticas judiciales, como también los derechos que pueden ejercitar en el seno del proceso, pues va de suyo que nadie puede tomar una decisión sin antes informarse acerca de cuáles son las consecuencias que la misma puede tener en la vida personal de cada quien.

Sobre el particular la Convención ha establecido: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas” (Art. 12.4).

Lo precedentemente señalado supone que deben tener acceso a un intérprete si fuera necesario o de comunicarse con profesional experto para el caso que lo requiera y así garantizar la comunicación de manera efectiva.

Para proporcionar esa información es aconsejable el uso de Braille, y en formato de fácil lectura y comprensión, para las personas ciegas.

También se recomienda otros medios alternativos de comunicación e información, como pueden ser los dispositivos multimediales, los medios de voz digitalizados.

Sobra decir que este tipo de apoyo debe estar presente en todo momento del proceso.

Si se trata de discapacidad auditiva o sordo ceguera, y a fin de garantizar la comprensión de la información brindada y la fidelidad de las manifestaciones de las personas con discapacidad se debe contar con intérpretes especializados en el uso de la lengua de señas u otros medios, incluyendo las tecnologías adecuadas.

Al igual que sucede en el caso de las personas con discapacidad auditiva para asegurar que las personas hipoacusicas que se comunican en la modalidad oral y realizan lectura labial comprendan el alcance del proceso y su significado, así como toda la información, se precisará que el operador de justicia se ubique dentro del campo visual de la persona, articule y module las palabras concretamente a un ritmo moderado.

Es obligación del juez la creación de las condiciones adecuadas, en los casos precisos, para facilitar su interacción con las personas con discapacidad, no solo para reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus intereses sino para lograr su plena inclusión en pie de igualdad.

Esta idea es congruente con lo afirmado por la Corte IDH, donde recordó: "...en el marco de las obligaciones derivadas de los Artículos 1.1 y 2 de la Convención y según los estándares desarrollados en la presente sentencia (Párrs. 125-139), los Estados deben adoptar medidas para reducir las limitaciones o barreras y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas..." (Caso S.C.F. y familiares vs. Argentina. Sentencia del 31/08/12, párr. 300).

No está por demás reiterar que debe asegurarse durante todo el desarrollo del proceso la participación de los intérpretes que brindan asistencia a estas personas con el fin de garantizar su comprensión integral.

También es importante que se haya capacitado al intérprete para trabajar con estas personas. La falta de conocimiento y/o experiencias a ese respecto podrá impedir que las personas com-

prendieran cabalmente las preguntas que se le hicieran y dificultar el ejercicio de su derecho a una participación efectiva.

Conforme lo estipulan las Reglas de Brasilia, el suministro de la información debe ser en un lenguaje claro, accesible evitando tecnicismo que garantice la comprensión de su alcance y significado. Asimismo, se debe evitar el uso de expresiones o elementos intimidatorios.

Finalmente creo necesario puntualizar que: “La comunicación incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”⁴.

5. Comparecencia en dependencias judiciales

Las Reglas proclaman que durante la tramitación de los juicios en que se vean involucradas las personas con discapacidad y en todas las etapas del mismo se les debe garantizar un ambiente amigable que transmita tranquilidad y confianza. Es decir, un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo, adecuado a las circunstancias singulares de las personas en condición de vulnerabilidad.

Así lo instituye la Regla N° 8: “Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su segu-

⁴ Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Aprobado por las Naciones Unidas el 13/12/2006 y ratificada por Paraguay el 10 de junio del 2008 por Ley N° 3.540, Artículo 2°.

ridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”.

En ese sentido, para garantizar el adecuado desplazamiento y movilidad se estima necesario cuidar las barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales, lo que comprende distribución de los espacios, mobiliarios, instalaciones y señalizaciones acorde a las exigencias de las normas y directrices sobre accesibilidad de las instalaciones para personas con discapacidad. Esto implica entre otras señalizaciones en lugares adecuados y formatos accesibles.

Es dable destacar, que mientras los lugares estén organizados y construidos de forma que sean inaccesibles para las personas con discapacidad, se está denegando el derecho de acceso a la justicia de manera efectiva.

Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se debe procurar que la persona espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial.

Para lograr ese mismo fin puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional del sujeto con discapacidad.

Así disponen las Reglas al establecer: “Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinares, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad” (R. 41).

Las Reglas aconsejan prescindir de comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberá asistir cuando resulte indispensable al señalar: *“Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona”* (R. 69).

Lo que se pretende es impedir que pueda tener cualquier percepción de un peregrinaje jurisdiccional con la consiguiente inseguridad y angustia.

“En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales” (R. 71).

Con mayor énfasis se destaca que quienes participen en dicho acto deben evitar de hacer valoraciones basadas en consideraciones de tipo cultural o ideológico, juicios o críticas sobre el comportamiento de la que configure perjuicios o produzcan efectos o resultados discriminatorios respecto de las personas con discapacidad.

Los jueces en su labor interpretativa deberán tomar en consideración los principios generales del derecho de las personas con discapacidad. En caso de existir dos o más normas que resultaren aplicables al caso concreto, se propone preferir aquella que más beneficie a la persona con discapacidad, ya sea garantizando su inclusión y participación plena y efectiva en la sociedad, así como su derecho a una vida independiente. Es decir, aplicar el principio pro-persona, que es el criterio de interpretación en materia de derechos humanos que obliga a quienes operan con normas vinculadas a estos a emplear siempre los estándares más altos a favor de las personas⁵.

⁵ CADH. Artículo 29. “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que pue-

Se hace énfasis especial que el juez debe redactar las resoluciones con un lenguaje inclusivo y respetuoso de los derechos humanos de las mismas.

Llegando a este momento es pertinente señalar que la obligación comprende la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a las personas con discapacidad que se encuentran en lugares geográficamente lejanos, pues ¿Qué acceso a la justicia podemos ofrecer y garantizar cuando por ejemplo a la distancia se le suma otro factor de vulnerabilidad como la pobreza?

Como se dice en la exposición de motivos de las 100 Reglas de Brasilia: “El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. **Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho**”.

La Corte Suprema de Justicia, consciente de esta realidad y con el afán de derribar estas barreras geográficas, ha instalado el Sistema Nacional de Facilitadores Judiciales, quienes brindan orientaciones a los sectores más vulnerables de su comunidad sobre cómo acceder a la justicia.

Asimismo, en la búsqueda de remover los obstáculos que limitan e inhiben el disfrute del acceso a la justicia, ha presentado una propuesta legislativa para ampliar la competencia de los Jueces de Paz, órganos que se encuentran distribuidos en todos los municipios del país, por ende son las primeras puertas que tienen las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido pro-

dan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

ceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

Vale la pena recordar aquí lo dispuesto en la Convención al establecer: “Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para: a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público; b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad; c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad; d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión; -11- e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público; f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información; g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet; h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo” (Art. 9.2).

Ahora bien, resulta interesante advertir que este cambio de mirada, exige ir removiendo obstáculos institucionales, culturales, normativos y también actitudinales para la eficacia y eficiencia de la Convención y de las Reglas, en cuya primera fase devienen insoslayables las medidas de sensibilización social y la formación especializada de los operadores y servidores del sistema judicial, para la remoción de las barreras socioculturales, actitudinales, lingüísticas, factores claves, que se interponen y dificultan el acceso igualitario a la justicia.

Sin la capacitación adecuada de quienes se desempeñan en la administración de justicia, aunque se cuenten con las mejores leyes no hay acceso efectivo a la justicia.

En apoyo de este criterio, la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad establece: “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario” (Art. 13.2).

Esta prescripción es en procura de garantizar a las personas con discapacidad el goce pleno de sus derechos.

Todos los que intervenimos de una u otra forma en la administración de justicia debemos incorporar de forma transversal estas Reglas, orientadas no solo a la adecuada atención de las personas con discapacidad, sino para incidir considerablemente en la consolidación de los cambios con el objetivo de que los derechos se vuelvan tangibles y lograr una justicia inclusiva para todos.

Es menester destacar que un sistema judicial respetuoso de los derechos fundamentales de las personas en condición de vulnerabilidad, es insuficiente, si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema para obtener la tutela de sus derechos.

Es que tal como lo ha sostenido la Corte IDH “...*que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de*

derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre..."⁶.

Por ello, como actores proactivos en la administración de justicia, debemos apuntar en primer lugar a la remoción de las barreras visibles e invisibles que bloquean el pleno goce de los servicios del sistema judicial a las personas con discapacidad y como lo dijo el Papa Francisco, asumamos el compromiso de construir puentes, con una actitud abierta, para que los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad tengan eficacia y vigor en su vida cotidiana y así lograr una igualdad no solo formal sino real en todos y cada uno de los procesos y actos jurídicos en los cuales estas personas tengan un interés central, caso contrario serían mera letras sin resultado.

6. Bibliografía

Arango, Rodolfo (2004). *"Derechos, constitucionalismo y democracia."* Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Despouy, Leandro (2008). *"Hacia una Justicia independiente y eficaz"*. Informe sobre la independencia de magistrados y abogados, al Consejo de Derechos Humanos. 1ra. Edición. Edit. El Mono Armado, Buenos Aires.

Corte IDH, sentencia del 4-VII-2006, caso *"Ximenes López c/ Brasil"*.

CIDH, 17 de diciembre de 2003 y 29 de julio de 2008, caso: *"MC 277-07- Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, Paraguay."*

Opinión Consultiva N° 17/2000. *"Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño. Corte IDH"*.

⁶ CIDH; Caso Furlan y Familiares vs. Argentina; Sentencia de 31/08/ 2012, párr. 134, con cita del caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia del 12/09/2005.

CIDH, sentencia de 31/08/2012, caso “*Furlán y Familiares vs. Argentina*”, Párr. 134, con cita del caso “*Masacre de Mapiripán vs. Colombia*”, sentencia del 12/09/2005.

7. Marco normativo

Constitución Nacional de la República del Paraguay, 1992.

Ley N° 1/89 “Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica”.

Acordada N° 633 de fecha 1 de junio de 2010 “100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, adoptada en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre judicial Iberoamericana de 2008, Brasil.

Ley N° 3.540/2008 Por la que Paraguay aprueba y ratifica la “*Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*”. Aprobada por las Naciones Unidas el 13/12/2006.

Ley N° 1.925/2002 Por la que Paraguay aprueba y ratifica la “*Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*”.



HADO CONSTITUCIONAL. ¿SIMPLE LECTURA O NECESARIA INTERPRETACIÓN?

María Elodia Almirón Prujel

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERPRETACIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN COMO SUPERACIÓN A LA DISTINCIÓN ENTRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL DE LEGALIDAD. 3. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. 4. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. 5. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. 6. PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN. 7. PRINCIPIO DE LA CONCORDANCIA PRÁCTICA. 8. PRINCIPIO DE LA EFICACIA INTEGRADORA O EFECTIVIDAD. 9. PRINCIPIO DE LA CORRECCIÓN FUNCIONAL. 10. PRINCIPIO DE LA EFICACIA O EFECTIVIDAD. 11. PREDOMINIO DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL. 12. VÁLVULAS DE ESCAPE DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL. 13. DEFECTOS, INCOHERENCIA O IMPRECISIONES DEL TEXTO. 14. NECESIDAD DE PRACTICAR UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA. 15. ¿QUÉ TIENE DE ESPECIAL LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL? 16. ¿EXISTEN REGLAS PARA INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN? 17. CONCLUSIONES. 18. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

HADO CONSTITUCIONAL. ¿SIMPLE LECTURA O NECESARIA INTERPRETACIÓN?

*María Elodia Almirón Prujel**

1. Introducción

Cuando Hans Kelsen propuso entregar el monopolio del control de constitucionalidad a un órgano especializado como es el Tribunal Constitucional, lo concibió como legislador negativo con capacidad para abrogar o derogar normas, pero no para crearlas. Es así que por lógica consecuencia se encontraba vedado de resolver o revisar casos concretos; es decir, que sus facultades deberían ser legislativas y no jurisdiccionales, situación que sin duda diferenció el modelo concentrado del modelo difuso de control de constitucionalidad.

Posteriormente, con la atribución entregada a los Tribunales Constitucionales de conocer acciones tutelares interpuestas contra actos y omisiones que menoscaben o supriman derechos, éstos empezaron a revisar resoluciones de los tribunales ordinarios, he-

* Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de Asunción (2004); Integrante del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Segunda Sala, Circunscripción Central (2016). Profesora titular por concurso de méritos en la cátedra Derechos Humanos, Derecho, Universidad Nacional de Asunción (2013) y Profesora adjunta por concurso de méritos, en la cátedra Derecho constitucional, Derecho constitucional, Universidad Nacional de Asunción (2016).

cho que generó conflictos de naturaleza constitucional denominados según el caso como “choque de trenes”.

De acuerdo al diccionario de términos jurídicos la interpretación “es la explicación del sentido de una cosa, especialmente el de los textos”. Algunos autores, partiendo de la definición académica dicen que es la explicación de los textos faltos de claridad, lo que no se comparte, en razón que la interpretación de los Códigos, no explica textos faltos de claridad, sino que profundiza sus alcances analizando lo que tiene carácter o situaciones concretas, porque dada la riqueza del lenguaje, el sentido literal de las palabras se presenta a numerosas explicaciones, dudas, alternativas, etc., donde precisamente radica la función del intérprete, buscando la intención del Legislador –o Constituyente o legislador ordinario–.

En este contexto, corresponde hacer notar que, en Paraguay, la creación tanto de la Corte Suprema de Justicia (Artículo 259), como de la Sala Constitucional (Artículo 260), se encuentra prevista en la Constitución, y que nuestro control de constitucionalidad es concentrado en manos de ambos órganos, no contando con tal competencia los jueces ordinarios a diferencia de estos jueces constitucionales.

2. La interpretación desde la Constitución como superación a la distinción entre el control de constitucionalidad y el de legalidad

Son diversos los criterios para la diferenciación entre la interpretación constitucional y la interpretación legal.

Desde un punto de vista orgánico, la diferenciación dependería de qué tipo de juez proviene la interpretación, entonces básicamente la Sala Constitucional (Artículo 260) y la Corte Suprema de Justicia (Artículos 132 y 259 inc. 5) realizan la interpretación constitucional, mientras que los jueces ordinarios la interpretación de legalidad, conforme el Principio de legalidad.

Para otros en cambio, el criterio prevalente de dicha diferenciación recae sobre la norma a utilizarse, vale decir, el juez ordinario funda su decisión en la ley, en cambio el juez constitucional en la Constitución; sin embargo el Artículo 137 de la Constitución, establece el orden de prelación (aplicabilidad en el Derecho positivo interno) en relación con el Artículo 256 segundo párrafo del mismo cuerpo normativo, que establece que toda sentencia judicial debe estar fundada en la Constitución y en la ley.

En efecto, la Constitución y la ley, se diferencian: por su origen, ya que la Constitución emerge del Poder constituyente (Artículo 289) a diferencia de la ley que emerge de un Poder constituido (Artículo 202); por su estructura lógico-jurídica, es decir, por el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico y las funciones que cumplen ya que éstas son diferentes; y por su contenido, pues la ley rige las conductas particulares de los individuos a diferencia de las normas constitucionales que rigen políticamente a la sociedad, situación que explica el mayor grado de abstracción de la Constitución respecto a las leyes, de forma que la Constitución no nació para expresar la regularidad de comportamientos individuales como ley, sino para convertirse en un cauce a fin de que la sociedad se conduzca políticamente y en libertad.

De lo referido se tiene que el carácter dinámico y amplio de la Constitución, al abarcar aspectos extrajurídicos como lo social y político, entre otros, permite que sus normas en general principistas, admitan mayor cantidad y variedad de interpretaciones que las que admiten las leyes, máxime cuando a diferencia de éstas no cuentan con una estructura de supuesto-consecuencia, de ahí que en la interpretación jurídica de las normas en general el intérprete posee siempre un marco normativo de referencia representado por la Constitución, la interpretación de las normas constitucionales carece de dicho marco.

Por otra parte, se tiene la posición de aquellos que niegan la diferenciación entre interpretación constitucional e interpretación legal, así Rolando Tamayo y Salmorán sostiene que: "(...) si se piensa que la Constitución es diferente de los otros materiales ju-

rídicos, por considerarla el primer acto condicionante, entonces habría que reconocer que sería tan diferente como lo es el segundo del tercero, el tercero del cuarto, etcétera, ¿esto es suficiente para romper la unidad del objeto de la Ciencia del Derecho? Establecer una diferencia de objetos en atención a su prelación (prelación completamente relativa) es tan absurdo como pensar que el padre de un individuo no sería objeto de la antropología en el mismo sentido que este último, o tan absurdo como considerar que el 3 necesita de una matemática especial, mientras que otros sostienen que entre la interpretación constitucional y la legal la diferencia es de grado y, por ello, corresponde utilizar los mismos métodos interpretativos (...)"

Ahora bien, debe considerarse que la constitucionalización del ordenamiento jurídico provoca que la Constitución condicione el contenido de las leyes, lo que implica que estas últimas necesariamente deban interpretarse desde y conforme la Constitución (interpretación correctora conforme), es decir, del carácter normativo de la Constitución no sólo se deriva la anulación de leyes incompatibles con ella sino, en general, la exigencia de interpretarlas y aplicarlas de conformidad con la norma que preside el ordenamiento jurídico. Por ello, la actividad de la justicia constitucional no se agota en la confrontación de una ley y la Constitución, sino que abarca a la interpretación de la ley en el marco de la Constitución –interpretación sistémica (sistemática, de armonización contextual, entre otras)– y, por tanto, alcanza a las controversias que los jueces ordinarios deben resolver, lo que en los hechos diluye la diferenciación entre lo que es interpretación constitucional y legal.

Entonces, la Constitución es desarrollada por la ley, de ahí que esta última, al precisar sus contenidos, pueda utilizarse en ciertos casos para interpretar la Constitución, pero al mismo tiempo la diferenciación entre disposición como texto y norma como significado del texto, denota la posibilidad de que una disposición pueda tener varios significados, lo que a su vez provoca que tanto el juez ordinario como el juez constitucional deban rechazar aquellas interpretaciones de la ley que se contrapongan a la Constitu-

ción, provocando que la interpretación constitucional y legal se realice en doble sentido; vale decir, para interpretar la Constitución puede tomarse en cuenta la ley que la desarrolla, pero para interpretar la ley necesariamente debe tomarse en cuenta a la Constitución. Es decir, la relación entre Constitución y ley es recíproca, y por ello, los jueces ordinarios deben considerar indefectiblemente los contenidos de la Constitución para interpretar las leyes, de forma que incluso en un modelo concentrado de control de constitucionalidad, si los órganos de la administración no pueden efectuar una interpretación constitucional de tipo negativo, es decir, negarse a aplicar una disposición legal por estimarla opuesta a la Constitución, por el contrario, sí están facultados, e inclusive obligados, a realizar una interpretación propositiva para armonizar los textos legislativos que sirven de fundamento a su actuación, con las normas y principios de la Constitución.

En este sentido, los jueces ordinarios deben realizar una interpretación de las leyes “desde” la Constitución, optimizando su contenido y en su caso si encuentran diferentes opciones interpretativas corresponde que efectúen una interpretación (correctora) “conforme” a la Constitución, eligiendo la interpretación que resulte constitucional y desechando las incompatibles. Así, tenemos el Artículo 225 (Juicio Político), en el cual sólo se hace mención a la palabra “delitos”, siendo que nuestro sistema procesal penal, realiza la clasificación en “hechos punibles, y estos a su vez en delitos y crímenes”, por lo que el texto debe ser corregido, a los efectos de contar con una interpretación omnicomprendensiva de delitos para crímenes; la misma situación interpretativa se genera en el Artículo 253 (Del enjuiciamiento y de la remoción de los magistrados).

A la Corte Suprema de Justicia/Sala Constitucional, no sólo le corresponde efectuar una interpretación “de” la Constitución sino la interpretación del ordenamiento jurídico “desde” y “conforme” a la Constitución según el caso.

En la interpretación del texto constitucional, pueden ser utilizados distintos tipos de interpretación, así tenemos la objetiva, la subjetiva, la literal, las correctoras que corrigen el texto (extensiva,

restrictiva, conforme y sistemática), histórica, evolutiva, entre otras, las cuales se combinan con los argumentos o criterios de argumentación, a los efectos de develar el contenido significativo del precepto legal a ser interpretado; estos argumentos se agrupan de acuerdo a lo pretendido a través de la interpretación en gramaticales, sistémicos, históricos, retóricos, sociológicos, teleológicos y pragmáticos).

Asimismo, debe recordarse, que en los hechos, para la determinación de los contenidos constitucionales corresponde que el órgano de control de constitucionalidad utilice las leyes que desarrollan la Constitución, de forma que, como quiera que tanto el contexto jurídico-material como el jurídico-funcional apuntan en el sentido de una conservación de la ley, la interpretación con arreglo a la Constitución interpretará la norma constitucional en cuestión, en la medida de lo posible, en el sentido en que el legislador la ha determinado.

La interpretación de la ley con arreglo a la Constitución supone, por tanto, en su repercusión de modo reflejo sobre la interpretación constitucional, una interpretación de la Constitución con arreglo a ley.

De ahí que si los jueces constitucionales así como los jueces ordinarios deben utilizar la Constitución y la ley al mismo tiempo, se tiene que lo hacen porque son dos tipos de normas que interactúan recíprocamente; de forma que, conforme lo visto, la legalidad incorpora como primer elemento a la Constitución, la cual a su vez reenvía la solución del caso a la ley, provocando entonces que la distinción entre ambos tipos de interpretación resulte eminentemente teórica pero sin una consecuencia práctica y, por ello, ningún profesor universitario puede decir con certeza a sus alumnos hasta dónde en una sentencia se efectuó interpretación constitucional y hasta dónde interpretación legal.

La interpretación de las normas jurídicas implica otorgarles un sentido. En el caso de la Constitución, su interpretación adquiere especial importancia pues a través de ella se busca dar un senti-

do a las normas fundamentales que organizan la convivencia política de un país. Además, dada su peculiar característica de norma suprema del ordenamiento jurídico, de su interpretación depende la vigencia de las demás normas, las cuales pueden quedar expulsadas de aquel ordenamiento debido a su inconstitucionalidad.

Nuestra Constitución, otorga esta facultad interpretativa a los tres órganos del Estado, que forman la tríada de ejercicio de poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así tenemos los Artículos 202 núm. 2) –legislativo–, 238 núm. 2) –ejecutivo– y 247 –primer párrafo– (judicial).

3. Interpretación de la Constitución

La interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico. De una determinada interpretación de la Constitución, pueden ser expulsadas del sistema jurídico de un país algunas leyes, debido precisamente a la imposibilidad de interpretarlas conforme a los preceptos constitucionales. Esto puede originar asimismo la inconstitucionalidad de otras normas que se encuentren en conexión con tales leyes.

4. Interpretación de la Constitución e interpretación de las leyes

Conviene alertar que muchas de esas “reglas de preferencia” son explicadas por el Tribunal cuando habla de la interpretación de las leyes, y otras veces cuando detalla la interpretación de la Constitución. Ocasionalmente se ha señalado que las pautas sobre interpretación de las leyes valen también para la interpretación de la Constitución. Interpretar a la Constitución no es interpretar una ley ordinaria, dado que la primera sienta bases normativas generales que fijan el marco de posibilidades del legislador y están destinadas a gobernar la vida de las generaciones futuras, mientras que un Código, en cambio, aspira a prever todas las contingencias po-

sibles. Al interpretar la Constitución deben evitarse distinguos más menudos, surgidos de ramas del derecho ocupadas centralmente en asuntos infra constitucionales cuando pueden producir a una fragmentación de las cláusulas constitucionales que desnaturalice su contenido o imponga diferenciaciones innecesarias, cuando no perturbadoras, de su comprensión.

La Constitución, con frecuencia, permite ser interpretada de distintos modos. Ello importa un significativo rechazo, para muchas situaciones, de la "interpretación única" de la Constitución, circunstancia que le permite de paso a la Corte Suprema de Justicia, un buen margen de maniobra para optar por una entre varias rutas exegéticas, incluso cambiantes en el tiempo, conforme a la doctrina de la interpretación dinámica.

En nuestro caso, los Artículos 132 y 259 inc. 5) otorgan facultad de interpretación constitucional a la Corte Suprema de Justicia, en tanto que el Artículo 260 le atribuye esta competencia a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

La interpretación originaria hace relación a que la Constitución tiene un significado que descubrir para el cual no cabe acudir a aspectos extra constitucionales; el intérprete carece de discrecionalidad y voluntad propia para escoger entre diversos tipos de interpretaciones, porque hay una sola que es la correcta, y precisamente se trata de la interpretación originaria. Lo que interesa verdaderamente al intérprete para esta posición es determinar qué quisieron expresar los Constituyentes originarios, no pudiendo avanzarse un paso más allá de ello, para ello se debe recurrir a los anales de la Comisión Redactora; esta interpretación también podemos llamarla interpretación histórica, y nos puede hacer comprender el porqué de nuestra estructura constitucional (maximización del Poder Legislativo, en sus atribuciones y facultades; carencia de control sobre sus actividades legislativas y administrativas; inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia; procedimiento del Juicio Político; el porqué de la existencia de una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la naturaleza jurídica de la acción de certeza constitucional, así como el punto

más álgido del año 2017 que es la cuestión debatida sobre la reelección presidencial y su forma de ingreso al texto constitucional –vía enmienda y o vía reforma–, entre otras cuestiones a ser debatidas).

La interpretación evolutiva sostiene otras ideas totalmente distintas; en primer lugar sostiene que existen cláusulas abiertas que dan al juez un margen de discrecionalidad legítima para optar entre varias interpretaciones posibles de una determinada norma; en segundo lugar, que pueden recurrirse a valores o fuentes no explícitas en el texto constitucional como valoraciones sociales, culturales, políticas; se trata de una jurisprudencia de valores, de una interpretación axiológica receptiva, de una interpretación progresista. El juez constitucional en este esquema, no puede jugar un rol de espectador pasivo. Por vía de una interpretación dinámica inteligente, el juez puede extender el mandato constitucional a hipótesis no previstas originalmente por el Constituyente; es decir, la interpretación evolutiva toma las razones sociales actuales, a los efectos de un mejor entendimiento del mandato constitucional.

Distintas son las razones por las cuales se interpreta a una Constitución. Esta labor se puede realizar con un mero afán de investigación, o de crítica, como sucede en el caso del analista político, quien interpreta de una determinada manera los alcances de la Constitución, influenciado por lo general por la coyuntura política del país. Pero de otro lado, al presentarse situaciones concretas en las cuales deben ser aplicados o desarrollados los preceptos constitucionales, los órganos estatales involucrados en dichas actividades se encuentran obligados a otorgarles un sentido; y ¿quiénes se encuentran obligados a otorgarles un sentido?, claramente las autoridades públicas, y por razón de mayor fuerza, el órgano jurisdiccional.

El Congreso es una institución que debe interpretar los alcances de la Constitución al momento de elaborar las leyes, especialmente aquellas que desarrollan los preceptos constitucionales, ya sea que versen sobre la regulación de los derechos fundamentales o sobre las funciones y competencias de los órganos constitu-

cionales. Resulta importante anotar que nunca el criterio del Congreso para llevar a cabo esta delicada tarea va a ser estrictamente jurídico. Si bien el legislador se encuentra obligado a respetar los preceptos contenidos en la Constitución y los principios fundamentales en ella recogidos, no se pueden negar los importantes elementos políticos presentes en el Congreso al momento de llevar a cabo cualquier tarea, más aún si se trata del desarrollo de la ley fundamental. Pero si el legislador desnaturaliza mediante su regulación a los alcances de las normas constitucionales tales decisiones son susceptibles de ser revisadas en los órganos jurisdiccionales, y de ser el caso ser declarada su inconstitucionalidad. En consecuencia, la libertad política presente en el Congreso, que necesariamente influye en el contenido de las normas que aprueba, puede ser controlada por la actividad, esencialmente jurídica, del órgano jurisdiccional encargado de la defensa de la Constitución (Artículos 247 y 248). No han sido pocos los casos en los cuales el Congreso ha cometido excesos al desarrollar las normas constitucionales, las cuales son claramente pasibles de la garantía constitucional de la Inconstitucionalidad, a través del Control de constitucionalidad.

Obviamente al momento de elaborar estas normas, el órgano ejecutivo tiene que tomar en consideración, al igual que el Congreso cuando elabora las leyes, que los preceptos constitucionales constituyen un límite a su actividad legislativa, pues se enfrenta asimismo con la posibilidad de que las normas que promulgue sean susceptibles de ser declaradas inconstitucionales. En el marco de las atribuciones que le han sido asignadas al Presidente de la República en el campo legislativo, no puede dejar de pasarse por alto su facultad de veto u observación de las leyes, lo que conlleva a una actividad de interpretación.

El ejemplo más claro del éxito de esta institución en el ámbito de la interpretación constitucional puede encontrarse en la actividad desarrollada por el Poder Judicial de los Estados Unidos de América, y más en concreto, en las importantes decisiones que sobre tal materia ha pronunciado su Tribunal Supremo. El inicio

de esta reconocida instancia jurisdiccional en tan fundamental tarea se encuentra en la célebre resolución del juez John Marshall, en el *leading case* Marbury vs. Madison (1803). En esta trascendental decisión Marshall interpretó la norma suprema de su país, a efectos de señalar el decisivo rol de los magistrados en defensa de la Constitución, resaltando la facultad implícita (*implied power*) que ellos tienen para dejar de aplicar toda ley que la contradiga. A pesar de la importancia de esta decisión, en la jurisprudencia estadounidense del siglo XIX no se encuentra un desarrollo orgánico sobre la interpretación de las normas constitucionales.

El importante rol de los jueces para la defensa de la Constitución, y por ende para la interpretación constitucional, fue asimilado por diferentes países en los cuales se les reconoció a los magistrados la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Esta actividad del Poder Judicial como institución a la cual le compete la defensa de la Constitución frente a los posibles excesos legislativos del Congreso, es conocida como el control de la constitucionalidad de las leyes y de otros actos normativos.

En el caso de Europa continental, desde los orígenes del constitucionalismo, por la carencia de una concepción de la Constitución como norma jurídica suprema de obligatoria observancia por parte de los entes públicos, sus preceptos no fueron considerados como una garantía frente a la arbitrariedad de los poderes del Estado, sino simplemente como una garantía de la organización de éstos en base a determinados principios. Por estas razones el Parlamento fue considerado en ese continente como la institución depositaria de la soberanía del pueblo, no sometido a la limitación de norma alguna, y cuyas decisiones no podían ser objeto de revisión. Los jueces no podían por lo tanto controlar la actividad del Parlamento, siendo considerados simples aplicadores de la ley, sin posibilidad alguna de confrontarlas con la Constitución, y de ser el caso, declararlas inconstitucionales.

Estas circunstancias han cambiado profundamente en este siglo, lo que ha llevado a la implementación paulatina, en distintos países de Europa, de un Tribunal *ad hoc*, independiente del Poder

Judicial, encargado de la defensa de la Constitución (Artículo 247 de nuestra Constitución). En el caso de los países de América Latina, la notable influencia del sistema constitucional de los Estados Unidos sirvió para que fuera adoptado en diversos ordenamientos el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, las variantes políticas que han llevado a una sumisión total, incluso hasta nuestros días, del Poder Judicial ante el Poder político han originado la misma desconfianza que, en Europa se produjo respecto a esta institución para controlar a los poderes públicos al exceder sus marcos de competencia constitucionalmente asignadas. La solución adoptada a este problema fue asimismo compartida con Europa, pues debido al auge de los tribunales constitucionales en ese continente, dichas instituciones son literalmente importadas a nuestros países, como en su momento lo fue la *judicial review*. Para el adecuado ejercicio de sus funciones, los Tribunales Constitucionales han sido considerados en los ordenamientos jurídicos que los han incorporado, como el intérprete supremo de la Constitución, de ahí su peculiar importancia para el desarrollo de la interpretación constitucional, más aún si se considera que sus decisiones son de obligatorio cumplimiento para las demás instituciones de un país. En cuanto a su labor de interpretación, la actividad del Tribunal Constitucional puede considerarse, en principio, como netamente jurídica.

Al no contar nosotros con un Tribunal Constitucional, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es la encargada de la labor de interpretación de la Constitución de la República del Paraguay, así como también la Corte Suprema de Justicia, en razón que en el Artículo 259 núm. 5), se le otorga a esta última, la atribución y competencia de conocer y resolver sobre inconstitucionalidad.

5. Principios de la interpretación constitucional

Se trata de la labor hermenéutica que tiene por finalidad encontrar un sentido a las normas contenidas en la Constitución. Para tal efecto se han esbozado en el Derecho constitucional de-

terminados principios que orientan la labor del intérprete de las normas constitucionales.

6. Principio de la unidad de la Constitución

El intérprete de la Constitución debe comprender que ésta contiene un conjunto de normas que han de ser correlacionadas o coordinadas entre sí. En otras palabras, la Constitución debe entenderse de modo integral, y no como formada por compartimientos estancos. Por lo tanto, el análisis de cada disposición constitucional debe efectuarse tomando en consideración las demás normas contenidas en la Constitución. De la forma en que sea interpretada una norma constitucional se puede originar la variación en otras del sentido de las instituciones por ellas reconocidas. Las normas constitucionales deben ser correlacionadas y coordinadas unas con otras. La Constitución debe interpretarse de modo integral. Recuérdese la doctrina de interpretación sistemática, a través de la cual se puede colegir, por ejemplo, en nuestro texto constitucional, que el Ministerio Público, no forma parte del Poder Judicial, siendo considerada una institución autónoma de rango constitucional (Artículo 266, Constitución).

7. Principio de la concordancia práctica

La unidad antes mencionada remite a la necesidad de coherencia, o en otros términos, a la falta de contradicciones entre las distintas normas que integran el sistema constitucional, a lo cual se denomina concordancia práctica. Desde esta perspectiva, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser compatibilizados en la solución de los problemas interpretativos, de manera que cada uno conserve su identidad. Hay que interpretar la Constitución de manera que no se produzca el sacrificio de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor. Debe buscarse la coherencia de las normas, evitándose las contradicciones. Ahora bien, es preciso mencionar un hecho de mucha relevancia a la hora de hablar de coherencia; nos lo recuerda Carlos Nino: "Las Consti-

tuciones son generalmente el resultado de compromisos entre ideologías e intereses contradictorios que se reflejan en tensiones entre distintas disposiciones". Esto sin duda hace más complejo al proceso de hermenéutica constitucional, porque hay que obtener equilibrios muchas veces difíciles; pero, al mismo tiempo, y es fundamental reconocerlo: hace que la Constitución no sea obstáculo para la obra de gobiernos democráticos de diferentes tendencias; el Principio es válido, aun reconociendo que la Constitución no es, y nunca debería ser de un solo signo.

8. Principio de la eficacia integradora o efectividad

Si la norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, su interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad. Como se aprecia, este principio se enmarca dentro de la concepción de la Constitución como una norma política. La interpretación debe buscar el asegurar el mantenimiento de la unidad política, del acuerdo consignado en la Constitución. La interpretación debe ser tal que se maximice la eficacia y plena vigencia de las normas constitucionales, sobre todo aquellas referidas a los derechos y garantías fundamentales de las personas.

9. Principio de la corrección funcional

La interpretación que se efectúe no debe interferir en el ámbito de las funciones asignadas por la Constitución a diferentes órganos del Estado. En este sentido, el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagradas por la Constitución. La interpretación no debe alterar el esquema de división de poderes y funciones establecido en la parte orgánica de la Constitución, debiendo otorgarle plena eficacia al ejercicio del poder.

10. Principio de la eficacia o efectividad

El intérprete debe encauzar su actividad hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido y actualizándolas ante los cambios de la realidad.

11. Predominio de la interpretación literal

Cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de otras consideraciones. El punto de partida de esta postura es sostener que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra.

12. Válvulas de escape de la interpretación literal

La tesis de la superioridad de exégesis gramatical, a pesar de lo dicho, no es absoluta, y tiene –ella misma– válvula de escape. Algunas veces la excepción a la aplicación de la interpretación literal es admitida de modo muy excepcional, cuando la aplicación textual de la ley conduce a resultados irrazonables. En tal sentido el Juez debe apartarse de interpretación literal por motivos de justicia y equidad (para casos concretos); por motivos de recta razón, para hacer más razonable el contenido significativo de la ley.

13. Defectos, incoherencia o imprecisiones del texto

Cuando la expresión literal presenta imperfecciones técnicas, dudas o ambigüedades jurídicas, o admite razonables distinciones, el juez debe recurrir a la *ratio legis*, ya que no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras de la norma, cuando la *ratio legis* se vincula con principios constitucionales que siempre han de prevalecer en la interpretación de las leyes.

14. Necesidad de practicar una interpretación sistemática

El juez puede apartarse de las palabras de la ley, cuando su interpretación sistemática así lo impone. No cabe atenerse rigurosamente a las palabras del precepto legal, cuando así lo requiera su interpretación razonable y sistemática. La interpretación sistemática o la interpretación armónica contextual es pues, aquella que atiende a la totalidad de los preceptos de una norma, en particular, de la Constitución que posee “unidad sistemática”, así como su enlace con todas las del ordenamiento jurídico y, de modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución. Es una fórmula que descarta la interpretación aislada de un precepto jurídico, pues ello produce como resultado una interpretación – como producto – sesgada. Ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solidariamente, desconectándolas del todo que compone, sino que cabe entenderlas integrando las normas dentro de la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas de tal forma que haya congruencia y relación entre ellas. En materia de derechos constitucionales, corresponde por ello también ser interpretado armónicamente, para hallar un marco de correspondencia recíproca, conforme los Principios “pro persona” y “*favor libertatis*”.

No se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, y en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del Derecho, en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo. Lo importante es averiguar qué dice la ley “jurídicamente”, sin que esto signifique apartarse del texto legal, pero tampoco sujetarse a él.

La interpretación de la Constitución, es decir, el proceso mediante el cual se indaga el sentido de una norma constitucional con el fin de aplicarla, es un tema de interés relativamente reciente en la doctrina jurídica. Nada se dijo sobre ella durante siglo y medio de desarrollo del Derecho Constitucional. En definitiva: se trataba de una cuestión inexistente. Sólo a partir de los años cincuenta del

siglo pasado el tema cobra importancia y empieza a configurarse lo que sería una teoría de la interpretación constitucional.

El problema de la interpretación constitucional es la esencia del control constitucional. En efecto, la expulsión del ordenamiento jurídico de una ley o una norma de inferior jerarquía, producto del control constitucional, depende de la interpretación de dicha ley o norma inferior según la Constitución y, en último término, de la interpretación de la propia Constitución. En la Constitución paraguaya, el Artículo 137 estipula en su contenido significativo, tanto el orden de prelación como la supremacía de la Constitución, así como que cualquier acto normativo contrario a la misma, carece de validez, por lo que resulta plausible pensar una inconstitucionalidad con alcance "*erga omnes*", y no sólo "*inter partes*", la cual se adecua al precepto constitucional del Artículo 260, no así el de los Artículos 132 y 259 inc. 5).

15. ¿Qué tiene de especial la interpretación constitucional?

Se mencionó que la doctrina jurídica sobre la interpretación de la Constitución estuvo ausente por mucho tiempo. Al ser la Constitución un instrumento indiscutiblemente político, en el pasado se consideró que su interpretación sólo podía tener ese mismo carácter. El único intérprete de la Constitución era el Congreso y, siendo así, su interpretación no podía ser sino política; no había cabida, por lo tanto, para consideraciones y teorías jurídicas al respecto. La Constitución estaba como fuera del mundo del Derecho. Es con la aparición de los tribunales constitucionales, como órganos independientes de los tres poderes tradicionales del Estado, a cargo del control de la constitucionalidad, que la necesidad de un desarrollo jurídico frente al tema de la interpretación empieza a hacerse patente. Coadyuvan a ello también el posicionamiento de la Constitución como norma jurídica de aplicación inmediata y la obligación de los jueces de ejercer el llamado control difuso de constitucionalidad.

Pero, si bien con el tiempo se fue asentando la idea de que la interpretación de la Constitución necesita fundamentos jurídicos y no sólo políticos, el desarrollo de una teoría jurídica sobre la interpretación constitucional ha tenido que enfrentar un escollo adicional: la difundida tendencia a extender las reglas generales de la hermenéutica jurídica al campo constitucional. Es decir, tal como ocurre con las demás ramas del Derecho, simplemente se ha buscado incorporar al Derecho Constitucional las reglas y los principios de interpretación propios de la ley. En materia de interpretación constitucional, la tendencia en muchas partes, ha sido la de adoptar las técnicas y cánones aceptados en otros campos del Derecho.

En definitiva, se desconoce que la interpretación constitucional no es ni puede ser igual a la interpretación legal. Ocho serían las diferencias entre una y otra, a saber:

1. la interpretación constitucional evita frecuentemente el desencadenamiento de un proceso de reforma de la Constitución;
2. la interpretación de la Constitución cumple funciones de orientación y control;
3. el carácter vinculante propio de la interpretación constitucional;
4. la vinculación de los aplicadores del Derecho a la interpretación constitucional;
5. el contenido político que tiene la interpretación constitucional;
6. el carácter integrador de la Constitución y el contenido axiológico de sus normas;
7. el carácter cualificado de la Corte Suprema de Justicia/Sala Constitucional como intérprete de la Constitución; y,
8. frente a la Constitución existe un mayor número de opciones interpretativas.

Desde el punto de vista objetivo, se debe reconocer que la Constitución, en cuanto norma, es distinta a la Ley. La Ley existe en forma de múltiples niveles, que son expresión de la regularidad de los comportamientos de los individuos en las más diversas esferas de la vida social y que tienen una estructura material normativa caracterizada por la fijación de un presupuesto de hecho hipotético al que se anudan consecuencias jurídicas.

La Constitución, por el contrario, es única, no expresa regularidad alguna de comportamientos individuales, sino más bien marca el cauce para que la sociedad se auto dirija políticamente con un mínimo de seguridad, y reconoce un esquema de derechos y libertades básicos, a la vez que establece órganos y procedimientos dirigidos a su cumplimiento.

Además, tomando en cuenta ahora al sujeto, la Constitución tiene dos intérpretes privilegiados: el Congreso Nacional y la Corte Suprema de Justicia/Sala Constitucional. El primero, por ser la expresión de la voluntad soberana del pueblo, es el intérprete auténtico de la Constitución y su interpretación es política (Artículo 202). El segundo realiza una interpretación jurídica, determinando si la interpretación del legislador superó o no los límites que le impone la propia Constitución (Artículo 247).

Por último, desde una perspectiva teleológica, se puede decir que la interpretación de la Ley busca, fundamentalmente, determinar el sentido de una norma para, aplicándola a un caso concreto, lograr la solución jurídica más adecuada. La finalidad de la interpretación constitucional es defender la propia Constitución, esto es, precautelar el acuerdo político contenido en ella.

La Constitución, entonces, debido a su particularidad, requiere de una hermenéutica igualmente particular. ¿Significa esto que las reglas generales para la interpretación jurídica son por completo inútiles en el ámbito constitucional? No. Las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica, aquellas propuestas por Savigny (gramatical, sistemática, lógica e histórica), pueden resultar útiles, incluso necesarias, pero son insuficientes frente a la comple-

alidad que entraña la Constitución. Los métodos de interpretación jurídica, a lo sumo, pueden constituirse en orientaciones iniciales.

16. ¿Existen reglas para interpretar la Constitución?

Siguiendo al Profesor Zagrebelsky, se podría afirmar que no existe, ni en la literatura jurídica, ni en la jurisprudencia, una teoría de los métodos de interpretación constitucional que afirme la posibilidad y la necesidad de la adopción de un método preestablecido o de un orden metodológico definido. En efecto, *stricto sensu*, no existen métodos ni reglas generalmente aceptadas de interpretación para la Constitución. Más bien se ha concluido que, vistas las especiales características de las normas constitucionales que, en general, son esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas, su interpretación sea más de principios que de reglas.

Es importante revisar brevemente lo que anota Néstor Sagüés sobre lo que serían áreas pacificadas y áreas todavía en conflicto en materia de interpretación constitucional. Para el citado autor argentino, un conflicto superado sería el que existió entre las doctrinas de interpretación sistemática y asistemática, resultando vencedora la primera. No estaría más en discusión el hecho de que las normas de la Constitución deben interpretarse coordinadamente, como un todo orgánico, jamás de manera aislada. Otro conflicto superado se referiría al que enfrentó a la doctrina de interpretación histórica y a la de interpretación literal.

Para Sagüés, si bien las palabras de la Constitución cuentan, no es admisible que el intérprete se aferre ciegamente a ellas y desconozca su espíritu, es decir, la intención del Constituyente o del legislador. Así, cabrían las interpretaciones extensivas y restrictivas, de acuerdo a las necesidades que surgieran de ampliar o reducir el sentido del texto constitucional para hacerlo coincidir con el espíritu de su autor. Para hallar dicho espíritu, habría que recurrir a las exposiciones de motivos, a los debates, y a los informes de las comisiones del órgano creador de la norma constitucional, siendo ésta una tarea nada sencilla.

La última área pacificada sería aquella donde antes hubo un conflicto entre las interpretaciones estática y dinámica. En palabras del propio Sagüés: puede llamarse estática a aquella exégesis de la Constitución que, al extremar la interpretación histórica, actúa mirando hacia atrás, entiende las lagunas o silencios constitucionales como prohibiciones, y se resiste a incorporar como Derecho válido aquellas normas de Derecho constitucional consuetudinario elaboradas desde la realidad constitucional.

La interpretación de la Constitución, al contrario, debe ser evolutiva o adaptativa frente a las nuevas realidades. Esta última es la tesis de la doctrina de la interpretación dinámica. Dos serían, en cambio, las áreas de conflicto aún pendiente o de asuntos no dilucidados en lo que a la hermenéutica constitucional se refiere. La primera hace relación a la doctrina de la interpretación mutativa, entendiéndose por ésta la que extrema la interpretación dinámica, llevando al intérprete más allá de lo que señala la Constitución.

La interpretación puede ser mutativa cuando complementa y desarrolla el texto constitucional, o *contra constitutionem*, cuando se opone al texto de la Constitución, ya sea porque agrega algo, falseando el precepto en cuestión; porque sustrae algo expresamente consignado en el texto; o porque hace ambas cosas, es decir, sustrae algo y lo reemplaza por otra cosa. Sagüés se manifiesta a favor de la mutación, porque a su juicio moderniza la Constitución sin alterar la letra o la voluntad del constituyente.

En cuanto a la interpretación *contra constitutionem*, este autor nos dice que, en los casos que se pretende alterar de algún modo el texto y el espíritu de la Constitución, lo honesto sería recurrir a la reforma constitucional. Deja a salvo, sin embargo, la interpretación mutativa *contra constitutionem* exclusivamente para los casos de una imposibilidad material o racional de cumplimiento de la Constitución, o para cuando el derecho de necesidad supraconstitucional legitime superar el principio de supremacía de la Constitución. Esto último se daría si de por medio estuviese la supervivencia del sistema político y del propio Estado.

La segunda área conflictiva se refiere a la llamada interpretación previsorora. Las siguientes palabras de Monroy Cabra nos ayudan a identificar una de las tesis en disputa: la interpretación constitucional debe tener presentes las consecuencias que se pueden producir por la decisión, para lo cual no hay que olvidar el bien común y el interés general. Para Sagüés, guiado por una interpretación previsorora el intérprete constitucional podría, en unos casos, optar por la interpretación más útil, midiendo las consecuencias de todas las posibles; o, en casos extremos, inaplicar la norma constitucional porque de lo contrario podría provocarse una grave conmoción social, política o económica.

En contra de lo señalado, hay quienes anotan que la interpretación de la Constitución no puede salirse del campo netamente jurídico, sean cuales fueren las consecuencias de ésta.

En ese mismo sentido, Zagrebelsky advierte que la función del Tribunal Constitucional no es la de introducir nuevas dificultades en el sistema político-institucional, económico y social, sino la de allanar las existentes. La justicia constitucional debe facilitar, no obstaculizar.

La Constitución no puede ser un obstáculo insoportable para el proceso político a través del cual la sociedad se auto dirige.

No existe un método universalmente aceptado para la interpretación constitucional, aunque no por ello hay que desconocer que existen interesantes propuestas. A una de ellas se la ha denominado método tópico. ¿En qué consiste? Básicamente, el método tópico es una interpretación de límites. Parte de la idea de que la Constitución recoge los límites extremos que se autoimpone la sociedad, límites que es preciso analizar si fueron sobrepasados por el legislador al momento de dar respuesta a las necesidades sociales a través de la creación de Derecho. El legislador crea Derecho a partir de la Constitución y con el límite que la Constitución supone.

La Corte Suprema de Justicia/Sala Constitucional determina si los límites considerados por el legislador son aquellos efectiva-

mente establecidos en la Constitución. El legislador interpreta la Constitución desde una perspectiva política, enfocada a la solución de los problemas sociales que tiene que atender; la Corte Suprema de Justicia, en cambio, con mirada jurídica, persigue que la forma de atender esos problemas se enmarque en los límites de la Constitución. Sólo cuando, mediante una interpretación sistemática, dinámica, teleológica (si se quiere, previsor) y que respete los principios anotados, no haya manera de enmarcar las decisiones del legislador dentro de los límites extremos de la Constitución, habría lugar para una declaratoria de inconstitucionalidad.

Entre las interpretaciones política y jurídica tiene que existir una conexión. El legislador tiene que auto limitarse al dictar la ley, ya que su interpretación política debe ser jurídicamente correcta.

17. Conclusiones

1. La interpretación constitucional implica dar un sentido a los preceptos, contenidos en toda ley fundamental.

2. El Derecho es Ley, pero antes que Ley es vida; debe surgir de la vida misma y debe seguir las necesidades del individuo.

3. La Constitución debe ser más sagaz y previsor que el Constituyente.

4. La interpretación evolutiva no significa dar cualquier contenido significativo a las normas constitucionales; la interpretación evolutiva faculta al intérprete a cubrir aspectos no previstos, pero no contrarios a las normas expresas o decisiones fundamentales tomadas en otro tiempo.

5. La Ley no es un gancho elástico capaz de tirar sobre su texto de tal modo que se llegue siempre a solucionar los diferentes casos, el rendimiento de una norma no siempre es ilimitado.

6. Los Jueces tienen el deber de ponderar las consecuencias sociales de sus decisiones.

7. La interpretación tiene que ser práctica y útil, esto quiere decir, que tiene que ser apta para dar respuestas sensatas y proveedoras para la sociedad.

8. El Juez debe optimizar las posibilidades de una Constitución para dar solución adecuada a los problemas y no agudizarlos al dejarlos inconclusos.

9. La interpretación además de ser práctica tiene que ser creativa, debe de ajustarse o acomodarse a los preceptos de la Constitución, de acuerdo a las nuevas necesidades y circunstancias sociales que se vayan presentando.

10. La Corte toma en cuenta las consecuencias privadas, pero también tiene que pensar en las consecuencias mediatas o sociales.

11. Los jueces deberían tener disponibles las herramientas de interpretación al momento de administrar justicia, pues con obligar al juez nada más que a repetir la letra de la ley no vamos a conseguir mejorar la justicia.

12. No se trata de desconocer las palabras de la ley sino de dar preeminencia a su espíritu.

13. Es necesario que una Corte dé siempre respuestas coherentes, pero un tribunal de este tipo no va a ser recordado en la historia por haber dado en todo momento respuestas coherentes, impecables y seguras, sino por dar respuestas útiles a los problemas que le cupo resolver.

18. Bibliografía

Aguiló Regla, Josep. 2008. *Sobre Derecho y argumentación*. 1ra. Edición. España. Lleonard Muntaner Editor.

Atienza, Manuel. 2013. *El sentido del Derecho*. 2da. Impresión. España. Editorial ARIEL.

Atienza, Manuel. 2012. *El Derecho como argumentación*. 1ra. Edición. España. Editorial Ariel.

Atienza, Manuel. 2013. *Curso de argumentación jurídica*. España. Editorial TROTTA.

Constitución de la República del Paraguay.

De Otto, Ignacio. 1995. *Derecho constitucional (sistema de fuentes)*. 4ta. Impresión. España. Editorial ARIEL

Kelsen, Hans y Klug, Ulrich. 1981. *Normas jurídicas y análisis lógico*. Prólogo de Bulygin. España. Centro de Estudios Constitucionales.

Mendonça, Juan Carlos. 2012. *La interpretación literal en el Derecho*. Paraguay. Intercontinental Editora.

Vigo, Rodolfo L. 2006. *Interpretación jurídica*. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores.



***“QUIS CUSTODIET IPSOS
CUSTODES?” ¿QUIÉN VIGILARÁ A
NUESTROS VIGILANTES?***

José Ignacio González Macchi

**“QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?”
¿QUIÉN VIGILARÁ A NUESTROS VIGILANTES?**

*José Ignacio González Macchi **

Con esta interrogante, JUVENAL¹ cuestionaba satíricamente la lealtad del encargado de preservar la fidelidad conyugal de las esposas romanas, cuando el marido estuviera en campaña. En nuestros días, la interrogante es frecuentemente usada para definir el problema genérico de cómo vigilar a los que controlan un determinado entorno o situación, asociándola comúnmente con la *filosofía política* de Platón y el problema de la corrupción política (aunque la fuente poética original no tiene ninguna conexión conocida con el filósofo griego, o su teoría política).

A la fecha, concluido el tratamiento legislativo, ha entrado en vigencia la Ley N° 5.787, denominada **“De modernización y fortalecimiento de las normas que regulan el funcionamiento del sistema financiero”**, editada en la Gaceta Oficial de la República del Paraguay del 26 de diciembre de 2016. Durante el proceso le-

* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, de grado y postgrado. Master en Ciencias Penales y Criminológicas (Venezuela, 1992) y Master en Leyes en Derecho Comparado (EE.UU., 2002). Anteproyectista del Código Procesal Penal del Paraguay (1998). Ex Juez Penal (1995-2000). Abogado Litigante. Autor de varios libros y ensayos jurídicos en Paraguay y en el extranjero. Doctorando en la UNA.

¹ DÉCIMO JUNIO JUVENAL, poeta romano, autor de las primeras sátiras romanas, muy activo entre los Siglos I y II.

gislativo, el proyecto aprobado fue el redactado por la Cámara de Diputados, a pesar de que la Cámara de Senadores en noviembre del 2016, había rechazado sobre tablas las modificaciones al Artículo 86 de la conocida “Ley de Bancos” (Ley N° 861/1996). Según referentes del Ministerio Público –y algunos juristas allegados al sector público– aquel rechazo obstaculizaría la labor del Agente Fiscal investigador, simplemente porque se pretendía que el levantamiento del secreto bancario solamente pueda ser admitido mediante orden judicial, y en una investigación penal específica. Al hacerlo, los senadores remitieron de vuelta a Diputados la propuesta emanada del Poder Ejecutivo, y fue tomada como base del proyecto de la cámara baja. La palabra final fue dictada por los diputados, aprobándose su proyecto y sancionándose la Ley N° 5.787/2016, modificando el comentado Artículo 86 de la Ley N° 861, sobre el secreto bancario.

Para quienes criticaban tal posición asumida por los senadores, era “*sugestivo*” que la medida solo coarte el trabajo del Ministerio Público y de la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD), órganos que pueden “*molestar*” a particulares que pretenden ocultar su patrimonio, mientras que, tanto la Subsecretaría de Estado de Tributación (SET), como el Banco Central del Paraguay (BCP), la Contraloría General de la República (CGR) y la Dirección Nacional de Aduanas (DNA), no precisaban de autorización judicial para acceder a información bancaria de personas físicas o jurídicas.

Se debe tener en cuenta, en primer lugar, que no todos los que pretenden ocultar su patrimonio ante terceros son delincuentes, puesto que ocultar el patrimonio particular *per se*, no constituye hecho punible alguno, en principio. Mientras que, por otra parte, ni el Ministerio Público, ni la SEPRELAD, pueden inmiscuirse en las actividades privadas de las personas toda vez que éstas no afecten el orden público.

Desde el punto de vista del tema abordado, por “*actividades privadas*” deben entenderse también aquellas relaciones comerciales o financieras que realizan los ciudadanos sin afectar derechos

de terceros o del Estado. Diciéndolo de otra manera, la forma en la que un particular gana o hace dinero, sin que afecte o perjudique a otro o al Estado, no puede –ni debe– incitar a ningún órgano estatal persecutor de delitos, ni a otro que pretenda prevenirlos, a inmiscuirse en tal decisión o práctica.

Por otra parte, si la Banca Central pretende supervisar y controlar las actividades de las instituciones financieras y las relaciones con sus clientes, es comprensible que tenga entre sus competencias, la posibilidad de obtener información clasificada al respecto; mientras no lo divulgue, ni lo utilice indebida, ilegítima o ilegalmente. Con el mismo objeto, cuando la SET o la DNA pretenden indagar si el sujeto, objeto de la norma administrativa, tributaria o fiscal, ha cumplido con sus obligaciones legales, también puede acceder a esa información clasificada. A su vez, cuando la CGR abre una fiscalización respecto a la correcta utilización de fondos públicos, puede requerir información respecto al movimiento de cuentas de las instituciones estatales que caen bajo su ámbito de aplicación; pero nunca lo podrá hacer con relación a particulares².

¿Por qué estas instituciones sí lo pueden hacer, y no la SEPRELAD o el Ministerio Público?

En principio, porque primero debe existir al menos una sospecha suficiente de la existencia de un hecho punible de Lavado de dinero³, por la cual se permita el involucramiento de la SEPRE-

² Constitución Nacional, Art. 283: “El requerimiento de informes sobre la gestión fiscal y patrimonial a toda persona o entidad pública, mixta o privada que administre fondos, servicios públicos o bienes del Estado, a las entidades regionales o departamentales y a los municipios, todas las cuales deben poner a su disposición la documentación y los comprobantes requeridos para el mejor cumplimiento de sus funciones”.

³ Ley N° 1.015/96 “Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes”, Art. 3, literal “a”: “Comete delito de lavado de dinero o bienes, el que con dolo o culpa, oculte... un

LAD⁴; mientras que la fiscalía en lo penal, solamente puede intervenir ante una sospecha razonable de la comisión de hechos punibles de acción penal pública⁵.

En segundo término, porque ante la sospecha suficiente de la existencia de un hecho punible, se debe dar inicio formal y oficial a una investigación penal, lo que conlleva garantizar y proveer la eficacia de los derechos y garantías de los justiciables. Entre ellas, varias son las normas que, plasmadas en la Constitución Nacional, exigen el cumplimiento de ciertos requisitos legales.

A partir de esta referencia, encontramos límites constitucionales para acceder a la pretensión de aquellas instituciones públicas, sobre las cuales volveremos más adelante.

En otras palabras, los presupuestos para el involucramiento de instituciones como el B.C.P., la S.E.T, la D.N.A., o la C.G.R. ante un hecho objetivo, son menos estrictos que los requeridos para otorgar intervención al Ministerio Público (o la SEPRELAD), básicamente por la calidad de los hechos o situaciones que caen bajo el ámbito de aplicación legal de estas entidades, y de las consecuen-

objeto proveniente de un crimen, o de un delito perpetrado por una banda criminal o grupo terrorista, o de un delito tipificado por la Ley 1.340/88 "Que reprime el tráfico de estupefacientes y drogas peligrosas". Cabe acotar que esta calificación típica fue modificada primero por la Ley 1.160/97; y posteriormente, por la Ley N° 3.440/08.

⁴ Ley N° 1.015/96 "Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes", Art. 28: "Son funciones y atribuciones de la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes: ... 2. recabar de las instituciones públicas y de los sujetos obligados toda la información que pueda tener vinculación con el lavado de dinero ...".

⁵ Código Procesal Penal, Art. 18. Legalidad: "El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que hayan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos ...".

cias jurídicas que podrían desencadenarse a partir de su involucramiento directo.

No es lo mismo lidiar con la posibilidad del pago de tributos o multas –o perder la calidad de funcionario–, que ser privado de la Libertad. Por otra parte, si en cualquiera de estas instituciones se constata la eventual materialización de un hecho punible, deberá irremediablemente remitir los antecedentes al Ministerio Público para que investigue el hecho, bajo el control de un Juez Penal.

De cualquier manera, incluso con el régimen actual en el ámbito de la materia que nos toca comentar, son innumerables las situaciones que se han desarrollado a partir de incorrectas intervenciones tanto de la SEPRELAD, como por agentes fiscales del Ministerio Público, en el marco de investigaciones de “pesca”.

En la jerga forense, “**excursión de pesca**” significa salir en busca del delito, aún sin sospecha legal suficiente; o incluso aparentando que existe tal cosa, para luego abrir una investigación informal, y dejarla abierta *sine die* –sin imputación– a la espera de que algo aparezca, y permita la continuidad de la causa. En algunos casos, proveyéndose documentaciones “bajadas” de internet respecto a alguna persona, empresa, o circunstancia, y pretendiendo dotar con ello fundamento al inicio de investigaciones.

Traigo a colación un caso juzgado en la Argentina. La Sala 1 de la Cámara Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, integrada por los Dres. Eduardo Freiler, Jorge Ballester y Eduardo Farah, declaró la nulidad de todo lo actuado en la causa penal N° 9000/2012, caratulada: “*RIVERA CARLOS ALBERTO Y OTROS S/ DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA*”, al analizar los recursos de apelación interpuestos por las defensas de los procesados por el delito de lavado de dinero agravado. En la causa, el Magistrado de primera instancia Norberto Oyarbide había considerado que la Financiera Alhec operaba como una asociación ilícita para lavar dinero proveniente de innumerables delitos precedentes, todos vinculados al fútbol; entre otros, delitos tributarios por parte de futbolistas y agentes; defraudaciones a clubes; defraudaciones a

jugadores por parte de representantes en sus pases al exterior, y todo tipo de ilícitos indeterminados. Fue así que, en un extenso fallo, la Sala 1 anuló la denominada "*Causa del Fútbol*" en la cual se había dispuesto más de 150 allanamientos en clubes de fútbol, bancos del exterior, casas de cambio, oficinas de representantes y domicilios particulares, como así también la detención de más de 10 personas por estos hechos.

Los Camaristas consideraron que no existían elementos de prueba suficientes siquiera para dar inicio a la investigación toda vez que la propia descripción de la denuncia, como así también el requerimiento de instrucción Fiscal, carecían de una explicación mínima necesaria que fundamentara sobre los supuestos hechos delictivos a investigar, anulando las actuaciones a partir de este acto procesal en adelante. Igualmente, el fallo de la Cámara expuso un análisis de la nulidad de todas las escuchas telefónicas dispuestas por el Magistrado, en virtud de la inexistencia de reales motivos para disponer este tipo de medidas que afectan garantías constitucionales, pues el solo hecho de ser titular de empresas dedicadas a la representación de jugadores de fútbol de por sí no justificaba esta intromisión, ya que no se había descrito una maniobra previa por parte de los afectados, ni verificado conductas particulares que permitan sospechar que estuviesen cometiendo delitos.

Sostuvieron puntualmente los Camaristas: "... las razones expuestas por el Magistrado dejan entrever que –en realidad– decretó las providencias a la espera de que las conversaciones de los 'eventuales imputados' le permitieran definir, en presencia de un requerimiento de instrucción particularmente ambiguo e impreciso, el objeto procesal del expediente (designio que, de todos modos, no pudo ser alcanzado). Lo que es una auténtica 'excursión de pesca' inaceptable en un Estado de Derecho".

Solo para entender la dimensión del daño ocasionado con estas irregulares actuaciones judiciales ahora anuladas, el *Royal Bank of Canada* a partir del abusivo allanamiento sufrido en su sede de la República Oriental del Uruguay por parte del Juez Oyarbide –a través de la Juez uruguaya Adriana de los Santos– en el cual se-

cuestró información de muchos clientes que nada tenían que ver con la investigación, decidió cerrar la operación en Uruguay, dejando sin trabajo a gran cantidad de personas en dicho país.

Restaría preguntarse, quién deberá asumir los enormes costos de los procedimientos realizados por numerosos funcionarios públicos durante el procedimiento ordenado, y los daños y perjuicios generados a las personas que fueron ilegítimamente escuchadas, allanadas, indagadas y hasta en algunos casos privadas de su libertad por un Juez que actuó, a decir de sus superiores en una auténtica *“excursión de pesca inaceptable en un Estado de Derecho”*.

También en el país vecino, encontramos una rotunda oposición a permitir que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), como organismo administrativo fiscalizador de ingresos públicos, provoque por sí misma allanamientos de inmuebles u oficinas para acceder a documentación que podría comprometer a personas físicas o jurídicas en cuanto al correcto ejercicio fiscal y tributario.

Según CARDOZO⁶ *“Todo allanamiento de domicilio es una medida excepcional⁷, originada en un proceso persecutorio penal (esto implica, en la práctica, que la falta de contestación de un requerimiento efectuado por inspectores de la AFIP, de ninguna manera da fundamento suficiente para el dictado de esta medida), que solamente puede adoptar un juez con el objetivo de ingresar en un recinto cerrado, contra la voluntad expresa o presunta de quien podría oponerse, para secuestrar elementos de prueba que, en manos del imputado o de terceros, podrían desaparecer. El único derecho afectado del contribuyente es el de impedir el ingreso en su domicilio y dentro de los límites de la orden. Todos los otros*

⁶ CARDOZO, Horacio Félix. Abogado. Docente Posgrado Facultad de Derecho UBA.

⁷ Constitución Nacional Argentina, Art. 18: “[...] El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación [...]”.

derechos no se ven afectados; por ende, puede trasladarse y hacer llamadas telefónicas. Tampoco puede ser requisado, detenido, salvo que expresamente lo ordene un juez. El allanamiento no puede tener por objetivo encontrar algún delito; por el contrario, el delito debe estar someramente acreditado con anterioridad. La totalidad de la doctrina y la jurisprudencia rechaza los allanamientos realizados con el fin de 'ver qué encuentran'. Estas, llamadas 'expediciones de pesca', solamente son admisibles en un Estado totalitario"⁸.

Respecto a lo anteriormente referido, traemos a colación otra doctrina crítica respecto a una clase de arista diferente relativa a excesos en actividades de investigación en las que caen jueces o fiscales que salen de "**viajes de pesca**", aunque similares a las facultades discrecionales del Ministerio Público en la obtención de informaciones sin orden judicial, e incluso fuera de alguna investigación penal. **Juan Carlos Nacul** expone: "*En consecuencia, cuando desde la propia actividad jurisdiccional, se profana la letra y espíritu Constitucional, solo cabe aplicar como remedio extremo la nulidad de lo actuado y sus actos consecuentes, dado la imposibilidad de subsanar tal desborde jurisdiccional, aún de oficio, en ejercicio del inexcusable deber de intérprete del texto constitucional y su control, a cargo del magistrado, según mandato del Art. 116 C.N. El exceso jurisdiccional, en relación al tópico escuchas telefónicas indiscriminadas, genéricas, infundadas, al estilo "excursiones de pesca", por tiempo indeterminado, ha generado en nuestro país, gravísimos conflictos institucionales, con consecuencias impredecibles, cabe citar como ejemplo emblemático, el actual proceso seguido por el Juez Oyarbide, que costó cesantía y detención a dos jueces provinciales, poniendo en crisis, el rol del Estado y sus instituciones de seguridad nacional externa e interna, subvirtiendo sus funciones, al colo-*

⁸ "[...] la excursión de pesca no es una institución que pueda admitirse a partir de las reglas constitucionales y legales que resguardan el derecho a la inviolabilidad del domicilio y lo protegen [...]". Caso: Adolfo Bullrich y Cía. Ltda. S.A. y Bullrich S.A. de Inversiones Cía. Financiera s/ Ley 23.771. JNP Econ. Nro. 8 - 13.6.95. Errepar - Régimen Penal Tributario y Previsional I 601.102 20).

car a toda la sociedad en calidad de sospechosos y potenciales escuchados”.

“Recordemos que se incumplirá con la exigencia procesal de los Artículos 236 CPPN y 218 CPPT, que exigen que el decisorio autorizante de intervención telefónica, sea debidamente fundado, si este carece de fundamentación razonada y objetiva, derivada de la constatación de elementos probatorios o indiciarios graves, ya existentes o incorporados de modo legítimo al mismo, lo que obstará a que sea considerado acto jurisdiccional válido. Las recurridas justificaciones fundadas en razones de urgencia, no pueden suplir la demanda procesal y mucho menos legitimar, lo ilegítimo, al carecer lo actuado, de tarea investigativa, que pueda darle sustento, credibilidad y verosimilitud al dicho anónimo. Máxime, cuando tales anónimos modos de excitar la actuación policial y judicial, por lo general dan cuenta de futuras o hipotéticas actividades ilícitas, no surgiendo de sus términos, urgencia notoria y manifiesta en ordenar las escuchas, sin antes, disponer profundizar tareas de investigación, recabar elementos objetivos, que pudieran concluir en una sospecha cierta, en atención a la actividad delatada”.

“Así, la actividad jurisdiccional invasiva, subvierte la lógica y ortodoxia procesal, dando credibilidad a suposiciones conjeturales, subjetivas, hipotéticas o probables, al no tratarse de la comprobación de la posible comisión de delitos ex ante, que evidencien la noticia racional del hecho y la probabilidad cierta de su concreción, como, también la identificación de sus potenciales autores, lo que daría el marco legal, para legitimar la medida restrictiva de neto corte abusivo. Así, mediante flagrante profanación constitucional, se pretende conocer ilegalmente ex post facto, presuntas actividades ilícitas, o lo que es lo mismo, ‘interengo tus comunicaciones, para saber quién eres, que haces o con quién estás relacionado’. Si bien el Art. 193 CPPN, permite comprobar la existencia de un hecho delictivo, pero éste, debe ser preexistente a la tarea de pesquisa o invasiva, mediante la cual, se mal justifica el accionar investigativo”⁹.

⁹ Nacul, Juan Carlos. *Cuestiones conflictivas del procedimiento penal*. Ver: judicialdelnoa.com.ar/doctrina/escuchas_telefonicas_nacul.doc

Cabe aclarar respecto al primer caso relatado que el procedimiento penal federal en la República Argentina, continúa otorgando poderes de instrucción al Juez de 1ª Instancia (como el caso del Juez Oyarbide), siendo el requerimiento fiscal simplemente un consejo no vinculante. Mientras que, en el caso de los allanamientos de la AFIP, cada vez más se dan casos en que, a órganos meramente administrativos, se le van concediendo potestades de orden público, que por ley corresponden a otros órganos estatales.

En la actualidad, la normativa vigente en la Argentina le otorga a la AFIP numerosas herramientas para detectar los mecanismos que pueden usar empresas y particulares para evadir. Revisemos algunos ejemplos que nos brinda **Nacul**: *“Ante la compra de un automóvil, por ejemplo, el organismo de recaudación puede recurrir a su potente base de datos para chequear si fue declarado por el contribuyente en Bienes Personales, y al mismo tiempo, si la venta fue informada por las concesionarias o terminales. Así, un simple cruce de datos puede servir de puntapié inicial de una investigación. La misma puede continuar con una inspección en el domicilio del ‘presunto evasor’, y con una determinación de oficio”*¹⁰.

Se observa, que la mayoría de las veces, estas intervenciones se realizan inaudita parte, es decir, sin ejercicio de defensa. Si bien, esto requiere cumplir con una serie de pasos que las mismas leyes exponen, no por ello serían completamente “legales”. Al respecto, la intervención de los funcionarios inspectores debe limitarse a buscar determinados documentos, sean libros, comprobantes, y papeles de trabajo específicamente detallados en la orden; pudiendo también requerir copias o lacrarlos para posterior control.

Conforme a lo que estamos comentando, el citado jurista nos ilustra que las normas administrativas también facultan **al referido organismo fiscal argentino a practicar allanamientos**. Sin embargo, tales potestades no pueden ser ejercidas **de manera unilateral**

¹⁰ Ob. cit.

y sin control por el organismo de recaudación; requieren indefectiblemente **de la orden de un juez** que lo autorice. Esta orden judicial debe estar fundada y, por lo tanto, la petición o el requerimiento deben contener elementos de convicción suficientes de la supuesta evasión fiscal.

Siempre siguiendo al citado jurista argentino, en la práctica administrativa, si no se presentan suficientes elementos que demuestren peligro para las arcas fiscales, es altamente probable que la solicitud de orden judicial de intervención sea rechazada **por el magistrado** que interviene en la causa. **“Esto fue lo sucedió en una reciente causa** donde la Cámara en lo Penal Económico decidió rechazar la solicitud que había hecho la AFIP para llevar adelante un allanamiento en la propiedad de un contribuyente. Los jueces entendieron que, lejos de contar con información precisa que demostrara la existencia de un foco de evasión, **el organismo de recaudación contaba sólo con 'incertidumbres'** sobre la situación en la que se encontraba la persona. Todo comenzó cuando la AFIP solicitó el allanamiento de varias propiedades del ciudadano Luis Francisco Dotto para **'obtener y resguardar'** toda la **documentación** que contuviera **'asentadas todas las operaciones comerciales y los datos patrimoniales'**. Para ello, basaron su pedido en la presunta existencia de **ingresos que no habían sido declarados** por el contribuyente y que le permitirían mantener el **alto nivel de consumo** que detectaron. Además, destacaron que existían **bienes que no fueron incluidos** en las respectivas declaraciones de **Bienes Personales**. **Al respecto**, el Juzgado de primera instancia rechazó el pedido realizado debido a que advirtió **'un ostensible estado de incertidumbre con respecto a la capacidad contributiva'** del presunto evasor”¹¹.

En ese caso, el órgano administrativo fiscal argentino apeló **la resolución del juzgado inferior** ante la Cámara Nacional en lo Penal Económico, sin éxito. **La Cámara decidió que no existe una**

¹¹ Ob. cit.

certeza sobre *“si hubo o no algún perjuicio al organismo recaudador”* y, en caso de que lo hubiese, no hay determinación sobre *“cuál sería el monto de ese perjuicio y de qué modo se lo habría causado”*. Los jueces de alzada recalcaron que los fundamentos argüidos por los funcionarios fiscales no satisfacen las exigencias establecidas en la ley vigente, ya que **la petición estaba dirigida a encontrar elementos** de convicción, y **no a resguardarlas** ante una eventual conducta obstruccionista de parte del contribuyente, para sustraerlas o eliminarlas. Por esa razón, confirmaron la decisión de primera instancia y **rechazaron el pedido de la AFIP para llevar a cabo el allanamiento** en las oficinas del señor Dotto¹².

La decisión que estamos comentando tuvo bastante repercusión en el ámbito forense argentino por parte de juristas y expertos que también comentaron los fallos en cuestión. Así, traemos a colación algunas de estas manifestaciones recabadas por la prensa especializada en la materia¹³. El abogado Gustavo Rapisardi especializado en Derecho Penal Tributario sostuvo que el pronunciamiento de los camaristas es coincidente con fallos judiciales anteriores y ratifica *“la finalidad cautelar o asegurativa que corresponde atribuirle a las medidas de urgencia que se encuentra facultada a solicitar la AFIP en los términos del Artículo 21 de la Ley 24.769 (Penal Tributaria)”*. Por su parte, la Abogada Agustina O'Donnell explicó que *“tales medidas no proceden frente a una mera incertidumbre sobre la verdadera capacidad contributiva del contribuyente”*. Según la especialista, *“ante tal supuesto la AFIP debe ejercer las amplísimas facultades de fiscalización que el Artículo 35 de la Ley 11.683 (de Procedimientos Tributarios) le otorga”*. El artículo referido faculta a la AFIP *“la posibilidad de solicitar ante la Justicia una orden de allanamiento del domicilio*

¹² Causa: “Dotto, L. F. s/ infracción a la Ley N° 24.769”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala “B”, Sentencia del 14 de junio de 2013.

¹³ <http://www.iprofesional.com/notas/171647-afip-evasion-allanamiento-La-Justicia-puso-un-freno-a-la-AFIP-cuando-intento-allanar-el-domicilio-personal-de-un-presunto-evasor->

fiscal la que, en el caso de ser otorgada, sí permitiría coleccionar elementos tendientes a disipar ese estado de incertidumbre y con ello a verificar si lo declarado por el contribuyente corresponde realmente a su capacidad contributiva”. En igual sentido, la abogada Karina Larrañaga afirmó que “el objeto de las medidas de urgencia ordenadas en el marco del mencionado artículo se funda en el hecho de que existen motivos para presumir que en algún lugar existen elementos de juicio probablemente relacionados con la presunta comisión de alguno de los delitos previstos en la Ley Penal Tributaria”. La jurista recalcó que en la causa que estamos comentando no se dieron los presupuestos que permitirían hacer lugar a la intervención, ya que el organismo fiscal no determinó la capacidad –o incapacidad– contributiva del sujeto, ni tampoco expuso la falta de colaboración del contribuyente en tal sentido, siendo por lo tanto incorrecta la pretensión de la AFIP.

En otra causa renombrada de la Argentina, la Cámara Criminal y Correccional en lo Federal resolvió a través de una Excepción de Falta de Acción, sobreseer la causa con los siguientes argumentos¹⁴: “Una investigación ‘abierta’ como nos propone el Representante del Ministerio Público Fiscal, no puede prosperar so pena de convertirse en una ‘excursión de pesca’, mutando el derecho penal de ACTO al de AUTOR. Esto es un principio del derecho penal moderno y que ha costado obtenerlo”. Los camaristas se internan en la doctrina penal vinculante expresando: “Adentrándonos mínimamente en el análisis de estos conceptos, he de recordar la calificación conceptual realizada por el destacado jurista alemán CLAUS ROXIN”.

Por “Derecho penal de hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo suma a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. En cambio, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se

¹⁴ Causa N° 439/2017: “Gustavo Héctor Arribas s/ Sobreseimiento Definitivo” – JNCRIMYCORRFED– 6SEC.11CFP 439/2017/2.

vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción”¹⁵.

Al respecto, se puede leer en el fundamento del fallo comentado que *“Hoy en día, esta teoría es rechazada por el derecho penal vigente. Así las cosas, resulta claro que el principio constitucional nullum crimen, nulla poena sine lege (adoptado por el Artículo 18 de la Constitución Argentina) no tiene amparo en el Derecho Penal de autor y, en consecuencia, favorece el desarrollo de un Derecho penal de acto”. “Entonces, debe el Sr. Procurador Fiscal precisar la imputación y no adoptar una postura que pueda ser válida en el terreno de la filosofía pura, ...”. “Nada más contradictorio con el Derecho Penal y Constitucional que la ausencia de un objeto preciso, de una imputación concreta con apariencia de delito...”. “El Artículo 188, inciso 2° del C.P.P.N. (Argentina) impone que el requerimiento contenga: “La relación circunstanciada del hecho...” obviamente con apariencia –al menos– de un delito, describir un hecho que no tenga contenido delictivo (un depósito bancario cualquiera) se alza contra la Constitución Nacional y la ley. No es esto lo que ocurre en autos. Ni la denuncia, ni el propio requerimiento fiscal describen un hecho delictivo, y con la excusa del “devenir” de la investigación... podría ser que halláramos algo. En otras palabras, si lo descripto es algo que no tiene apariencia de delito, –y en esto debo coincidir con la defensa–, la investigación no procede. Es que choca, frontalmente, con todos los principios del Derecho Procesal y Constitucional (Artículos 1, 65, 69, 188, 194 bis del código de forma y Artículos 18, 19 de la Constitución Nacional, entre otros)”¹⁶.*

En Paraguay, en una causa de la que tuve conocimiento de primera mano, la SEPRELAD envió dos informes sobre supuestas actividades sospechosas (de lavado de dinero) directamente a la Unidad Especializada en Delitos Económicos y Anticorrupción del Ministerio Público, según la cual cierta compra-venta de inmue-

¹⁵ Roxin, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I, Ed. Civitas, Madrid. pp. 176/77.

¹⁶ Ver jurisprudencia citada.

bles en una localidad al norte del país se habría realizado con dinero proveniente del extranjero, y en la que estarían involucradas personas físicas y jurídicas de distintas procedencias, incluidos bancos y otras entidades. En esos informes de SEPRELAD, se exponía la existencia de un ROS (reporte de operaciones sospechosas), supuestamente levantado por el Departamento de Delitos Económicos de la Policía Nacional; pero tal documento nunca formó parte del informe, ni posteriormente fue adjuntado a la causa (es decir, nunca fue agregado, o sea, era inexistente). Así mismo, en los referidos informes (uno denominado preliminar, y el otro referido como “técnico”) expresamente se establecía que los mismos no constituían una denuncia, y sólo servirían a modo de información, que no podría ser usado como documento de prueba en un proceso penal.

No obstante, la fiscalía abrió la investigación. En ella, me cupo la defensa de una de las personas investigadas, y en su nombre se presentaron cuantiosas documentaciones que permitieron deslindar cualquier comisión delictiva. A la larga, luego de más de tres años de investigación abierta, dentro de la cual, en numerosas ocasiones la fiscalía requirió informes de operaciones bancarias, tanto locales como extranjeras, de distintas personas físicas y jurídicas; asimismo, solicitó informes y certificados judiciales, de migraciones, de registros públicos, etc. Al final el Agente Fiscal solicitó la DESESTIMACIÓN de la denuncia (a pesar que la SEPRELAD no había realizado ninguna denuncia, pues sólo había remitido informes). Demás está decir, que durante todo ese tiempo, este caso no tuvo juez penal de garantías, porque sencillamente la fiscalía no imputó a nadie.

Cabe advertir que los pedidos de informes a los bancos generan una llamada de atención en la misma entidad y, eventualmente, también en otras instituciones que dentro del mercado financiero se nutren de informaciones informales al respecto. Estos pedidos, en la generalidad de los casos, traen aparejadas nefastas consecuencias a nivel reputacional para el cliente. Si directamente no le cierran la cuenta, lo califican de tal manera que suben los

niveles de control de sus gestiones comerciales, haciendo que se lo excluya como sujeto de crédito, se le reduzcan sus límites de sobregiro, no se le permita retirar chequeras, le cobren multas por depósitos de sumas de dinero en efectivo y hasta le incluyen en una *lista VIP*, pues pasan a ser denominados –y tratados– como *clientes PPE* (personas políticamente expuestas), ampliando su vulnerabilidad reputacional en el ámbito financiero. ¿Quién le devuelve su credibilidad a ese cliente? Uno debe ser extremadamente pudiente, como para que los bancos le mantengan sus servicios. Por otra parte, la propia entidad financiera o bancaria se expone a controles, fiscalizaciones, intervenciones, previsiones, etc., tan sólo por haber permitido que la operación en cuestión sea canalizada por éste sujeto, sea o no cliente.

De hecho, actualmente, y desde la entrada en vigencia del CPP (Ley N° 1.286/98), los agentes fiscales tienen potestad de requerir INFORMES a entidades públicas o privadas (Art. 228); lo que posteriormente fue nuevamente ratificado con la entrada en vigencia de su ley orgánica (Ley N° 1.562/00 “Orgánica del Ministerio Público”, aunque en el texto se limita al pedido de informes y colaboración de funcionarios públicos (Art. 11). Con tal normativa el Ministerio Público ha actuado en numerosos casos –no solamente de delitos económicos–, requiriendo informes, tanto al BCP –o a la Superintendencia de Bancos (SIB)–, como a la banca privada, sin inconveniente alguno, aunque en los primeros tiempos se discutía tal potestad.

Al principio, los pedidos iban dirigidos a la Superintendencia de Bancos (SIB), y a través de esta entidad se requería a la banca privada individualizada que remita el informe solicitado; posteriormente, ya requerían directamente a la institución financiera afectada la información necesaria. Al respecto, la banca privada desde el inicio se mostró reticente a contestar esos pedidos de informes que no eran requeridos por “ORDEN JUDICIAL”, contestando *ab initio*, que sus asesores legales aconsejaban exigir que el pedido viniese refrendado por un juez competente, considerando que existían derechos y garantías constitucionales involucrados;

pero luego de los pedidos de informes se agregaba la conminación de hacerlo “bajo apercibimiento” de que en caso de negativa, los requeridos se exponían a ser procesados por la figura de “obstrucción a la persecución penal”, como hecho punible. A partir de ahí, los bancos, ya no opusieron resistencia, remitiendo las documentaciones requeridas, al principio, con un sello que en la mayoría de los casos decía “DOCUMENTACIÓN REMITIDA AL MINISTERIO PÚBLICO SIN ORDEN JUDICIAL”; y con un apartado en el cual deslindaban responsabilidades en la transmisión de información bancaria clasificada, a pedido del fiscal.

En este punto, nos adelantamos en advertir que un pedido de informes, puede o no traer consigo la solicitud de remisión de documentación del cliente, pero no es la misma cosa. Un INFORME es un relato de datos, hechos o circunstancias conocidas por el banco en su interrelación con el cliente, asequible a través de formularios y otras formas de acceso a la información, que puede ser remitida oficialmente ante requerimiento; mientras que la DOCUMENTACIÓN privada proveída por el cliente al banco debe ser excluida de tales potestades, cuando no existe una autorización expresa del cliente para ello, y solamente podrá ser expuesta si existiere orden judicial. En tal orden, formularios de apertura, extractos de movimientos bancarios, copias de cheques o boletas de extracción o depósitos, etc., son documentos requeribles. No así, títulos y acciones, balances, inversiones y fuentes de ingreso, resoluciones judiciales, adjudicaciones de herencia, estatutos sociales, declaraciones juradas de activos, etc.

Para explicar mejor esto, en primer lugar, tomaremos en consideración las críticas referidas a la supuesta discriminación negativa de ley respecto a funciones de investigación del Ministerio Público. Al respecto, si bien es cierto que el Ministerio Público tiene una función “requirente”¹⁷ respecto a la función jurisdiccio-

¹⁷ La función requirente del fiscal se manifiesta por la potestad de hacer efectivas ciertas pretensiones dentro del proceso penal ordinario,

nal, y que en tal sentido es independiente, por autonomía y por competencia, de los órganos judiciales; no es menos cierto que el Ministerio Público debe velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales (C.N., Art. 268, inc. 1°).

En lo que respecta al tema que estamos comentando, desde la perspectiva constitucional, todo ciudadano tiene derecho a:

- ser procesado únicamente mediando las causas y en las condiciones fijadas por la Constitución y las leyes (Art. 11);
- defenderse en juicio (Art. 16);
- ser juzgado por Tribunales (Art. 16, 2° párrafo);
- defenderse por medio de abogados (Art. 17, inc. 5°);
- conocer previa y detalladamente la imputación (Art. 17, inc. 7°);
- ofrecer, practicar, controlar e impugnar pruebas (Art. 17, inc. 8°);
- que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas (Art. 17, inc. 9°);
- el libre acceso a las constancias procesales, que no pueden ser secretas (Art. 17, inc. 10);
- un plazo legal o razonable de la investigación (Art. 17, inc. 10 *in fine*);
- no ser obligado a declarar contra sí mismo –ni a presentar prueba que lo incrimine– (Art. 18);
- la inviolabilidad de la intimidad personal, pues mientras su conducta no afecte al orden público establecido en la ley o derechos de terceros, estará exenta de la autoridad pública (Art. 33);

como ser las potestades de imputar y de acusar, además de las establecidas en el Artículo 301 del CPP.

– la inviolabilidad de su patrimonio documental; los registros, ... la contabilidad, ... los impresos, ... los escritos, ... y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades; la ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y registros legales obligatorios; las pruebas documentales obtenidas en violación a lo prescripto carecen de valor en juicio; a que se guarde estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado (Art. 36);

– al respeto a otros derechos y garantías no enunciados (Art. 45).

Cada uno de estos derechos y garantías procesales están amparados en normas de la Constitución de la República.

Siempre tomando en consideración las críticas expuestas desde sectores del Ministerio Público, entre las que se observa que *“estas facultades se verán seriamente afectadas con lo resuelto por los legisladores al momento de establecer como regla que el Ministerio Público solo podrá acceder a la información bancaria, siempre y cuando exista una investigación puntual y con autorización judicial”*. Entendemos que los cuestionamientos se basan principalmente en dos aspectos: a) la necesidad de requerir orden judicial para obtener información; y b) que esa solicitud sea admisible solamente dentro de una investigación con imputación fiscal. Seguidamente expondremos nuestro punto de vista.

No concuerdo con el planteamiento de algunos colegas, en cuanto a que el Ministerio Público debe ser considerado como un órgano judicial, o posicionarse a la par de los órganos jurisdiccionales. Es cierto que las reglas generales que constituyen el marco constitucional jurídico del Ministerio Público se encuentran en el Título II “De la estructura y de la organización del Estado” de la Constitución Nacional. Dicho título está dividido cuatro capítulos.

En el Capítulo III “Del Poder Judicial”, el Ministerio Público se ubica en la Sección IV. Pero con la simple lectura del Art. 266 “De la composición y de las funciones”, se advierte su total independencia de los órganos judiciales –o jurisdiccionales– pues *“El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y de sus atribuciones”*.

Mientras que por Ley N° 1.562/00 “ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO” en el Título I sobre Principios Generales, en el Capítulo Único, en el Art. 1° se lee: *“El Ministerio Público es un órgano con autonomía funcional y administrativa, que representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales para velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales; promover la acción penal pública en defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y los derechos de los pueblos indígenas, y ejercer la acción penal en los casos en que para iniciarla o proseguirla no fuese necesaria instancia de parte”*; y en su Art. 2°. Autonomía: *“En el cumplimiento de sus funciones ante los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público actuará en el marco de la ley con independencia de criterio. El Ministerio Público ejercerá sus funciones en coordinación con el Poder Judicial y las demás autoridades de la república, pero sin sujeción a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura”*.

A su vez, precisamente el modelo de enjuiciamiento penal adoptado por Paraguay, en el que se promueve el sistema acusatorio, se caracteriza por separar las funciones o roles dentro de la administración de justicia, siendo una de sus principales características que el fiscal, investigue y el juez, juzgue. Un órgano requiere y el otro dicta el derecho. Así, ningún agente fiscal cuenta con potestades judiciales –o jurisdiccionales–.

El diseño procesal es claro: el fiscal investiga y el Juez Penal de Garantías controla el desarrollo de la investigación llevada a cabo por el fiscal, precautelando los derechos y garantías de los procesados, y de la víctima. En ese orden, el Juez Penal dispone de facultades para facilitar las funciones del fiscal: ordena allanamientos e incautación de evidencias; dispone la intervención de comu-

nicaciones; dispone pericias y anticipos jurisdiccionales de pruebas; y entre otras varias, tiene también la potestad de requerir informes y la entrega de documentos reservados.

Por ello, no coincido con las propuestas que afirman que con la modificación del Artículo 86 de la Ley N° 861/86, se evitará el ocultamiento de bienes y la impunidad de procesos. No existe derecho de investigación absoluto, siempre se estará pendiente de la aplicación del “control judicial” (Art. 282 del CPP). De allí a afirmar que *“la persona afectada puede recurrir las solicitudes de los fiscales y entorpecer la investigación que se le realiza bajo sospechas de un hecho punible, mientras oculta su patrimonio”*, es desconocer que en nuestro régimen procesal debe regir el debido proceso penal que requiere de la contradicción y bilateralidad, entre otras garantías.

Es claro que el imputado y su defensa técnica pueden recurrir ante el Juez Penal para enmendar incorrecciones en el ejercicio de la actividad investigadora del fiscal interviniente, pues aquél tiene potestades de control, y eso no significa *“entorpecer”* la investigación. No hay acto litigioso que se practique unilateralmente. Mientras que, si estamos hablando de dinero o patrimonio que está depositado en instituciones financieras, o que fue objeto de alguna operación registrada en una entidad, es sumamente difícil de *“ocultar”*. Sin embargo, si se dictase una ley que implique desconocer garantías de reserva de los depositantes u operarios, estos buscarían la forma de no bancarizar su dinero, salir del sistema financiero e informalizar su patrimonio.

Otra cuestión es la urgencia debida en ciertos casos específicos; pero ello encuentra solución con otras reglas que no pasan exclusivamente por dar competencias jurisdiccionales a un órgano que no las tiene. De hecho, el Ministerio Público tiene firmadas *“cartas de entendimiento”* interinstitucionales con la SET, con la DNA, con la SIB, entre otras entidades de supervisión o fiscalización estatal, con lo cual, también pueden acceder a información privilegiada. Todo ello, para fundar una acusación dentro de una investigación abierta con imputación de supuestos autores de hechos punibles. Lo que no puede hacer, es presentar esa informa-

ción como prueba documental, si no ha requerido orden judicial de acceso a los mismos.

Entre las críticas se hace referencia a lo acontecido en uno de los casos abiertos por el Ministerio Público contra el ex titular del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) por venta ilegal de tierras. Según la información mediática, el Ministerio Público *“nunca pudo tener acceso a una cuenta en la que se habrían ocultado millones de una transferencia porque la defensa apeló el pedido de informe bancario”* de la fiscal interviniente. Con tan poca información al respecto, sería irresponsable aseverar algún comentario; pero en casos como estos, si en realidad hubiera existido voluntad política o institucional para disponer de esa información, se habría logrado el objetivo: CONOCER el objetivo ocultado; otra distinta es la potestad de utilizar en juicio esa información.

En otras palabras, no creo que se trate de que la defensa haya “apelado” la petición del informe bancario, pues estoy seguro que la fiscalía posee otros recursos o argumentos jurídicos para conseguir lo que requería; pero siempre, dentro de una investigación penal abierta y con imputación del sujeto activo del hecho punible. Habría bastado con que el agente fiscal haya remitido una nota al banco en cuestión requiriéndole que mantenga registrado y archive toda documentación o dato informático donde consten depósitos, transferencias u otras operaciones de la cuenta en cuestión, hasta obtener la orden judicial competente para acceder a esa información. Incluso, aun cuando la posibilidad de acceder a información sobre la cuenta haya llegado a destiempo, siempre existe la posibilidad de rastrear cualquier transferencia de la cuenta objeto de la investigación al estar bancarizada la operación.

El argumento de la recarga de trabajo y la poca practicidad de que este tipo de diligencias sea materializado por los jueces penales de garantías, a quienes se les agrega la emisión de estas solicitudes que se dan prácticamente en todos los casos de corrupción, carece totalmente de fundamento jurídico válido; y ni siquiera cuenta con alguna estadística empírica que lo demuestre.

No estoy de acuerdo con la afirmación de que sin esta reforma se despenalizará –de hecho– casos de lavado de dinero, de financiamiento del terrorismo o de enriquecimiento ilícito, pues lo único que se exige al fiscal es que abra una investigación penal con las formalidades legales, y si va requerir que se restrinjan derechos o garantías procesales de una persona, que previamente se lo impute; y que, en los casos donde se requiera su intervención, pida al Juez Penal que disponga lo necesario para acceder a información clasificada a la que no pueda acceder por sí mismo. Esto no es otra cosa que “DEBIDO PROCESO PENAL”.

En la información mediática que estamos comentando, hay una afirmación que me llama poderosamente la atención. Quizás sea porque no estoy entendiendo lo que se quiso decir con esto: *“En las investigaciones de los hechos punibles antes señalados, el Ministerio Público, a partir de ahora, ya no podrá ejercer la acción penal, en atención a que, por lógica, nunca va a contar con la posibilidad de pedir información bancaria”*. En primer lugar, el ejercicio de la acción penal es una obligación para el Ministerio Público (Art. 18 del CPP), **“siempre que hayan suficientes indicios fácticos de la existencia”** de un hecho punible. Lo que se acabarán son las **EXCURSIONES DE PESCA**, pero el acceso a la información no les está vedado, pues tienen las fórmulas legales para obtenerla, y a su debido tiempo.

Supuestamente, si la ley no era sancionada se provocaría un *“blindaje a las mafias organizadas”*. La Ley N° 5.787/2016 modifica el Artículo 86 de la Ley de Bancos en cuanto a las excepciones al levantamiento de secreto bancario; y a partir de la nueva redacción, los fiscales –y la SEPRELAD– tienen la potestad de requerir informes sin orden judicial, exista o no investigación fiscal, o que se haya imputado a alguna persona dentro de un proceso penal. No concuerdo con que ésta sea la solución al problema. Es más, en realidad el eslabón más frágil en la cadena alimenticia de la corrupción es el Ministerio Público, pues si solamente se deja librado al ímpetu del fiscal investigador, ¿qué garantías se tiene de que la causa fluya? Es más, justamente desde el estamento más crítico al

proyecto de ley que comentamos se reconoce que existen serios cuestionamientos sobre la labor de ciertos fiscales, debido a que no pocos utilizan esta clase de información privilegiada para “extorsionar” a sospechados; y al respecto, se plantea que la ciudadanía debe denunciar al fiscal deshonesto. Inclusive, se precisó que hay varios colegas suyos imputados y hasta acusados por coimas, lo que demuestra que la institución busca depurarse porque tampoco es ajena a hechos de corrupción. Lo cual es altamente loable; pero no es fundamento suficiente para menguar derechos y garantías de los justiciables.

En el sistema acusatorio, el control judicial se interpone no sólo para que se cumpla con los derechos y garantías de las partes, sino también para supervisar el legítimo desarrollo de las actividades propias de la fiscalía. Por su parte, en este sistema, el fiscal también tiene competencias para exigir al Juez Penal el desarrollo de los actos procesales necesarios para el normal desarrollo del proceso penal. En tal sentido, el agente interviniente se convierte en un fiscalizador de las funciones del juez.

Requerir una ORDEN JUDICIAL para levantar el secreto bancario no es retroceder a tiempos de la inquisición. Es cumplir con mandatos constitucionales; es promover el debido proceso; es respetar los derechos y garantías de los justiciables. Por otra parte, si el principal problema radica en que, ante un pedido de autorización judicial para levantar el secreto bancario, éste sea “trabado” por el afectado mediante recursos dilatorios, la cuestión puede resolverse normativamente. Basta con legislar que ante el pedido fundado de la fiscalía, cualquier incidente o apelación no tendrá efecto suspensivo; que ante el pedido presentado a despacho, ya no correrá recusación contra el fiscal interviniente, o contra el juez que deberá disponer la medida; o aunque presentada ésta, el recusado deberá ordenar o practicar el acto, y luego inhibirse o contestar la recusación; que la institución que recibe la orden deberá informar cómo se pide, aunque haya tomado conocimiento de que la disposición fue incidentada o apelada; y que, en definitiva, la resolución del incidente o recurso interpuesto solamente dispondrá la

confirmación de la adopción de la medida, o en su defecto, la nulidad de la misma por defectos insanables en el procedimiento o en la aplicación de la ley de fondo al tomar la decisión. Con ello, prácticamente se torna de cumplimiento absoluto e inmediato el pedido de levantamiento del secreto bancario por parte del fiscal interviniente; que si bien puede ser anulado, solamente lo será por inobservancia grosera de falta de fundamentación, o defecto insanable en el procedimiento.

Por otra parte, también puede el Ministerio Público plantear reformas legislativas ampliando las facultades de investigación, o de relacionamiento interinstitucional. Así, se puede promover que ante la existencia de indicios suficientes de comisión de ciertos hechos punibles que tengan relación con operaciones financieras o comerciales, se permita que las entidades involucradas tomen razón de una ALERTA o llamada de atención, con la cual, se admita sin más trámite el rastreo y seguimiento de las transferencias, depósitos u operaciones, de tal manera a conocer su origen, remitente o fuente, y a su destinatario o beneficiario; y en su caso, el bloqueo temporal o transitorio de las cuentas, operaciones o transacciones. Siempre se requerirá de la existencia de sospecha fundada que permita la apertura de una investigación formal, y si se tiene conocimiento del supuesto autor o participante, se exigirá su imputación fiscal; de tal manera a que permita el ejercicio de los derechos y garantías de la defensa.

Como ya se ha expuesto, al estar bancarizada la operación objeto de investigación, ésta es rastreable desde su origen hasta su finalización, con el retiro de fondos de alguna institución financiera local o extranjera. Las transacciones quedarán registradas, así como sus responsables, durante el término legal establecido. Por tanto, el riesgo de no acceder a esa información es prácticamente nulo, si es que no ha operado la prescripción del hecho.

En nuestro sistema penal, aún no se ha legislado sobre el comiso anticipado, o lo que se da en llamar “extinción de dominio” o “decomiso procesal”; por tanto, tal consecuencia o efecto jurídico solamente se daría en caso de pena impuesta. En tal senti-

do, no veo problema alguno a que un caso de esta naturaleza lleve a instancias de juzgamiento. No concuerdo con las críticas que dicen que se fomentará la impunidad, por el solo hecho de requerir una orden judicial para levantar el secreto bancario. Si el Juez Penal no otorga la orden, y el fiscal considera que ello ha ocurrido por una cuestión venal, bien tiene los medios jurídicos y procesales para corregir tal impedimento; y los políticos para enjuiciar al prevaricador.

Por otra parte, aún con la entrada en vigencia de la ley, otorgándosele tales potestades al Ministerio Público, y ¿si el fiscal no cumple con sus obligaciones? Que impediría afirmar que el crimen organizado opera libremente, y entonces habría que volver a analizar quiénes son los interesados en la modificación de la ley.

Otra de las objeciones planteadas, es que la reforma propuesta por los senadores *"va en contra"* de los estándares internacionales, alegando que expertos internacionales señalan que debe levantarse el secreto bancario en un Estado que pregona la transparencia, y que tal normativa va a contramano de las recomendaciones internacionales que recibe el Paraguay, pronosticando que volveríamos a ingresar a la *"lista gris"* (sic). Al respecto, tal posición –la derogación de normas que estipulan el secreto bancario– no se fundamenta en un argumento jurídico, sino político, e incluso económico. En otras palabras, es una decisión que se debe tomar conforme a otros objetivos, incluso por encima de cualquier fundamento exclusivamente jurídico.

No obstante, cabe advertir que este tipo de normativa, o mejor, de la fundamentación política que acoge a esta clase de leyes, acentúa o promueve una postura dominante, por cierto; pero al mismo tiempo sumamente autoritaria, o al menos, arbitraria. A saber, hoy día las escuelas penales están en pugna entre dos doctrinas radicalmente distintas: las del Garantismo Penal y el Derecho Penal del Enemigo.

La doctrina moderna comienza, lamentablemente, a aceptar la cuestión del enemigo en el derecho penal. En búsqueda de reco-

nocer sus características esenciales, seguimos a ZAFFARONI¹⁸ quien señala que: *“En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada política criminal o, más precisamente, política penal, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con lo cual el tema del enemigo de la sociedad pasó a primer plano de discusión”*.

El maestro argentino advierte que la excusa son las emergencias –supuestas o reales–: *“Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huida, pero lo cierto es que la invocación de emergencias justificantes de estados de excepción, no son para nada recientes”*.

En definitiva, nos encontramos ante una confrontación con el Derecho Penal Liberal: *“Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor”*.

Una de estas expresiones es el uso aberrante de Tipos Penales Abiertos: *“En la doctrina jurídico penal puede señalarse el debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base del simple conocimiento (teoría del conocimiento), que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la*

¹⁸ Zaffaroni, Eugenio R., *El enemigo en el Derecho Penal*. Ed. Dykinson, 2007.

pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las llamadas leyes penales en blanco; etc.”.

Mucho de esto nos ha llegado con las siguientes leyes:

Ley N° 1.015/97 “Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes”;

La Ley N° 1.881/02 “Que modifica los Arts. 19, 21, 23, 53 y 54 de la Ley N° 1.340/88 ‘Que reprime el tráfico de estupefacientes y drogas’”;

La Ley N° 2.341/03 “Que modifica el Art. 136 del Código Procesal Penal”;

La Ley N° 2.493/04 “Que modifica el Art. 245 del Código Procesal Penal”;

La Ley N° 2.523/04 “Que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias”;

La Ley N° 4.024/10 “Que castiga los hechos punibles de terrorismo, asociación terrorista y financiamiento del terrorismo”;

La Ley N° 4.503/11 “De Inmovilización de Fondos o Activos Financieros”;

La Ley N° 4.431/11 “Que modifica el Artículo 245 Ley 1.286-1998 Código Procesal Penal, Modificado por Ley N° 2.493/04 sobre Medidas Alternativas o Sustitutivas de la Prisión Preventiva”;

La Ley N° 4.669/12 “Que modifica los Artículos 136 y 137 de la Ley 1.286/98 Código Procesal Penal, Modificado por Ley N° 2.341/03”;

La Ley N° 4.734/12 “Que suspende la Vigencia de la Ley 4.669/12 Que Modifica los Artículos 136 y 137 del Código Procesal Penal, Modificado por Ley N° 2.341/03 sobre la Duración del Proceso”;

La Ley N° 4.737/12 “Que modifica y amplía la Ley N° 2.777/05 ‘Que Prohíbe el Nepotismo en la Función Pública’”; y más recientemente, el Proyecto de Ley sobre Extinción de Dominio (sobre la base de un MODELO de proyecto de ley para Latinoamérica; UNODC, 2011).

En mayor o menor medida, estas leyes contienen reglas o normas que son expresiones de un DERECHO PENAL Y PROCESAL AUTORITARIO: *“La carencia de prejuicios previos sobre los que sea permitido fabricar un nuevo enemigo sólo puede ser compensada con un hecho aterrador y, a este efecto, fue funcional el atentado de septiembre de 2001 para individualizar a un enemigo creíble. A partir del hecho concreto y cierto de muerte masiva e indiscriminada, se construye la nebulosa idea de terrorismo, que no alcanza definición internacional y, por ende, abarca conductas de muy diferente gravedad, pero justifica medidas represivas que permiten retomar la vieja estructura inquisitorial y alimentarla con nuevos datos, correspondientes a la violencia criminal desatada a partir de la intervención en los países árabes. La nueva emergencia quiere justificar exigencias internacionales de adopción de legislación penal y procesal penal autoritaria en todos los países del mundo. La necesidad de defenderse, por cierto no ya de los actos concretos de homicidios masivos e indiscriminados, sino del nebuloso terrorismo, legitima no sólo las guerras preventivas de intervención unilateral, sino también legislaciones autoritarias con poderes excepcionales, que incluyen la privación de libertad indeterminada de personas que no se hallan en condición de prisioneros de guerra ni de reos procesados, sea con el pretexto de que no son ciudadanos de los Estados Unidos o de que no se hallan privados de libertad en su territorio. Estos últimos extremos son confrontados dentro de los propios países centrales, incluso por los máximos tribunales que –*

*por fortuna— aún conservan poder suficiente para señalarles su desvío de las tradiciones liberales y humanistas*¹⁹.

En nuestro margen, la expresión más contundente de esta clase de normativas es La Ley N° 4.024/10 “QUE CASTIGA LOS HECHOS PUNIBLES DE TERRORISMO, ASOCIACIÓN TERRORISTA Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO”.

Me adelanto a señalar que no me ocuparé con profundidad de las objeciones emanadas desde la SEPRELAD; aunque advertiré su semejanza respecto a otra institución, la Secretaría Nacional Antidrogas (SENAD), que también nació originalmente como una entidad de inteligencia y de apoyo para recolección de información pertinente, y que sin embargo, con el paso del tiempo, terminó con sus funciones desnaturalizadas, para convertirse hoy día en una fuente de corrupción generalizada.

Desde la SEPRELAD se aduce que: “*Los reportes que recibimos son de los sujetos obligados y el principal sujeto obligado es el sistema financiero, que a la vez se va a sentir muy golpeado también puesto que funciona a través de mecanismos internacionales como por ejemplo las corresponsalías del exterior*” (sic). Al respecto, me pregunto ¿Cuándo la SIB dejó de tener competencia para desarrollar este aspecto de control respecto a las instituciones financieras? Mientras, cada una de las demás instituciones cuenta con oficinas o departamentos técnicos de supervisión de la información que les compete.

Para ir concluyendo, en la información mediática se hace mención a las objeciones emanadas desde la Fiscalía General del Estado. En tal apartado, se lee: “*Solo un delincuente busca ocultar*”. El Fiscal General del Estado, Javier Díaz Verón, indicó que la modificación a la Ley de Bancos que obstaculiza la labor del Ministerio Público beneficia al crimen organizado ya que solo “*un delincuente tiene mucho que ocultar, no así un ciudadano común*”. En ese orden, el titular del Ministerio Público dio una postura institucio-

¹⁹ Zaffaroni. Ob. cit.

nal en contra de la obligación fiscal de requerir orden judicial para acceder a información reservada respecto a una cuenta bancaria, lo que consideró “*un retroceso*” en cuanto al estado de derecho y la imagen internacional del país. Esto, según Díaz Verón, no hace más que “*estimular*” a los delincuentes y es una invitación al crimen organizado como narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas y tráfico de armas.

Al respecto, me permito discrepar con mi colega y compañero, a quien conozco desde hace más de 35 años, y su conducta y honestidad intachable merece el mayor de mis respetos; aunque no por ello comparta sus opiniones. Desde la óptica de la presunción de inocencia, una persona, física o jurídica, que bancariza²⁰ sus operaciones no pretende ocultar nada ilegal, *ab initio*. Es más, la formalización de sus actividades rentables debe considerarse como conducta afín al régimen legal, justamente cuando la persona realiza sus operaciones comerciales o financieras a través de la banca. Por otra parte, debemos tener en cuenta que, en la reforma proyectada, no se trata de derogar ni el secreto bancario sobre las operaciones de los clientes de las entidades bancarias y financieras legitimadas (Art. 84), ni el deber del secreto de ciertas autoridades respecto a la obligación anteriormente expuesta (Art. 85) de la Ley N° 861/96 “GENERAL DE BANCOS, FINANCIERAS Y OTRAS ENTIDADES DE CRÉDITO”.

Es decir, no está en juego la posibilidad de derogar el secreto bancario. No es materia de estudio de la política legislativa menaguar o extinguir estas reglas. En este punto, lo único que se está discutiendo es cuáles son las autoridades o instituciones, que a través de sus representantes competentes, y siempre que se reúnan ciertos requisitos, podrán requerir el acceso a información privile-

²⁰ Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, BANCARIZAR es “Hacer que alguien o algo, como un grupo social o un país desarrolle o resuelva las actividades económicas a través de la banca”.

giada. En otras palabras, quiénes y en qué condiciones, pueden requerir el levantamiento del deber del secreto. Por tanto, ¿cómo es posible que constituya un *retroceso*, la promoción de la modificación de una regla que en realidad no dispone derechos ni potestades al Ministerio Público; o que, al no contemplar amplias libertades o discrecionalidades al Ministerio Público, se estuviera *estimulando* a la delincuencia?

En definitiva, veamos la norma que entró en vigencia con la Ley N° 5.787/16:

“Artículo 86° Excepciones al deber de secreto: El deber al secreto no regirá cuando la información sea requerida por:

a) El Banco Central del Paraguay y la Superintendencia de Bancos en ejercicio de sus facultades legales;

b) La autoridad judicial competente en virtud de resolución dictada en juicio, en el que el afectado sea parte. En tal caso, deberán adoptarse las medidas pertinentes que garanticen la reserva;

c) El Contralor General de la República, en el marco de sus atribuciones sobre la base de las siguientes condiciones:

c.1) Debe referirse a una persona física o jurídica determinada;

c.2) Debe encontrarse en curso una auditoría o verificación patrimonial con respecto a esa persona; y,

c.3) La misma deberá ser solicitada formalmente;

d) La máxima autoridad de la Subsecretaría de Estado de Tributación y de la Dirección Nacional de Aduanas, en el marco de sus atribuciones, sobre la base de las siguientes condiciones:

d.1) Debe referirse a un responsable o contribuyente determinado;

d.2) La información deberá ser solicitada formalmente; y

d.3) Debe encontrarse en curso una verificación patrimonial con respecto a ese responsable contribuyente;

e) La Fiscalía General del Estado y los agentes fiscales que conforman el Ministerio Público, en el marco de las atribuciones que le son legalmente conferidas por la legislación.

f) La Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero y Bienes, en el marco de las atribuciones que le son legalmente conferidas por la legislación”.

Al respecto, se desoyó la propuesta de los senadores que establecía las siguientes reformas: En el literal e) La Fiscalía General del Estado y los agentes fiscales que conforman el Ministerio Público, *en el marco de una investigación puntual, con autorización judicial*;

Y en el literal f) La Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero y Bienes, en el marco de las atribuciones que le son legalmente conferidas por la legislación de prevención de lavado de dinero, *con autorización judicial*.

El deber de secreto y las responsabilidades derivadas de su incumplimiento se transmiten a las instituciones y personas exceptuadas en la norma citada. En todos los casos, cuando en procesos judiciales o administrativos para cuya tramitación se haya utilizado información sobre operaciones resguardadas por el secreto bancario, éste cesará a todos los efectos en forma automática, si de tales actuaciones se derivara culpabilidad de los beneficiados con el secreto. Los involucrados en la causa que resultarán sobreseídos en las actuaciones judiciales, conservarán la protección de secreto para sus operaciones.

Al respecto, cabe acotar que la redacción original del citado Art. 86 de la Ley N° 861 de 1996, nada disponía respecto a la posibilidad de que el secreto bancario sea levantado a requerimientos del Ministerio Público, ni mucho menos de la SEPRELAD, que ni existía en esa época. Sólo por esto ya no puede hablarse de retroceso.

Por lo demás, puede notarse claramente que el reclamo de la agencia estatal era esencialmente por dos motivos: 1) Porque se

obligaba al Ministerio Público a acceder a la información clasificada sólo mediante orden judicial competente, y dentro de una investigación penal abierta formalmente; y 2) porque también obligaría a la SEPRELAD a requerir orden judicial para solicitar el levantamiento del secreto bancario.

Desde el mismo punto de vista respecto a lo que estamos comentando, es aleccionadora la opinión de Carlos Delpiazzo, ex Ministro de Economía y Finanzas de la República Oriental del Uruguay, quien recientemente explicó los efectos de la aprobación de dos leyes en su país, durante su disertación en un Seminario Internacional de Derecho Público realizado en Asunción. En tal ocasión expuso que, a su criterio, *“se les fue la mano”* (al gobierno uruguayo) con la sanción de las leyes de *“Inclusión Financiera”* y de *“Transparencia Fiscal”*, similar a lo que se promueve actualmente por la SET en Paraguay. Según el ex secretario de estado, tales leyes *“limitan la libertad de las personas”*, además de las consecuencias económicas negativas que han producido. Se generó un *“gran hermano”*²¹.

Con todo lo dicho anteriormente, reforzamos nuestra posición haciendo notar que la norma aprobada y sancionada con la Ley N° 5.787/16 no es coherente con el sistema procesal penal vigente en Paraguay; pues, el fiscal tiene el derecho de investigar, siempre que existan sospechas fundadas de la comisión de un hecho punible, y si en el marco de la investigación, se pretende restringir derechos o garantías de las personas consideradas autores o participantes, se las deberá imputar formalmente, permitiendo el pleno ejercicio de la defensa, dando lugar a la bilateralidad, y siempre bajo control judicial, con la intervención de un juez penal de garantías, que tendrá competencias para hacer lugar a la pretensión fundada del fiscal y de las partes, en cuanto al otorgamiento de medidas o al practicamiento de actos procesales que son de

²¹ Diario abc Color, sección Economía, p. 13, del 22 de setiembre de 2017.

su exclusiva competencia. Su negativa, será recurrible ante tribunales de alzada.

De tal manera, ninguno de los órganos esenciales del proceso penal, ni el Juez Penal, ni el Agente Fiscal, tienen potestades absolutas, ni discrecionalidad ilimitada. Ambos se controlan mutuamente, bajo la atenta mirada de la defensa y del querellante, si hubiere.

Para finalizar, podemos advertir que existe un nexo incuestionable entre el otorgamiento de facultades discrecionales amplias y la corrupción: “**Monopolio, más Discrecionalidad, menos Transparencia**”, es la clásica fórmula de Klitgaard²² para medir el grado de corrupción de un sistema.

En tal sentido, con la nueva ley estaríamos exponiendo al Ministerio Público en su accionar a altos grados de corrupción, al excluir de los controles judiciales la labor del Agente Fiscal, habilitándolo a gestionar información clasificada sin analizar los fundamentos y requisitos legales para hacerlo; y permitiendo que este órgano requirente lo pueda hacer, incluso fuera del marco de una investigación formal, sin imputado previo alguno; es decir, sin que nadie pueda cuestionar qué pide, por qué lo requiere, ni cuáles son sus argumentos o fundamentos; o en otro sentido, por qué no fundamenta su pedido, debiendo hacerlo.

Con ello, se posibilitan las tres aristas facilitadoras de la corrupción: **a) MONOPOLIO**, pues sería el único órgano que lo puede requerir dentro de una investigación penal; o incluso, fuera de ella, sin imputar a nadie; **b) DISCRECIONALIDAD**, pues puede optar por requerir o no el levantamiento del secreto banca-

²² Robert Klitgaard antiguo presidente de la Claremont Graduate University, California, USA, a partir de julio de 2005 hasta febrero de 2009. Antes de este tiempo, se desempeñó como decano de la S. Pardee RAND Graduate School Frederick en Santa Mónica, California, donde también fue profesor distinguido.

rio; y **c) FALTA DE TRANSPARENCIA**, pues nadie examinará sus motivos, ni sus actos.

Desde tal punto de vista, ¿Quién controlará que el Ministerio Público (o la SEPRELAD) no inicie campañas de “excursiones de pesca” o “cazas de brujas” que lesionen el Principio del Debido Proceso Penal de los justiciables?



CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EJECUCIÓN PENAL

Violeta González Valdez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EJECUCIÓN PENAL. 4. FINES CONSTITUCIONALES DE LAS SANCIONES PENALES. 5. HUMANIDAD. 6. RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA. 7. RESPETO A OTROS DERECHOS. 8. PROSCRIPCIÓN DE TORTURAS, TRATOS O CASTIGOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. 9. SEPARACIÓN POR CATEGORÍAS. 10. IGUALDAD. 11. VULNERABILIDAD SOCIAL Y DISCRIMINACIÓN EN LA EJECUCIÓN PENAL. 12. BIBLIOGRAFÍA.

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EJECUCIÓN PENAL

*Violeta González Valdez**

1. Introducción

La Constitución de 1992, en sus declaraciones fundamentales de la parte dogmática, enuncia los derechos y garantías que rigen en los procesos penales, tanto de adultos como de adolescentes, otorgando al proceso penal las condiciones de legitimidad inhe-

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Penal. Posgraduada en Criminología y Derechos Humanos. Docente Investigadora de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” y Profesora de los Programas de Maestría y Doctorado en Ciencias Jurídicas. Investigadora categorizada en el Programa Nacional de Investigadores (PRONII) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Miembro del Consejo de Redacción de La Ley Thomson Reuters Paraguay y del Consejo Editorial de la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. 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). Co-Dirección y Co-Autoría: *Código de Ejecución Penal Comentado* (2017); *Código de la Niñez y la Adolescencia Comentado* (2016). Co-Autoría: *Código Penal Comentado. Tomos I, II y III* (2011); *Los recursos de casación y revisión como ejercicio del derecho a la igualdad ante la jurisdicción en “Comentario a la Constitución”*. Tomo IV (2012); *La Constitución y el sistema penal juvenil en “Comentario a la Constitución”*. Tomo III (2007). Artículos en revistas científicas internacionales arbitradas e indexadas.

rentes a un Estado de derecho, e impidiendo el uso arbitrario del *ius puniendi* del Estado. Ahora bien, para lograr que todos y cada uno de los derechos y libertades constitucionales tengan efectiva vigencia se requiere, además, el otorgamiento de una determinada estructura al poder, definida en la parte orgánica de la Constitución. No resulta menos importante el reconocimiento de un debido proceso que contar con un juzgador idóneo e independiente para garantizarlo, esto es, el estricto cumplimiento de los mecanismos previstos para nombrarlo considerando sus méritos y aptitudes, y sin injerencias que atenten contra la imparcialidad de sus decisiones.

Los principios rectores del sistema penal, como lo sostiene Berdugo (1996), no deben considerarse como meros “límites” del *ius puniendi*, sino como principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho Penal no puede seguir siendo considerado sino como Derecho Penal Constitucional, pues es consubstancial al mismo, además de la búsqueda de *eficacia* al eliminar la violencia social extrapenal, la finalidad de *garantía* al disminuir la violencia del propio sistema penal.

La violencia producida por el sistema penal adquiere relevancia, precisamente, al momento del cumplimiento de la sanción.

En ese sentido, Foucault afirma que “el efecto más importante del sistema carcelario es que logra ver natural y legítimo el poder de castigar, aunque se lo ejerza con exceso, abuso o violencia” (1998).

Históricamente, el sistema de ejecución penal paraguayo ha cercenado otros derechos fundamentales además de la libertad. La sordidez de las cárceles en Paraguay puede entenderse a partir de la descripción realizada por Juan Antonio De la Vega: “Muchos internos están como aletargados. No salen del interior de sus celdas. Esto se debe a un mal que afecta a quienes permanecen encerrados por mucho tiempo. La prisionización es el deterioro físico de la persona. Los sentidos de la vista y el oído disminuyen su capacidad progresivamente. Esto se produce por falta de estímulo

los. 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 [...]” (Diario Noticias, 5 de diciembre de 2004). “Allí están los pasilleros. No tienen sitio en las celdas y viven en los pasillos, en el suelo. Algunas veces no tienen colchón ni frazada [...]” (Diario abc Color, 22 de enero de 2006).

Se percibe así toda la miseria y la marginación del proceso de deshumanización generado en los institutos penales. Una realidad que, de tan evidente e insoslayable, es casi insensiblemente aceptada –quizá sea el efecto del sistema carcelario del que habla Foucault–.

Y quizá también sea la explicación de la desidia legal en la materia, que denota el desdén y la indiferencia hacia las personas en privación de libertad. En efecto, en el año 1970 con la Ley N° 210 “Que establece el régimen penitenciario” por primera vez se regula el tema, complementando el Código Penal de 1910, sesenta años después de su vigencia. La modificación de la misma se produce en el año 2014 con la Ley N° 5.162 “Código de Ejecución Penal para la República del Paraguay”, vigente desde el año 2015, cuarenta y cinco años después. Es plausible, pero contradictoriamente vergonzoso, que este cuerpo de leyes sea el primer instrumento específico que contiene preceptos concernientes a la ejecución en procesos penales de adolescentes. La ley penitenciaria no se ocupaba de ellos. Sin embargo, los niños y adolescentes también podían ser privados de libertad, y las vejaciones padecidas eran mayores.

La regulación de la ejecución de penas y medidas, a través del Código de Ejecución Penal, constituye sin duda la instauración de un nuevo paradigma en el ámbito penal. En tanto se ha buscado terminar con aquel estado de obscuridad e indefensión, otorgando su real importancia a la ejecución como etapa del proceso e intentando relegitimar la sanción penal hacia la consecución de sus fines. La judicialización de la etapa de ejecución reivindica el derecho a exigir el cumplimiento de las finalidades constitucionales de

las penas y el respeto a los derechos del condenado durante su ejecución.

Desde esta perspectiva, en el presente trabajo se abordan los derechos fundamentales durante la ejecución penal, reconocidos en la Constitución, con una revisión crítica de su concreción en el nuevo Código de Ejecución Penal.

2. Teoría de los Derechos Fundamentales

Luigi Ferrajoli (2006) elabora una teoría *sui generis* de los derechos fundamentales a partir de la interrogante ¿cuáles son los derechos fundamentales? y la consecuente formulación de tres respuestas distintas.

La primera respuesta –afirma– es la que ofrece la teoría del derecho. En el plano teórico-jurídico la definición más fecunda de los “derechos fundamentales” es la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son –por tanto– indisponibles e inalienables. Sin embargo –objeta– esta respuesta no nos dice “cuáles son”, sino solamente “qué son” los derechos fundamentales. Es, de hecho, la definición de un concepto teórico que, en cuanto tal, no puede decirnos nada sobre los contenidos de tales derechos.

La segunda respuesta enuncia el autor a partir del derecho positivo, es decir, la dogmática constitucional e internacional. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los pactos y convenciones internacionales sobre derechos humanos. En este orden de ideas, serían derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo paraguayo.

Finalmente, la tercera respuesta que el jurista considera es la que ofrece la filosofía política y que se refiere a la pregunta “cuáles derechos *deben ser* garantizados como fundamentales”.

Para fundar racionalmente esta respuesta utiliza tres criterios axiológicos, sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo, tanto estatal como internacional.

El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y *paz* instituido en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos a la libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e *igualdad*. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales –de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales– que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y es en segundo lugar igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.

El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como *leyes del más débil*. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar, el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar, los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar, los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.

Los tres criterios propuestos –paz, igualdad, tutela del más débil– para identificar en el plano axiológico cuáles deben ser los derechos fundamentales merecedores de tutela –concluye– no están entre ellos en conflicto, sino que son convergentes y complementarios. La paz no solamente se funda en el máximo grado de efectividad de la igualdad en los derechos fundamentales, sino que también está amenazada por el crecimiento de las asimetrías, que corresponde a otras tantas desigualdades, entre sujetos fuertes y sujetos débiles.

Esta teoría de los derechos fundamentales ha desarrollado Ferrajoli (2000) en el campo del Derecho Penal a través de su insigne obra *Derecho y Razón* (1995). En ese marco, concibe el Derecho Penal con el fin de protección del débil contra el más fuerte: “Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento resuelto mediante la fuerza: mediante la fuerza del reo en el primer caso, mediante la de la parte ofendida en el segundo. Y la fuerza es en ambos casos arbitraria e incontrolada: no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que es por su propia naturaleza incierta, desproporcionada, desenfrenada, dirigida a veces contra el inocente. La ley penal se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales [...] Bajo ambos aspectos la ley penal se justifica en tanto que *ley del más débil*, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte. Las dos finalidades preventivas –la prevención de los delitos y de las penas arbitrarias– están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la “necesidad política” del Derecho Penal como instrumento de *tutela de los derechos fundamentales*, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos”.

Sin duda, ante la crisis y la deslegitimación del discurso jurídico-penal, este modelo de justificación arroja luz e ilusión sobre

su fin y sus límites para renovar la credibilidad en *las razones del Derecho Penal*.

En el ámbito que nos ocupa, la determinación del sujeto *débil* es establecida indubitablemente por la particular situación de privación de libertad. En efecto, ésta revela el sometimiento y la dependencia absoluta del prevenido o condenado al sistema de ejecución penal para la vigencia de todos sus derechos fundamentales. La posición de garante del Estado adquiere fundamental trascendencia, en tanto debe asumir eficazmente la obligación de generar las condiciones para el acceso igualitario a los medios necesarios para su ejercicio, así como erradicar los factores que puedan impedirlo.

3. Derechos Fundamentales en la Ejecución Penal

El análisis de los derechos que deben gozar las personas privadas de libertad no puede pretender de ningún modo, como lo sostiene Pavarini (1998), contribuir al mejoramiento de una institución que, como la penitenciaria, traduce la historia de una justificación imposible y pone de manifiesto la irracionalidad del sistema penitenciario. Ciertamente, la historia de la prisión revela que ésta ha sido instrumento de vulneración de otros derechos fundamentales distintos del de la libertad (Balaguer, 1992). Incluso, Ferrajoli (2000) advierte que al realizar una necesaria distinción entre los fines programáticos de la pena respecto de la función que actualmente cumple, esta última puede llegar a deslegitimar a aquéllos.

Por lo tanto, reivindicar el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a la ejecución de privación de libertad no busca, ni mucho menos, legitimar la existencia de ésta; al contrario, es asumir su fracaso y, por ende, la imposibilidad de que en las actuales condiciones cumpla sus fines. No obstante, resulta inevitable aceptar que la privación de libertad sigue constituyendo parte del sistema penal de sanciones y, mientras tanto, es imperioso proteger a quienes sufren sus lacerantes consecuencias.

Los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad –inviolables, imprescriptibles, inalienables e irrenunciables– son sistematizados por Bueno Arús, citado por Balaguer (1992), clasificándolos en derechos de la personalidad, derechos civiles, derechos sociales y derechos políticos. Entre los derechos de la personalidad sitúa el derecho a la vida, la integridad y la seguridad personal, la intimidad y el honor, la libertad religiosa, la igualdad y la no discriminación. La privación de libertad, otorga connotaciones e implicancias particulares a las garantías de la vigencia de estos derechos.

El Código de Ejecución Penal reconoce la dignidad humana y los derechos fundamentales como sus principios rectores:

C.E.P., Art. 3° Dignidad humana y derechos fundamentales. “La ejecución de las penas y medidas a que se refiere el Artículo 1° y lo establecido en el Artículo 2°, se cumplirá teniendo en consideración los fines constitucionales de las sanciones penales, los fines de la prisión preventiva, el reconocimiento de la dignidad humana y, el respeto de los derechos fundamentales de los prevenidos y condenados consagrados en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos aprobados y ratificados por el Paraguay”.

La ejecución penal debe respetar los derechos fundamentales de prevenidos y condenados, consagrados en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos aprobados y ratificados por el Paraguay. Rige el sistema interamericano de protección de derechos humanos en aplicación de las garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Ley N° 1/89– y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –Ley N° 5/92–, las que son aplicables también a adolescentes¹, pues la

¹ C.A.D.H. Art. 8.2. [...] Durante el proceso, “toda persona” tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] PDCP. Art. 14.3. Durante el proceso, “toda persona” acusada de un delito

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño – Ley N° 57/90– no establece un órgano supranacional de carácter jurisdiccional².

Asimismo, el marco normativo internacional está integrado por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Ley N° 69/90; el Protocolo Facultativo contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Ley N° 2.754/05; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Ley N° 56/90; la Ley N° 4.288/11 “Que crea el Mecanismo Nacional de Lucha contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) constituyen el marco de referencia actual obligado en el tema. Igualmente, las Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...].

Las comillas no corresponden al texto oficial.

² Decreto N° 16.078 del 8 de enero de 1993 “Por el cual se acepta la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

³ En este sentido agrega con perspicacia Chalmers (2000): “Está muy bien pintar una imagen heroica de Einstein, en la que aparece haciendo los más importantes avances mientras que demuestra la originalidad y el coraje de desafiar algunos de los principios fundamentales de la física, pero no debiéramos perder de vista el hecho de que fueron necesarios doscientos años de esfuerzos minuciosos dentro del paradigma newtoniano y cien años de trabajo dentro de las teorías de la electricidad y el magnetismo para que se revelaran los problemas que Einstein había de reconocer y resolver con su teoría de la relatividad”.

4. Fines constitucionales de las sanciones penales

La Constitución, como ley fundamental, al provenir de los legítimos representantes del pueblo paraguayo reunido en Convención Nacional Constituyente, define a la República del Paraguay como un Estado social de derecho que adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana –Art. 1º–. Estas bases constitucionales de modelo de Estado determinan los objetivos que se pretenden con el sistema penal. En ello radica la relevancia de los fines perseguidos con la sanción penal, reflejados en la decisión sobre la pena concreta que se impone al responsable de la comisión de un hecho punible.

La ejecución de penas y medidas, conforme al objeto y ámbito de aplicación del Código de Ejecución Penal, debe cumplirse teniendo en consideración los fines constitucionales de las sanciones penales –Art. 3º–.

Aceptar que en un Estado democrático la justificación de la sanción no puede coincidir con las teorías absolutas de la pena, ha desembocado en el reconocimiento –por parte de la doctrina penal– de múltiples finalidades atribuidas a las penas que, en sus diferentes vertientes, continúan siendo objeto de discusión. El punto de convergencia en el debate acerca del fin de la pena, es la aceptación de que ésta no puede liberarse de toda finalidad y tener por fundamento jurídico sólo la retribución. Si la misión del Derecho Penal es servir a la protección de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de esa tarea no puede servirse de una pena que prescindiera de toda finalidad social; la idea de la retribución fomenta la pena allí donde no es necesaria a las funciones del Derecho Penal, por lo que pierde legitimación social (Roxin, 1993). Resulta incompatible con la justificación del Derecho Penal, para mantener un sistema social, la retribución del delito cometido como único sentido de la pena.

Mir Puig (1994) sostiene en su obra *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho* que la pena es un fenómeno

complejo en el que se combinan elementos preventivos, tanto de naturaleza general como de naturaleza especial. Afirma que un Estado democrático debe apoyar su Derecho Penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. Es la llamada prevención general positiva. Asimismo, con la prevención especial positiva, buscando disuadir al autor de realizar futuros hechos punibles, a través del principio de resocialización. Y ambos fines se conjugan en el mismo objetivo: evitar la comisión de hechos punibles como forma de proteger a la sociedad. La prevención aparece, así como la finalidad punitiva racional y coherente con un Estado social y democrático de derecho.

La Constitución define los fines de la pena con la formulación del principio de prevención, tanto general positiva como especial positiva, en el siguiente precepto:

C.R.P., 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. 20. Del objeto de las penas. Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad [...]

Asimismo, el Pacto de San José de Costa Rica consagra:

C.A.D.H., Art. 5°. Derecho a la integridad personal: [...] 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

P.D.C.P., Art. 10.3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

Esta finalidad de la sanción punitiva es recogida en el Código Penal:

C.P., Art. 3°. Principio de prevención. Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir.

Y finalmente se materializa con el siguiente precepto, todos concordantes con el Art. 3° del Código de Ejecución Penal:

C.P., Art. 39. Objeto y bases de la ejecución: 1. El objeto de la ejecución de la pena privativa de libertad es promover la readaptación del condenado y la protección de la sociedad [...]

Coincidimos con Cobo del Rosal y Boix Reig (1982), al afirmar que la readaptación social debe ser concebida como un derecho fundamental que tiene toda persona que se encuentra privada de libertad. Similar justificación ha efectuado la jurisprudencia alemana: "Como titular de derechos fundamentales que surgen de la dignidad del hombre y que garantizan su protección, el autor de hechos punibles condenado debe conservar la oportunidad de incorporarse nuevamente a la comunidad luego del cumplimiento de su pena. Considerado desde el autor, este interés en la resocialización se desprende de su derecho fundamental" (BVerfGE T. 35, pp. 202 y ss., sentencia Lebach).

En el ordenamiento paraguayo, este derecho fundamental no sería más que una extensión del derecho a la igualdad consagrado en el Art. 46 de la Constitución:

C.R.P., Art. 46. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

Derecho que se traduce en la obligación prestacional por parte del Estado, de proporcionar a la persona privada de libertad todos los medios necesarios para reinsertarse a la sociedad, y de

crear las condiciones adecuadas a tal efecto. Obviamente, respetando su dignidad y los derechos inviolables que le son inherentes, como así también el libre desarrollo de su personalidad, todo lo cual se enmarca dentro de la obligación que debe asumir un Estado social de derecho.

Por otra parte, la disposición constitucional que prescribe el objeto de las penas, anteriormente extractada, se halla ubicada dentro del Capítulo II: "De la libertad" del Título II: "De los derechos, de los deberes y de las garantías" de la Parte I: "De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías". Por su ubicación sistemática en la Constitución, verificamos que también en nuestro ordenamiento se concibe a la resocialización como un derecho fundamental.

5. Humanidad

Abordar la humanidad en la ejecución penal requiere, necesariamente, efectuar un breve recorrido histórico sobre el derecho a castigar. Podemos aseverar que la evolución de la sanción punitiva, en general, fue desarrollada a través de paradigmas en la historia del Derecho Penal –paradigma en el concepto de Kuhn– (Kuhn, 1998). En efecto, la historia del castigo revela su evolución, desarrollada a través de cambios que, si bien producidos paso a paso, han generado en tiempos determinados verdaderos cambios de paradigmas. En los orígenes del Derecho Penal, la pena ha sustituido a la venganza privada, asumiendo el Estado la función de aplicar sanciones. Éstas, en un primer momento, como nos relata Foucault (1998), estaban basadas en el suplicio y el espectáculo público, y dirigidas al cuerpo de los condenados. Fue la pena privativa de libertad –el nacimiento de la prisión– la que determinó que ya no sea el cuerpo el objeto de la penalidad, sino el alma de los condenados. A la expiación que causaba estragos en el cuerpo sucedió un castigo que actuaba en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad y las disposiciones del ser humano. Este proceso de transformación se inició con la desaparición del espectáculo punitivo, y continuó con la anulación del dolor a tra-

vés de una sustitución de objetos sobre los cuales recaía la penalidad. Dejó de estar centrada en el suplicio del cuerpo para utilizarlo sólo como instrumento, al imponerle un sistema de privaciones y obligaciones que actuaba con intensidad sobre el espíritu dirigiéndose al alma; surge aquí un nuevo paradigma en la imposición del castigo.

Afirma Kuhn en la obra citada: "La transición entre paradigmas contendientes debe ocurrir de una vez aunque no necesariamente en un instante"³.

Sin duda uno de los instantes que contribuyó a provocar el profundo cambio en las formas de castigar, lo marcó Beccaria (1994), quien ya en 1764 editó de forma anónima *De los delitos y de las penas*. Es considerado el autor que sentó las bases del Derecho Penal contemporáneo, puesto que en función a sus críticas la legislación penal de Europa comienza a limpiarse un poco de su baño de sangre y tortura (Zaffaroni, 1994). El Marqués de Beccaria consideraba que las penas debían ser proporcionales al daño social causado. Rechazaba duramente la crueldad de las penas de su época y la tortura, que era el medio más usual de obtención de prueba. Asimismo, efectuó el aporte más importante, la existencia de certeza para la aplicación del castigo, tanto en lo que respecta a la necesidad de una norma previa que contemple el castigo como de una duración determinada del mismo. Beccaria fue seguidor de Rousseau en cuanto a ideas contractualistas, y de ello derivaba como necesaria consecuencia la concepción del principio de legali-

³ En este sentido agrega con perspicacia Chalmers (2000): "Está muy bien pintar una imagen heroica de Einstein, en la que aparece haciendo los más importantes avances mientras que demuestra la originalidad y el coraje de desafiar algunos de los principios fundamentales de la física, pero no debíamos perder de vista el hecho de que fueron necesarios doscientos años de esfuerzos minuciosos dentro del paradigma newtoniano y cien años de trabajo dentro de las teorías de la electricidad y el magnetismo para que se revelaran los problemas que Einstein había de reconocer y resolver con su teoría de la relatividad".

dad del delito y de la pena. Entonces, puede afirmarse que fue con Beccaria que las ideas enciclopedistas fueron transferidas al campo del Derecho Penal. A su vez Rousseau (1994), en su famoso tratado político *El contrato social* (1762) expuso sus argumentos de libertad civil y ayudó a preparar la base ideológica de la Revolución Francesa en 1789, al defender la voluntad popular frente al derecho divino de los reyes. En la Revolución Francesa se proclamó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo hito en la historia también es indubitable.

La benignidad punitiva pretendida en la época, con el nacimiento de la prisión, no tardó en descubrirse como una ficción. La grave crisis del sistema penitenciario no constituye una novedad, “desde su utilización la pena privativa de libertad nunca ha logrado alcanzar su propia legitimidad” (Peters, 1993). Y he aquí que nos hallamos ante un estado de crisis –en el concepto de Kuhn–, la inevitable obsolescencia de la privación de libertad como instrumento principal de control social, lo que obliga a la generación de un nuevo paradigma para la búsqueda de nuevas soluciones que den respuestas a la realidad de un mundo globalizado.

Mientras tanto, humanizar nuestros establecimientos de custodia y reclusión constituye sin duda un imperativo legal desesperado, tal es el sentido del Art. 7º del Código de Ejecución Penal:

C.E.P. Art. 7º. Humanidad. En los establecimientos de custodia y reclusión, prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia psíquica, física o moral. Nadie será sometido a torturas ni a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

Del principio de humanidad se deduce la proscripción de las penas crueles y de cualquier pena que desconozca los derechos inherentes a la persona humana y, en el caso específico de los adolescentes, la prohibición de la pena de muerte.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se proclama:

C.A.D.H., Art. 4.5. No se impondrá la pena de muerte a personas que en el momento de la comisión del delito tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta.

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño señala:

C.D.N., Art. 37 a. Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad [...] c. Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad.

6. Respeto a la dignidad humana

La justificación del Derecho Penal para el mantenimiento de un sistema social, se proyecta sobre el contenido de la sanción tanto en abstracto como en concreto. Un sistema social que reconoce la dignidad humana, tal como lo proclama el preámbulo de la Constitución, sólo puede recurrir a la pena cuando sea necesaria para el mantenimiento del mismo.

Este principio general tiene dos manifestaciones concretas: En primer lugar, el mantenimiento de un sistema de estas características no puede pasar por la utilización de penas que, por su contenido o duración, se opongan a la dignidad de la persona; lo cual subyace tras la exclusión constitucional de la pena de muerte en el Art. 4°, así como de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Art. 5°. En segundo lugar, la cantidad de pena debe ser estrictamente necesaria para el mantenimiento del sistema. La necesidad se manifiesta en la proporcionalidad de la amenaza penal con la gravedad del hecho punible previsto, esto es, la cantidad de pena a imponer por parte del juzgador debe ser sólo la que requiera el hecho punible juzgado; una pena no necesaria sería una pena no justificada.

El Art. 3° del Código de Ejecución Penal, transcrito en líneas anteriores, prescribe que en los centros de privación de libertad prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos.

Garzón Valdés (2006), hace hincapié en la relevancia moral del principio de dignidad humana al afirmar que la violación de la humanidad, la lesión de la dignidad humana, veda toda posibilidad de actuar como sujetos morales. Considera que la “dignidad de la persona” no es un atributo accidental sino una expresión equivalente a la afirmación de su humanidad. Y la violación del principio de dignidad equivale a la deshumanización de la persona, significa convertirla en objeto o animalizarla.

En el tema de estudio, adquiere vigencia aquella confesión de Francesco Carnelutti (2016), en *Las miserias del proceso penal*, hace más de medio siglo, sobre la fascinación misteriosa de compasión que le generaba la prisión, “el más pobre de todos los pobres es el preso, el encarcelado [...] es considerado una cosa. Considerar al hombre como una cosa: ¿puede haber una fórmula más expresiva de la incivildad?”.

Las Reglas de Mandela –aplicables a adolescentes en su primera parte– exhortan entre sus Principios Fundamentales:

Regla 1. Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario.

Regla 5.1. El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.

7. Respeto a otros derechos

La privación de libertad no implica la pérdida de los derechos que sean compatibles con ella; por el contrario, la institución penitenciaria debe garantizar y posibilitar su ejercicio.

Tal, es el fundamento del Art. 6º del Código de Ejecución Penal, cuyo epígrafe lo establece puntualmente:

C.E.P., Art. 6º. Respeto de otros derechos. Ningún prevenido o condenado podrá sufrir limitación o menoscabo de su libertad y otros derechos que no sea consecuencia directa e inevitable de la naturaleza de la pena o la medida impuesta, de su regulación legal expresa y de la decisión judicial que la imponga, dentro del marco constitucional y legal.

La definición de los derechos que permanecen vigentes, y que deben ser respetados tras la privación de libertad, es determinada por la doctrina del Tribunal Constitucional español al afirmar que “las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo ‘Derechos y libertades’ del Título I ‘De los derechos y deberes fundamentales’ de la Constitución Española, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir de aquéllos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la ley penitenciaria”⁴.

Es una realidad innegable que, no obstante, la adhesión de nuestro ordenamiento jurídico a instrumentos normativos internacionales, los derechos fundamentales como el derecho a la vida, la integridad, la salud o a la propia dignidad humana, son continuamente vulnerados por el hacinamiento y la miseria que existen en los institutos penales. “La vida en la cárcel conlleva penalidades

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 175/2000 de 26 de junio.

sobreañadidas a la privación de libertad pretendida por la ley” (De la Vega, 2010).

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifiesta que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales. Esto implica que el Estado como garante de los derechos de las personas bajo su custodia, no sólo tiene el deber especial de respetar y garantizar su vida e integridad personal, sino que debe asegurar condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad⁵. Tales condiciones no deberán constituir un factor aflictivo adicional al carácter de por sí punitivo de la privación de la libertad. El tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma universal que debe ser aplicada sin distinción de ningún género, y que no puede depender de los recursos materiales con que cuente el Estado⁶.

8. Proscripción de torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes

La disposición normativa del Art. 7 del Código de Ejecución –transcripta– expresa textualmente el mandato constitucional que prescribe:

C.R.P., Art. 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

⁵ C.I.D.H. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, (Principio I).

⁶ O.N.U. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 21: Trato humano de las personas privadas de libertad, adoptado en el 44° Periodo de Sesiones (1992), párr. 4. En Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, Volumen I, HRI/GEN/ 1/Rev.9 (Vol. I) adoptado el 27 de mayo de 2008, p. 242.

En igual sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos proclama:

C.A.D.H., Art. 5.2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Estas proscipciones están fundamentadas en el principio de humanidad, al cual debe ajustarse toda ley penal. Puesto que toda pena que vulnere los derechos inherentes a la persona humana, resulta inhumana y atentatoria de este principio.

Instrumentos internacionales específicos abordan también el tema, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Ley N° 69/90 así como el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, Ley N° 2.754/05.

Ahora bien, “una pena puede no ser cruel en abstracto, es decir, en consideración a lo que tiene lugar en la generalidad de los casos, pero bien puede plantearse el problema de que sea cruel en el caso concreto” (Zaffaroni, 1998).

Tales son los supuestos previstos en los Artículos 42 y 43 del Código Penal. El Art. 42 del Código Penal⁷ establece la posibilidad de cumplir la pena privativa de libertad en el domicilio, toda vez que ésta no excediera de un año, en los casos de condena de “mujeres con hijos menores o incapaces” y “personas de más de sesen-

⁷ C.P., Art. 42. Prisión domiciliaria. Cuando la pena privativa de libertad no excediera de un año, las mujeres con hijos menores o incapaces y las personas de más de sesenta años podrán cumplirla en su domicilio, de donde no podrán salir sin el permiso de la autoridad competente. El beneficio será revocado en caso de violación grave o reiterada de la restricción.

ta años". El Art. 43 del Código Penal⁸ también está fundado en el principio de humanidad, y permite el aplazamiento de la ejecución de una condena a pena privativa de libertad, en los casos de "una mujer embarazada", "una madre de un niño menor de un año" o "una persona gravemente enferma". Estos extremos fácticos, pretenden igualmente dar vigencia al principio de intrascendencia o de personalidad de la pena, por el cual la pena no debe trascender de la persona que es autora o participe del hecho punible.

"De allí que deba evitarse toda consecuencia de la pena que afecte a terceros. Desafortunadamente, sabemos que en la realidad social la pena suele afectar a terceros inocentes, particularmente a los familiares del penado" (Zaffaroni, 1998).

El Código de Ejecución, en la misma disposición normativa mencionada, agrega que se prohíbe toda forma de violencia psíquica, física o moral.

La prohibición guarda relación específicamente con la institucionalización de la violencia como instrumento de coerción, con todas las tonalidades y variables con las que históricamente ha sido utilizada en épocas de la dictadura con presos políticos, y solapada también durante la democracia con presos comunes.

En ese sentido, el personal penitenciario se ha constituido en un "segmento institucionalizado no judicial del sistema penal" que, en ocasiones, se ha erigido también en víctima utilizada como instrumento de reproducción de la violencia, a través del uso ilegítimo de la coerción estatal, pero de alguna manera legitimada por sus integrantes. La lúcida perspectiva de Zaffaroni (1998) caracteriza el proceso que se da en quienes ejercen las funciones policiales y penitenciarias, igual de deshumanizante que aquél llamado "pri-

⁸ C.P., Art. 43. Postergación del cumplimiento de la pena privativa de libertad. El cumplimiento de la condena a una pena privativa de libertad puede ser postergado cuando ésta deba ser aplicada a una mujer embarazada, a una madre de un niño menor de un año o a una persona gravemente enferma.

sionización” producido con las personas privadas de libertad: “El proceso de deterioro al que se somete a las personas de los sectores carenciados de la población que se incorporan a las agencias militarizadas del sistema penal, consistente en deteriorarles su identidad originaria y reemplazarla por una identidad artificial, funcional al ejercicio de poder de la agencia [...] Se lo ve como un corrupto [...] Las clases medias latinoamericanas lo perciben como un emergente de las clases carenciadas y frecuentemente abrigan prejuicios y alimentan una mal contenida actitud de desprecio hacia el mismo [...] En este panorama, no es extraño que pueda ser caracterizado como una persona en situación anómica, en el más prístino sentido de la expresión, y no por cambios coyunturales o estructurales –como en la originaria versión durkheimniana de la anomia–”.

En nuestro medio, el término “guardia cárcel” ha alcanzado un sentido casi “peyorativo” –tal vez sea resultado de la anomia explicada por Zaffaroni– pues se lo percibe en una situación peor que la del policía, incluso ya en la frontera de la descripción de Víctor Hugo (2012).

Tal es la magnitud del desafío de la reforma de la ejecución penal, calificar y especializar profesionalmente al personal como operadores y coadyuvantes en la consecución de las finalidades de la misma, conforme se prescribe en los Arts. 273 y 279 del Código de Ejecución Penal.

Las Reglas Mandela son claras al restringir el tenor de las sanciones disciplinarias en los institutos penales:

Regla 43. 1. Las restricciones o sanciones disciplinarias no podrán, en ninguna circunstancia, equivaler a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, quedarán prohibidas las siguientes prácticas: a) el aislamiento indefinido; b) el aislamiento prolongado; c) el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada; d) las penas corporales o la reducción de los alimentos o del agua potable; e) los castigos colectivos. 2. En ningún caso se utilizarán métodos de coerción física

como sanción por faltas disciplinarias. 3. Entre las sanciones disciplinarias o medidas restrictivas no podrá figurar la prohibición del contacto con la familia. Solo se podrán restringir los medios de contacto familiar por un período limitado y en la estricta medida en que lo exija el mantenimiento de la seguridad y el orden.

Igualmente, establece los límites al uso de instrumentos de coerción física:

Regla 47. 1. Se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor. 2. Otros instrumentos de coerción física solo podrán ser utilizados cuando la ley los autorice y en los siguientes casos: a) como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa; b) por orden del director del establecimiento penitenciario, si han fracasado los demás métodos de control, a fin de impedir que el recluso se lesione a sí mismo o lesione a terceros, o que produzca daños materiales, en cuyos casos el director deberá alertar inmediatamente al médico u otros profesionales de la salud competentes e informar a la autoridad administrativa superior.

Regla 48. 1. Cuando la utilización de instrumentos de coerción física esté autorizada de conformidad con el párrafo 2 de la regla 47 habrán de aplicarse los siguientes principios: a) emplear instrumentos de coerción física únicamente cuando ninguna otra forma menor de control resulte eficaz frente a los riesgos que entrañaría la libre movilidad; b) optar por el menos invasivo de los métodos de coerción física que sean necesarios para controlar la movilidad del recluso y que puedan aplicarse razonablemente, en función del nivel y la naturaleza de los riesgos en cuestión; c) aplicar instrumentos de coerción física únicamente durante el tiempo necesario, y retirarlos lo antes posible una vez que desaparezcan los riesgos planteados por la libre movilidad. 2. No se utilizarán instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.

Regla 49. La administración penitenciaria tratará de utilizar técnicas de control para evitar la necesidad de imponer instrumentos de coerción física o reducir el carácter invasivo de esos instrumentos, y ofrecerá capacitación en esas técnicas.

9. Separación por categorías

Las Reglas de Mandela establecen también la separación de las personas privadas de libertad por categorías:

Regla 11. Los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles; por consiguiente: a) los hombres serán reclusos, en la medida de lo posible, en establecimientos distintos a los de las mujeres y, en los establecimientos mixtos, el pabellón destinado a las mujeres estará completamente separado del de los hombres; b) los reclusos en espera de juicio estarán separados de los penados; c) los encarcelados por deudas u otras causas civiles estarán separados de los encarcelados por causas criminales; d) los jóvenes estarán separados de los adultos.

Podemos efectuar una clasificación de la separación, en razón a las distintas situaciones legales previstas en nuestro ordenamiento, a saber:

a) Separación en razón de la calidad de prevenidos y condenados

Contemplada en los Arts. 5° y 268 del Código de Ejecución Penal. El Art. 5° del Código de Ejecución Penal prescribe:

C.E.P., Art. 5° Separación de Condenados y Prevenidos. Las medidas cautelares de carácter personal se cumplirán en establecimientos especiales y diferentes a los destinados para los condenados. Si ello no fuere posible, se habilitarán en los establecimientos existentes los lugares que sean necesarios para separar a los

prevenidos y los condenados. Se aplicará un régimen diferente entre unos y otros, teniendo presente en todo momento el estado de presunción de inocencia de quien carece de condena. En ningún caso, compartirán alojamiento prevenidos y condenados.

Y materializa la exigencia constitucional de separación de condenados y prevenidos durante la privación de libertad, según lo titula su epígrafe, contenida en el Art. 21 de la Constitución:

C.R.P., Art. 21 De la reclusión de las personas. Las personas privadas de su libertad serán reclusas en establecimientos adecuados, evitando la promiscuidad de sexos. Los menores no serán reclusos con personas mayores de edad. La reclusión de personas detenidas se hará en lugares diferentes a los destinados para los que purguen condena.

En concordancia se halla el Art. 5° inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 1/89, que también establece la separación entre condenados y procesados, y entre mayores y menores, durante la privación de libertad. Una disposición similar se encuentra en el Art. 10 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 5/92.

La fundamentación de estos preceptos radica, pues, en las sustanciales diferencias que caracterizan a ambas privaciones de libertad. En efecto, en la ejecución de la sanción penal subyace la consecución de las finalidades de la pena: protección a la sociedad y reinserción del condenado. Sin embargo, el cumplimiento de la prisión preventiva sólo puede tener finalidad cautelar: asegurar la realización del proceso y la ejecución de una eventual condena, pues sigue plenamente vigente el principio de inocencia.

A partir de estas finalidades, tan disímiles, se evidencia que prevenido y condenado no pueden guardar reclusión en los mismos establecimientos.

El Art. 268 del Código de Ejecución Penal prescribe la separación de adolescentes por categorías, el cual será analizado ulteriormente.

b) Separación en razón del tratamiento diferenciado

Conforme a los Arts. 36 al 74 del Código de Ejecución Penal.

La separación entre prevenidos y condenados, analizada en el punto precedente, se fundamenta además del lugar, en el tratamiento del cual serán objeto unos y otros; trato que debe estar dirigido y relacionado íntimamente con las finalidades de los institutos mencionados –prisión preventiva y sanción penal–.

Y en ese sentido, termina aclarando la nueva norma legal citada, se aplicará un régimen diferente teniendo presente en todo momento el estado de presunción de inocencia de quien carece de condena. Tal es, entonces, la razón de la insistencia cuando señala que las medidas cautelares de carácter personal se cumplirán en establecimientos especiales y diferentes a los destinados para los condenados. Advirtiendo que, si ello no fuere posible, se habilitarán, en los establecimientos existentes, los lugares que sean necesarios para separar a los prevenidos de los condenados. Por último, cerrando toda posibilidad de invocar falta de infraestructura o recursos para transgredir el imperativo legal, recalca *in fine* que “en ningún caso” compartirán alojamiento prevenidos y condenados.

En igual sentido, las Reglas de Mandela establecen categorías ocupándose de “las personas detenidas o en espera de juicio” –111 a 120–.

c) Separación en razón de la condición de adolescente

El Art. 265 del Código de Ejecución Penal prescribe:

C.E.P., Art. 265 La ejecución de las medidas de privación de libertad impuestas por el Juez Penal de la Adolescencia, se cumplirá en centros especiales con un régimen diferenciado. Los adolescentes no podrán en ningún caso ser alojados en establecimientos de adultos, aunque fuere en secciones separadas.

Con la misma finalidad este precepto encuentra su fundamento en el Art. 21 de la Constitución.

Esta disposición legal veda toda posibilidad de alojar a adultos y adolescentes en el mismo centro al señalar tajantemente “en ningún caso” y “aunque fuere en secciones separadas”.

En concordancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 1/89 que proclama como principio rector la separación de adultos y adolescentes:

C.A.D.H., Art. 5.5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

La Ley N° 57/90, que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en su Art. 37 inc. c. preceptúa que los Estados Partes velarán para que todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, teniendo en cuenta sus necesidades, y esté separado de los adultos.

Igualmente, así se orientan las recomendaciones de las Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad:

IV. La administración de los centros de menores [...] C. Clasificación y asignación [...] 29. En todos los centros de detención, los menores deberán estar separados de los adultos [...].

Es relevante mencionar que el Derecho Penal de la Adolescencia está basado en los mismos principios que el Derecho Penal de adultos, tales como legalidad, reprochabilidad, proporcionalidad, prevención, humanidad e intervención mínima. Asimismo, los conceptos de las categorías de la teoría del delito –acción, tipicidad, antijuricidad y reprochabilidad–, como los tipos penales, son proporcionados por el Derecho Penal. Son las clases de sanciones, su determinación y su ejecución –tema que nos ocupa– algunas de las peculiaridades que hacen especial al Derecho Penal

de la Adolescencia, entendido éste en cuanto a normas de naturaleza sustantiva. En cuanto al Derecho Procesal Penal de la Adolescencia, rigen igualmente los principios y garantías de un debido proceso, como juicio previo, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, contradicción, legalidad del procedimiento, impugnación y excepcionalidad de la prisión preventiva, entre otros. Todo lo cual se fundamenta en el derecho a una tutela judicial especializada, reconocido en los instrumentos internacionales, por el cual las garantías judiciales deben ser fortalecidas, en razón de la primacía del interés del menor infractor y de la particularidad que reviste su condición: se encuentra en un estado de mayor vulnerabilidad (González Valdez, 2011).

d) Separación en razón de edad y sexo

El precepto constitucional contenido en el Art. 21 de la Constitución establece también la separación en razón del sexo, evitando la promiscuidad.

Una cuestión real que se plantea es la separación, en dependencias adecuadas, de personas con orientación sexual distinta, por la discriminación que puede generar entre los demás.

En los casos de adolescentes, el Art. 268 establece imperativamente su separación dentro de los establecimientos educativos, tomando en consideración, además del sexo, el apartamiento por edad:

C.E.P., Art. 268. En los establecimientos educativos para adolescentes, no se admitirán adolescentes sin orden previa y escrita de la autoridad judicial competente, y deberán existir dentro de estos las separaciones necesarias en consideración de la edad, el sexo y la calidad de prevenidos o condenados de los mismos.

La edad adquiere relevancia, en razón de que los adolescentes son personas en desarrollo y, en ese sentido, la edad está conectada a la madurez y a la estructuración de su personalidad.

10. Igualdad

El Art. 8° del Código de Ejecución Penal reconoce la igualdad en el ámbito de la ejecución penal:

C.E.P., Art. 8° Igualdad. No se permitirá ninguna forma de discriminación por razones de sexo, raza, nacionalidad, lengua, religión, condición social o filiación política del prevenido o condenado.

No obstante, se podrán establecer distinciones razonables fundadas en:

1. Motivos de seguridad;
2. Cuestiones relacionadas con el tratamiento de los internos tendientes al cumplimiento del fin de la sanción penal;
3. El efectivo cumplimiento de la sentencia; y,
4. Razones de política penitenciaria y carcelaria.

En concordancia con el precepto constitucional –transcripto– que la proclama como derecho fundamental en el Art. 46.

Asimismo, se consagra la igualdad ante las leyes como una de las garantías del derecho a la igualdad:

C.R.P., Art. 47 De las garantías de la igualdad. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: [...] 2) La igualdad ante las leyes [...].

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 ley:

C.A.D.H., 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.

Aunque el solo ingreso a prisión estigmatiza al recluso frente al resto de los ciudadanos, el derecho a la igualdad y a la no dis-

criminación se halla vigente para las personas privadas de libertad.

La vigencia del derecho a la igualdad significa precisamente la no discriminación por razón de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión, origen, nacimiento u otra situación cualquiera, y a ello se exhorta en las Reglas de Mandela:

Regla 2. 1. Las presentes reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Deberán respetarse las creencias religiosas y preceptos morales de los reclusos.

Regla 3. La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son afflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.

En similares términos lo recoge la prescripción analizada del novel cuerpo de leyes, formulada a través de una oración deóntica que establece la no permisión de “ninguna forma de discriminación por razones de sexo, raza, nacionalidad, lengua, religión, condición social o filiación política del prevenido o condenado”.

La disposición normativa prevé excepciones expresa y taxativamente establecidas en “distinciones razonables y fundadas”. La primera cuestión interpretativa que estas distinciones pueden suscitar, sería determinar los términos “razonables” y “fundadas”. La razonabilidad de la distinción se manifiesta en que la misma ha de ser la estrictamente necesaria y proporcional a los motivos en que se funda. Es decir, sólo la que requiera el logro de los mismos; una distinción no necesaria ni fundada no estaría legítimamente justificada. Ahora bien, consideramos que el límite infranqueable

de toda distinción constituye la vigencia absoluta de los derechos fundamentales.

Las distinciones mencionadas taxativamente en el artículo mencionado, cuya fuente encontramos en las Reglas de Mandela, son las siguientes:

1. Motivos de seguridad.

Regla 37. La ley pertinente, o el reglamento de la autoridad administrativa competente, determinarán en cada caso: [...] d) toda forma de separación forzosa del resto de la población reclusa (como el aislamiento, la incomunicación, la segregación y los módulos de vigilancia especial o de semiaislamiento), ya sirva como sanción disciplinaria o para mantener el orden y la seguridad, incluida la aprobación de normas y procedimientos relativos al uso, la revisión, la imposición o el levantamiento de cualquier régimen de separación forzosa.

2. Cuestiones relacionadas con el tratamiento de los internos tendientes al cumplimiento del fin de la sanción penal.

Regla 89. 1. El cumplimiento de estos principios exige la individualización del tratamiento, lo que a su vez requiere un sistema flexible de clasificación de los reclusos. Por lo tanto, conviene que los diferentes grupos de reclusos sean distribuidos en establecimientos penitenciarios distintos donde cada uno pueda recibir el tratamiento que necesite. 2. Los establecimientos penitenciarios no deben adoptar las mismas medidas de seguridad con respecto a todos los grupos de reclusos. Convendrá establecer diversos grados de seguridad conforme a lo que sea necesario para cada grupo.

3. El efectivo cumplimiento de la sentencia.

Siempre en el marco de las finalidades constitucionales de las sanciones penales.

4. Razones de política penitenciaria y carcelaria.

El inc. 4. del precepto analizado, establece razones de política penitenciaria y carcelaria. No obstante, estas razones pueden hallarse en colisión con derechos fundamentales.

Por ejemplo, en los traslados intramuros, la doctrina considera que si bien la autoridad penitenciaria es la competente para la autorización y denegación de traslados, éstos pueden dejarse sin efecto cuando hubiera existido abuso o desviación de poder por parte de la administración penitenciaria; cuando el traslado constituya una sanción encubierta, o cuando con el mismo se produzca un empeoramiento de la situación del interno respecto de beneficios penitenciarios, de la aplicación de un tratamiento o de la posibilidad de desempeñar un trabajo (Ríos Martín, 1998).

En nuestros centros penitenciarios, las más de las veces, el traslado de pabellón o del lugar de reclusión se da por la negativa a los sobornos, busca ocultar vejámenes a los que fue sometido el interno o constituye una usual aplicación de sanción colectiva ante el desconocimiento del autor de una supuesta indisciplina, la cual está prohibida por los instrumentos normativos internacionales.

Específicamente sobre este tema, la doctrina del Tribunal Constitucional español advierte: "La existencia de un control jurisdiccional evita, en algunos casos, traslados arbitrarios. Se intenta conseguir a través de esta intervención judicial el control de la legalidad penitenciaria para restaurar, tutelar y garantizar los derechos de la persona presa cuando éstos hayan sido vulnerados por una decisión de la administración penitenciaria⁹.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la responsabilidad del Estado en lo que atañe a la integridad de las personas bajo su custodia no se limita a la obligación negativa de abstenerse de torturar o maltratar a dichas personas. Siendo la prisión un lugar donde el Estado tiene control total

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 2/1987 de 21 de enero.

sobre la vida de los reclusos, sus obligaciones hacia éstos incluyen, entre otras, las medidas de seguridad y control necesarias para preservar la vida e integridad personal de las personas privadas de libertad¹⁰.

La cárcel, en ocasiones, constituye una réplica exacerbada de las iniquidades sociales. En ese sentido, las situaciones de xenofobia o discriminación racial o lingüística que, aisladamente, puedan percibirse en la sociedad, tienen sin embargo gran incidencia dentro de los institutos penales. Para evitar esas situaciones, resulta interesante mencionar la discriminación positiva que está prevista en las Reglas de Mandela:

Regla 2. 2. Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.

La vigencia del derecho a la libertad religiosa impide toda discriminación en su ejercicio. Esto se traduce en el respeto a las creencias religiosas que profese el prevenido o condenado o a la actitud que asuma en este tema, manifestado a través de la obligación de permitir la comunicación del interno con el representante autorizado de su religión y, a la inversa, no puede ser obligado a entrevistarse con aquél si no lo desea. Sobre la religión señalan las Reglas de Mandela:

¹⁰ C.I.D.H. *Informe Anual 2009*, Capítulo IV, Cuba, O.E.A./Ser.L/II, Doc. 51 corr. 1, adoptado el 30 diciembre de 2009, párr. 274; C.I.D.H. *Informe Anual 2008*, Capítulo IV, Cuba, O.E.A./Ser.L/II.134, Doc. 5 Rev.1, adoptado el 25 de febrero de 2009, párr. 193; C.I.D.H. *Informe Anual 2007*, Capítulo IV, Cuba, O.E.A./Ser.L/II.130, Doc. 22 Rev.1, adoptado el 29 de diciembre de 2007, párr. 108.

Regla 65. 1. Si en el establecimiento penitenciario hay un número suficiente de reclusos de una misma religión, se nombrará o aprobará un representante calificado de ese culto. Cuando el número de reclusos lo justifique y las circunstancias lo permitan, dicho representante prestará servicios a tiempo completo. 2. El representante calificado que haya sido nombrado o aprobado conforme al párrafo 1 de esta regla estará autorizado a organizar periódicamente servicios religiosos y a efectuar, cada vez que corresponda, visitas pastorales en privado a los reclusos de su religión. 3. Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante autorizado de una religión; y, a la inversa, cuando un recluso se oponga a ser visitado por el representante de una religión, se deberá respetar plenamente su actitud.

Regla 66. En la medida de lo posible, se autorizará a todo recluso a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndosele participar en los servicios organizados en el establecimiento penitenciario y tener en su poder libros de observancia e instrucción religiosas de su confesión.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad señalan sobre el tema:

IV. La administración de los centros de menores [...] G. Religión. 48. Deberá autorizarse a todo menor a cumplir sus obligaciones religiosas y satisfacer sus necesidades espirituales, permitiéndosele participar en los servicios o reuniones organizados en el establecimiento o celebrar sus propios servicios y tener en su poder libros u objetos de culto y de instrucción religiosa de su confesión. Si en un centro de detención hay un número suficiente de menores que profesan una determinada religión, deberá nombrarse o admitirse a uno o más representantes autorizados de ese culto que estarán autorizados para organizar periódicamente servicios religiosos y efectuar visitas pastorales particulares a los menores de su religión, previa solicitud de ellos. Todo menor tendrá derecho a recibir visitas de un representante calificado de cualquier religión de su elección, a no participar en servicios religiosos y

rehusar libremente la enseñanza, el asesoramiento o el adoctrinamiento religiosos.

11. Vulnerabilidad social y discriminación en la Ejecución Penal

La estrecha interrelación entre las condiciones sociales y los sistemas penales se aborda ya en la obra *Pena y Estructura Social* (1939) de George Rusche y Otto Kirchheimer (1984), una de las fundamentales de la Criminología, donde se estudia la vinculación de la pena con la cultura que la produce. Alessandro Baratta (1998) en *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal* (1982) conceptualiza los mecanismos selectivos de la criminalización que actúan en el momento de la formación de la ley penal (criminalización primaria) y aquellos que obran en el momento de la aplicación de la ley (criminalización secundaria).

Por su parte, Zaffaroni (1998) sostiene que todo sujeto actúa en circunstancias concretas que definen, de alguna manera, su ámbito de autodeterminación, puesto que la sociedad –por mejor organizada que fuere– nunca tiene la posibilidad de brindar a todas las personas las mismas oportunidades. En consecuencia, hay sujetos que tienen un menor ámbito de autodeterminación, condicionado de esta forma por causas sociales. Es lo que el autor llama “posición o estado de vulnerabilidad”, condicionado socialmente. Consiste en el grado de riesgo o peligro que la persona corre por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc., como también por encajar en un estereotipo, en función de características que la persona ha recibido. La situación de vulnerabilidad la ubica en un nivel de riesgo, que importa una mayor probabilidad de selección por el sistema penal. Es el grado de vulnerabilidad lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal. Por ello, no resulta justo que el individuo cargue con estas causas sociales al momento de determinar el reproche de culpabilidad. Sin duda, hay una co-culpabilidad con la que debe cargar la sociedad misma. Esta circunstancia es

avalada por estudios de criminología científica que explican la relevancia que tienen los factores sociales en la criminalidad.

Es así propia de la estructura del poder punitivo la selectividad en perjuicio de los más débiles. La criminalización en sí misma es un proceso altamente selectivo; el sistema penal selecciona por criminalización secundaria a personas según criterios de vulnerabilidad social (Zaffaroni, 2011).

Efectivamente, la vulnerabilidad social constituye un factor de selectividad de la persecución penal. Ahora bien, nuestro sistema penal también ejerce un tratamiento selectivo a las personas en posición de vulnerabilidad, ya criminalizadas primaria o secundariamente. Existen indicadores sociales utilizados por el sistema penal, algunos de los cuales se hallan previstos en la normativa y otros sólo se aplican por sesgos cognitivos en las decisiones, que determinan causales de agravación de la situación procesal penal de los procesados¹¹.

Finalmente, la selectividad concluye con el tratamiento desigual y discriminatorio durante la ejecución de la privación preventiva o punitiva de libertad. Situación generadora de mayor segregación social.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el concepto de vulnerabilidad en la materia planteada: “Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual [...] el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere pa-

¹¹ Un estudio más profundo del tema es objeto del Proyecto de Investigación: “Justicia Penal Juvenil y vulnerabilidad social: un estudio sobre su incidencia en la selectividad del sistema penal en Paraguay para propuestas de políticas públicas”, actualmente en desarrollo bajo la dirección de la autora en la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.

ra su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana, se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino”¹². Ha destacado que “el deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo [...] Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”. Y ha concluido, en relación con las personas en situación de vulnerabilidad social, que “el Estado se encuentra en una posición especial de garante” y “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad”¹³.

En conclusión, podemos afirmar que el Código de Ejecución Penal se erige en el estandarte del nuevo paradigma instaurado en el ámbito de ejecución penal. Si bien los nuevos paradigmas son resultados de estados de crisis y éstos, a su vez, son consecuencias de la progresiva obsolescencia de las respuestas. Construir nuevas respuestas demanda, más allá de lo normativo, el involucramiento y compromiso de los propios actores. Sobre todo, requiere la internalización del proceso de transformación y humanización de la ejecución penal, a partir de una voluntad política genuina desde los Poderes Ejecutivo y Judicial, con su consecuente impacto en la ciudadanía, capaz de proyectar también en ella una mirada distinta –más inclusiva y humana– hacia las personas en situación de vulnerabilidad social, objeto principal de selección y persecución del sistema penal.

¹² Corte I.D.H. Caso Villagrán Morales y Otros “Niños de la Calle” vs. Guatemala.

¹³ Corte I.D.H. Caso Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” vs. Paraguay.

12. Bibliografía

Balaguer, Javier. (1992). *“Derechos humanos y privación de libertad en particular, dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas”*, en *Cárcel y Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch.

Baratta, Alessandro. (1998). *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*. Méjico: Siglo XXI.

Beccaria, Cesare. (1994). *De los delitos y de las penas*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

Berdugo Gómez de la Torre, I. et al. (1996). *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona: Ed. Praxis.

Carnelutti, Francesco. (2016). *Las miserias del proceso penal*. Santiago de Chile: Olejnik.

Chalmers, Alan (2000). *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* Siglo XXI de España Editores.

Cobo del Rosal, M. y Boix Reig, J. (1982). *Derechos fundamentales del condenado*. Madrid.

De la Vega, Juan Antonio. (2010). *“La cárcel, ¿una institución superada?”*, en Kriskovich, E. (Direcc.) *Manual de Ética y Deontología de las Profesiones Jurídicas*. Asunción: Atlas.

Diario abc Color de Paraguay (22 de enero de 2006). *“Cuando muera quiero que me entierren en Tacumbú”*. Disponible en: <http://www.abc.com.py/edicion-impres/locales/cuando-muera-quiero-que-me-entierren-en-tacumbu-881804.html> [Consultado el 21 de junio de 2017].

Diario Noticias de Paraguay (5 de diciembre de 2004). *“Una luz en medio del infierno”*.

Ferrajoli, Luigi. (2000). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. Ferrajoli, Luigi. (2006). *Sobre los derechos fundamentales*. Cuestiones constitucionales. N° 15.

Foucault, Michel. (1998). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.

Garzón Valdés, Ernesto. (2006). "¿Cuál es la relevancia moral del principio de la dignidad humana?", en Cópola, P. (Comp.) *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. Córdoba: INECIP

González Valdez, Violeta. (2011). *Justicia Penal Juvenil*. Asunción: La Ley Thomson Reuters.

Kuhn, Thomas. (1998). *¿Qué son las revoluciones científicas?* Barcelona: Altaya.

Hugo, Víctor. (2012). *Los miserables*. Madrid: Edimat.

Mir Puig, Santiago. (1994). *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel.

Pavarini, Massimo. (1998). *Control y Dominación*. México: Siglo XXI.

Peters, Tony. (1993). "El futuro de las prisiones: Los valores esenciales, en eguzkilgore" en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. (6):102.

Ríos Martín, Julián. (1998). *Mil voces presas*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Rousseau, Jean-Jacques. (1994). *El contrato social*. Barcelona: Edicomunicación.

Roxin, Claus. (1993). "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Del Puerto.

Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1984). *Pena y Estructura Social*. Bogotá: Temis.

Zaffaroni, E. Raúl. (1998). *En busca de las penas perdidas*. Bs. As.: Ediar.

Zaffaroni, E. Raúl. (2011). *La palabra de los muertos*. Bs. As.: Ediar.



CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

Luis Lezcano Claude

SUMARIO. 1. DERECHO A LA VIDA Y PENA DE MUERTE. 2. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE HECHOS PUNIBLES. 3. PRISIÓN PREVENTIVA. 4. RECLUSIÓN DE LAS PERSONAS. 5. DERECHO DE ASILO. 6. HECHOS PUNIBLES CONTRA EL ORDEN CONSTITUCIONAL. 7. SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA. 8.. TRIBUNALES MILITARES. 9. INMUNIDADES DE CONGRESISTAS. 10. JUICIO POLÍTICO. 11. INHABILITACIÓN PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS. 12. REFLEXIÓN FINAL. 13. BIBLIOGRAFÍA. 14. LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

Luis Lezcano Claude *

1. Derecho a la vida y pena de muerte

Numerosas disposiciones de la Ley Suprema abordan cuestiones de índole penal o que tienen repercusiones o consecuencias en el ámbito penal. Nos referiremos a algunas de ellas principalmente para determinar el alcance de las mismas y para aludir a problemas que presentan en diversos aspectos.

* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Especializado en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado en Historia por la U.N.A. Ex-Convencional Constituyente en la Convención Nacional Constituyente de 1991/92. Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, integrante de la Sala Constitucional. Ex-Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Americana. Profesor Titular de *Introducción a las Ciencias Políticas*, en la Facultad de Ciencias Económicas de la U.N.A. Profesor Titular de *Derecho Constitucional* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. y en la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional de Caaguazú. Enseña en la Escuela Judicial, dependiente del Consejo de la Magistratura. Asimismo, enseña o ha enseñado a nivel de postgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica, en la Universidad Nacional de Itapúa, en la Universidad Nacional de Asunción, en la Universidad Autónoma de Asunción, en la Universidad del Norte, en la Universidad Columbia, en la Universidad Americana y en la Universidad Nacional de Villarrica del Espíritu Santo.

El Art. 4 Cn. dispone: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte...”.

De conformidad con esta norma, si bien la protección de la vida humana está garantizada desde la concepción, queda abierta la posibilidad de que en la legislación secundaria se admitan algunas de las formas de aborto. La doctrina distingue particularmente el aborto terapéutico, el ético y el eugenésico, a los cuales hay que agregar el voluntario.

En nuestra legislación está permitido el aborto terapéutico en los siguientes términos: “No obra antijurídicamente el que produjera indirectamente la muerte de un feto, si esto, según los conocimientos y las experiencias del arte médico, fuera necesario para proteger de un peligro serio la vida de la madre” (Art. 109, inc. 4º, C.P., modificado por Ley N° 3.440/2008).

El aborto voluntario es tenido en cuenta como causa atenuante. En efecto, “cuando el hecho se realizare por la embarazada, actuando ella sola o facilitando la intervención de un tercero, la pena privativa de libertad será de hasta dos años... En la medición de la pena se considerará, especialmente, si el hecho haya sido motivado por la falta del apoyo garantizado al niño en la Constitución” (Art. 109, inc. 3º, C.P., modificado por Ley N° 3.440/2008).

Esta omisión puede ser incluso del propio Estado, y, dada esta circunstancia, la ley secundaria, como toda medida, determina que debe ser considerada en cuanto a la medición de la pena.

La pena de muerte ha sido abolida a partir de 1992, de modo que quedaron derogadas las disposiciones, tanto del Código Penal

Ha publicado varios trabajos en el campo del Derecho Constitucional, entre ellos: *El Poder Ejecutivo en el Paraguay*, Ñandutí Vive-Intercontinental Editora, 1989; *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley Paraguaya S.A., 2000; *Derecho Constitucional – Parte orgánica*, agosto de 2008 (1ª Ed.), marzo 2015 (4ª Ed.).

común vigente entonces, como las del Código Penal Militar, que preveían dicha pena.

2. Imprescriptibilidad de hechos punibles

La Ley Fundamental en vigor prescribe cuanto sigue: "... El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles" (Art. 5 Cn.).

En consecuencia, la acción para la persecución de los mencionados hechos punibles es imprescriptible.

El **genocidio** está previsto en el Código Penal, del siguiente modo:

Artículo 319. Genocidio

El que, con la intención de destruir, total o parcialmente, una comunidad o un grupo nacional, étnico, religioso o social:

1. Matara o lesionara gravemente a miembros del grupo;
2. Sometiera a la comunidad a tratamientos inhumanos o condiciones de existencia que puedan destruirla total o parcialmente;
3. Trasludara, por fuerza o intimidación a niños o adultos hacia otros grupos o lugares ajenos a los de su domicilio habitual;
4. Imposibilitara el ejercicio de sus cultos o la práctica de sus costumbres;
5. Impusiera medidas para impedir los nacimientos dentro del grupo; y
6. Forzara a la dispersión de la comunidad, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

En cuanto se refiere a los pueblos indígenas, el Artículo 64 Cn., establece que "tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y

el desarrollo de sus formas peculiares de vida". El Estado debe proveerles gratuitamente esas tierras y, además, "se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos".

Con tales disposiciones se pretende evitar que los pueblos aborígenes u originarios puedan ser objeto de alguna de las acciones que constituyen genocidio.

En relación con la **tortura**, el Código Penal preceptúa lo siguiente:

Art. 309 (modificado por el Art. 1° de la Ley N° 4.614/12).
Tortura:

1° El que intencionalmente infligiera a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales o la sometiera a un hecho punible contra la autonomía sexual, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión con fines de investigación criminal, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin; será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

2° El que intencionalmente aplicara sobre una persona métodos tendientes a anular su personalidad o a disminuir su capacidad física o mental, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

3° Lo previsto en los numerales 1° y 2° del presente artículo será aplicable en los siguientes casos:

1. cuando el autor actuare como funcionario o agente del Estado o como persona o grupo de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado,

2. cuando el autor se haya arrogado indebidamente la calidad de funcionario; o,

3. cuando el autor no fuere funcionario".

La **desaparición forzosa de personas** está prevista en el Código Penal en los siguientes términos:

Art. 236 (modificado por el Art. 1° de la Ley N° 4.614/12).
Desaparición forzosa:

1° El que obrando como funcionario o agente del Estado o como persona o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, arrestara, detuviera, secuestrara o privara de su libertad de cualquier forma a una o más personas y negara la información sobre su paradero o se negara a reconocer dicha privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la Ley; será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

2° Lo dispuesto en el numeral 1° del presente artículo se aplicará, aun cuando careciera de validez legal el carácter de funcionario o incluso si el hecho fuere cometido por una persona que no revista el carácter de funcionario.

En cuanto al **secuestro** y al **homicidio**, sostenemos el criterio de que ambos deben ser por razones políticas. Una interpretación estrictamente gramatical, indicaría que sólo el homicidio está afectado por la frase “por razones políticas”. Pero carecería de sentido lógico hacer esa diferenciación entre uno y otro hecho punible.

Al establecer esta norma, se pensó en secuestros y homicidios cometidos por agentes públicos de gobiernos dictatoriales, rememorando las dictaduras militares de Chile, la Argentina, el Brasil, el Uruguay, el Paraguay, etc. Pero, en realidad, la norma admite también la posibilidad de que pudieran ser cometidos por cualquier persona.

Se ha señalado también que en la legislación secundaria no aparecen tipificados los hechos punibles de “secuestro por razones políticas” y “homicidio por razones políticas”. En nuestra opinión, debe considerarse que tal circunstancia habrá de ser tenida en cuenta sólo para la determinación de la posibilidad o no de la per-

secución penal. En consecuencia, y al solo efecto de resolver sobre la prescripción o no de la acción penal, el juez interviniente habrá de apreciar si se trata de un secuestro u homicidio por razones políticas. En todo lo demás, el juzgamiento de tales hechos punibles se hará de conformidad con las disposiciones establecidas en el respectivo código para los hechos punibles de secuestro y homicidio.

En una futura reforma constitucional se debe estudiar también si todos estos hechos punibles no deben ser declarados no susceptibles de indulto o amnistía.

3. Prisión preventiva

El Artículo 19 Cn. dispone que "...En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho, efectuada en el auto respectivo". La imprecisa frase "igual delito", debe ser entendida como una referencia al hecho punible de que se tratare o que es objeto de juzgamiento.

La intención del constituyente era la de que una medida cautelar como la prisión preventiva, no adquiriera las características de una pena anticipada¹. Ese objetivo se logra (incluso, quizá, en forma excesiva) cuando la pena mínima prevista es la general de seis meses (Cf. Art. 38 del Código Penal, modificado por el Art. 1° de la Ley N° 3.440/08). Pero no ocurre esto cuando se trata de crímenes cuya pena mínima es mayor a cinco años (Cf. Art. 13 del CP).

En este último caso es impensable admitir que la privación de libertad de una persona, bajo el régimen de la prisión preventiva, pueda durar más de cinco años. En relación con circunstancias como éstas, la norma constitucional tiene un alcance imprevisto que la desvirtúa por completo. En efecto, permite revestir de cons-

¹ Cf. Arts. 19, ap. 3, inc. d; 31 y 33, del Código de Ejecución Penal.

titucionalidad a la privación de libertad de una persona, sobre la base de una medida cautelar, durante un prolongado tiempo en que aún persiste la presunción de inocencia².

Tal vez a la intención de superar estas eventuales situaciones, obedece el hecho de que el Código Procesal Penal haya agregado otros dos criterios en cuanto a la duración máxima de la prisión preventiva. En efecto, en su Artículo 236, dispone lo siguiente: *“... En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley, ni exceder del plazo que fija este código para la terminación del procedimiento o durar más de dos años”*.

Estos otros dos criterios agregados por el Código Procesal Penal, no resultan inconstitucionales, porque la Ley Fundamental hace referencia a la pena mínima que eventualmente correspondería al hecho punible de que se tratare, como el parámetro más elevado, que no se puede superar. Pero ello no imposibilita que la ley secundaria fije otros criterios que pueden resultar más favorables para el encausado.

Aparte de los mecanismos que pudieran utilizarse dentro de un proceso penal para hacer efectiva esta disposición constitucional, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en numerosos casos, ha hecho lugar a acciones de Hábeas Corpus reparador, promovidas cuando la duración de la prisión preventiva superaba la pena mínima prevista. El máximo órgano jurisdiccional entendía que, aunque aquella se hubiere originado en una resolución de un juez competente, devenía luego ilegal al superar el mencionado límite.

Posteriormente, sin que se haya dejado de lado por completo este primer criterio, la Corte Suprema, Sala Penal, sostuvo que, aunque la prisión preventiva hubiera superado el tiempo correspondiente a la pena mínima, no se podía por medio de un Hábeas Corpus reparador levantar dicha medida cautelar porque ella había sido decretada por un juez competente.

² Cf. Art. 32 del Código de Ejecución Penal.

Otro criterio sustentado por la Corte Suprema, Sala Penal, ha sido el de denegar el Hábeas Corpus reparador en los casos en que la prisión preventiva, aunque tuviera una duración superior a los dos años, no hubiere superado la pena mínima correspondiente al hecho punible correspondiente (v. gr.: cuando ella fuere de cinco años). Todo esto aun cuando el otro criterio resultaba más favorable para el encausado.

a) La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acogió el criterio de hacer lugar a un Hábeas Corpus reparador porque el tiempo de duración de la prisión preventiva superó la pena mínima que eventualmente podría corresponder al hecho punible de que se trataba, entre otros, en los siguientes fallos:

– Acuerdo y Sentencia N° 383/2003, del 24 de marzo de 2003.

– Acuerdo y Sentencia N° 871 del 10 de septiembre de 2007 en el Hábeas Corpus Reparador presentado a favor de Gregorio Alberto Sarabia

– Acuerdo y Sentencia N° 245, del 27 de mayo de 2010, en el Hábeas Corpus Reparador presentado a favor del Sr. Jorge Centurión. En este caso hubo rechazo de la revocatoria del auto de prisión preventiva, en primera y segunda instancias.

– Acuerdo y Sentencia N° 1392, del 28 de septiembre del 2012, en el Hábeas Corpus Reparador y Genérico presentado a favor del señor Celso Ramón Tandi. En este caso hubo rechazo de la revocatoria del auto de prisión preventiva, en primera y segunda instancias.

– Acuerdo y Sentencia N° 2, del 11 de enero de 2013, en el Hábeas Corpus Reparador y Genérico presentado a favor del señor Antonio Agustín Benítez. En este caso el Tribunal de Apelación había revocado la resolución dictada en primera instancia por la cual se había levantado la prisión preventiva.

b) La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha sostenido el criterio de que privación de libertad bajo el régimen de prisión preventiva, no es ilegal, pues ha sido dictada por un juez compe-

tente en ejercicio de sus facultades, aunque supere la pena mínima que correspondería al hecho punible objeto de juzgamiento, entre otros, en los siguientes fallos:

– Acuerdo y Sentencia N° 2, 15 de enero de 2016. Se trataba de un hurto agravado (Art. 162 CP), cuya pena mínima es de 6 meses. La prisión preventiva había superado ese tiempo.

– Acuerdo y Sentencia N° 3, 15 de enero de 2016. El Hábeas Corpus había sido planteado a favor de otro de los coprocesados en la misma causa.

– Acuerdo y Sentencia N° 636, 13 de mayo de 2016. Se trataba de un hecho punible de abuso sexual en niños (Art. 135, inc. 1°, CP), cuya pena mínima es de 6 meses. La prisión preventiva había superado ese tiempo.

c) La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha sostenido el criterio de no hacer lugar a un Hábeas Corpus reparador, aunque la prisión preventiva haya superado los dos años, pero no la pena mínima que eventualmente correspondería al hecho punible, en el siguiente fallo:

– Acuerdo y Sentencia N° 1, del 31 de enero de 2003, dictado en el “Hábeas Corpus reparador planteado a favor de Luis Alberto Rojas en los autos “Lino César Oviedo y otros s/ homicidio calificado y otros en esta capital”. La pena mínima era de cinco años. En el fallo no constan argumentos sólidos que sustenten la decisión adoptada.

Es necesario esclarecer este tema a nivel constitucional, de modo que una medida cautelar como la prisión preventiva, efectivamente no pueda tener una duración desmesurada como en casos de crímenes cuya pena mínima es de más de cinco años.

4. Reclusión de las personas

La Constitución establece lo siguiente en su Artículo 21, 2º párr.: "... La reclusión de personas detenidas se hará en lugares diferentes a los destinados para los que purguen condena".

Además de la separación entre hombres y mujeres, y entre menores y mayores de edad, la Ley Suprema exige la separación entre prevenidos y condenados. Esta disposición constitucional está fuertemente apoyada por lo prescripto en el Código de Ejecución Penal, en los artículos que se mencionan a continuación:

Art. 5º. Separación de Condenados y Prevenidos.

Las medidas cautelares de carácter personal se cumplirán en establecimientos especiales y diferentes a los destinados para los condenados. Si ello no fuere posible, se habilitarán en los establecimientos existentes los lugares que sean necesarios para separar a los prevenidos y los condenados. Se aplicará un régimen diferente entre unos y otros, teniendo presente en todo momento el estado de presunción de inocencia de quien carece de condena. En ningún caso, compartirán alojamiento prevenidos y condenados.

Art. 28. Las medidas cautelares privativas de libertad se ejecutarán en establecimientos especiales y diferentes a los destinados para los condenados o, en caso de imposibilidad material, por lo menos en lugares absolutamente separados de los dispuestos para estos últimos.

La inobservancia de estas prescripciones legales, determina la procedencia del Hábeas Corpus genérico debido a la existencia de una amenaza a la seguridad personal o cuando se diere algún tipo de violencia física, psíquica o moral que agrave las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad (Cf. Art. 133 Cn.).

5. Derecho de asilo

Al legislar sobre el asilo, la Ley Fundamental en vigor hace referencia a “delitos políticos” y a “delitos comunes conexos”. Dice el Artículo 43 Cn.: “El Paraguay reconoce el derecho de asilo territorial y diplomático a toda persona perseguida por motivos o delitos políticos o por delitos comunes conexos... Las autoridades deberán otorgar de inmediato la documentación personal y el correspondiente salvoconducto...”.

Del precepto constitucional se deduce que el Estado paraguayo reconoce a cualquier persona el derecho de asilo, es decir, el derecho de entrar al territorio paraguayo o a una legación, navío de guerra o aeronave militar paraguayo, para pedir asilo. Asimismo, se colige que reconoce tal derecho, particularmente en el sentido de respetar a quienes buscan asilo en una legación, navío de guerra o aeronave militar extranjero que se encuentra dentro del territorio del Estado paraguayo. En efecto, las autoridades obligadas a otorgar de inmediato la documentación personal y el salvoconducto al asilado, no pueden ser otras que autoridades paraguayas.

La categoría “delitos políticos” no existe en la legislación penal. Por ello debe ser considerada como una construcción teórica doctrinaria o del derecho internacional, cuya apreciación y determinación no habrá de ajustarse a los parámetros, bastante estrictos, del derecho penal.

En efecto, para establecer el contenido de la expresión “delitos políticos” debemos atenernos a lo dispuesto en instrumentos internacionales que consagran y regulan el derecho de asilo. Al respecto, la Convención sobre Asilo Diplomático, Caracas 1954, dispone lo siguiente: “Art. IV. Compete al Estado asilante la clasificación de la naturaleza del delito o los motivos de la persecución”. Igualmente, la apreciación de los “delitos comunes conexos” que pueden dar motivo al asilo, corresponde al Estado asilante. Al respecto, sólo existen ideas generales en cuanto a que los delitos de lesa humanidad, los delitos que fueron objeto de procesos y con-

denas dentro de parámetros de respecto al debido proceso, etc., no pueden dar motivo al asilo.

De todos modos, en cuanto a los delitos comunes queda a salvo el derecho del Estado territorial de solicitar la extradición del asilado. La Convención sobre Asilo Territorial, Caracas 1954, prescribe lo siguiente: “Art. IV. La extradición no se aplica cuando se trata de personas que, según la clasificación del Estado suplicado, sean perseguidas por delitos políticos o delitos comunes cometidos con fines políticos, ni cuando la extradición fuera solicitada obedeciendo a motivos predominantemente políticos”.

En definitiva, las categorías de “delitos políticos” y “delitos comunes conexos”, se definen más en el ámbito de lo político que en el de lo jurídico.

6. Hechos punibles contra el orden constitucional

En el Artículo 137, primer párrafo, de la Constitución, se establece la supremacía constitucional y el orden de prelación de las leyes. Guarda relación con esto, lo prescripto en el último párrafo del mencionado artículo en cuanto declara carentes de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en la Ley Fundamental.

El segundo párrafo de este precepto reza así: “Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley”.

Carece de sentido pretender interpretar que la alusión a “dicho orden” se refiere al “orden de prelación” mencionado en el primer párrafo. En efecto, como intento de modificarlo por procedimientos indebidos, debería considerarse el dictar una ley o un decreto inconstitucionales, por ejemplo. Es decir, intentar hacer prevaler una norma jurídica de rango inferior por sobre la de máximo rango o sobre otra de rango superior. Esto ocurre con relativa frecuencia y está previsto el procedimiento del control de constitu-

cionalidad como forma de hacer prevalecer la supremacía constitucional y el orden de prelación de las leyes. Además, no ameritaría que se tipificaran delitos en relación con tales actos.

Por ello, lo más lógico (como estaba previsto en los proyectos originales y como lo ha hecho el legislador secundario), es leer en primer lugar el tercer párrafo que dice: “Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o (si) fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone”. Y luego leer el segundo párrafo con lo que la alusión a “dicho orden” sería al orden constitucional cuya alteración por medios indebidos amerita la tipificación de hechos punibles, como se ha hecho.

En este orden de ideas, en el Código Penal está previsto lo siguiente:

Artículo 273 Atentado contra el orden constitucional

1° El que intentara lograr o lograra cambios del orden constitucional fuera de los procedimientos previstos en la Constitución, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años.

2° Se entenderá como orden constitucional la configuración de la República del Paraguay como Estado, conforme lo disponen los Artículos 1 al 3 de la Constitución.

7. Suspensión del ejercicio de la ciudadanía

La Constitución establece como uno de los casos en que queda suspendido el ejercicio de la ciudadanía, el de “... la persona se hallara cumpliendo condena judicial, con pena privativa de libertad... (Art. 153, inc. 3, Cn.).

La suspensión del ejercicio de la ciudadanía implica la imposibilidad de ejercer los derechos políticos entre los cuales se encuentran el sufragio activo (ejercer el derecho de sufragio mediante el voto) y el sufragio pasivo (poder ser candidato a cualquier cargo de elección popular). Asimismo, están comprendidos el de-

recho de asociarse en partidos o movimientos políticos (Art. 125 Cn.), el ejercicio de formas semidirectas de democracia (referéndum e iniciativa popular, Arts. 121 y 123 Cn.) y el derecho de ejercer funciones y empleos públicos (Art. 101 Cn.).

Conviene aclarar el alcance de la disposición constitucional de la que nos ocupamos en esta parte, en el sentido de que debe entenderse que existe condena judicial con pena privativa de libertad aun cuando la misma se cumpla bajo el régimen de prisión domiciliaria (Art. 42 del Código Penal). Igualmente debe considerarse que subsiste la suspensión del ejercicio de la ciudadanía, aunque exista suspensión a prueba de la ejecución de la condena o libertad condicional (Arts. 44 y 51, modificados por el Art. 1º de la Ley N° 3.440/08, del CP).

8. Tribunales militares

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.).

De la norma 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 (excepción al principio de unidad jurisdiccional). Son 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) comunes. 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.

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 considera-

do como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses.

Del precepto transcrito se deduce cuanto sigue:

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.

Los tribunales militares pueden juzgar delitos comunes (previstos igualmente como delitos militares), cuando sean cometidos por militares en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses.

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.

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.

Debe analizarse también la posibilidad de que el militar se encuentre en servicio activo en el momento de la comisión del delito y ya en situación de retiro en el 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 juzgamiento.

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 puni-

bles 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, aun 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 ...". 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 la misma Función Judicial. Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley (Art. 160).

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.).

9. Inmunities de congresistas

Las inmunities de los congresistas, consagradas en el Artículo 191 de la Constitución, han generado interpretaciones diversas en cuanto al alcance que se tiene que dar a las mismas y al procedimiento que se debe seguir cuando se intente iniciar un proceso

penal contra un integrante de cualquiera de las cámaras legislativas.

La **inmunidad de opinión** está prevista en los siguientes términos:

Ningún miembro del Congreso puede ser acusado judicialmente por las opiniones que emita en el desempeño de sus funciones... (Art. 191 Cn.).

En relación con lo penal, debe afirmarse que las opiniones de legisladores protegidas por esta inmunidad, son únicamente las vertidas "en el desempeño de sus funciones". Por ello reviste gran importancia determinar el alcance de esta frase. La legislación secundaria lo hace del siguiente modo: "Los miembros... del Congreso no serán responsables por los votos emitidos y por sus declaraciones en el órgano legislativo o en sus comisiones, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle en el seno de los mismos" (Art. 35, Código Penal).

Por tanto, se presume que los legisladores se encuentran "en el desempeño de sus funciones" en cuanto a las opiniones que emitan en las sesiones plenarias y en las sesiones en comisión de la cámara a la cual pertenecen, o en las del cuerpo legislativo en su totalidad (ambas cámaras reunidas en Congreso o sesiones conjuntas). Además, se debería agregar la actuación de cualquier legislador en otro ámbito cuando lo hace en representación de la cámara o del Congreso, por disposición expresa del órgano respectivo. Esta delimitación servirá para determinar que sólo en tales circunstancias las expresiones vertidas por el legislador no le generarán ningún tipo de responsabilidad ulterior.

Esto permite afirmar que la protección de las palabras de un legislador no es absoluta. Existen ámbitos en los cuales resulta evidente que no se encuentra en ejercicio de sus funciones de legislador y, en consecuencia, sus dichos pueden generarle responsabilidad, lo cual, en cuanto a lo penal, importa la posibilidad de promover contra el mismo una querrela particular por injuria, difama-

ción, calumnia, etc. Para proceder de este modo será necesario el desafuero del legislador por la cámara que integra³.

La **inmunidad de arresto o detención** está prevista del siguiente modo:

Ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, desde el día de su elección hasta el del cese de sus funciones, salvo que fuera hallado en flagrante delito que merezca pena corporal. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad (Art. 191 Cn.).

Al respecto, es necesario actualizar la terminología (“hecho punible al que corresponda pena privativa de libertad”, en lugar de “delito que merezca pena corporal”), y agregar la comunicación del hecho al Ministerio Público.

Queda en claro que esta inmunidad cede por completo en caso de flagrancia y la aprehensión puede ser practicada por la Policía Nacional, aún sin orden judicial, e incluso por cualquier persona⁴.

³ Al respecto véanse los casos del diputado Carlos Portillo y la diputada Perla de Vázquez, cuyo procesamiento penal por opiniones vertidas fuera del desempeño de sus funciones, fue admitido. El primero fue querrellado por lo expresado en un programa televisivo de contenido irrelevante y la segunda por atribuir infundadamente a una persona la comisión de un hecho punible (intentar introducir drogas a un país), fuera del ámbito legislativo.

⁴ Art. 239 del Código Procesal Penal. Aprehensión de las personas.

La Policía Nacional podrá aprehender a toda persona comprendida dentro de los siguientes casos, aun sin orden judicial:

1) cuando sea sorprendida en flagrante comisión de hecho punible o cuando sea perseguida inmediatamente después de su comisión; se entenderá que existe flagrancia cuando el autor del hecho punible sea

A la **inmunidad de proceso penal** se refiere el siguiente párrafo:

Cuando se formase causa contra un Senador o un Diputado ante los tribunales ordinarios, el juez lo comunicará, con copia de los antecedentes, a la Cámara respectiva, la cual examinará el mérito del sumario, y por mayoría de dos tercios resolverá si ha lugar o no desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo, le suspenderá en sus fueros (Art. 191 Cn.).

En este caso debe quedar en claro que la expresión “formase causa” se refiere a que el Ministerio Público formule imputación o un particular promueva una querrela cuando se trata de hechos punibles de acción penal privada.

Al respecto, el Artículo 328, inc. a), del Código Procesal Penal prescribe lo siguiente:

Desafuero...

a) Cuando se formule denuncia o querrela privada contra un legislador, se practicará una información sumaria que no vulnere

sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza policial, por la víctima o por un grupo de personas ...

Asimismo, en caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho punible produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada, inmediatamente, a la autoridad más cercana.

La autoridad policial que haya aprehendido a alguna persona lo deberá comunicar, dentro de las seis horas, al Ministerio Público y al juez.

Artículo 328, inc. a), del Código Procesal Penal:

Si el legislador hubiese sido detenido por haberse sorprendido en flagrante delito que merezca pena corporal, la autoridad interviniente lo pondrá en custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez penal competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad ...

la inmunidad de aquél y que tenga por objeto realizar los actos de investigación sobre extremos cuya pérdida sea de temer o no reproducibles ulteriormente, y los indispensables para fundar la comunicación a que se refiere el párrafo siguiente.

Si existiese mérito para formar causa y disponer su sometimiento o proceso, sin ordenar su captura, el juez penal lo comunicará, acompañando copia íntegra de las actuaciones producidas, a la Cámara respectiva, para que resuelva si hay lugar o no al desafuero para ser sometido a proceso.

De conformidad con las disposiciones jurídicas precedentes, el juez debe solicitar a la cámara respectiva el desafuero del legislador, para poder llevar adelante el proceso penal. Hay que tener en cuenta que, para llegar a este punto, previamente el Ministerio Público tuvo que considerar que existían elementos suficientes para formular una imputación, o una persona tuvo que haber promovido una querrela privada, y el juez interviniente tuvo que haber entendido que existían méritos suficientes para procesar al legislador.

Por tanto, para decidir la concesión o no del desafuero del senador o diputado involucrado, lo que la cámara respectiva debe analizar es la verosimilitud, seriedad y consistencia de las actuaciones precedentes. No debe estudiar el caso buscando elementos que conduzcan a la convicción de la culpabilidad del legislador cuyo procesamiento se pretende realizar. Esto resultará precisamente del proceso penal. Lo que debe descartar es que se trate de cualquier intento irregular de alterar el funcionamiento normal de la cámara o la formación de su voluntad mediante el voto de sus integrantes. Si estos extremos no se dieran, la cámara debe conceder el desafuero, a fin de no entorpecer la actuación del órgano jurisdiccional.

La denegación del desafuero debe ser considerada como “circunstancia objetivamente insuperable” que impide que la persecución penal pueda ser iniciada o continuada, lo cual determina

la suspensión del plazo para la prescripción (Art. 103, modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 3.440/08, C.P.).

10. Juicio político

El juicio político está previsto en la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 225. Del procedimiento

El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.

La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en su caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria

El juicio político tal como está legislado 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 presun-

ción 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 posterior, 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.

En nuestro caso, hasta tanto se modifique el Artículo 225 Cn., para que la Cámara de Diputados pudiera basarse en la causal de comisión de delitos, debería exigirse como requisito previo que en sede judicial se formulara imputación por parte del Ministerio Público o se presentara una querrela criminal privada.

11. Inhabilitación para ejercer cargos públicos

La Ley Suprema establece la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, como accesoria a las previstas en la legislación penal, para dos circunstancias de suma gravedad.

En primer lugar, para “los jefes militares o los caudillos civiles de un golpe de Estado, revolución armada o movimientos similares que atenten contra el orden establecido por esta Constitución, y que en consecuencia asuman el poder como Presidente de la Re-

pública, Vicepresidente, Ministro del Poder Ejecutivo o mando militar propio de oficiales generales". Dichos jefes o caudillos "quedan inhabilitados para el ejercicio de cualquier cargo público por dos períodos constitucionales consecutivos" (Art. 236 Cn.).

Se describen aquí circunstancias propias de un golpe de Estado o revolución triunfantes, y, obviamente, la pena de inhabilitación será aplicada una vez que se restablezca el orden constitucional.

En segundo lugar, dicha pena está prevista para "los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados". Estos "quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos" (Art. 248, último párr., Cn.).

12. Reflexión final

En este trabajo se han abordado algunos de los temas regulados a nivel de nuestra Ley Suprema, que guardan relación con el derecho penal. No han sido estudiados todos ellos por la limitación en cuanto a extensión.

Se puede observar que en relación con ciertos temas se requiere una adecuada reglamentación mediante una ley que prevea distintas situaciones y constituya una acertada interpretación legislativa del texto constitucional. En otros casos, lo dispuesto en la ley servirá para paliar de algún modo deficiencias que se presentan al máximo nivel.

Precisamente como consecuencia de tal situación, en algunos casos se hace necesaria la modificación de lo consagrado en la Ley Suprema.

Finalmente, en cuanto a otros temas se requiere simplemente el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en la Constitución o una adecuada aplicación de las normas contenidas en la misma por parte de órganos de gobierno.

13. Bibliografía

Benadava, Santiago, *Derecho Internacional Público*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 6ª ed., 1999.

Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, 1992

Correa Freitas, Rubén, *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, DEOF S.R.L., Buenos Aires, 1997.

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, *“El Control de Constitucionalidad en el Paraguay”*, La Ley Paraguaya S.A., Asunción, mayo del 2000.

Lezcano Claude, Luis, *“El juicio político en la Constitución paraguaya de 1992, análisis crítico y propuesta de ley reglamentaria”*, en Villalba Bernié, Pablo, y Rojas Wiemann, Javier (Directores), *Derecho Procesal Constitucional, Garantías fundamentales, Constitución y Proceso*, Encarnación, Ed. Hesaka S. R. L., 2014.

Lezcano Claude, Luis, *Derecho Constitucional – Parte orgánica*, Asunción, 2008, 2015.

Lezcano Claude, Luis, *Independencia del Poder Judicial*, en *Revista* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. N. A., Asunción, 2003.

Martínez Valinotti, Inés, *Derecho Internacional Público*, Asunción, Ediciones y Arte, 2012.

Oropeza, Ambrosio, *“La Nueva Constitución Venezolana 1961”*, Caracas, 1986.

14. Legislación

Código de Ejecución Penal.

Código Penal (y modificaciones).

Código Procesal Penal (y modificaciones).

Constitución de 1992.

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica.

Convención sobre Asilo Diplomático, Caracas 1954.

Convención sobre Asilo Territorial, Caracas 1954.

Ley N° 3.759/09, “Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados y deroga las leyes antecedentes”.



EL DERECHO CONVENCIONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Arnaldo Martínez Prieto

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUS ORÍGENES EN BREVE PERSPECTIVA. 3. CASUÍSTICA NACIONAL. 4. BIBLIOGRAFÍA.

EL DERECHO CONVENCIONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Arnaldo Martínez Prieto *

1. Introducción

El fenómeno de la convencionalidad ha llegado para quedarse y, así, sin desprestigiar las críticas contrarias a dicho sistema, más conviene evaluarlas con criterio amplio y admisivo, pues su fortaleza se ha edificado a partir de posturas críticas adversas, contán-

* Magistrado Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial –3ra. Sala- de la Capital. Doctor en Derecho. Cursos de Postgrado: Derecho Internacional de los Derechos Humanos Universidad Diego Portales de Santiago de Chile. Escuela Judicial de Barcelona: El control de la Constitucionalidad de las Leyes. Consejo General del Poder Judicial de España. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. American University Washington College of Law: Especialización en Protección de los Derechos Fundamentales en las Democracias actuales. Universidad de Salamanca (Salamanca - España). Diplomado Internacional y Curso de Alta Formación en Derecho Constitucional – Escuela Judicial – Colegio de Abogados. Scuola di Studi Giuridici (Univ. Bologna) – Colegio de Abogados. Especialización en Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales. Universidad de Castilla La Mancha (Toledo - España). Actividad Docente Profesor en materia de Derecho Constitucional y de Derecho Convencional en la Escuela Judicial y en diversas universidades de Asunción y del interior del país. Invitado por el Doctorado de la Pontificia Universidad Católica de Santiago de Chile como integrante de Mesa Evaluadora de Tesis Doctoral.

dose entre las iniciales de mayor consistencia, aquellas que refieren a la cesión de la soberanía nacional a favor de órganos supra-nacionales, y entre las actuales, las referidas a su ubicación jerárquica en la normativa interna cuando en virtud de los principios *pro homine* y/o *pro libertate* pudiera conferirse supremacía al convenio y no a la constitución. Con dicha visión, la intención del presente trabajo se apoya en la impronta de exponer los problemas más sensibles de la convencionalidad, y sus respuestas, con la intención de dar lustre a sus beneficios y tornarla en una herramienta nacional efectiva en la incesante necesidad de dar soluciones a la violación de los derechos humanos bajo estricta observancia del Debido Proceso.

2. Sus orígenes en breve perspectiva

Si bien el tratamiento de las convenciones es fenómeno de antigua data, en el que se han vaciado algunos moldes que hasta hoy perviven, condicionan e identifican el instituto; no es menos cierto que a partir de la segunda mitad del siglo pasado es cuando más énfasis operativo se ha dispuesto, sobre todo en su relación, hoy inescindible, con la vigencia a los derechos humanos.

La trascendencia del fenómeno es tal, que ha permeado en las instituciones jurídicas de más empujado rango, tales como la constitucional, la política, la moral, la filosófica, entre otras, que de a una han tratado de generar motivaciones y justificantes, dando con ello pábulo a nuevas visiones desde el conflicto que plantea con los vectores de la soberanía, el Estado Social de Derecho, las difusas fronteras de la fundamentalidad de los derechos humanos no enunciados –cuya innegable fortaleza y eje operacional emerge de la mano de la jurisdicción constitucional del juez legislador impelido por las particularidades del *casus*–, la impronta interpretativa entre ley (semántica) y Constitución (principalista y axiomática) y para concluir, sin agotar, el nuevo contorno neoconstitucional con su batería de nuevos derechos, algunos imposibles de ejecutar en sociedades corruptas y corruptibles, como muchas.

Debemos decir entonces que los contornos actuales han surgido de la necesidad de plantar un límite a la profusa intolerancia inficionada durante la segunda conflagración mundial y fervientemente acogida por las dictaduras americanas, las cuales en aras de una cuestionada pero efectiva doctrina de la seguridad nacional ha desmedrado la condición humana a obscurantismos inconcebibles.

Hoy, si bien no se ha obtenido toda la pacificación anhelada, sí se ha generado un halo de concordia regional restañando heridas o buscando sucedáneos aptos mediante la estructuración de una justicia de transición que, aunque hábil, muchas veces no ha sido más que un placebo para aliviar angustias.

De esta manera, sin entrar en detalles, podemos señalar que a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos de Nueva York de 1966 se ha venido construyendo un cambio paradigmático en pos de la armonización de los derechos humanos al postular para el mismo un constitucionalismo internacionalizado en base a patrones o estándares delineados al tamiz del bloque de convencionalidad.

Los derechos humanos, aunque respondan a raíces *ius naturalistas*, no han tenido que ser redescubiertos y vueltos a ser conquistados. De ahí la dimensión histórica a la que alude M. Carbonell cuando cita a N. Bobbio, quien dijera "...los derechos humanos tienen una edad y son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas [...] han ido surgiendo y se han ido desarrollando tal como lo han ido permitiendo las condiciones sociales e ideológicas"¹.

¹ Dienheim Barriguete, Cuauthémoc M. 2009, Constitucionalización universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos, AD-HOC, p. 23.

Es por eso que sin olvidar –mucho menos desdeñar– la dignidad aristotélica y las enérgicas posturas de Vitoria, de las Casas o Montesinos, en la necesidad de articular un punto de partida, señalamos con otros autores que el nacimiento oficial de los derechos humanos se ha dado en el contenido de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuyo Artículo 16 se lee: *“Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”* (Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, carece de Constitución).

Los signos vitales: DDHH/ SIDH/ CADH/ OEA/ CORTEIDH/ COMISIÓNIDH

Para implicar claridad en el marco al que nos estamos refiriendo, es imposible omitir el protagonismo de los Derechos Humanos (DDHH), del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su inmediato séquito, a saber; la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las convenciones y tratados con diverso contenido de derechos humanos y, en el plano nacional, la Constitución, Carta Política o normativa suprema del país de que se trate con su corolario conformado por los derechos fundamentales que arrastra a la arena a las leyes, a la jurisdicción (jurisprudencia) y administración nacionales.

Dentro de dicho esquema es que tendremos que ubicar la sustantividad del trabajo, cual es la convencionalidad y su operatividad, asumiendo sus conflictos y efectos preponderantes, ello sin perder de vista el bien tutelado, para cuyo fin tuitivo se ha moldeado y erigido todo el sistema, a saber; los derechos humanos propiamente dichos, que en razón de su amplitud reciben una proporcionada cantidad de definiciones que, más allá de las que podríamos volcar en esta ponencia, intentaríamos caracterizarlos como lo básico que ineludiblemente requiere un ser humano para desarrollarse en armónica convivencia (dignidad humana: libertad, igualdad y justicia), que tienen validez universal y prioridad

frente al derecho positivo, pues representan una medida de legitimidad de este último².

No está por demás recalcar que la mentada legitimidad descansa en la responsabilidad internacional del Estado, que se le impone cuando opera la violación de los derechos humanos. Esto es así pues, en primer lugar, no aparece muy imparcial, objetivo ni transparente que un juez nacional juzgue al Estado del cual depende y es parte, con leyes proveídas por el mismo y, en segundo, de no haber sido de tal manera, la justicia transicional que impone el paso de una autocracia a una democracia sería inexistente bajo leyes del tipo de obediencia debida o de caducidad de la sanción punitiva.

Forman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos los instrumentos que promueven y protegen los derechos humanos que han sido adoptados por los miembros de la Organización de los Estados Americanos suscriptores de la Convención Americana o Pacto de San José, habiendo aceptado la competencia y jurisdicción de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes independiente de las denuncias que pueden receptor en forma directa, lo hacen en forma subsidiaria cuando acontecen violaciones a los derechos humanos para cuyo seguimiento eficaz, en forma cuasi jurisdiccional la Comisión opera mediante audiencias, visitas *in loco*, informes, búsqueda de soluciones amistosas, medidas cautelares; y la Corte, con efectos jurisdiccionales, a través de medidas provisionales y consecuentes fallos o sentencias.

Una breve digresión. En esto último radica, más que como argumento negativo a la validez del sistema interamericano, una doliente realidad en el concepto de quienes confunden el ejercicio coactivo con la justicia efectiva, al restarle trascendencia al sistema por –dicen– no registrarse en el medio interno un procedimiento adecuado de ejecución. Este postulado –férreo para quienes desconocen la convencionalidad, burdo y hasta estólido para quienes

² Dienheim id. p. 20 cita a Borowski, Martín ...

la abonanza es fácilmente incluíble en los designios del *pacta sunt servanda* y del proceso justo que concluye su cadena con el eslabón de la ejecutoriedad de la condena.

Sin ir más, mientras no asumamos que la humillación de ser procesados y condenados se superlativiza al no cumplir la sanción y cuando la autoridad competente se ufana del ahorro obtenido a favor de su principal y en desmedro de los justos reclamos indemnizatorios, nada bueno podemos avizorar sobre el punto.

El SIDH opera en torno de la Convención Americana de Derechos Humanos a la cual se adicionan todos los convenios o tratados de derechos humanos del ámbito americano, europeo e incluso africano, para cuya consulta puntual se puede visitar la página www.derechoshumanos.net/derechos/index.htm?gclid desde cuya extensión se obtiene mayor claridad sobre el particular. Potencia la aplicación de los mismos la condición de universalidad de los derechos tutelados, los cuales no pueden ser limitados por formalidad alguna del tipo que fuere, pues basta que algún concepto, criterio, evaluación, juicio, crítica y/o instrumento convictivo, etc. contenido en algún material consultado, sea de jurisprudencia, sea de doctrina, ingrese a la motivación del caso, de inmediato pasa a formar parte material en contenido y espíritu de dicho bloque.

La CADH como instrumento axial del sistema, a mayor funcionalidad, incluyó en sus capítulos VII y VIII la vis operativa en cabeza de ambas entidades, con clara delimitación de sus facultades y funciones, a lo cual habría que adicionar el protagonismo de la jurisdicción nacional en todas sus jerarquías, pues lo difuso de la aplicación convencional descansa en ellos como un círculo realimentador para validar en el ámbito interno la tutela judicial efectiva y, a la vez, proveer argumentación sustentable para casos similares generados allende sus fronteras y aún más allá de las continentales, pues si aún no lo hemos dicho, vale el momento para apuntar que la universalidad y la prioridad de aplicación también es conocida por el Tribunal Europeo y Africano de Derechos Humanos, de cuyos diálogos jurisprudenciales todos a uno se nutren.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – 1969– Ley N° 289/71.

Este importante instrumento internacional que determina pautas de interpretación, no es aplicable en forma directa a los tratados suscritos entre Estados y Organizaciones Internacionales –Arts. 1° y 3°– como lo es la Organización de Estados Americanos (OEA), dentro de cuyo marco y patrocinio ha surgido el Pacto de San José, salvo en lo que refiere a la eventualidad de las reservas, cuyo apoyo exegético surge del Art. 27 CADH. Esta circunstancia puntual no es óbice para que el Pacto de San José transversalice sus efectos en la normativa interna ya que, para el cumplimiento de los compromisos internacionales, cualquiera sea la condición de las partes, los que se aplican son los derechos consuetudinarios del Derecho Internacional, para cuya claridad se prefiere un breve *ex cursus*: el derecho consuetudinario surge de la práctica estatal adicionada a la *opinio iuris*. La primera [de dichas condiciones] se ausculta de las leyes y jurisprudencias comúnmente admitidas entre los Estados, entre lo que se halla vigente, y la tendencia a que opere en tal dirección, de manera a poder determinar en grado de certeza cuál será la postura ante determinada circunstancia acaecida. *Opinio iuris*, por su parte, implica la intención que tienen los Estados de actuar de cierta manera, de obligarse entre sí en determinado sentido, y, llevándolo al plano externo, la admisión de su signo imperativo por la comunidad internacional que la convierte en *opinio iuris cogentis* mediante la inclusión y suscripción de dichas posturas en los tratados internacionales.

Entre dichos derechos descuella con vuelo propio –interna e internacionalmente– el principio *pacta sunt servanda* al que, a mayor fuerza de sustento, podemos invocar la teoría de los actos propios o *venire contra factum proprium nom valet* en el aserto fáctico de que, si se suscribió, era necesario y hoy no lo podemos ignorar porque ya no resulta trascendente (y para el Paraguay, claro que lo era; la elocuencia de su graficación ordinal lo revela –Ley N° 1/89– esto es, la primera ley postdictadura) y el *bona fidei*, candente principio aplicado a todo compromiso que involucra el sentido co-

riente, contextual y acorde a su objeto y fin, tal como lo quiere el Art. 31 del instrumento vienés. Luego, la confusión de los Arts. 1° y 3° de la Convención de Viena, de momento, parecería superada.

No es de menor importancia señalar que la admisión de la competencia de la Corte Interamericana como órgano supranacional referido en el Art. 145 de la Constitución y la circunstancia de haber participado en los procesos en el ámbito de dicha competencia, lo ubican como tributario de su esquema, entre los que se incluye el bloque de convencionalidad, de cuya jurisprudencia ha surgido la obligatoriedad de su contenido para todos sus miembros. Esto implica el conjunto de prácticas ulteriores que revela la intención del Estado.

Así, entendemos, se debe asumir cuando el Art. 3° de la Convención de Viena indica que la circunstancia de no hallarse el Pacto de San José bajo su autoridad interpretativa, no afectará su valor jurídico, ni la aplicación de sus postulados a aquellos acuerdos, pues lo que los une son los principios del Derecho Internacional (*ius cogens*). Finalmente, si bien la Convención Americana no sienta su valor y efectos según qué Estado lo suscriba, no se puede ignorar que quienes lo hacen, entre sí adquieren el relacionamiento que surge del eje de la convencionalidad cual es la jurisprudencia, y, ampliándola, el bloque de convencionalidad, no directamente, pues lo que se dice para un país, se dirá para el otro en circunstancias similares, o sea un “elástico rebote” de ida y vuelta, pues al ser incluida en una decisión e ingresar al bloque de convencionalidad, se vuelve válida para todos los adherentes al pacto. Tal es así, que a la Convención Americana podríamos ubicarla en la categoría de multilateral, al poseer condiciones y efectos vinculantes entre los mismos.

Lo dicho en el párrafo precedente resulta atractivo para una investigación posterior en contraste con lo que sigue, a saber: Lo-

renzo, Víctor Rubén³, al citar la Opinión Consultiva N° 2-82 que refiere: "...los tratados modernos de derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un valor legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia individuos bajo su jurisdicción.", frente a lo cual, nos preguntamos: ¿nos incluye o nos excluye de la Convención de Viena a la hora de interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos?

Sin dejar de considerar la importancia de dicho tema, hallamos que, al estar sometido a la jurisprudencia del Sistema Interamericano, la técnica de interpretación surge de sí misma. En efecto, esta es lo suficientemente abarcativa como para multiplicar los efectos expansivos de sus decisiones en cuanto a la aplicación al estado en conflicto, y a cualquier otro, que en momento posterior se encuentre dentro de él. Sobre el punto nos hablaba el Prof. Néstor P. Sagüés en el cierre de las exposiciones sobre Control de Convencionalidad, del 5 de mayo pasado (año), cuando aludía a la *res interpretata*.

La convencionalidad en la operativa jurisdiccional nacional, una peregrinación iniciática.

El censor –y el sensor– de mayor calado dentro de la convencionalidad es el de su aplicación interna, en razón de la reticencia de la autoridad jurisdiccional y administrativa. En efecto, es la fase que mayor inconveniencia crea, menoscabando su operatividad

³ Lorenzo, Víctor Rubén, 1998, Manual del Derechos de las Convenciones, Ed. D&D, Buenos Aires. Argentina. p. 46.

nacional e impidiendo un diálogo eficaz en materia jurisprudencial y doctrinaria, lo que, a su vez, dificulta la tarea de internacionalización y armonización con el derecho externo.

En dicho marco, de la serena interpretación del Art. 137 de la Constitución se infiere que la Convención es superior a la ley, que no es dable cambiar *per se* dicho orden prelativo, y que quien genera un acto en dichas condiciones asume responsabilidades penales y genera un acto inválido. Dicha imperatividad, asociada a los Arts. 143 núm. 5) y 145 del orden constitucional, es suficiente para acoger la convencionalidad como válida, aunque todavía escuchemos [represiones] sobre el particular, en el sentido de que la Constitución es programática y que un juez no puede alterar la validez de la ley por el conducto del control difuso de convencionalidad...y no solo puede, sino que debe, so pena de incurrir en las responsabilidades del párrafo segundo de dicha norma.

Cuando nos preguntamos qué hemos obtenido jurisdiccionalmente con la convencionalidad a partir de su ejercicio difuso, y consideramos la natural reticencia de los jueces que optan por reprobar lo que no esté admitido y sacramentado por las sinuosas decisiones de la máxima instancia, por los poderes fácticos relacionados con el Poder Judicial (hemos escuchado amenazas de enjuiciamiento por desconocimiento de la ley cuando se aplican las convenciones por sobre la ley) o, en fin, por la inveterada costumbre, el cuadro contable de la convencionalidad es trágicamente negativo. Y si se pretende una retracción *ob ovo*, y dar a cada cosa su nombre, diremos que debemos construir respuestas y verdades sobre cimientos de comprobada manquedad e incompetencia, sazónada con el rito arbitrario del poder que cohesiona en una vocación de dudosa efectividad, permeable a todo el sistema de selección y elección de jueces.

No obstante, algo se ha obtenido, un algo que ya quedará a criterio del lector evaluar, empero para reflexionar acerca de su trascendencia en el plano nacional, más que por la cantidad de veces que se ha aplicado, pensemos en los temas abordados y en lo

que no se hubiese podido hacer si no se contaba con la herramienta convencional.

Se debe advertir que quien esto suscribe es quien ha protagonizado jurisdiccionalmente dichas experiencias, por lo que, a fin de no restar objetividad, se escogerán párrafos puntuales de dichas exposiciones, de manera que lo que se ha dicho en el cuerpo del resolutorio sea lo que determine –o no– la importancia que pueda captar el lector interesado.

3. Casuística Nacional

Para el caso hemos preferido dos procesos cuyos ejes giran, uno en torno al quiebre del principio de igualdad en materia remuneratoria, y el otro, al quiebre del debido proceso en el estadio de la motivación de la decisión en el marco de un trámite administrativo *sui generis*.

En la especie del Control de Constitucionalidad concentrado, las Salas del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial han elevado docenas de consultas de constitucionalidad (Art. 18. inc. a) CPC), ora con su integración natural, ora con una diversa, mayoritariamente admitidas, aunque con puntuales disidencias... algunas ciertamente inconcebibles.

En efecto, en cualquiera de los casos, las hemos articulado a partir del año 2004, en virtud del Art. 29 de la Ley N° 2.421/04 – DE REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y ADECUACIÓN FISCAL– que menta: *“En los juicios que el Estado Paraguayo y sus entes citados ... actúe como demandante o demandado, en cualquiera de los casos, su responsabilidad económica o patrimonial por los servicios profesionales de abogados y procuradores que hayan actuado en su representación o en representación de la contraparte, sean en relación de dependencias o no, no podrán exceder del 50% del mínimo legal, hasta cuyo importe deberán atenerse los jueces de la República para regular los honorarios a costas del Estado ...”*.

La circunstancia de haber, antes de entonces, adherido a la consulta constitucional como vía para desoír dicha inequidad, nos impuso el imperativo de motivar exhaustivamente el cambio de cauce al mutar al control de convencionalidad “... en cuanto a la forma de determinar la praxis de los principios constitucionales, hemos optado por unir los puntos con una recta, desechando la quebrada, en aras del principio de economía procesal que involucra la celeridad en cumplimiento de la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia (...) máxime cuando tenemos los elementos necesarios para aplicar dichos principios, demorados hasta hoy por un confuso ejercicio de la autoridad en materia de jurisdicción constitucional.”

En breve digresión, queremos advertir, que se hubiese podido escoger la frase “jurisdicción convencional”, más hemos preferido aquélla, pues la aplicación preferente de las convenciones también nace del Artículo 137 al determinar que la supremacía constitucional impera sobre toda la normativa interna, pero, a la vez, la convencional sobre la legal.

Reflexionábamos en aquella oportunidad que “El Estado social y democrático de derecho de nuestra norma príncipe, sucedió al Estado de derecho de corte liberal que solo reconocía dichos derechos –sin inmiscuirse en su efectividad y goce–, desplegó sus afanes en todo el ámbito jurídico con destinos bien claros, cual es despojarse de toda gala metafórica para evitar que se alteren sus propuestas y fines acordes con la realidad compleja que se vive. Para ello ha asumido que el momento requiere eficacia, soluciones y resultados eficientes y asequibles, para lo cual, como es natural, deben utilizarse las sendas menos escarpadas y sinuosas”.

El Estado Social –decíamos– es un sistema socio-político-económico, estructurado sobre un conjunto de condiciones jurídicas para fortalecer servicios y garantizar derechos, de manera que el ciudadano desarrolle su actividad con equidad, como miembro pleno de la sociedad. (...) No es otra cosa que una variante de la calidad de vida (...) postulada en el Art. 6 de la Ley Superior que determina *la indisponibilidad de ciertos niveles de bienestar indispensables para que, a partir de ahí, se construya la igualdad en libertad*”.

“Esta norma esencial –nos referíamos al Art. 137 de la Normativa Superior– suele marcar su valor en el primer párrafo, al momento de determinar el orden prelativo. Empero no es menor su efecto cuando formula hincapié en que quien intente cambiar dicho orden incurrirá en conductas tipificadas, careciendo de validez los actos de autoridad que se la opongan. Así, en conjunción, dichos párrafos imponen la imposibilidad de aplicar el Art. 18; inc. lit. a) CPC, pues con indudable claridad somete a la norma constitucional y la limita, postrándola a una vigencia derivada a una sola autoridad, lo cual no es lo que surge de la misma, pues como dijéramos, si no interpretamos el término ...quienquiera... en su sentido claro y a favor de todos los órganos y autoridades jurisdiccionales estaríamos atentando contra el principio *pro homine* que protege la celeridad del proceso en el cual está interesado el derecho del ciudadano que ha acudido a la jurisdicción en busca de tutela efectiva”.

Esta transcripción lleva ínsita la orden de aplicación del derecho convencional sobre la ley, y si combinamos los términos de la Convención de Viena, no obstante, la limitación ya advertida, con el principio *pro homine* y *pro libertatis*, se podrán encontrar severos contratiempos para escapar a la convicción de que –en el caso– la Constitución podría ceder su liderazgo.

Con posterioridad a esta mención referíamos puntualmente a las normas constitucionales de los Artículos 247 que nomina a la Corte como intérprete, 259 que la faculta a conocer y resolver sobre inconstitucionalidad, 260 que le confiere la atribución de determinar la inconstitucionalidad e inaplicar, el 256 sobre la fundamentación constitucional, 141, 142, 143 núm. 5), 145, 45, 288 y otros que conforman el bloque de constitucionalidad, decíamos, para significar que “Cuando hemos hablado del bloque de constitucionalidad, nos referíamos no solo a la articulación constitucional expresa, sino a toda aquella mención que se formule acerca del respeto a los derechos fundamentales. Dicha concepción pragmática, según Mónica Arango Olaya en *El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*

bloque.pdf incluye ‘...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. El bloque de constitucionalidad es un término que comenzó a utilizar la Corte Constitucional colombiana sólo a partir de 1995 pero que como concepto se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo’”.

“Por otro lado, el bloque de convencionalidad, involucra los mismos parámetros que el anterior, toda vez que incluye en su seno toda la referencia –de fondo y forma– convencional, no solo los expresos contenidos en los tratados y convenciones y en la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Comisión IDH, sino el contenido de los trámites previos como las consideraciones de admisibilidad, los estándares conciliatorios, las consultas, las opiniones vinculantes, entre otras formas de expedición del SIDH. Corresponde entonces señalar cuál es la razón por la que nos referimos a dichos bloques. La razón es que el proceso es un derecho humano, o mejor dicho el debido proceso, en cuyo marco nos hallamos para sustentarlo y vigorizarlo por sobre prácticas inadecuadas que omiten una visión plena del mismo. Para dicho objetivo debemos apontarnos en los bloques referidos y en la amplia visión de la tutela judicial efectiva y el debido proceso”.

El proceso, conviene recordar, ha dejado de ser una herramienta o medio para convertirse en un derecho sustantivo, y más aún un derecho humano, toda vez que su ruptura, en alguno cualquiera de sus eslabones, es argumento válido para excitar la competencia interamericana. Veamos.

“El debido proceso constitucional aparece con la potenciación de los instrumentos internacionales de derechos humanos al introducir en su marco la consideración de “...principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías pro-

cesales efectivas y certeras, no había posibilidad de desarrollar los derechos fundamentales". Osvaldo A. Gozaini⁴. Por su parte, el autor panameño, Boris Barrios González⁵, cuando refiere al concepto de Derecho Procesal Constitucional dice "...ser el medio eficaz para el ejercicio de la jurisdicción, de la acción y de la defensa de los derechos consagrados en la Constitución, en los tratados internacionales y en las legislaciones especiales sobre derechos humanos y fundamentales. Pablo Villalba Bernié⁶ refiere a las distintas visiones que ha generado el tratamiento de esta nueva concepción del proceso. El autor itapuense expone acerca de la existencia de una visión restringida en la que ubica a Sagüés, Néstor P.⁷ y a Manili; Pablo⁸, atribuyéndoles como contenido 1) la magistratura constitucional y 2) los procesos constitucionales propiamente dichos, o sea se ocupa de los diferentes órganos y procesos que custodian la vigencia de la supremacía constitucional.

Una visión intermedia consigna Domingo García Belaúnde⁹. En ella agrega al contenido anterior la interpretación constitucional y su ubicación como disciplina autónoma, otorgando énfasis al derecho comparado, pero excluyendo al ámbito supranacional. La

⁴ Osvaldo A. Gozaini; *El debido proceso*, Rubinzal-Culzoni Editores- Sta. Fe/Argentina 2004, p. 25.

⁵ Boris Barrios González, *Derecho Procesal Constitucional*; 6ta. Edición, Ed. Nueva Jurídica, Bogotá/Colombia 2015, p. 35.

⁶ Villalba Bernié, Pablo, "Derecho Procesal Constitucional – Constitucionalidad y Convencionalidad en democracia–", Ed. Hesaka, 1ª ed., Encarnación/Paraguay 2015, pp. 16 y sgtes.

⁷ Sagüés, Néstor P. "El Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos.", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires/06, p. 21.

⁸ Manili, Pablo en "Introducción al Derecho Procesal Constitucional", Ed. Universidad, Buenos Aires /05, p. 31.

⁹ García Belaúnde, Domingo, "El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva", Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., 1ª ed., San José de Costa Rica 2012, pp. 167/171.

tesis amplia se halla sostenida por Héctor Fix Samudio¹⁰ quien suscribe que el contenido comprende el estudio de los instrumentos procesales dirigidos a la defensa del orden constitucional, incluyendo la supranacional que regula los derechos humanos. Finalmente, la tesis amplísima que se afianza en la propuesta de Gozaini, Osvaldo¹¹; quien señala que el Derecho procesal Constitucional se ocupa de la magistratura constitucional, del sistema procesal, de la supremacía constitucional que comprende el control de constitucionalidad en sus variantes difuso y concentrado –que es el punto al que queríamos llegar–, ampliándolo sobre el Debido proceso transnacional. Meramente obiter, quisiéramos agregar como propio el criterio que dicha rama del conocimiento debiera, además, incluir en capítulo aparte, el proceso no jurisdiccional, propiamente administrativo conferidos a las múltiples y diversas entidades de rango constitucional”.

Aunque a grandes saltos, de esta manera referíamos a la trascendencia de la convencionalidad para el caso concreto, por lo que de inmediato pasaremos a abonar el desquicio equitativo asentado en la ley, en los siguientes términos: *“En el marco del presente proceso el derecho fundamental que se halla atentado es el de la igualdad, cuando el Art. 29 de la Ley N° 2.421/04 impone: “En los juicios que el Estado Paraguayo y sus entes citados en el Art. 3° de la Ley N° 1.535/99 “De Administración Financiera del Estado”, actúe como demandante o demandado, en cualquiera de los casos, su responsabilidad económica o patrimonial por los servicios profesionales de abogados y procuradores que hayan actuado en su representación o en representación de la contraparte, sean en relación de dependencia o no, no podrán exceder del 50% (cincuenta por ciento) del mínimo legal, hasta cuyo importe deberán atenerse los jueces de la República para regular los honorarios a costa del Estado. Queda modificada la Ley N° 1.376/88 “Arancel de Abo-*

¹⁰ Fix Samudio, Héctor “Introducción al Derecho Procesal Constitucional”, Ed. Fundap, Querétaro/México 2002.

¹¹ Gozaini, Osvaldo; (11) “Introducción al Derecho Procesal Constitucional”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Sta. Fe/ Argentina 2006, p. 12.

gados y Procuradores”, conforme a esta disposición... Los honorarios profesionales del abogado son remuneraciones dinerarias que se obtienen en virtud de determinadas circunstancias surgentes del proceso donde ha ejercido su labor. Al ser producto de tal tipo de actividad, se lo asimila al salario pues en ambos casos dichos emolumentos se obtienen luego de realizar una labor profesional por cuenta y a favor de tercero que se establece en base a condiciones profesionales del regulante y de variantes particulares de la labor dicha. También al extremo de recoger el salario la condición de vitalidad, pues la presunción iuris et de iure es su inversión en elementos vitales de supervivencia”.

El afán, agregamos ahora, no es otro que humanizar el proceso, otorgándole celeridad en atención a la vitalidad del objeto final, pues “...los honorarios profesionales del abogado son remuneraciones dinerarias que se obtienen en virtud de determinadas circunstancias surgentes del proceso...se lo asimila al salario...se obtiene luego de realizar una labor profesional por cuenta y a favor de tercero...en base a condiciones profesionales del regulante y de variantes particulares de la labor dicha”.

“Esta delineación normativa es frontalmente discriminatoria porque genera una diferencia dañosa ante extremos idénticos de una misma actividad, por la sola variante de la condición de la persona del eventual pagador. Para más en el caso, es una entidad estatal con lo que se recruce el viejo paradigma de la supremacía estatal ante el particular. Notemos entonces que el quiebre de la igualdad no es de orden procesal, sino de un derecho subjetivo”.

En efecto, la igualdad del salario se halla contemplado en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de cuyo Art. 7º se desprende: ...i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor. Este punto –entonces– nos hizo cambiar el sendero de la exposición para dirigirnos hacia la preconización de la igualdad.

“Diez-Picazo, Luís María¹² dice que ‘...el principio de igualdad ante la ley tiene un significado prescriptivo, no descriptivo; es decir, no afirma que todas las personas sean de hecho iguales, sino que deben ser tratadas de igual modo. Por otra parte, el principio de igualdad ante la ley limita su operatividad a la esfera jurídica – esto es, a los criterios para la asignación de derechos y deberes... El valor o bien jurídico protegido por el principio de igualdad ante la ley es la idéntica dignidad de todos los miembros del cuerpo político ...no se funda solo en razones morales sino de prudencia política; y ello porque la alternativa sería una división de la sociedad en categorías de personas (estamentos, castas, etc.) que dificultaría la aceptabilidad de las normas y, por tanto, la obediencia al derecho... Sigue explicando Diez-Picazo... El interrogante acerca de la igualdad de trato solo puede ser planteado, por tanto, respecto de concretos derechos o deberes, que operen como término de comparación. Esto es lo que la jurisprudencia constitucional suele denominar *tertium comparationis* (STC 40/1989).’ Esta doctrina y jurisprudencia se halla sujeta a los términos de la norma transcrita ya que la desigualdad se determina en y para circunstancias idénticas con disímil resultado”.

“Siendo así, tal como lo es, debemos ubicar a dicho derecho en el área de la tuición convencional y desarrollar la incidencia negativa que la norma legal guarda, eclipsando y demorando la efectividad del debido proceso constitucional/convencional... En efecto, la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia, el debido proceso y el justo proceso, son institutos cuya diferencia, si bien existentes, carecen de mayor trascendencia para la presente fundamentación, pues todos ellos reclaman un tratamiento igualitario, razonable, expedito y abarcativo, tanto en líneas generales cuanto en las particularidades del caso, para los justiciables y para el discernimiento de la contienda... Luego, la inclusión en el debate de

¹² Díez-Picazo, Luís María, *Sistemas de Derechos Fundamentales*, 4ta. Ed. Thompson Reuter, Ed. Aranzadi S.A. Pamplona/España 2013, pp. 177 y 185.

una norma discriminatoria ha venido a privarle de dicho tratamiento por lo que la aplicación del control difuso de convencionalidad resulta del todo propicia para la determinación del caso, a la luz de la jurisprudencia obligatoria de la Corte IDH, y en general, del bloque de convencionalidad”.

“Esta delineación normativa –la del Art. 29– es frontalmente discriminatoria porque genera una diferencia dañosa ante circunstancias idénticas de una misma actividad, por la sola variante de la condición de la persona del eventual pagador... Notemos entonces que el quiebre de la igualdad no es del orden procesal, sino de derecho subjetivo. De esta manera, no puede operarse una diferencia normativa en base a aspectos que exceden las condiciones, características y efectos de la prestación, pues al hacerlo así se agreden los parámetros que deben ser observados para imponer discriminaciones positivas”.

“A partir del caso *Almonacid Arellano y otros c/ Chile* del 26 de septiembre de 2006 se agrega una nueva variante de dicho control, pues se determina que la normativa legal interna debe armonizar con las decisiones de la CADH, la cual impone al Poder Judicial la obligación de aplicar sus decisiones, aun cuando el legislativo no haya acogido dicha armonización: ‘...de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular’, lo cual implica que ‘cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el Artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. Lo anterior significa que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, pues tienen además la obligación de realizar una ‘interpretación convencional’, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan ‘compatibles’ con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al Artículo 1.1. de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado. Entonces, con esta im-

pronta nace el control difuso de convencionalidad, que debe aplicarse por todos los jueces nacionales, naturalmente, de la jurisdicción e independientemente de su jerarquía o competencia”.

“Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las ‘garantías’ y ‘órganos’ internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una ‘internacionalización del Derecho Constitucional’, particularmente al trasladar las ‘garantías constitucionales’ como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la ‘supremacía constitucional’, a las ‘garantías convencionales’ como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una ‘supremacía convencional’... El control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la CADH, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la ‘misión’ que ahora tienen para salvaguardar el corpus Iuris interamericano a través de este nuevo ‘control’...Esta característica del control difuso de convencionalidad constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros)

vs. Perú, dos meses después del Caso Almonacid Arellano vs. Chile, y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte IDH. ... De esta manera el control difuso de convencionalidad se convierte en una nueva vertiente del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional)... Se forma de esta manera un auténtico 'bloque de convencionalidad' como parámetro para ejercer el 'control difuso de convencionalidad'. Los jueces nacionales deben atender a este 'bloque' como un estándar mínimo, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una 'viva interacción' entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última establecer estándares en nuestra región a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos... El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal interamericano realiza del *corpus iuris* interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad... El Estado al someterse a los instrumentos internacionales e incumplirlos debe asumir la responsabilidad internacional. Así lo ha expresado Sergio García Ramírez –ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– http://www.derecho.unam.mx/derechoshumanos/Competencia_Sergio_Garcia_Ramirez.html asienta que El 'control difuso de convencionalidad', además, tiene fundamento en el Artículo 29 del Pacto de San José, en la medida en que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto y de sus protocolos adicionales (y de otros instrumentos internacionales en los términos antes analizados), lo cual implica, a su vez, interpretaciones restricti-

vas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH”.

“De esta manera ante esta circunstancia impeditiva de ejercer los derechos pertinentes relacionados con honorarios profesionales, ante la incapacidad existente para generar un cambio, tal como sería la derogación parlamentaria, se determina inaplicar el Art. 29 de la Ley 2.421/04 y proceder a justipreciar los honorarios profesionales de conformidad con la ley arancelaria... en lo que refiriera al quiebre de la igualdad de tratamiento ante posturas iguales, genéricamente hablando, y especialmente al haberse con ello afrentado el principio convencional de igualdad de salarios ante trabajos iguales, hemos evitado larguezas innecesarias inaplicando el Art. 29 de la Ley 2.421/04 por vía de control difuso de convencionalidad y procediendo, en consecuencia, a la inmediata regulación de los emolumentos profesionales pertinentes debidos por le Entidad Binacional Yacyretá, aplicando la normativa ordinaria”.

El A.I. N° 61 del 17 de febrero de 2017 ha sido la primera resolución que, con voto mayoritario, adhesión del sin par colega Dr. Raúl Alfredo Gómez Frutos, impusiera el Control de Convencionalidad en el Paraguay, que ha hecho, además, cosa juzgada.

La segunda resolución que hemos escogido para este trabajo ha sido el contenido de un voto en minoría dictado en un caso asaz particular, además del hecho en sí, por las partes en conflicto, a lo que, a mayor novedad, fue dirigido contra la validez de un trámite administrativo *sui generis*, cual es el de selección de jueces, facultad constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Se materializó en el A. y S. N° 58 del 6 de agosto de 2015.

El actor, Magistrado en ejercicio, al haber concluido su segundo mandato se postula para el siguiente, lo que debiera ser la adquisición de la inamovilidad constitucional hasta los 75 años, empero sin exponerse motivo o razón alguna se lo desplaza. Se intenta una acción de Habeas Data contra la Corte Suprema de Justicia que es rechazada en la instancia original y en recurso se

dicta el A. y S. N° 58 del 6 de agosto de 2015, que a continuación y a vuelo de pájaro se expone. Advertimos de inicio que la garantía constitucional –*Habeas data*– escogida por el actor ha sido considerada por el suscripto, improcedente para el tratamiento propuesto, por lo que la acción debió canalizarse por otra vía, de consuno con las particularidades de los hechos.

Sucintamente se dirá que en el responde de la acción, la Corte Suprema de Justicia señaló que la elección de magistrados es realizada por los ministros de la Corte Suprema de Justicia sin labrar acta y sin base a criterios o parámetros preestablecidos por alguna ley o reglamentación, quedando a voluntad de cada uno de ellos optar o no por el ternado que considere. Así como se plantean las cosas su destino fue dispuesto en forma arbitraria y sin fundamento que lo motive “...en secreto...”, como se desprende del informe actuarial elevado a la judicatura de origen.

Decíamos entonces, que “...partamos de la base, que el dato personal en un Estado social de derecho precede al individuo y garantiza su calidad de vida y sus estándares de bienestar contenidos en el Art. 6 de la Ley Mayor... Las autocracias que se sucedieron a lo largo de nuestra breve historia independiente nos habían generado la vivencia que los derechos humanos o fundamentales concluían en la preservación de la vida, la libertad y la expresión, más cuando vimos la luz de la democracia formal delineada en una Constitución Social nos percatamos de cuan sólido había sido el amañamiento y la degeneración de nuestras convicciones y conceptos. Esa historia demorada, una vez acogida nos ubicó en la modernidad conceptual de la –para nosotros– nueva concepción de los derechos fundamentales, la cual, respetando el catálogo existente, nos enrostró el eterno retorno de la nueva máscara del lobo –*homo homini lupus*– que tan magistralmente ubicara Hobbes en el marco jurídico-político al tomarla de la Asinaria de Plauto, esta vez en la forma de nuevas tecnologías informáticas”.

“De esta manera y apoyado en el *ex cursus* formulado para cimentar la trascendencia del objeto de la causa, volvemos a reiterar que tal vez el Habeas Data no llene las condiciones fácticas del

caso y las expectativas del actor con la cual podemos coincidir, así como también en que si dicha garantía constitucional no es adecuada no tendríamos instrumento alguno que desarrollar para determinar la conducta gravosa y el perjuicio causado, situación inadmisibles desde que un derecho fundamental no puede quedar sin tutela efectiva por carencia de reglamento. Para mermar esa omisión legislativa, el constituyente previó el Art. 45 CN que opera como el portal del *numerus apertus* para la posibilidad de que nos hallemos en un trance como el presente; dice ad litteram “La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar algún derecho o garantía.” A propósito, y como mejor ejemplo de ello, ya el Habeas Data cabalga sobre el procedimiento del juicio de Amparo... ¿A qué apuntamos? A que la inexistencia de reglamentación no es impedimento para tratar la causa, con la única condición que el tema propuesto sea inherente a la personalidad humana... –y se respete el debido proceso– y ¿lo es? ...por supuesto que lo es, pues si partimos del aspecto formal posee nada más y nada menos que una garantía constitucional (Art. 135) a su servicio que no es poca cosa y además porque este derecho implica administrar la información propia, la personal, a los efectos de preservar la intimidad, la formación de la imagen e identidad y la protección del honor y reputación, todos derechos naturales, fundamentales e inherentes del ser humano”.

Así dicho, “...los datos personales almacenados por el Estado deben someterse al conocimiento del concernido para garantizar que de sus condiciones se valore la idoneidad constitucional requerida en el caso en estudio para la obtención de los méritos debidos... en este momento nos encontramos juzgando en el marco de una garantía constitucional y de derechos de tal talante y elevada jerarquía, por lo tanto lo hacemos en calidad de juez constitucional, habilitado para preservar la constitucionalidad del objeto juzgado y por ende al ser ello de orden público, el juzgamiento

no debe depender de sutiles formalidades, obscuridades, inadvertencias legislativas o silencios cómplices de las autoridades encargadas de valorar la idoneidad constitucional del ciudadano... Sobre el particular nos dice Adolfo E. C. Borthwick¹³: "En lo que respecta a la función del juez constitucional, podemos sintetizarla en... a) interpretar y aplicar la Constitución; b) decidir la controversia, y c) crear claridad ...el Juez constitucional no puede menos que tener una visión amplia de la política y de las ciencias auxiliares del derecho, ya que sus sentencias tienen trascendencia política, social y económica, con grave afectación del equilibrio orgánico de los poderes del Estado... De igual modo el juez constitucional puede dictar sentencias aditivas, es decir, ese tipo de sentencias que suplen, integran o remedian la omisión legislativa al incluir personas no comprendidas en la propia ley, por virtud fundante del principio de igualdad. ...el juez constitucional tiene normas propias para interpretar la Constitución lo que le permite cumplir su función con absoluta libertad y mayor amplitud... las sentencias de la jurisdicción constitucional son creativas y tienden al cambio, surgiendo de la mixturada tensión entre la necesidad de mantener la continuidad de la jurisprudencia (en aras de la seguridad jurídica) y la posibilidad de revisar la jurisprudencia constitucional de acuerdo con los cambios económicos, políticos y sociales... Finalmente, para cerrar este capítulo, debemos señalar que aunque las vías formales no sean del todo adecuadas, el dolor constitucional que pudiera fundar la conducta impugnada, amerita su investigación preservando la bilateralidad y la participación de las partes en el debate".

"...la Corte Suprema de Justicia manifestó en su informe de fs. 11/12, cuál es el *iter* formal observado para el caso, concluyendo que por dichas razones el voto es secreto, criterio éste que en otras palabras fue ratificado por medio de su representante legal, dictando énfasis en que su representada y accionada carece de

¹³ Borthwick, Adolfo E.C. (13), Principios formativos de los procesos -Mave Editor; Corrientes/ Argentina/2005, p. 124.

documento alguno en el que conste en forma razonada los fundamentos de los votos de cada uno de los ministros respecto de la designación del magistrado para el cargo en cuestión... Va otro breve pero trascendente excursus a propósito del secreto, en palabras del célebre François-Marie Arouet –Voltaire–, sin precisión semántica ni referencia bibliográfica, sino como mero patrimonio de nuestro conocimiento. Se preguntaba: “¿Conviene el secreto a la justicia? ...escondese es propio de delincuentes”, se respondía... No es posible pues construir una república que se pretende social de derecho, escondiéndose para elegir jueces y si la norma no impone una regla sobre el particular, esta debe contextualizarse con otras apropiadas a la publicidad que es fundamental para la legitimidad de una justicia transparente y creíble. El secreto en la democracia es sinónimo de violencia pues su articulación no permite el debate constructivo y la generación de responsabilidades. No se advierte el origen y la explicación de los actos de las autoridades que con tal temperamento eluden sus obligaciones, administran caprichos y coluden para obtener beneficios espurios reñidos con la venturosa tarea republicana de administrar bonanzas. Quien obra de tal guisa no advierte ni proyecta el perjuicio que cimienta ni el retroceso que propone y abona, pues aventar el secretismo es volver atrás, situarnos en el medioevo cuando las testas coronadas y la propia autoridad eclesial privaban al pueblo –los simples decían– del conocimiento, so pretexto de incapacidad para comprender, cuando en verdad era para evitar el control de sus desviaciones (de los monarcas y eclesiásticos) y preservar (al pueblo llano) la condición de permanentes culpables ante cualquier evento negativo al interés de aquellos. El constitucionalismo republicano es un sistema y como tal, una forma de vida que se articula sobre la verdad y la verdad no es la que se esconde, no es la que elude responsabilidades, sino la que asume el protagonismo de la justicia a partir de la legitimidad de sus instituciones... la motivación, serena y razonada, reflexiva y responsable es su adversa y la que debe presidir la validez de los actos de gobierno, mucho más cuando de escoger jueces se trata... se reprueba la indigna pretensión contenida en el informe de marras y en la conducta de quienes así obran

en cualquier estamento de la autoridad... sobre todo en virtud de la particularidad del caso, el cual, sin duda, no reconoce antecedentes, resulta asaz conveniente que realicemos ciertas consideraciones respecto de la ausencia de fundamentación en los votos de los miembros de la Corte Suprema de Justicia para designar a los magistrados... la teoría republicana se argumenta basalmente contra la concentración de los poderes, articulándose para ello la concepción de la tripartición de poderes como senda para garantizar los derechos individuales. Partimos así de que quien ejerce el poder tiende en forma natural a excederse y a abusar, por lo que ha sido necesario generar un sistema de [pesos] frenos? y contrapesos que descansa en la distribución de funciones ...el equilibrio surgente de estas fuerzas opuestas posibilitará el bienestar y por ende la libertad del ser humano... la actividad administrativa ejerce funciones cuasi jurisdiccionales si como tales entendemos a la actividad del Estado que decide conflictos con fuerza de verdad legal, empero para determinar la jurisdiccionalidad se ha dicho que en el trámite que lo encierra el Estado es un tercero imparcial, o sea quien lo dirime lo hace desinteresadamente... el poder jurisdiccional ejerce actividades administrativas como cuando se ocupa de la preservación de sus bienes, del abono de salarios, etc., y entre las de tal condición se halla el de nominar las vacancias dejadas por jueces. En efecto, en este proceso la Corte Suprema de Justicia, administradora del Poder Judicial, actúa no como tercero en un conflicto, sino como agente que desarrolla una labor de alcance material y concreto para satisfacer las necesidades inmediatas que involucran al bien común y al interés público, cual es, en el caso, la determinación de un ciudadano con determinadas condiciones de idoneidad para ejercer funciones jurisdiccionales... Juan Carlos Cassagne¹⁴ nos informa acerca del debido proceso adjetivo del cual deben estar revestidos los actos administrativos que fluyen del derecho constitucional a la defensa y cuyo fundamento se halla

¹⁴ Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo; T. II, Abeledo-Perrot; 9ª Ed. 2010, Bs. As., p. 37.

en el derecho natural inherente al ser humano por cuanto no es dable abandonarse a los caprichos y abusos del poderoso. Dentro de tal derecho se encuentra el de contar con una decisión fundada, que siempre con Cassagne –óp. id., p. 37– señalamos “Este derecho se conecta en su faz pasiva con el deber genérico de motivar los actos administrativos...”, y no puede ser de otra manera pues de lo contrario se estaría vedando la posibilidad de ejercer el control de las autoridades a través de la publicidad de sus actos, conceptos estos de profunda raigambre democrática y elementales en un Estado Social de Derecho... el Art. 247 de la Norma Fundamental dice que la Corte Suprema de Justicia además de administrar justicia, posee atribuciones administrativas propiamente dichas, entre las que se halla las del Art. 259, tales como el ejercicio de la superintendencia, dictar su reglamento, suspensión de magistrados, supervisión de institutos de detención y reclusión, y, en especial, la que nos interesa y contenida en el Art. 251, que responde con toda precisión a lo que se conoce como un acto administrativo en toda la buena doctrina republicana y democrática que aborda el tema... Entonces, en primer término, debemos señalar que el decreto en virtud del cual los ministros de Corte designan a jueces, fiscales y defensores públicos, es un acto administrativo, en tal ejercicio no están cumpliendo una labor jurisdiccional, sino una tarea administrativa que tiene por objeto que los profesionales más idóneos y reconocidamente probos sean designados en el ejercicio de la constitucionalidad emanada de los Artículos 251 y reglamentados por el Art. 3º; inc. lit. 3 de la Ley 609/95, la Acordada N° 464/07 en su Art. 13 y la Acordada N° 698/11, según se desprende del informe actuarial de fs. 11/12 de autos... Es absolutamente necesario dirigir nuestra mirada hacia el Consejo de la Magistratura, órgano constitucional extra poder, encargado de constituir las ternas para el lleno de las vacancias existentes en el plantel de jueces, fiscales y defensores en toda la república. El Art. 264 de nuestro Articulado Constitucional, en su inc. núm. 2) refiere: proponer en ternas a la Corte Suprema de Justicia, con igual criterio de selección y examen (vide inc. num. 1) previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes...), los nom-

bres de candidatos para los cargos de miembros de los tribunales inferiores, los de jueces y agentes fiscales... Debemos señalar que el mentado Art. 251 de la Ley Suprema no incluye en su texto condiciones y requisitos para avalar la nominación de los candidatos, empero de ninguna manera podría aceptarse la absurda, ilegítima y antidemocrática interpretación de que por ello se hallaría eximido de hacerlo”.

“Tal es la disposición expresa del Art. 101 CN cuando expone: ‘...Todos los paraguayos tienen el derecho a ocupar funciones y empleos públicos’, ubicando en el segundo párrafo a la actividad judicial como una de las carreras a que refiere el primero cuando dice ‘...funciones y empleos públicos.’ Estos criterios ‘duros’ y de cumplimiento inexcusable por tratarse de trabajo –que no es otra cosa [que] la función y el servicio público– debe ser inmediatamente articulado con el Art. 46 del Capítulo III, el cual bajo el criterio de la Igualdad de las Personas nos indica que: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que los mantengan o propicien. ...”, y, puntualmente, el 47 cuando refiere a las Garantías de la Igualdad, inscribe que “El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: –inc. num. 3)– la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad...”...sería absolutamente contrario a la hermenéutica constitucional intentar apuntalar la teoría de que dicha mención a funciones públicas no electivas se refiera a función judicial administrativa no jurisdiccional, pues dicha intención amén de mermar el principio de igualdad y la condición de idoneidad constitucional se atentaría sobre lo electoral, reservado a las poderes ejecutivo y legislativo... en el ámbito del Derecho Constitucional Comparado, el Art. 29 de la Constitución Política de Colombia reza: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, y es como debe ser, pues ambas emanan de actos de autoridad cuyo destino es el “ser ciudadano mandante”, quien en sana interpretación no otorgaría mandato para que se lo someta, pues de súbditos

hemos pasado a ser ciudadanos sujetos de derechos, con la potestad de controlar el poder y delinear el futuro que decidamos. De aquél antiguo soberano identificado como el príncipe, hoy se ha trasladado la soberanía al principal que es el ciudadano... la jurisprudencia, también comparada, pues la Corte Suprema de la Nación Argentina ha dicho al respecto: "requerir la motivación explícita como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que –por imperio legal– es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno" (CSJN, 07/12/1999 "Goldemberg, Carlos Alberto c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", ... Fallos, 322:3066). En el mismo sentido la Corte Suprema en cuestión se ha expedido sobre el particular, reforzando su criterio jurisprudencial sobre esta cuestión, que "En cuanto a la motivación del acto, es preciso tener en cuenta la doctrina de la Corte que indica que en el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración es donde aquel requisito se hace más necesario y que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de la motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (CSJN, 31/10/2006, "González Lima, Guillermo Enrique c. Universidad Nacional de la Plata, Fallos, 329: 4577)...las garantías sustantivas que expide la Norma Matriz refieren a la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano administrado. Esta contiene la garantía de igualdad a la que ya refiriéramos y que no debe ser entendida como absoluta o matemática, sino en proporción a las condiciones particulares frente al bien susceptible de determinación, lo que, en otros términos, en el *cassus*, implica que la proporción está dada por la gradación de la idoneidad requerida constitucionalmente para el acceso a la función pública. Otra connotación de esta garantía es la de fungir de argumento para oponerse a cualquier intento de normatizar extremos reñidos con ella de manera a privilegiar expresamente a determinado tipo o grupo de

personas, o llanamente reservarse por la inexistencia de regla la absoluta discrecionalidad en la elección, lo cual pareciera es el caso, en virtud del informe actuarial agregado a autos y al que ya refiriéramos... Dromi¹⁵ señala, amén de que la motivación del acto es una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad, desde el punto de vista del particular traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, dado que del cumplimiento de ella depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto... la situación que el mencionado sea un acto administrativo trae aparejada diversas consecuencias, una de las cuales, que nos ha interesado particularmente resaltar, es que el acto administrativo sea motivado, vale decir que se expresen las razones de hecho y derecho que determinaron que el mismo sea emitido en tal sentido, pues son consecuencias, como se expusiera, de principios que no pueden soslayarse sin grave detrimento a la constitucionalidad del acto, y por ende a su legitimidad y licitud. Lo expuesto no debe indicar que estamos invadiendo la esfera privativa del órgano constitucionalmente llamado a estudiar la constitucionalidad de los actos, ya que lo privativo de la Sala o del pleno de la Corte Suprema de Justicia es la declaración de inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad del acto de que se trate, pues, en la verdad constitucional expuesta en su Art. 256 y en el Art. 15 C.P.C., todos los jueces debemos controlar la constitucionalidad de nuestras decisiones... el acto discrecional también requiere motivación, y además, obviamente, legítima, no artificiosa, aparente o que conlleve visos espurios... estamos hablando de seres humanos que se postulan a la judicatura y en el caso del actor un magistrado con dos periodos cumplidos e incluido en la terna por el órgano pertinente, lo cual nos indica que no habría tenido insuficiencias personales y/o administrativas para ello... La falta de motivación implica no sólo vicio de forma, sino también, y principalmente, vicio

¹⁵ Dromi, Roberto. Acto Administrativo. p. 109.

de arbitrariedad, lo que hace pasible de anulación”, y esto es necesariamente así porque si el administrado desconoce las razones por las cuales la Administración emitió un acto administrativo, no puede controlar que el proceder de la misma se haya ceñido al principio de legalidad y mucho menos, desde luego, ejercer su derecho constitucional a la defensa y a la autodeterminación informativa, y además de a ellos a los parámetros utilizados por la autoridad estatal para disponer de su derecho que es el de ocupar por vía de la idoneidad una función pública.

“Al momento de interpretar las máximas expuestas, tales como libertad personal, justicia social, respeto de los derechos esenciales del hombre, ser humano libre, exento del temor y de la miseria, no podemos sino censurar la omisión administrativa de la Corte al disponer en forma inmotivada del futuro de un ciudadano, máxime cuando lo que se hallaba en pugna era el lleno de la vacancia en la función jurisdiccional, esencial para el desarrollo y la convivencia comunitaria...”.

“... el bloque de constitucionalidad aunque no tenga un significado preciso generalmente aceptado y se considere que tiene gran elasticidad semántica, en términos generales podemos sostener que se trata de una categoría jurídica (un concepto) del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual ‘las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite’ <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Bloque%20de%20constitucionalidad.pdf>

De esta manera, al sustentar conceptos y principios constitucionales no desarrollados en su texto; al no ser la Constitución una norma cerrada, conclusiva en su marco semántico, receta y convergen en ella fundamentos implícitos que la explicitan acabadamente. Por ejemplo en nuestro medio el Art. 143 al aceptar el dere-

cho internacional internaliza los instrumentos en que se expongan los temas referidos en sus ocho incisos, en el 144 lo hace respecto de las cartas de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos y en el 145 todos los instrumentos operativos del orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, orden este operado desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –SIDH... Todo ello, y en buena aplicación de los estándares y cánones del sistema interamericano implica que si la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, en el nombramiento de jueces, persiste en su conducta de no motivar, razonar, fundar o sustentar sus decisiones está confirmando al ciudadano el derecho a recurrir ante los estrados de la Corte IDH, quien en aplicación de su propia jurisprudencia, condenará al Paraguay y lo sitiará en el concierto de las naciones democráticas en un desmedrado nivel, por demás ignominioso al imponer a la propia Corte normas básicas de convivencia... El objeto sub examine radica latamente en la validez de determinado acto administrativo. Este acto administrativo ha sido expedido por la Corte Suprema de Justicia, no en su calidad de órgano jurisdiccional, pero además de ello posee otra particularidad, donde existe un conflicto radicado en el que se participa activamente por si o abogado mediante, con plazos, cargas probatorias y derecho al recurso o doble instancia. Es un acto administrativo cuya valoración y decisión recae en determinados órganos, cuya participación se reduce al interés del ciudadano quien debe cumplir determinados requisitos formales (nacionalidad, edad, grado académico), además de otros menos objetivos que deben surgir de la valoración que se obtenga del órgano en cuestión (honorabilidad, idoneidad), para cuyo efecto se deberán articular medios efectivos, que puedan ser protagonizados y controlados por el interesado...

“En el marco del sistema interamericano, es clara la vigencia de las reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos vinculados a derechos sociales. En efecto, la norma rectora de la garantía destaca expresamente su aplicabilidad a cualquier proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de

orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole. Si bien el Artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) Ahora bien, no podemos negar que la condición de autoridad requiere una determinada franja de discrecionalidad, ello es indudable, mas lo que no debe entenderse por tal es que ella pueda ser arbitraria y contraria a los puntales de la imparcialidad y la transparencia, máxime en el capítulo que tratamos. Es así, pues cuando el Estado se convierte en árbitro de las prestaciones sociales, por lo menos en nuestra región –y más en nuestro país– la arbitrariedad es la norma, al punto que su justificación es precisamente la discrecionalidad de sus actos. En el caso Baena Ricardo y otros la Corte IDH fue enfática: 'En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados''.

“El proceder de la Corte Suprema de Justicia de nuestra república al no dejar constancia documental alguna acerca de sus votos para la designación de magistrados quedando al injusto y/o caprichoso criterio de los mismos optar o no por el ternado que consideren deba ser electo, sin fundamentar por escrito tal decisión tal como lo manifestó el representante convencional de la máxima instancia judicial, no se compadece con la vigencia del principio de publicidad de los actos de gobierno. En efecto, la omisión de contar con documentos fehacientes en los que conste la decisión fundada de los ministros de la Corte Suprema de Justicia impide

conocer si los mismos nombraron al candidato más idóneo entre quienes conformaron la terna. Por lo tanto, no es posible evaluar la gestión de los mismos a los efectos de verificar si efectivamente cumplen correctamente sus funciones”.

Néstor Pedro Sagüés¹⁶ nos habla de sentencias atípicas, siendo las tradicionales en el control de constitucionalidad, perfectamente extensibles al de convencionalidad, las estimatorias y las desestimatorias, no obstante, dice: “...en los últimos años, la Corte aceptó otras variables de sentencias, llamadas “intermedias”, “modulatorias” o “atípicas”, ya ensayadas por los tribunales constitucionales europeos. A continuación expone otros tipos tales como la sentencia interpretativa que establece una interpretación constitucional para determinada norma; la sentencia aditiva en la que dispone añadir algo para tornarla compatible con la ley suprema; la reductiva o sustractiva en la que se resta algún criterio a la normativa de que se trate; la sustitutiva en la que dispone cuál es la normativa que debe ser utilizada en el caso y, las que finalmente nos interesa para el sub examine, las sentencias exhortativas y de efectos diferidos. Dice nuestro autor sobre el particular respecto de las primeras “También llamadas “apelativas”, o “con cargo”.

En tales términos, y en otros de su entorno inmediato que no han podido ser transcriptos, este voto solitario ha sentenciado exhortar a la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“Así, ante la dificultad de disponer una orden al estamento superior, la contención a la ley es la mejor brújula para casos como el presente cuya connotación es claramente política al inmiscuirse en la conducta de una parte del poder estatal. Ello solo nos permite exhortar a la demandada, la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay a que sujete su conducta en el modo de nominar a los jueces a pautas democráticas, embebidas en la dig-

¹⁶ Sagüés, Néstor Pedro, Compendio de derecho procesal constitucional - Editorial Astrea; Buenos Aires/2011; pp. 85/87.

nidad e igualdad de oportunidades, preservando la transparencia para la correcta operación del control de dichos actos, derecho republicano de imperativa aplicación por respeto al único soberano, el pueblo, en quien radica la autoridad natural de la democracia”.

“Por todo lo dicho, entonces, se exhorta a la Corte Suprema de Justicia, a que antes de la próxima consideración para el lleno de las vacancias referidas, implemente un sistema de transparencia, basado en las pautas expuestas y en otras de idéntico talante, ordenando que tales decisiones se encuentren disponibles al público, sin admitir reserva de confidencialidad alguna pues todos los ciudadanos deben conocer la condición de idoneidad constitucional impuesta para ejercer el *cursus honorum* del servicio público, máxime el de la judicatura, justamente tan desmedrada. Caso contrario, los distinguidos miembros de la máxima instancia judicial podrían ser pasibles de juicio político por mal desempeño de sus funciones en el marco del Art. 225 de la Carta Magna, a la vez que ser responsables de conductas contrarias a la jurisprudencia convencional contenida en el bloque de convencionalidad arriba explicado”.

No hemos recogido respuesta, ni referencia alguna de los concernidos en dicha opinión.

No queremos despreciar la oportunidad, por ser del mismo marco temático, de traer a colación una añosa resolución expedida cuando ejercíamos la titularidad del Juzgado del Trabajo. En efecto, la S.D. N° 1 del 8 de enero de 1991 dictada en el marco de un Amparo Constitucional promovido por el Sindicato de Empleados de la Administración Nacional de Electricidad –SITRANDE– c/ Ministerio de Justicia y Trabajo –Dirección del Trabajo– entonces en absoluto desconocimiento de los lineamientos de la convencionalidad sosteníamos, refiriéndonos a la Constitución de 1967, “*La Constitución, por el principio de supremacía constitucional...es la suprema ordenadora de todo el derecho en toda la república...*” ...Dice el Art. 8° “*Esta Constitución es la ley suprema de la nación. Los tratados, convenios... y las leyes, integran el derecho positivo nacional en el orden*

de prelación enunciado” ... el Artículo 109 “... garantiza la libre agremiación...” el 41 “Las autoridades superiores, los funcionarios y los empleados públicos ajustarán siempre sus actos a las disposiciones de esta Constitución...”, mientras que el Art. 11 “Los principios, garantías, derechos y obligaciones consagrados por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. Toda ley... que se oponga a lo que ella dispone, es nulo y de ningún valor... corresponde, a tenor del precitado Art. 8° C.N. considerar la trascendencia jurídica del Convenio 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo y ratificado por el Paraguay por Ley N° 748/61... el Art. 1° obliga a todo miembro de la Organización... a la práctica de las disposiciones del mismo... y en el 2°... los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...y el 8° ... la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por este Convenio... la Ley N° 200/70 –Estatuto del Funcionario Público– incluye las posibilidades de asociación al solo efecto cultural y social... ambos términos carecen de un expreso ámbito de aplicación, ya que dentro de la actividad cultural y social... pueden incluirse innumerables actividades, entre las que se halla la agremiación con fines lícitos que propendan al fomento de sus intereses... la interpretación contextual no arroja la posibilidad de sindicación, sino más bien la de una actividad recreacional o mutual... sin embargo tal circunstancia queda salvada con la aplicación de la prelación constitucional del Art. 8° que impone la invalidez de las disposiciones legales que se le opongan...la Resolución ministerial N° 996/90 –atacada por esta vía– fundamenta su incompetencia en a) el principio de la primacía de la realidad o práctica nacional; b) reforma legislativa que establezca el marco adecuado para la sindicalización de los Funcionarios Públicos... si ya en la década del 60 se ha implementado la necesidad del tema... con la ratificación de un Convenio Internacional, y no se lo ha reglamentado por el exceso de autoritarismo vigente durante la Dictadura, es hoy, en las postrimerías del Siglo XX, el momento, aunque tardío, más a propósito para su tratamiento... es criterio del Juezador que las leyes que aprueban Convenios... convierten al texto de los mismos en normas que constituyen el contenido de aquellas... POR TANTO...1)

HACER LUGAR a la presente petición de AMPARO CONSTITUCIONAL promovida por... y ordenar ... la inscripción y legalización...” La resolución en cuestión quedó firme por expreso desistimiento de la parte perdidosa “... por considerar ajustada a derecho las fundamentaciones contenidas en el considerando de la citada resolución”.

Entonces la convencionalidad ya iba por buen camino.

Finalmente, para concluir se transcriben las palabras del entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, Dr. Raúl Torres Kirmser, quien en el marco del XX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, realizado en Buenos Aires en junio de 2014, en una ponencia bajo el título “Diálogo jurisprudencial entre la Justicia Nacional y las Cortes Internacionales”, dijo: “Lo verdaderamente relevante a la cuestión que estamos tratando es que los Estados signatarios se han comprometido a ajustar su accionar a las disposiciones de la Convención, en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en ella. Es lo que se ha dado en llamar el ‘control de convencionalidad’ de los actos de poder”.



CONSTITUCIÓN Y CULTURA

Daniel Mendonça

SUMARIO: 1. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. 2. ESTADO SOCIAL.
3. POLÍTICA CULTURAL. A. INTERVENCIÓN CULTURAL.
B. PATRIMONIO CULTURAL. C. CULTURA INDÍGENA. D.
MULTICULTURALISMO Y BILINGÜISMO.

CONSTITUCIÓN Y CULTURA

*Daniel Mendonça **

1. 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.

* Abogado, Doctor en Ciencias jurídicas, Docente e Investigador Universitario, Director del Centro de Estudios Constitucionales.

¹ Sobre esta evolución ver Vanossi, J. El Estado de derecho en el constitucionalismo social. Eudeba. Buenos Aires, 1987, pp. 355-364.

La presencia del componente social antes advertido, 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 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 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 socio liberal 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

² Sobre la división del liberalismo y sus fundamentos, ver Nino, C. *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 314 y ss.; Ackerman, B. *El futuro de la revolución liberal*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 15-17.

³ Esta tesis puede hallarse en Requejo Coll, F. *Las democracias*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 133; Pérez Luño, E. 1986. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 223-224.

⁴ Requejo Coll, F., op. cit., p. 123.

⁵ Bobbio, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de cultura económica, México, 1991, pp. 100-101.

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 de todas las 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 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. En consecuencia, el modelo de Estado social de derecho responde 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: (1) doctrinas igualitarias y liberales, (2) doctrinas no igualitarias y liberales, (3) doctrinas igualitarias y no liberales, y (4) doctrinas no igualitarias y no liberales⁸. El Estado social quedaría ubicado en la cuadrícula 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.

2. Estado social

Cómo repartir los costos sociales de la asistencia a los menos 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 favorecidos. In-

⁶ Cossio, J. Estado social y derechos de prestación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 27-35.

⁷ Cotarelo, R. Del Estado del bienestar al Estado del malestar, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 15-16.

⁸ Adaptado de Bobbio, N. Derecha e izquierda, Taurus, Madrid, 1995, pp. 161-163.

⁹ Sagüés, N. Teoría de la Constitución, Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 238-240.

cluso 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 manera muy especial, con la de aquellos sectores menos favorecidos. Sobre esa base, es posible ofrecer una caracterización del Estado social en atención a dos rasgos mínimos: (1) consagración de derechos económicos y sociales, e (2) intervención del Estado en la actividad económica y social¹¹.

¹⁰ Ashford, D. La aparición de los Estados de bienestar, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pp. 13-44.

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,

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 firme voluntad del Estado para concretar su materialización.

Por su condición de modelo 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.

3. Política cultural

El Estado social es, justamente, un campo privilegiado para el análisis de las políticas públicas. 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. 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. Muchas de esas políticas, por cierto, se encuentran definidas en cuerpos constitucionales. Consideremos los aspectos centrales de la política cultural constitucionalmente fijada.

a. 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 176¹³. 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”¹⁴.

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, co-

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 de los términos “cultura” y “cultural” en el ámbito constitucional, ver Prieto, J. *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

¹⁴ Pérez Luño, E. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 197-203; Pizzorusso, A. *Lecciones de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 193.

menzó 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 1947¹⁵. 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 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 individuos¹⁶.

b. 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 sociales¹⁷.

La necesidad de proteger el patrimonio cultural ha hallado expresión normativa en diversos textos constitucionales de nues-

¹⁵ Prieto, J., op. cit., pp. 213-214.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 224.

¹⁷ Pérez Luño, E. “Patrimonio histórico, artístico y cultural”, en Alzaga, O. Constitución española de 1978, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1984, p. 473.

tros 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 (Artículos 9º inc. e) y 78). En Iberoamérica, consagran disposiciones al respecto las constituciones de Argentina (Artículo 41), Brasil (Artículo 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 cultural¹⁸.

Nuestra Constitución dedica 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.

¹⁸ *Ibidem*, p. 484.

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).

c. 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 la Organización de 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 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 legales¹⁹.

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

¹⁹ Equipo Nacional de Misiones. Algunas consideraciones sobre el estatuto de las comunidades indígenas, Equipo Nacional de Misiones, Asunción, 1987, p. 9.

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 étnica²⁰.

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.

El Artículo 65 de la Constitución 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,

²⁰ Las etnias del Paraguay se agrupan en cinco familias lingüísticas, a saber: Tupí-Guaraní, Zamuco, Mataco-Mataguayoy, 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, p. 79.

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.

d. Multiculturalismo y bilingüismo

La Constitución asume la condición de país pluricultural y bilingüe. Establece, además, que son idiomas oficiales el castellano²¹ y el guaraní, debiendo la ley reglamentar las modalidades de uso de uno y otro. Dispone, asimismo, que las lenguas indígenas forman parte del patrimonio cultural de la Nación (Artículo 140).

El reconocimiento del bilingüismo y la oficialización de uno o más idiomas tiene creciente difusión en el ámbito constitucional. Las formas del bilingüismo oficial son variadas: puede limitarse a establecer ciertos idiomas oficiales en que se transmiten y registran los actos de gobierno, o alcanzar a ámbitos como la educación y la

²¹ En el derecho constitucional comparado existen discrepancias acerca de la denominación del idioma. La disyuntiva es "castellano" o "español". Ciertas constituciones iberoamericanas aluden al castellano (Colombia, Artículo 10; Ecuador, Artículo 1; El Salvador, Artículo 62; España, Artículo 3.1; Perú, Artículo 48; Venezuela, Artículo 9) y otras al español (Costa Rica, Artículo 76; Guatemala, Artículo 143; Honduras, Artículo 6; Nicaragua, Artículo 11; Panamá, Artículos 7 y 78). En nuestro derecho constitucional histórico se ha optado por la denominación "español" (Constitución de 1967, Artículo 5).

justicia²². En el caso paraguayo, el alcance del carácter oficial de los idiomas castellano y guaraní ha quedado sujeto a regulación legal. En todo caso, el reconocimiento de la condición de país bilingüe guarda estrecha relación con la condición de país pluricultural.

La condición declarada de país pluricultural requiere un par de precisiones. El término “pluricultural” o “multicultural” tiene una doble acepción. Por un lado, en sentido sociológico, se entiende por “sociedad (país) pluricultural (multicultural)” una sociedad en la cual coexisten personas y grupos sociales con variadas adscripciones e identidades culturales. Por otro lado, en sentido político, se entiende por tal una sociedad no sólo tolerante e incluso respetuosa de las diversidades culturales existentes en su seno, diversidad que valora positivamente como un avance de la libertad, sino que incluso defiende y promueve esa variedad de identidades, lo que afecta a temas como el uso de las lenguas, las prácticas religiosas o las expresiones artísticas²³. El modelo multiculturalista es el opuesto del modelo asimilacionista, en el que se espera que las minorías abandonen sus tradiciones y valores culturales, reemplazándolos por los de la mayoría de la población. Una sociedad multicultural socializa a sus miembros no sólo en la cultura dominante, sino también en una cultura étnica. El multiculturalismo busca el respeto a la diversidad cultural, enfatiza la interacción entre los grupos étnicos y su contribución al país. El multicultural-

²² Sánchez Agesta, L. “La lengua”, en *Alzaga, O. Constitución española de 1978*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1983, t. I, pp. 203-204.

²³ La discusión del modelo en filosofía política, de acuerdo con distintas perspectivas, puede verse en Kymlicka, W. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996; Taylor, C. *Argumentos filosóficos*, Paidós, Barcelona, 1997; Habermas, J. *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999; Sartori, G. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001; Huntington, S. *¿Quiénes somos?*, Paidós, Barcelona, 2004.

lismo asume que cada grupo tiene algo que ofrecer a los otros y también algo que aprender de ellos²⁴.



²⁴ Kottak, C. *Antropología cultural*, McGraw-Hill, Madrid, 2006, pp. 89-92.

VEINTICINCO AÑOS DE EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Diego Moreno Rodríguez Alcalá

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE DESCRIPCIÓN DEL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992. III. TRES MOMENTOS EN EL PROCESO DE EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. 1. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES CON EFECTOS “ERGA OMNES”. 2. LAS “ACCIONES DECLARATIVAS DE CERTEZA CONSTITUCIONAL”. 3. LA INTRODUCCIÓN DEL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD”. IV. CONCLUSIÓN.

VEINTICINCO AÑOS DE EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

*Diego Moreno Rodríguez Alcalá **

I. Introducción

El que los sistemas de justicia constitucional evolucionan, incluso pretorianamente, es una cuestión conocida nada más ni nada menos que desde *Marbury v. Madison*¹, el caso que dio origen al control judicial. Como es sabido, el texto de la Constitución de los Estados Unidos no contiene una disposición expresa que autorice a la Corte Suprema a declarar la inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Constitución, aunque algunos consideran que se trataba de una facultad implícita de los jueces, respaldada además por un famoso pasaje de Hamilton contenido en “El Federalista N° 78”. Otros, sin embargo, concibieron la maniobra como una “usurpación de funciones” por parte del máximo tribunal². Y la supuesta lógica “sólida” y “simple” en la que, según Cappelletti, se había basado el juez Marshall, hace tiempo ha sido puesta seriamente en

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. Master en Derecho por la Universidad Columbia de la ciudad de Nueva York. Abogado, Universidad Católica de Asunción.

¹ U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

² Véase G. Gunther y K. M. Sullivan, *Constitutional Law*, Foundation Press, pp. 13 y ss.

entredicho³. Pero lo cierto es que, más allá de este debate, el control judicial de la ley fue, en definitiva, incluso más que una evolución: se trató de una verdadera creación jurisprudencial⁴.

Ahora bien, haciendo abstracción de *Marbury*, que es un caso paradigmático y excepcional en la historia del constitucionalismo universal, vale la pena estudiar de qué forma nuestro sistema de justicia constitucional ha evolucionado a lo largo de los veinticinco años en que ha estado en vigor. Hasta donde sé, no existe aún un esfuerzo de integrar de forma sistemática algunos de los cambios más significativos de esta evolución, por lo cual considero que un estudio de esta naturaleza podría resultar útil para echar luz sobre algunas decisiones que han venido a modificar –en algunos casos de forma sustancial– el modelo de justicia constitucional previsto en la Constitución de 1992.

En consecuencia, en este trabajo pretendo llamar a la atención acerca de tres grandes “momentos”, por llamarlos de algún modo, que han marcado una evolución en el sistema de justicia constitucional establecido en la Constitución desde su puesta en vigencia. No sugiero que estos cambios sean exhaustivos, y de hecho probablemente no lo sean, pero sí considero que son significativos y que ameritan ser destacados, en razón de que afectan no ya a ciertas líneas jurisprudenciales sobre determinados asuntos de relevancia constitucional, sino al diseño mismo del modelo de justicia constitucional establecido en la Constitución de 1992.

³ M. Cappelletti, “El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 13 (1980), p. 61. Para una crítica al razonamiento, véase C. S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 261-9.

⁴ Hay varios estudios sobre la evolución de la justicia constitucional en los Estados Unidos. Accesible resulta la obra de C. Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

La pregunta acerca de si esta evolución ha sido o no positiva para el sistema en su conjunto es una cuestión que aquí quedará abierta, aunque insinuaré de forma esquemática en la conclusión algunas de las formas en las que estos cambios pueden ser interpretados. No obstante, antes de hacer esta evaluación de forma más exhaustiva, es importante describir la naturaleza de la evolución operada, así como sus fundamentos jurídicos, y explicar algunas de sus potenciales implicaciones.

El primero de los momentos se refiere a la potestad del máximo tribunal de dictar sentencias declarativas de inconstitucionalidad con efectos "erga omnes". Inicialmente, el constituyente ideó un modelo de justicia constitucional con efectos limitados al caso concreto. Este sistema, o al menos eso intentaré argumentar, ha sido transformado por vía jurisprudencial, y hoy en día, como resultado del cambio operado, la Corte Suprema ha acabado adquiriendo perfiles que lo acercan, al menos en ciertos rasgos y de forma potencial (o incluso real), a los de un tribunal constitucional europeo.

El segundo cambio se refiere a la facultad de dictar sentencias "declarativas de certeza constitucional". Esta figura tampoco se hallaba prevista en la Constitución de 1992, y de hecho no tiene parangón en ningún sistema de control constitucional de la región ni en el de las democracias constitucionales más consolidadas cuyos modelos de justicia constitucional suelen servir como referentes a nivel de derecho comparado. Sin embargo, ha sido introducida por nuestra jurisprudencia, operándose así una evolución significativa con relación al sistema establecido en la Ley Fundamental de 1992.

Finalmente, el tercer momento guarda algunas diferencias con los anteriores, aunque es susceptible de producir igualmente una alteración significativa en el sistema de justicia constitucional establecido en la Constitución. Me refiero a la incipiente recepción de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del "control de convencionalidad", con lo cual nuevamente

se podría llegar a modificar el sistema establecido por la Carta Magna de 1992.

En lo que sigue procederé de la siguiente manera. En primer lugar, se explica brevemente el diseño del sistema de justicia constitucional establecido en la Constitución de 1992 (apartado II), lo cual resulta esencial para comprender de qué forma la jurisprudencia se ha apartado de dicho sistema. Seguidamente, en el apartado III, se exponen, de forma separada y sucesiva, cada uno de los tres cambios constitucionales incorporados por nuestra jurisprudencia constitucional, a saber, la introducción de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad con efectos “*erga omnes*” (apartado III. 1); la jurisprudencia acerca de las “*acciones declarativas de certeza constitucional*” (apartado III. 2); y la incipiente introducción de la doctrina del “*control de convencionalidad*” (apartado III. 3). Las conclusiones se exponen en el apartado IV.

II. Breve descripción del modelo de justicia constitucional establecido en la Constitución de 1992

Antes de dar inicio a la tarea que tenemos por delante, en este apartado señalaré algunos de los rasgos esenciales del sistema de justicia constitucional establecido en la Constitución de 1992. De esta forma, se podrá apreciar posteriormente de qué manera la justicia constitucional ha evolucionado, alejándose del texto constitucional. De todas maneras, no es mi intención realizar aquí una descripción exhaustiva del modelo de justicia constitucional establecido en la Constitución, cuyo tratamiento acabado merecería un estudio por separado, sino sólo exponerlo en sus grandes lineamientos, a fin de que se comprenda la evolución que ha tomado lugar con posterioridad a su entrada en vigor, dando paso a la configuración de un sistema que en algunos aspectos se ha alejado del que fuera concebido por el constituyente de 1992.

Tal como he señalado en otro lugar, el sistema de justicia constitucional establecido en la Constitución paraguaya es un sistema híbrido, que se nutre, en distintos aspectos, tanto del modelo

constitucional norteamericano como del modelo europeo de control constitucional⁵.

De este último ha adquirido, entre otros, su carácter de sistema “concentrado”. Cabe apuntar, no obstante, que esto no necesariamente significa que la inspiración directa de los constituyentes haya sido alguna Constitución europea en particular, ni tampoco la doctrina europea. Parecen haber pesado más ciertos modelos latinoamericanos, como el costarricense, independientemente a que el ensamblado final haya resultado distinto. De esta forma, la Constitución paraguaya no prevé la figura de un tribunal constitucional propiamente dicho, pero sí una Corte Suprema (que forma parte del Poder Judicial), y que es el único órgano con atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos. Además, según lo dispone la propia Constitución, la Corte Suprema, integrada por nueve miembros, se organiza en tres salas, una de las cuales es la Sala Constitucional, por expresa disposición de la Carta Magna⁶. La Sala Constitucional consta de tres miembros, y como su nombre indica, es la sala especializada en material constitucional.

Según la Ley 609/95 “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”, tanto la Sala Constitucional como el pleno de la Corte pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Normalmente, la Sala Constitucional absorbe la mayor cantidad de casos, ya que la organización en salas de la Corte obedece precisamente a una técnica de división y especialización del trabajo. No obstante, según la ley que organiza el funcionamiento de la Corte, cualquiera de

⁵ Véase D. Moreno R. A., “Los perfiles de la justicia constitucional en el ordenamiento jurídico paraguayo”, en *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, núm. 2, 2005, pp. 154 y ss.

⁶ Artículo 258. Por cierto, esta es la única referencia a la naturaleza de las salas en la Constitución. Las otras dos salas, también constan de tres miembros cada una. Se trata de la Sala Civil y Comercial y de la Sala Penal, las cuales se hallan previstas en la Ley N° 609/95 “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”.

sus salas, incluida la Sala Constitucional, deberá integrarse con la totalidad de los nueve ministros de la Corte para resolver cualquier cuestión –incluidas las cuestiones constitucionales–, cuando así lo solicite cualquiera de sus miembros⁷.

A su vez, la segunda de las influencias apuntadas, es decir, la norteamericana⁸, se refleja en la forma de ejercer el control y sobre todo, en los efectos de la sentencias. Así, la Sala Constitucional de la Corte tiene la atribución limitada y restrictiva de “conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos”, declarando la “inaplicabilidad” de los que sean contrarios a la Constitución, “en cada caso concreto”, y con efectos limitados a cada caso⁹. Es decir, el sistema de justicia constitucional paraguayo se halla concebido únicamente para declarar la inconstitucionalidad de leyes (en sentido material) en el contexto de casos concretos y con efectos “inter partes”, de forma similar –y salvando las diferencias, por supuesto– al modelo norteamericano de control judicial¹⁰.

⁷ Art. 16, Ley N° 609/95.

⁸ Esto, sin embargo, requiere un matiz importante. La recepción ha sido por vía indirecta. La influencia del derecho constitucional argentino ha sido más gravitante que la norteamericana, dado el desarrollo histórico del derecho paraguayo y su vinculación con la doctrina argentina.

⁹ Art. 260 de la Constitución. Cabe aclarar que la Corte también tiene la potestad de decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a la Constitución.

¹⁰ Esto obviamente también requiere ciertos matices, en razón de que el derecho procesal constitucional paraguayo prevé vías directas de impugnación y no meramente incidentales. Por ejemplo, a través de la acción de inconstitucionalidad. Sobre el punto, véase, Moreno, “Los perfiles de la justicia constitucional...”, cit. Todo ello sin perjuicio, además, de las distintas aristas que a su vez presenta el derecho constitucional norteamericano.

Este sistema híbrido, que parece inspirarse al mismo tiempo en dos modelos distintos de justicia constitucional, pudo haber sido, al menos en parte, el origen de algunas de las confusiones en que ha incurrido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en algunos de los casos que serán analizados en este trabajo. En efecto, a pesar de haber sido concebida para “inaplicar” leyes únicamente en el marco de casos concretos sometidos a su conocimiento, algún fallo de la Corte Suprema ha llegado a deslizar, *obiter dicta*, un comentario en el cual parece dar a entender –aunque acaso inadvertidamente– que en otras latitudes la figura del máximo tribunal es conocida con el rótulo de “legislador negativo”¹¹. Acaso esto resulte sintomático de la confusión que produce la confluencia de ambos modelos.

Por último, es importante hacer notar que el Artículo 137 de la Constitución establece claramente que el parámetro de la constitucionalidad está dado exclusivamente por el texto de la Constitución. En el derecho positivo paraguayo, la Constitución es la ley suprema, y los tratados y otros instrumentos similares ocupan el segundo lugar en el orden de prelación, seguido finalmente por las leyes y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía. Es importante tener presente este orden de prelación en la medida en que la evolución que será reseñada en este trabajo también puede llegar a afectar nada menos que al ordenamiento mismo de nuestro edificio jurídico-constitucional.

¹¹ Acuerdo y Sentencia N° 880/2015. Como es sabido, ésta es precisamente la caracterización que le dio Hans Kelsen a su concepción del tribunal constitucional que habría de tener una fuerte influencia en Europa.

III. Tres momentos en el proceso de evolución de la justicia constitucional

1. La declaración de inconstitucionalidad de las leyes con efectos “erga omnes”

Habiendo realizado la exposición que antecede, en este apartado me dispongo a analizar el primero de los cambios en el modelo de justicia constitucional que ha sido operado por nuestra jurisprudencia constitucional, el cual tuvo lugar cuando dicha jurisprudencia comenzó a concebir que la Corte Suprema poseía la facultad de dictar sentencias declarativas de inconstitucionalidad con efectos “erga omnes”. En efecto, a pesar de lo expuesto brevemente en el apartado anterior, desde sus primeros años de funcionamiento bajo la Constitución vigente, nuestra jurisprudencia constitucional acogió la doctrina en virtud de la cual consideró que la máxima instancia judicial poseía la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos de rango infra constitucional con efectos “erga omnes”¹². Conviene aclarar que con esta expresión se quiere dar a entender no sólo que las sentencias tienen efectos generales que trascienden el caso concreto sometido al máximo tribunal, sino que dichas sentencias lisa y llanamente producen “efectos derogatorios”, es decir, equivalen “a derogar el acto normativo (ley, decreto, etc.)”¹³.

¹² Acuerdo y Sentencia N° 183/93, Acuerdo y Sentencia N° 415/1998, Acuerdo y Sentencia N° 222/2000 y Acuerdo y Sentencia N° 223/2000. Los casos fueron dictados en distintos contextos. El primero de ellos bajo la antigua composición de la Corte. El segundo de ellos constituyó una respuesta a una grave crisis política (decreto de conmutación de penas). Los dos últimos tenían que ver con el Art. 19 de la Ley N° 609/95, relativo a la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema.

¹³ L. Lezcano Claude, *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, Asunción, La Ley, 2000, p. 116.

Como resulta obvio, este cambio en el modelo de justicia constitucional supone una mutación con implicaciones jurídicas y políticas significativas, pues asemeja a la Corte Suprema, como queda dicho, a la ya citada figura kelseniana del “legislador negativo”. No es necesario recordar aquí la concepción de Hans Kelsen sobre la justicia constitucional y acerca de la forma como concibió a dicho órgano, ni tampoco sobre sus diferencias con el modelo norteamericano de control constitucional¹⁴. Pero sí resulta importante resaltar el gran impacto que esto puede llegar a tener para un modelo constitucional que fue inicialmente concebido con la finalidad de resolver casos concretos, dictando sentencias que únicamente habrían de tener efectos con relación al caso sometido a su decisión, en oposición a un sistema de control con efectos derogatorios. Además, hasta los defensores de esta doctrina reconocen que la voluntad clara del constituyente fue la de establecer efectos “inter partes” y limitados al caso para las sentencias estimativas de inconstitucionalidad.

La fundamentación jurídica de esta posición se basa en un juego de disposiciones constitucionales dispersas e interpretadas con cierta laxitud. Por un lado, se invoca el Artículo 132 de la Constitución, inserto en la parte dogmática de la Ley Fundamental, dentro de las garantías constitucionales, y no dentro del título que organiza y estructura el Estado, y en especial, en lo relativo al máximo tribunal y a su Sala Constitucional. Dicho artículo establece que “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”. En un segundo momento, se trae a colación otra disposición, el Artículo 137, que expresa que “carecen de validez todas las disposiciones y actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”. Finalmente, estos dos artículos se

¹⁴ H. Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en del mismo autor, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.

complementan con una apelación al Artículo 259 de la Constitución, el cual, antes de entrar a regular las facultades específicas de la Sala Constitucional, otorga a la Corte Suprema la atribución de “conocer y resolver sobre inconstitucionalidad”. De allí que se sostenga que la Corte, actuando en pleno, y a diferencia de la Sala, a efectos de poder hacer valer la disposición del Artículo 137 acerca de la falta de “validez” de los actos contrarios a la Constitución, tendría la facultad de declarar inconstitucional los actos normativos contrarios a la Constitución “con efectos derogatorios”.

La interpretación, sin embargo, resulta poco plausible. En efecto, difícilmente el Artículo 137 citado se refiera al supuesto específico de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad, y su invocación para intentar establecer una supuesta concordancia con las normas acerca de las atribuciones de la Corte Suprema en materia de efectos de sus sentencias declarativas de inconstitucionalidad parece un tanto forzada, amén de que va directamente en contra la intención del constituyente plasmada en la sección relativa a la organización de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se establecen de manera clara y expresa sus deberes y atribuciones¹⁵.

¹⁵ De otra parte, es cierto que el Artículo 137, como se ha visto, emplea el término “validez” al expresar que carecen de dicha cualidad todas las disposiciones contrarias a las Constitución. No obstante, como los teóricos del derecho bien saben, se trata de un término ambiguo que tiene distintos significados en el lenguaje jurídico. Así, se puede distinguir entre el concepto de “validez” como pertenencia al sistema jurídico, y el concepto de “validez” como fuerza obligatoria. Véase, por ejemplo, C.S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 676-7. Únicamente el primero llevaría hacia la tesis de la supuesta necesidad de expulsar del sistema a normas inferiores que sean contrarias a la Constitución. La segunda acepción no acarrea esa consecuencia, y es compatible con el sistema según el cual la norma deviene “inaplicable” al caso concreto. Al ser ésta la interpretación más acorde con el espíritu plasmado expresamente en la Constitución en lo que concierne a las atribuciones de la Sala Constitucional, considero que la mis-

Por lo demás, no parece que la organización de los tribunales o cortes supremas en “salas” guarde ningún tipo de relación –a nivel de derecho comparado– con la facultad de declarar la inconstitucionalidad con efectos limitados al caso concreto o con efectos “erga omnes”. Esto más bien parece obedecer a una simple técnica de organización de trabajo. De hecho, no se entiende por qué razón, siguiendo de forma consistente la lógica de la jurisprudencia en cuestión, no se dictarían resoluciones con efecto “erga omnes” cada vez que la Corte actúa en pleno, en lugar de hacerlo sólo en determinados casos, y al parecer la Corte no ha establecido ningún criterio que pueda servir de orientación en esta materia.

Finalmente, la tesis bajo examen asume que, si bien existen disposiciones especiales relativas a la atribución de la Sala Constitucional que claramente circunscriben su poder a la declaración de inconstitucionalidad con efectos *inter partes* limitados al caso concreto, no existen –al menos no explícitamente– disposiciones concretas relativas al papel que compete a la Corte actuando en pleno. No obstante, si el constituyente ha regulado prolija y minuciosamente las atribuciones de la Sala Constitucional, atribuyéndole efectos limitados en su accionar, el argumento según el cual, ante la falta de una disposición expresa, la Corte actuando en pleno tendría poderes más amplios, no resulta convincente. Ello es así sobre todo considerando que, al tratarse de una cuestión relativa a las atribuciones de un órgano del Estado, la Corte debe ser, en su interpretación, muy rigurosa con la aplicación del principio legalidad (como lo ha sido en otros casos y con relación a otros poderes del Estado). No debe perderse de vista que la ley que organiza el funcionamiento de la Corte y que ha interpretado la Constitución en esta materia, no ha otorgado al pleno de la Corte Suprema la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos “erga omnes”.

ma logra un resultado interpretativo conforme a la Constitución (al menos en este contexto específico).

Lo cierto es que, más allá de todo lo dicho, y sin tener ninguna atribución expresa prevista en el texto constitucional, nuestra jurisprudencia constitucional ha acabado atribuyendo a la máxima instancia judicial el poder de derogar normas reputadas inconstitucionales del sistema jurídico¹⁶. Como resultado, la modificación constitucional efectuada por vía interpretativa por la Corte Suprema de Justicia le ha permitido convertirse en un tribunal que no solamente resuelve casos y controversias concretos, sino que posee además la facultad de expulsar normas del sistema, es decir, de derogarlas, cuando las considere inconstitucionales. En este sentido, puede sostenerse que se ha desdibujado lo que parecía ser inicialmente un diseño constitucional que, en lo que a los efectos de la sentencias se refiere, se asemejaba más al modelo norteamericano de control judicial, y se ha introducido así un sistema ajeno al previsto en el diseño original de la Constitución paraguaya¹⁷. Por último, si bien es cierto que últimamente parece haber mermodado el ímpetu de la Corte a la hora de dictar sentencias con efec-

¹⁶ De otra parte, si admitimos que la Corte Suprema puede en efecto dictar sentencias con efectos "*erga omnes*", esto podría traer detrás suyo otro tipo de consecuencias que van más allá del efecto de las sentencias, y que son a la vez el resultado de la mutación hacia un modelo distinto de justicia constitucional. Por ejemplo, la Corte Suprema ha admitido que el Congreso o sus cámaras poseen legitimación para entablar acciones de inconstitucionalidad, algo que también es más afín al modelo europeo y que se aleja de la concepción original del constituyente. Una discusión útil sobre el punto en J.C. Mendonça, *La garantía de inconstitucionalidad*, Asunción, edición del autor, 2000, pp. 59 y ss.

¹⁷ Podría decirse que en el modelo americano de control judicial el efecto de las sentencias estimativas también puede llegar a ser "*erga omnes*". Sin embargo, ello es así en virtud al principio de "*stare decisis*", y no en función a la naturaleza del órgano jurisdiccional concebido en clave de legislador negativo y con capacidad para expulsar normas del ordenamiento jurídico, que al parecer, es la figura hacia la cual habría migrado el sistema paraguayo. Sobre el punto, véase, por ejemplo, M. Cappelletti y W. Cohen, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1979, p. 78.

tos “*erga omnes*”, no es impensable que, una vez disponibles los precedentes, la doctrina sea reflatada en cualquier momento, que es lo que ocurrió con la figura que será analizada en el apartado siguiente.

2. Las “acciones declarativas de certeza constitucional”

El segundo cambio constitucional resaltado en este trabajo y que ha acabado por modificar nuevamente el perfil del sistema de justicia constitucional diseñado por la Constitución de 1992 consiste en la admisión de las llamadas “acciones declarativas de certeza constitucional”.

En el derecho constitucional argentino –de una impronta muy fuerte en el derecho paraguayo, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial– este tipo de acciones son conocidas. Al parecer, las mismas fueron producto de un proceso evolutivo en el contexto de un sistema de justicia constitucional que presenta fuertes rasgos pretorianos. Inicialmente, en dicho sistema jurídico la única forma de impugnar una disposición inconstitucional habría sido la vía incidental. Como no existía la acción directa, jurisprudencialmente se admitió la vía de la “acción declarativa de certeza” como un paso previo a la admisión de la impugnación directa de las normas reputadas inconstitucionales por vía de la acción¹⁸.

En Paraguay, sin embargo, este paso nunca fue necesario, ya que el Código Procesal Civil, que regula los principales aspectos

¹⁸ Véase, por ejemplo R. Haro, “La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad”, disponible internet. Por descontado que quizás otros juristas argentinos sabrán explicar este proceso de otra manera. Pero ese no es mi punto. Aquí me baso en las fuentes argentinas citadas por la Corte Suprema de Justicia paraguaya para justificar su propia jurisprudencia. Sin embargo, una lectura atenta de estas fuentes revela conclusiones distintas a las extraídas por la Corte y no apuntalan su posición, como se verá más adelante.

del derecho procesal constitucional, consagra y reconoce la figura de la acción de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general.

A pesar de ello, la doctrina se inauguró en el año 1999, en el marco de un caso de perfiles políticos muy acentuados y que supuso la introducción de las acciones declarativas de certeza constitucional en la jurisprudencia constitucional del país¹⁹. Los hechos que motivaron el caso guardaban relación con la doble acefalía del Presidente de la República y del Vicepresidente. Ante esta situación, la Corte fue llamada a pronunciarse sobre si correspondía o no que las autoridades electorales llamasen a elecciones para elegir a ambos cargos, o si debían únicamente convocar a elecciones para elegir al Vicepresidente, ya que el artículo relevante únicamente hacía alusión a la elección del Vicepresidente en caso de acefalía. Lo más probable es que el constituyente no imaginó la hipótesis de la doble acefalía, o que por lo menos, omitió regularla expresamente²⁰.

La razón por la cual la Corte empleó este recurso procesal, hasta entonces inexistente en nuestro país, tiene una explicación sencilla, aunque quizás haya pasado inadvertida debido a las discusiones abstrusas que se vertieron en el fallo y que desviaron la atención de comentaristas posteriores sobre el problema de fondo (me refiero en concreto a la discusión de si debe existir o no un "caso" o "causa justiciable", pues para cada situación es posible inventar un "caso" o "causa", como lo demuestra el *leading case*). Lo cierto y lo concreto es que no había "disposición normativa" de ninguna naturaleza que impugnar por su supuesta incompatibilidad con la Constitución, y ésta es la cuestión fundamental que fue

¹⁹ Acuerdo y Sentencia N° 191/99. Algunos pretenden ver un precedente más remoto en el Acuerdo y Sentencia N° 481/1996.

²⁰ El Artículo 234 *in fine* se refiere a la acefalía definitiva en estos términos: "Si se produjera la vacancia definitiva de la Vicepresidencia durante los tres primeros años del período constitucional, se convocará a elecciones para cubrirla".

pasada por alto. El Tribunal Superior de Justicia Electoral formó un expediente (el "caso"), y se decidió posteriormente elevar la cuestión a la Corte a fin de que resuelva lo que, a criterio del órgano electoral, constituía una supuesta "antinomía" constitucional. Es decir, básicamente se solicitaba al máximo tribunal que interprete directamente la Constitución y le asigne un determinado significado ante la duda de los operadores jurídicos de la justicia electoral, pues las "antinomias" no son sino un problema interpretativo.

En este caso, la Corte Suprema declaró, con "alcance de certeza constitucional", que únicamente cabía llamar a elecciones del Vicepresidente de la República, no así del Presidente²¹. La decisión resultaba jurídicamente muy cuestionable, pues lo más razonable hubiera sido admitir que, si para el caso del Vicepresidente debía convocarse a elecciones, con mayor razón correspondía hacer lo propio para el caso de acefalía del Presidente. A pesar de que la Corte pudo haber tenido buenas intenciones (el país se encontraba ante un escenario político muy convulsionado), lo cierto es que el fallo produjo como resultado la conformación de un gobierno no electo a través de las urnas, con todo lo que ello trae aparejado para cualquier sistema de democracia constitucional²².

Con posterioridad a este fallo, la Corte cambió de composición, por lo cual no resultaba posible predecir si este tipo de acciones irían consolidándose, o si, por el contrario, habrían de limitarse

²¹ Una crítica temprana en J. Seall-Sasiain, "Interpretación asistemática sobre la acefalía coexistente de Presidente y Vicepresidente (Crítica a fallo sobre el Art. 234 de la Constitución", y más recientemente, D. Moreno, "La invención de la acción declarativa de certeza y la reducción del espacio democrático a manos de la Corte Suprema" (manuscrito en poder del autor).

²² Es más, de seguir la lógica del Corte hasta el final, en caso de seguirse el orden de sucesión previsto en la Constitución, pudo haber ocurrido que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia acabase culminando el mandato presidencial, lo cual resulta absurdo.

a la especial coyuntura política que le dio origen. Sin embargo, unos años más tarde, cuando comenzaron a surgir dudas interpretativas acerca del tiempo de duración del mandato de los ministros de la Corte, algunos de éstos, ante la inminencia de los plazos que amenazaban con dejarlos fuera de sus cargos, promovieron “acciones declarativas de certeza” ante el mismo órgano al que pertenecían a efectos de que defina su situación²³. La razón por la cual, nuevamente, y al menos en algunos casos, los afectados acudieron a esta vía en lugar de optar por los resortes legalmente previstos – como ser la acción o la excepción de inconstitucionalidad reguladas por el Código Procesal Civil – era obvia. No existía acto normativo alguno que impugnar ni litigio alguno al respecto²⁴. Únicamente existía una supuesta “incertidumbre creada por personas de distintos sectores de la sociedad”, como se sostuvo en un fallo²⁵. Por tanto, básicamente lo que se peticionaba era que la Corte se pronuncie acerca de si sus propios integrantes eran o no inamovibles en el cargo hasta la edad de 75 años, o si bien, debían volver a postular para el cargo al término de los cinco años de mandato.

Como era de esperar –pues dada la forma como funciona cualquier sistema, no había forma de que en este caso la Corte no actuara como juez y parte, salvo que ejerciera una improbable deferencia al legislador²⁶–, en todos los casos la Corte falló a favor de

²³ Por ejemplo, Acuerdo y Sentencia N° 19/2009, Acuerdo y Sentencia N° 37/2009 y Acuerdo y Sentencia N° 1010/2015, todos ellos de la Sala Constitucional.

²⁴ Como se señala el texto, sólo algunos ministros promovieron este tipo de acciones, ya que otros sí impugnaron actos normativos concretos vía la acción de inconstitucionalidad, que es el mecanismo normal previsto en la Constitución y en el Código Procesal Civil.

²⁵ Acuerdo y Sentencia N° 37/2009 de la Sala Constitucional.

²⁶ He argumentado a favor de una posición deferente en D. Moreno, “La inamovilidad de los ministros de la Corte Suprema: una visión desde la teoría constitucional”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución*, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 2012.

la posición que beneficiaba a los ministros, declarando su inamovilidad hasta la edad de 75 años, a pesar de que se trataba de una interpretación controvertida, y que incluso fue desafiada por el Senado, órgano que sostenía un criterio diferente²⁷.

Finalmente, y sin pretender agotar la casuística²⁸, se trae a colación un último fallo a título de ejemplo de las implicaciones de esta jurisprudencia. En febrero de 2016, un ciudadano planteó a título personal una acción declarativa de certeza constitucional, a fin de obligar a la Corte Suprema a pronunciarse sobre el mecanismo adecuado para llevar a cabo la reelección presidencial, en concreto, si esta figura debía establecerse por vía de la reforma o de la enmienda²⁹. Al igual que en los otros casos, el hecho de que

²⁷ Para una sólida interpretación contraria a la de la Corte Suprema, véase J. Seall-Sasiain, "Cuestionable inamovilidad permanente de los ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura", disponible en internet.

²⁸ En efecto, hay otros casos sumamente interesantes. Por ejemplo, el Acuerdo y Sentencia N° 880/2014 y el Acuerdo y Sentencia N° 185/2014. El primero pretendió armonizar dos resoluciones contradictorias de distintas salas de la propia Corte, al precio de erigir a la Sala Constitucional en una especie de "tribunal de supercasación". El segundo, a su vez, pretendió enmendar la situación generada a raíz de unos fallos de más que dudosa legalidad, con lo cual la intención era buena, pero el mecanismo podría implementarse, en otros casos y por otros actores, con fines menos nobles. Una resolución más reciente en un caso de gran relevancia para el país fue el Acuerdo y Sentencia N° 81/2017, relativa a los bonos soberanos, que evidencia el enorme poder que este tipo de acciones confiere a la Corte.

²⁹ Al menos desde la presidencia de Nicanor Duarte Frutos (2008-2013), se ha debatido acerca del procedimiento adecuado para introducir la figura de la reelección presidencial, actualmente vedada por la Constitución. Los actores políticos intentan estratégicamente echar mano del procedimiento más sencillo y menos costoso políticamente, a saber, el de la enmienda, a pesar de que existen opiniones dispares sobre su viabilidad jurídica. Sobre el punto, véase, del autor, el siguiente link: <https://wordpress.com/post/diegomorenora.wordpress.com/68>

no hubiera ley (en sentido material) alguna que impugnar y confrontar con la Constitución al parecer no jugó ningún papel en la decisión. La Corte fundamentalmente alegó falta de “interés” del afectado³⁰. Con base en este argumento, la acción no prosperó, pero las cosas podrían haber sido distintas, o podrían llegar a cambiar más adelante, dependiendo de cómo se plantee la acción, del clima político o de las inclinaciones de la Corte. En efecto, habida cuenta los criterios de admisión sumamente maleables que dicho tribunal emplea ante este tipo de acciones, no debería extrañar si en cualquier momento, vía acción declarativa de certeza, se deja expedita la vía para “interpretar” directamente la Constitución en ésta o cualquier otra cuestión que defina el rumbo institucional del país.

En cuanto a los criterios jurídicos que ha empleado la Corte para justificar la acción declarativa de certeza, hay que distinguir el *leading case* de los casos subsiguientes. En un primer momento, con el *leading case* de 1999, se acude, entre otras nociones procesales dudosas, a los conceptos de “causa judicial” o de “cuestión constitucional”, y al mecanismo previsto en el Artículo 18 del Código Procesal Civil. Este artículo, sin embargo, resultaba claramente inaplicable, pues se halla previsto para activar ante la Corte Suprema el control judicial de una disposición normativa, situación que no existía. De allí que se puso hincapié además en la noción de “caso justiciable”. Al haber una “causa justiciable” –que no era cosa sino el “expediente” formado en la justicia electoral– la Corte supuestamente tenía la facultad de pronunciarse sobre la cuestión. Pero esta justificación resulta notoriamente insuficiente, en razón de que no se trataba determinar si existía o no “causa constitucional” que enjuiciar, sino que, como queda dicho, la esencia del control constitucional radica en la existencia de una norma inferior que debe ser confrontada con la ley fundamental a efectos de determinar su compatibilidad, algo que en este caso no existía, pues

³⁰ A.I. N° 204/2016.

se solicitaba a la Corte que interprete una supuesta “antinomía” entre disposiciones contenidas en la propia Constitución.

Posteriormente, la Corte elaboró una posición doctrinalmente más sofisticada, apoyándose esta vez en la figura de las “acciones puramente declarativas”, previstas el Código Procesal Civil, cuerpo normativo que regula igualmente aspectos relativos al derecho procesal constitucional³¹. Lo que se pretendía era su aplicación a todo tipo de acciones, incluidas las acciones de naturaleza “constitucional”. No obstante, esta fundamentación parecía pretender adecuar la Constitución al código de forma y no a la inversa, contradiciendo así el principio de interpretación conforme a la Constitución (en la versión más elemental de este principio). De este modo, este intento, aunque más refinado, resultaba a mi parecer nuevamente insatisfactorio, y se echaba de menos una explicación acerca de qué norma exactamente iba a controlar la Corte a través de las acciones declarativas de certeza³².

³¹ Por ejemplo, véase el Acuerdo y Sentencia N° 1010/2015.

³² Es importante traer a colación el Artículo 542 *in fine* del Código Procesal Civil, el cual establece lo siguiente: “Cuando se tratare de interpretación de cláusula constitucional, la Corte establecerá su alcance y sentido”. Algunos pretenden leer en este artículo el otorgamiento de una facultad a la Corte de “interpretar” directamente la Constitución. Pero una lectura armónica del código de forma desautoriza esta lectura, sobre todo en razón de que se trata de un artículo que regula la “excepción de inconstitucionalidad”, figura procesal que únicamente cabe cuando se estima que la demanda o reconvencción “se fundan en alguna ley u otro instrumento violatorio” de la Constitución. La interpretación constitucional se efectúa, en consecuencia y en línea de principio, cuando la Corte ejerce la facultad de controlar las normas de inferior jerarquía. De hecho, la interpretación constitucional propiamente dicha funciona de este modo en cualquier sistema de justicia constitucional, algo que ya fue previsto incluso en “El Federalista N° 78”, por lo cual, incluso los votos disidentes que se han vertido en algunos fallos (v.gr., Acuerdo y Sentencia N° 185/2014), son preocupantes en este sentido.

Finalmente, cabe mencionar que para este tipo de acciones siempre se ha citado como fuente tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina. Sin embargo, un examen de las fuentes citadas dejan en evidencia que la jurisprudencia nacional sobre la materia simplemente no contextualizó adecuadamente las citas de los autores argentinos empleados como fuente, quienes en todo momento hacen referencia a la acción declarativa de certeza en el marco de casos donde estaba en juego el control de una norma de rango inferior a la Constitución³³. El desarrollo adecuado de cualquier referencia a esta cuestión –a nuestro trascendental, por tratarse de una cuestión consustancial a cualquier sistema de control constitucional– no resulta lo suficientemente ponderado en los fallos más relevantes de la Corte sobre la materia³⁴.

De esta forma, nuestra jurisprudencia constitucional nuevamente ha modificado el diseño del sistema de justicia constitucional establecido en la Constitución de 1992. De hecho, puede sostenerse que se ha incorporado un sistema de control constitucional que –hasta donde sepamos– no existe en ninguna democracia constitucional de la región o de países como Estados Unidos o los de Europa que constituyen referentes en materia de justicia constitucional. La peculiaridad de este mecanismo de control constitucional radica en que, en puridad, a través del mismo no se ejerce ningún tipo de control. Como es sabido, en todo sistema de control

³³ Por ejemplo, véanse los trabajos de J. G. Birdart Campos, *La interpretación constitucional y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Adiar, 1987; M. M. Serra, *Proceso y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1992, entre otras obras citadas por la Corte.

³⁴ En un momento la Corte Suprema, buscando algún tipo de apoyo doctrinario nacional, e inadvertidamente, incluso llega a citar a un autor, cuando que el mismo claramente sostiene la posición según la cual dicha figura fue “introducida” (vale decir, “creada” a través de una modificación constitucional), por la Corte Suprema. Véase D. Mendonca, “Sentencia declarativa de certeza constitucional”, en *La Ley* online 133, 2012.

constitucional existe una “norma controlante”, que es la Constitución (aunque el parámetro de la constitucionalidad pueda extenderse a otras normas), y una “norma controlada”, que es la norma de inferior jerarquía del ordenamiento que se contrasta con la Constitución a fin de verificar su adecuación a ella. Con la acción declarativa de certeza constitucional (en su versión paraguaya y a diferencia de la versión argentina), simplemente se prescinde de la norma controlada, y se pasa a “interpretar” directamente el significado de las disposiciones constitucionales, con criterios de admisión que resultan, como queda dicho, sumamente dúctiles y que pueden ser aplicados de diversas maneras según la coyuntura de la que se trate. Por último, resulta obvio que esto se traduce en un poder nada desdeñable a favor de la Corte para atribuir significado al texto constitucional en cuestiones de suma trascendencia institucional, con prescindencia de la participación de otros actores.

3. La introducción del “control de convencionalidad”

El tercer cambio en el sistema de justicia constitucional que ha comenzado a ser introducido por la Corte Suprema –e incluso por tribunales inferiores– en realidad es atribuible a un tribunal internacional, a saber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH). Como es sabido, el llamado “control de convencionalidad” es una creación jurisprudencial de la CtIDH que data del año 2006³⁵ (a pesar de que la CtIDH comenzó a funcionar en los años 80). La doctrina ha sido apuntalada por una profusa literatura que intenta darle sustento, además de ser difundida a través conferencias, cursos, y otros eventos de promoción, y auspiciada incluso por los jueces de la CtIDH y sus funcionarios, además de profesores de renombre de influyentes países de la región.

³⁵ Aunque hubo precedentes previos en los votos particulares del juez Sergio García Ramírez.

Más allá de su prestigio, se trata de una doctrina que, a mi modo de ver, no resulta exenta de problemas teóricos y prácticos de peso. Está claro que estos problemas no pueden ser discutidos en este trabajo³⁶. En consecuencia, me centraré aquí a explicar de qué forma la recepción de la doctrina por parte de nuestra jurisprudencia constitucional podría llegar a operar cambios trascendentales en el sistema de justicia constitucional establecido en la Ley Fundamental de 1992.

La doctrina sobre el control de convencionalidad presenta varias aristas y matices que no pueden ser desarrollados exhaustivamente en este lugar, sobre todo cuando que la misma no ha tenido una evolución uniforme en la jurisprudencia la CtIDH. No obstante, en líneas generales, considero que la siguiente descripción captura dos aspectos esenciales que me interesan destacar aquí. Por un lado, la doctrina establece que los jueces y otras autoridades nacionales, deben “inaplicar” las disposiciones de su ordenamiento interno cuando sean contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y a otros tratados del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). Si bien resulta dudoso de que la CtIDH realmente haya sostenido algo así, de todas formas, algunos influyentes divulgadores de la doctrina la han interpretado de esta forma. De otra parte, la doctrina del control de convencionalidad establece que los jueces y otras autoridades deben seguir las interpretaciones que de dichos instrumentos ha efectuado la CtIDH.

³⁶ Véase, por ejemplo, D. Moreno, “Una mirada escéptica al control de convencionalidad”, entrevista publicada en Revista Jurídica de la Universidad Católica, 2016, pp. 1071 y ss. Existen además varios trabajos de Karlos A. Castilla Juárez, entre ellos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, disponible en internet, que han demostrado las dificultades de la doctrina. Como último ejemplo, véase A. Dulitzky, “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”, disponible in internet.

Si bien la intención de la CtIDH al propiciar esta doctrina parecía ser, entre otros, la de lograr una mayor eficacia a nivel interno de la CADH y de otros tratados del SIDH, evitando la aplicación de disposiciones contrarias a estos instrumentos, lo cierto es que, a mi modo de ver, se trata, como queda dicho, de una construcción no exenta de problemas desde su concepción misma por parte de la CtIDH³⁷. Como es natural, estos problemas se trasladan al ámbito interno, con consecuencias potencialmente significativas.

Siguiendo la tendencia regional, nuestros tribunales, incluida la Corte Suprema de Justicia, han comenzado a hacer alusión en algunos fallos recientes a la doctrina del control de convencionalidad. Si bien en algunos casos no se menciona expresamente la doctrina, la Corte transcribe pasajes de fallos de la CtIDH relativos a dicha figura. En otros supuestos, la mención a la doctrina del control de convencionalidad es meramente anecdótica, y no desempeña ningún papel relevante en la decisión³⁸. Finalmente, en un úl-

³⁷ Para mi posición sobre el tema y sobre cómo podría darse una mayor eficacia a la CADH –que debería ser un objetivo prioritario–, sin necesidad de echar mano de la artificiosa y confusa doctrina del control de convencionalidad, véase Moreno, “Una mirada escéptica al control de convencionalidad”, cit.

³⁸ Tal es el caso del Acuerdo y Sentencia N° 1283/2104 de la Sala Penal. En un voto concurrente, en dos párrafos, se menciona el control de convencionalidad y se lamenta que los órganos de la jurisdicción militar involucrados en el caso no hayan hecho uso de dicha herramienta. Ahora bien, no se aclara exactamente qué tipo de operación se pretendía que dichos órganos llevaran a cabo, v.gr., una interpretación conforme, la inaplicación de normas, etc., cuando que ni siquiera la propia Corte parece emplear de forma eficaz el control de convencionalidad, más allá de esta alusión anecdótica. Otro caso de la Sala Constitucional, el Acuerdo y Sentencia N° 160/2014, no menciona expresamente la frase “control de convencionalidad”, pero cita la doctrina de la CtIDH en un párrafo. Sin embargo, posteriormente la doctrina no parece desempeñar ningún papel en la decisión, y lo que prima finalmente es la aplicación de la Constitución de Paraguay antes que la CADH. De todas formas, según lo apunta-

timo grupo de casos se emplea el control de convencionalidad en su versión más inocua, que exige una “interpretación conforme a la CADH”, lo cual no implica “inaplicar” ninguna disposición, sino solamente interpretarla conforme a dicho tratado³⁹. No obstante, si la interpretación de las normas internas resulta “conforme” a la CADH, entonces no son incompatibles, con lo cual esta vertiente de la doctrina del control de convencionalidad no reviste la capacidad de afectar la estructuración del sistema de justicia constitucional local.

Lo cierto es que, más allá de estas incipientes y tímidas incursiones, las mismas podrían ir cristalizando e incluso robusteciéndose, para acabar modificando drásticamente el sistema de justicia constitucional paraguayo en caso de ser definitivamente receptadas. Y de hecho es muy probable que esta tendencia ya haya comenzado.

En primer lugar, el sistema de control concentrado establecido en la Constitución de 1992 y que permite a la Corte Suprema inaplicar disposiciones contrarias a la Carta Magna corre el riesgo de desvirtuarse en este aspecto, y no es impensable que, bajo el

do en el texto más abajo, estas menciones pueden tener el efecto de ir consolidando la paulatina recepción de la doctrina por la jurisprudencia de los tribunales paraguayos. Finalmente, otro fallo notorio es sobre el acceso a la información pública. Pero lo cierto es que en el Acuerdo y Sentencia N° 1306/2013, la Corte Suprema no va tan lejos en el empleo del control de convencionalidad. Estima pertinente considerar la jurisprudencia de la CtIDH, pero al final sostiene que prevalece la Constitución y que en todo caso la jurisprudencia del citado tribunal internacional puede servir como orientación para dar contenido a los derechos fundamentales.

³⁹ Sobre el punto, véase el excelente trabajo del joven y brillante jurista, el Dr. J. Melgarejo, “La protección judicial del derecho de acceso a la información pública. El control de convencionalidad en la labor de los magistrados”, en Revista paraguaya de Derecho, Economía y Política, núm. 1, 2016, en el que comenta el Acuerdo y Sentencia N° 17/2016 de la 6ª Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital.

pretexto de la doctrina del control de convencionalidad, cualquier juez se disponga a inaplicar disposiciones del ordenamiento interno por considerarlas contrarias a la CADH (u otros tratados del SIDH). De hecho un juez o un tribunal inferior podría llegar a sostener que ya no resulta necesario elevar a la Corte una cuestión reputada inconstitucional, como mandan las leyes procesales paraguayas acorde a su sistema de control concentrado⁴⁰. En resumidas cuentas, el argumento que permitiría soslayar el sistema de control concentrado establecido en la Constitución consistiría en que, en virtud al control de convencionalidad, y para dar mayor eficacia a los derechos y evitar tener que remitir el expediente a la Corte Suprema con merma para una tutela judicial efectiva pronta y eficaz, cualquier juez debe simplemente declarar la “inaplicabilidad” de una disposición si la estima “inconvenional”. Y con este argumento se podría sostener la inaplicabilidad de disposiciones legales del ordenamiento paraguayo fundado en su supuesta contradicción con la CADH.

No obstante, lo cierto es que a pesar de lo que propician algunas vertientes de la doctrina del control de convencionalidad, un tribunal internacional no puede en modo alguno atribuir facultades o competencias a nivel interno de los Estados, en especial, confiriendo a los jueces (y a otras autoridades) la facultad de “inaplicar” disposiciones jurídicas internas cuando se estime que son contrarias a la CADH u otros tratados del SIDH⁴¹.

El segundo efecto de la introducción de la doctrina tiene que ver con el orden de prelación de las leyes establecido en el Artículo 137 de la Constitución y al cual hacíamos alusión más arriba. Dicho artículo, a diferencia de otros ordenamientos constitucionales

⁴⁰ V.gr., Artículo 18, inc. a) del Código Procesal Civil.

⁴¹ También es un error considerar a la CtIDH como un tribunal “supranacional”, o sostener que en nuestro ordenamiento constitucional existe, al igual que en algunos países latinoamericanos, un “bloque de constitucionalidad” que se extienda a otras normas fuera de la propia Constitución.

latinoamericanos (a través de la figura de los “bloques de constitucionalidad” u otras), coloca a la Constitución por encima de los tratados internacionales. Ahora bien, a partir de la recepción del control de convencionalidad, no resulta impensable que la propia Constitución se convierta, como lo admite la doctrina, en objeto de control de convencionalidad. De hecho, algunos trabajos doctrinarios nacionales, que parecen simplemente reproducir fuentes extranjeras de forma acrítica, parecen apuntar ya en esta dirección. Como resulta obvio, esto nuevamente supondría un cambio dramático que no se condice con nuestra arquitectura jurídico-constitucional, sobre todo si cualquier juez –y no ya sólo los de la Corte Suprema o su Sala Constitucional– puede declarar la inconvencionalidad de normas constitucionales. En este caso, la fuente del problema radica en la concepción –a mi criterio errónea– según la cual el derecho internacional determina la forma de incorporación al derecho interno, y no a la inversa⁴². De todas formas, esto es algo que debería ser desarrollado en otro lugar.

Por último, el tercer impacto sobre el sistema de justicia constitucional tiene que ver con la obligación que impone la doctrina del control de convencionalidad de interpretar la CADH de conformidad a los lineamientos de la CtIDH, en su carácter de supuesto “intérprete supremo de la CADH”. Esta vertiente de la doctrina implica que a nivel interno habrá de supeditarse prácticamente toda la jurisprudencia en materia de derechos fundamenta-

⁴² A pesar de lo dicho, algunos invocan el Art. 45 de la Constitución, que “admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos”, entre otras cuestiones. No obstante, el segundo párrafo del artículo establece claramente que “dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”. Con lo cual se soslayan dos cosas. Primero, que la CADH no constituye un orden jurídico “supranacional”, por lo cual este artículo no resulta aplicable. Y segundo, que cualquier decisión tendiente a admitir dicho orden, no puede provenir de un tribunal internacional, sino que requiere la aprobación del Congreso según lo establecido en el texto transcrito.

les a las interpretaciones de la CtIDH. Desde el punto de vista meramente instrumental, ello puede ser positivo en algunos casos, pero también puede tener efectos adversos en otros. Será positivo en la medida en que la CtIDH tenga una doctrina más favorable al principio pro persona. Pero podría no ser beneficioso en caso de que no sea así, y de que, en virtud a otros instrumentos, ya sea la propia Constitución nacional, o bien, en virtud a otros tratados internacionales –incluso de naturaleza universal– existan otras interpretaciones más favorables a la persona humana. En efecto, en materia de protección de derechos humanos, pueden existir múltiples fuentes, internas o internacionales, que conciban de distintas formas la protección de los derechos⁴³.

Más allá de esto, el hecho de seguir la jurisprudencia de la Corte (y haciendo abstracción de las bondades de un supuesto “diálogo” que fomentaría el control de convencionalidad⁴⁴), lo cierto es que el seguir la jurisprudencia de un supuesto “intérprete supremo” puede tener además otras consecuencias negativas, de las cuales aquí sólo mencionaremos dos, y que guardan relación con el derecho interno⁴⁵. En primer lugar, ello puede atentar contra el rol que compete a cada juez nacional –que se consideran me-

⁴³ Además, esta noción según la cual todos los Estados están obligados a seguir la jurisprudencia de la CtIDH no se condice con el Art. 68.1 del CADH, el cual establece que las decisiones sólo obligan a las partes del caso.

⁴⁴ He criticado la noción del “diálogo”, aunque en un contexto distinto, en D. Moreno R. A., “Legitimidad democrática y diálogo interinstitucional: algunos desafíos para los sistemas débiles de control judicial”, en *Revista da Advocacia-Geral da Uniao (AGU)*, núm. 39, pp. 946 (2014).

⁴⁵ En efecto, en el plano internacional se señala también que esta concepción puede tener como efecto el anquilosamiento de la jurisprudencia, atentándose así contra el carácter evolutivo de la CADH, además de dejar de lado al otro órgano de protección de derechos humanos del SIDH, a saber, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase, Dulitzky, cit.

por situaciones para internalizar normas internacionales en contextos específicos– y mermar sus capacidades para desarrollar la CADH y otros tratados del SIDH de acuerdo a sus propios criterios. En segundo lugar, esta obligación puede acabar ahogando el carácter pluralista que caracteriza a nuestras sociedades, estableciendo una única interpretación uniforme –contraria a la doctrina europea de los márgenes de apreciación⁴⁶– y contraviniendo así el carácter esencialmente controvertido de los derechos, los cuales, en nuestras sociedades, son objeto de desacuerdos profundos⁴⁷. Como es sabido, los mecanismos de justicia constitucional pueden cumplir roles diversos con relación a este pluralismo, sin necesariamente suprimirlo o uniformarlo de acuerdo a los parámetros de un tribunal internacional.

En fin, la recepción de la doctrina del control de convencionalidad constituye otra vía en virtud de la cual la Corte Suprema (así como otros órganos jurisdiccionales) habría comenzado a introducir cambios que, si bien todavía no son del todo perceptibles, podrían llegar a tener una gravitación enorme en nuestro sistema de justicia constitucional de acentuarse esta tendencia. A diferencia de los anteriores, en este caso la evolución se nutre de la jurisprudencia establecida por un tribunal internacional. Sin embargo, la creación de la doctrina en sede internacional es dudosa en sí misma, pues a pesar de los intentos de justificación, lo cierto es que ni la CADH ni la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “exigen” ningún tipo de control de convencionalidad⁴⁸.

⁴⁶ Como es sabido, en el ámbito europeo, en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no existe una doctrina análoga a la del control de convencionalidad, sino que más bien impera la doctrina de los márgenes de apreciación. Llamativamente, en esta materia la CtIDH se aparta radicalmente de su par europeo, al que sigue muy de cerca en otras cuestiones.

⁴⁷ J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, OUP, 1999.

⁴⁸ X. Fuentes Torrijo, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, disponible en internet.

En síntesis, la recepción de esta doctrina podría implicar que cualquier juez podría acabar inaplicando, incluso “de oficio”, una disposición del ordenamiento interno por considerarla inconvenional, soslayando el sistema concentrado de control constitucional. Incluso la Constitución, a pesar de estar por encima de los tratados según el orden de prelación de las leyes establecido en la Ley Fundamental de 1992, podría ser objeto de “control de convencionalidad” por los jueces domésticos. Finalmente, los jueces nacionales se verán obligados a seguir una jurisprudencia uniforme (a pesar de que los defensores del control de convencionalidad sostengan lo contrario), con las consecuencias ya apuntadas, en lugar de que el sistema de justicia constitucional ventile con mayor libertad las disputas sobre derechos fundamentales que pueden darse en el marco de un sistema político pluralista.

IV. Conclusión

En este trabajo he explorado algunos de los cambios introducidos por vía jurisprudencial a lo largo de estos veinticinco años de vigencia de la Constitución, en virtud a los cuales se ha producido una evolución significativa en torno al sistema de justicia constitucional establecido en la misma. Como resultado de estos cambios, contamos con un sistema de justicia constitucional que se ha alejado del diseño establecido por el constituyente de 1992. Hay varias formas en las que esta evolución puede ser interpretada. Intentaré esbozar aquí brevemente algunas ideas que deberían ser desarrolladas en otro espacio, reiterando nuevamente que no entraré a realizar una valoración completa en este lugar acerca de si estos cambios son positivos o no para nuestro sistema de justicia constitucional, en términos globales y considerados en sí mismos (es decir, con prescindencia de la forma en la que han sido introducidos).

En un primer momento, y a raíz de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, se modifican las bases del sistema establecido en la Constitución, acercándolo hacia un modelo europeo de control constitucional, lo cual es susceptible

de traer aparejado además otras consecuencias, como la admisión como sujetos legitimados para promover acciones de inconstitucionalidad a las Cámaras del Congreso, etc. Todo esto es ajeno al sistema de control establecido en la Constitución de 1992, y sus implicaciones jurídicas y políticas son de una magnitud considerable.

A su vez, la introducción de la “acción declarativa de certeza constitucional”, desde el punto de vista de la teoría constitucional, acaba otorgando un poder significativo a los jueces del máximo tribunal para interpretar directamente la Constitución, sin ejercer ningún tipo de control constitucional. Se introduce de esta forma un sistema que no tiene precedentes –hasta donde sepamos– en el derecho constitucional comparado. Este cambio permite a la Corte Suprema decidir acerca del significado constitucional en materias sumamente sensibles para la vida pública, sin que quepa espacio alguno para que los ciudadanos y sus representantes electos puedan incidir en la construcción del significado que habrá de atribuirse a su propia Ley Fundamental.

En un tercer momento, y arropado por la CtIDH, la introducción de la figura del “control de convencionalidad” nuevamente supone una reconfiguración del sistema de justicia constitucional paraguayo. Tal es así que, hasta un juez inferior, en el marco de un sistema de control concentrado podría soslayar a la Corte Suprema –quien, a su vez, ha aprobado dicha doctrina– para inaplicar directamente una disposición del ordenamiento jurídico por considerarla “inconvencional”. Como resulta obvio, esto va más allá de lo previsto en la Constitución de 1992 y tiene la virtualidad de llegar a afectar a disposiciones de la propia Ley Fundamental que sean reputadas “inconvencionales”.

De otra parte, hay al menos otras tres perspectivas adicionales desde las que estos cambios podrían ser abordados. Por un lado, la evolución descrita podría ser concebida en clave de una “mutación constitucional”. El fenómeno de la mutación constitucional es bien

conocido en la teoría constitucional⁴⁹. Se trata, en términos generales, de cambios que han sido introducidos por fuera de los cauces formales previstos en las constituciones (que en nuestro caso, sería el mecanismo de la reforma constitucional). Aunque cada “momento” ameritaría un análisis separado (en especial el tercero), lo cierto es que no parecen obedecer a los criterios tradicionalmente empleados a nivel de teoría constitucional comparada susceptibles de justificar mutaciones constitucionales, lo cual podría generar cuestionamientos acerca de su legitimidad⁵⁰.

A su vez, los cambios también podrían ser interpretados como instancias de “desconstitucionalización” del sistema. Como es sabido, este término tiene varias acepciones. Me refiero aquí a la que podría resultar de prácticas o costumbres *contra constitutionem*, como diría Sagüés⁵¹, que además han sido convalidadas de forma expresa por la máxima instancia judicial, con lo cual, a la postre, o

⁴⁹ A título de ejemplo, véase K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 164 y ss.

⁵⁰ En primer lugar, y siempre haciendo la salvedad de que el tercer supuesto merecería un análisis separado, los cambios no han sido el resultado de la necesidad de adaptar la Constitución a nuevos tiempos (“living constitution”), ni son el resultado de grandes movilizaciones sociales, como pretendería Bruce Ackerman. De hecho, estas teorías tienen pleno sentido únicamente en el contexto de constituciones más longevas, que no es el caso de la Constitución paraguaya. Además, los cambios no se refieren a la creación de nuevos derechos (como resultó paradigmático en *Griswold v. Connecticut* y el establecimiento del derecho a la privacidad en el ámbito estadounidense), ni se insertan, estrictamente hablando, en las coordenadas de un tribunal “activista” que pretende efectuar una revolución en materia de derechos, o de extender su protección al ámbito de grupos en situación de vulnerabilidad, o de promover otro tipo de valores constitucionales afines. Por último, tampoco pueden ser considerados como meros desarrollos o especificaciones de la Constitución.

⁵¹ P. N. Sagüés, “El concepto de ‘desconstitucionalización’”, disponible en internet.

acabarán consolidándose y siendo aceptadas, o bien, terminarán a la larga siendo revocadas por una línea jurisprudencial distinta al momento de operar un cambio en la composición de la Corte. De todas formas, este último supuesto resultaría improbable, por la tendencia que poseen los tribunales a ejercer el poder que tienen o que creen que tienen⁵².

Por último, los cambios a nivel constitucional descritos en este trabajo no han sido operados a través de ningún mecanismo que dé cabida o participación a los ciudadanos ni tampoco a sus representantes electos, por lo cual la vía más idónea para introducirlos hubiera sido a través de la reforma constitucional, con su llamado a un involucramiento más activo por parte del pueblo como categoría constitucional. En contrapartida, los cambios pretorianos de esta naturaleza constituyen una disminución del derecho de los ciudadanos a participar en la configuración de su propio ordenamiento constitucional, y que en este caso afecta a una pieza clave de ese ordenamiento, a saber, su sistema de justicia constitucional. Con lo cual son nada más que tres, o en el mejor de los casos, nueve jueces, quienes acaban incidiendo en la configuración del orden constitucional de la *polis*, y no los propios ciudadanos, a quienes la Constitución pertenece. Naturalmente, esto debería despertar ciertas inquietudes en cualquier sistema constitucional y democrático⁵³.

Sea esto así o no, los tres momentos abordados en este estudio marcan una evolución significativa en nuestro sistema de justicia constitucional tras veinticinco años de la entrada en vigor de la Constitución.



⁵² M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton, 1999.

⁵³ Sobre el punto, véase D. Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

25 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992

Jorge Silvero Salgueiro

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MAYORÍAS. 3. VOTO CALIFICADO DEL PRESIDENTE DE UNA CÁMARA. 4. DEBATE SOBRE VOTO DE CALIDAD EN LAS CORTES ESPAÑOLAS EN EL SIGLO XIX. 5. MAYORÍAS EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 6. COMUNICACIÓN SOCIAL Y COMPROMISO CONSTITUCIONAL. 7. EPÍLOGO.

25 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992

*Jorge Silvero Salgueiro**

1. Introducción

El vigésimo quinto aniversario de la Constitución de 1992 se conmemoró el 20 de junio de 2017. Es una ocasión de celebración y reflexión analítica, pues el Paraguay retomó la senda constitucional tras un largo proceso de desconstitucionalización¹ y ello motiva un balance de su vigencia.

* Investigador jurídico independiente; estudios de Maestría y Doctorado en la Universidad de Heidelberg; Investigador visitante, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM (2007-2012); Investigador visitante, School of Law, Fordham University, New York (2013-2014). Miembro de la New York City Bar Association.

¹ “No es fácil precisar en qué momento histórico se produce en un país la desconstitucionalización con la secuela conocida de concentración de poder y de ejercicio arbitrario de éste, de la idolatría estatal...” Palabras de: Prieto, Justo José, “El sistema institucional”, en: SIJADEP, Paraguay: un desafío a la responsabilidad internacional, Uruguay, 1986, p. 29. Véase también: Sagüés, Néstor Pedro, “El concepto de desconstitucionalización”, Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, Núm. 2, 2007, pp. 181-195. En internet:

<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/850/853>

Constitucionalismo y Constitución son proceso y resultado en aras de repeler al poder individual, arbitrario y despótico. Se distinguen porque aportan racionalidad jurídica a la toma de decisiones al interior del Estado nacional mediante principios y reglas. En un Estado constitucional se asegura a la sociedad que quienes decidan lo harán en base a parámetros previsibles, justos y estandarizados, dado que dichas decisiones afectarán sus derechos. En ese orden de ideas, la Constitución tiene una doble función, por un lado, fundar las instituciones democráticas donde se formará la voluntad del Estado. Por el otro, controlar que el ejercicio del poder transcurra acorde al Estado de derecho. La primera función es claramente visible en la historia constitucional paraguaya cuando en 1870 se funda el Estado liberal con una división tripartita del poder y una declaración de derechos, modelo que continúa vigente hasta nuestros días. La segunda función está en entredicho especialmente en el actual proceso político, como se verá más adelante.

Sin lugar a dudas, la Constitución de 1992 es la más democrática de la historia constitucional paraguaya tanto por su elaboración como por su contenido². En el ámbito del diseño constitucional ella logró transformar a las tantas veces criticado Estado autoritario de la Constitución de 1967 en un Estado constitucional democrático³. Sin embargo, dudas surgen acerca de la vigencia del

² Al respecto, véase: Flecha, Víctor Jacinto / Martini, Carlos / Silvero Salgueiro, Jorge, *Autoritarismo, Transición y Constitución en el Paraguay. Hacia una sociología del poder*, Asunción, 1993. Silvero Salgueiro, Jorge, "La Constitución de la República del Paraguay del 20 de junio de 1992", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 92, 1998, pp. 503-535. También publicado en: *La Ley, Revista jurídica paraguaya*, Número 2, 1997, pp. 255-278. En internet:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/101>

³ Silvero Salgueiro, Jorge, 1992-2007: Quince años de Estado constitucional democrático en Paraguay, en: Corte Suprema de Justicia, Co-

Estado de derecho cuando se observa la práctica constitucional. Bastaría entrar a enumerar y detallar las numerosas crisis constitucionales desde el intento de golpe de Estado de abril de 1996 hasta el proceso irregular e indebido de modificación constitucional vía enmienda en materia de reelección presidencial de marzo de 2017⁴ para demostrar fehacientemente los déficits democráticos en Paraguay. ¿Se cuenta entonces con una Constitución democrática que fracasó en la práctica? No se podrían dar respuestas absolutas en un sentido o en el otro. Ciertamente, las crisis cuestionan la vigencia constitucional dejando a la Constitución como si se tratara una mera “hoja de papel” en el sentido de Lasalle⁵. Sin embargo, los detonantes de las crisis también fracasaron, pues el golpe no se consumó continuando en funciones el Presidente constitucional de aquél entonces y el proceso de enmendar la Constitución fue finalmente rechazado manteniendo su vigencia las actuales disposiciones constitucionales sobre reelección presidencial. La Constitución se mantuvo siempre a pesar de las crisis, aunque éstas se están volviendo cíclicas deteriorando constantemente la calidad de la democracia constitucional.

Asimismo, las crisis dejan en un segundo plano ciertas prácticas institucionales que bajo otras circunstancias políticas tendrían que estar sometidas a un mayor escrutinio público. Pues, facilitan información acerca de cómo la Constitución es valorada en las instituciones democráticas y el tipo de dificultades que surgen en su aplicación aun cuando haya buena fe por parte de los actores

mentario a la Constitución. Homenaje al Décimo Quinto Aniversario, Tomo III, Asunción, pp. 71-92.

⁴ Silvero Salgueiro, Jorge, Documentación de la crisis constitucional paraguaya de marzo de 2017, Hechos y Derechos, Número 39, UNAM, México, 2017. Revista digital en internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11241/13216>.

⁵ Lassalle, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, México, 1931 [original de 1862]. En internet: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2284-que-es-una-constitucion>.

políticos. Conocer el día a día de la Constitución es adentrarse en el funcionamiento real de las instituciones y poder evaluar su desempeño constitucional. También con dicha finalidad cabe considerar que una Constitución puede ser interpretada en sí misma, en el ámbito de sus propias aplicaciones, pero observando lo mismo desde un contraste histórico se ofrece una perspectiva diferente, la de su desarrollo evolutivo. Partiendo de dichos enfoques, se trata a continuación una serie de casos de aplicación constitucional donde interesa conocer si más allá del “interés político malicioso” como en las crisis, las distorsiones constitucionales –si las hubiera– tienen otras causas.

La primera vez que una Constitución paraguaya cumplió 25 años fue en 1895⁶. 122 años después en el 2017 otra Constitución vuelve a cumplir esa misma cantidad de años. En ambos casos se cuentan con transcripciones publicadas de las sesiones del Senado que permiten realizar una comparación diacrónica⁷ en aspectos de la misma incumbencia.

2. Mayorías

En efecto, en la segunda sesión preparatoria del Senado⁸ de la Nación del 29 de marzo de 1895⁹ se debatió el concepto de ma-

⁶ La Ley que establece la Administración Política del Paraguay de 1844 era más un reglamento de gobierno que propiamente una Constitución en el sentido del Artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) y al momento de sus 25 años el Paraguay estaba sumido en un estado de guerra.

⁷ Sobre el método comparativo diacrónico y sincrónico, véase: Nohlen, Dieter, Método comparativo, en internet:

https://www.rzuser.uni-eidelberg.de/~k95/es/doc/diccionario_metodo-comparativo.pdf.

⁸ El Senado se componía de 13 Senadores (Art. 51 Constitución de 1870). El Vicepresidente de la República era el Presidente del Senado, sin voto, solo en caso de empate, era la persona número 14 en la sesión sin integrar el quorum. Esta disposición tiene su origen en el artículo

yoría en la toma de decisiones. Esa mañana, en la segunda ronda de votación para elegir Vicepresidente segundo de dicha Cámara se dieron finalmente 5 votos sobre 9 Senadores presentes a favor del candidato Senador Bernardino Caballero¹⁰ originándose el siguiente intercambio de pareceres:

- El Presidente del Senado Dr. Facundo Insfrán entendió que correspondía una tercera votación porque “no hay mayoría absoluta, sino mayoría simple, que es la mitad más uno de los miembros presentes”.
- El Senador Héctor Carvallo fue de la opinión que sí había mayoría absoluta pues “la mitad más uno son cinco” expresó.
- El Presidente del Senado Dr. Facundo Insfrán replicó: “Es verdad. ¿El señor Caballero quiere pasar a prestar juramento?”
- Pero, ahí intervino el Senador Patrocinio Zelada sosteniendo: “Creo que es procedente una nueva votación, porque yo creo que mayoría absoluta implica la mitad más uno de los representantes que componen el cuerpo. El Reglamento dice mayoría absoluta y yo entiendo en esa forma. Así, soy de opinión que se vote nuevamente”.
- El Senador José del Rosario Miranda¹¹ intervino expresando: “Todas las resoluciones del H. Senado se toman por mayoría

primero, sección tercera, inciso cuarto de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

⁹ Sesiones del Periodo Legislativo del año 1895/96, Cámara de Senadores de la República del Paraguay, Tipografía de “La Opinión”, Asunción, 1895, pp. 6-8. En internet:

<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=txu.059173023978793;view=1up;seq=8>

¹⁰ Electo senador por un periodo de 6 años en 1891, ocupó la Presidencia de la República con anterioridad 1880-82 y 1882-86.

¹¹ Vicepresidente de la República 1886-1890 siendo Presidente Patricio Escobar, entre otros cargos públicos.

absoluta de los miembros presentes. Solamente se exige la mayoría de los miembros del cuerpo cuando se trata de hacer escrutinio de las actas de elecciones del Presidente y Vice presidente de la República; pero en todos los demás casos es suficiente la mayoría de los presentes. La Constitución dice, que cada Cámara funcionará con la mitad más uno de sus miembros, y que solo cuando se trata del escrutinio de las actas de elecciones del Presidente y Vice de la República, es necesaria la mayoría absoluta. Así es que el señor Caballero, con obtener cinco votos, tiene la mayoría necesaria”.

- El Senador Zelada insistió: “Yo, señor Presidente, me apoyo en el Reglamento que dice mayoría absoluta; y si se extendiera como entiende el señor Senador Miranda, no habría que poner mayoría absoluta. Eso implica que mayoría absoluta debe entenderse como la mitad más uno de los miembros del cuerpo. Es el sentido verdadero de esa disposición reglamentaria; y en tal concepto, soy de opinión que debe votarse nuevamente”.
- Senador Miranda: “Puede leerse la ley”. Senador Zelada: “Dice: mayoría absoluta. Aquí vendría la interpretación de la expresión mayoría absoluta.” El Presidente del Senado Insfrán: “Si tiene apoyo suficiente la moción del señor Zelada, voy a ponerla a votación. (Nadie la apoya) [así figura en el acta].” El Presidente del Senado Insfrán dijo entonces: “No habiendo sido apoyada la moción del señor Zelada, entiendo que deben tomarse como mayoría absoluta los cinco votos sobre los nueve que existen. En esa virtud, invito al señor Senador Caballero para que pase a prestar el juramento de ley”.
- La sesión preparatoria inició a las 9:15 a.m. y concluyó a las 9:37 a.m.

Analizando dicha transcripción se observa lo siguiente:

1. La moción “Carvallo” puede ser desglosada en tres partes: a) contiene un error matemático, la mitad más uno de 9 no es 5 como él sostuvo. Lo correcto es $9/2 = 4.5 + 1 = 5.5$; b) Entones, de 9 votos 5 es la mayoría, pero no la mitad más uno, ésta es una diferencia conceptual que debe tenerse en cuenta, y; c) Carvallo entendió que la mayoría absoluta era en relación a los miembros presentes, si bien no lo dijo expresamente procedió implícitamente de esa manera pues tomó los 9 votos de los presentes en la sesión y calificó a 5 como mayoría absoluta. Si Carvallo hubiese dicho que 5 es la mayoría de 9 hubiese estado en lo correcto en términos matemáticos, pero al decir que 5 era la mitad más uno de 9 se equivocó.
2. La moción “Zelada” que perdió es hoy el Artículo 185 de la Constitución de 1992. En la actualidad, la mayoría simple se forma con los miembros presentes y la mayoría absoluta con la totalidad de miembros de la Cámara. La moción inicial de “Insfrán” coincide también con estos términos.
3. La moción “Miranda” definió a la mayoría absoluta como la mayoría que se forma con los miembros presentes. De hecho, esta posición no diferencia entre mayoría simple y absoluta, sino que las equipara como mayorías que se forman con los miembros presentes. Aunque Miranda reconoció que existe un caso en la Constitución de 1870 donde se requería una mayoría de miembros del cuerpo. Finalmente, expresó que 5 de 9 eran la “mayoría necesaria” para decidir, lo cual fue aceptado por el Senado de esa época.
4. En este debate el concepto de mayoría estaba relacionado a cuatro aspectos: a) mayoría simple y mayoría absoluta; b) mayor número de votos (mayoría); c) mitad más uno (otro tipo de mayoría), y; d) consideración de la totalidad de miembros del Senado o solamente de los miembros presentes en la sesión.

Por su parte, en la sesión del 2 de marzo de 2017 de la Cámara de Senadores¹², la primera del año, tuvo lugar la siguiente situación:

- “SEÑOR PRESIDENTE: Muy buenos días señoras senadoras y señores senadores. Siendo las nueve horas con cuarenta y tres minutos y habiendo el cuórum¹³ correspondiente, damos inicio a la sesión ordinaria de la fecha con la presencia de veintitrés colegas en la sala.”
- [en otro momento de la sesión]
- SEÑOR PRESIDENTE: Estamos cuarenta senadores en sala, necesitamos veintisiete votos. A votación la moción. Minoría (p. 20).
- La sesión inició a las 9:43 hs. y concluyó a las 13:48 hs.

Esta breve transcripción permite expresar cuanto sigue:

1. Si se observa con atención el error “Carvalho” de 1895 vuelve a repetirse en el 2017. No es lo mismo “mayoría” que “la mitad más uno”, salvo en caso de que la totalidad sea un número par, pero el Senado se compone de 45 miembros, un número impar.
2. En mi opinión, 23 senadores presentes no forman el quorum legal, sino 24. El Artículo 185 de la Constitución de 1992 dice expresamente: “El quorum legal se formará con la mitad más uno del total de cada Cámara”. 23 es un número más que 22, pero 22 no es la mitad de 45, por tanto $22 + 1 = 23$ no cumple

¹² En internet: <http://www.senado.gov.py/index.php/labor-legislativa/sesiones/diario-de-sesiones>.

¹³ En el Diccionario de la Lengua Española figuran cuórum y quorum, aquí se preferirá quorum que tradicionalmente es el vocablo usado en libros jurídicos y es el utilizado en la redacción de la Constitución de 1992.

con el requisito constitucional de “mitad más uno”. 22 es la mitad de 44 y la Constitución dispone que la mitad de 45 “más uno” sea el quorum legal. La fórmula correcta es $45/2 = 22.5 + 1 = 23.5$

3. El redondeo debe hacerse hacia el número superior, porque solo así se satisface el mínimo constitucional de 23.5. El redondeo hacia el número inferior, hecho en este caso, no satisface el estándar constitucional de “mitad más uno”. El error está en tomar un criterio matemático que no cumple con el requisito constitucional. Si el redondeo será para arriba o para abajo decidirá la Constitución, no la práctica comercial de supermercados o la práctica financiera de bancos, etc.
4. 23 es la mayoría de 45 y 22 la minoría, pero 23 no es la mayoría específica de mitad más uno ordenada constitucionalmente. En números pares podrán ser igual la simple mayoría y la mitad más uno, por ejemplo: $40/2 = 20 + 1 = 21$. Pero en números impares no coinciden y el redondeo no puede hacerse hacia el número menor, por debajo del mínimo establecido por una disposición constitucional. El Senado de la República del Paraguay debe corregir esa falla en su práctica constitucional.
5. En el segundo caso de la transcripción de la sesión de 2017 el conteo de votos de 27 necesarios sobre 40 para una mayoría de dos tercios de los presentes es acertado.
6. Cuando se cuenta con un número impar como totalidad y un requisito de mitad más uno el redondeo debe hacerse hacia el número mayor a fin de satisfacer el mínimo constitucional. Esta regla no cuenta cuando el requisito es de mayoría de dos tercios como se verá más adelante.

En 1895 perdió la moción Zelada. Pero la Constitución de 1870 tampoco requería expresamente una mayoría acorde al total de miembros de la Cámara como el sostuvo. El concepto “mayoría absoluta” estaba en el reglamento y correspondía a la Cámara interpretarlo, que finalmente lo equiparó a “la mayoría necesaria” (Miranda) de 5 sobre 9 para darlo por constitucional. Si fue una

interpretación acertada puede debatirse hoy en día retrospectivamente. Sin embargo, la Constitución de 1992 sí contiene una disposición expresa de “mitad más uno del total de la Cámara”, por tanto, la práctica constitucional actual no está en sintonía con la letra constitucional, sin margen para mayores interpretaciones.

Valga este ejemplo, simplemente como muestra, para evidenciar falencias en la aplicación diaria de la Constitución en cuestiones que tras 25 años ya no deberían suscitar dudas ni desacuerdos en su aplicación. La Constitución es el resultado de un proceso –como se dijo más arriba– pero con el inicio de su vigencia empieza a la vez un proceso de implementación de sus normas que requieren de evaluaciones constantes tendientes a mejorar la funcionalidad del sistema. Evaluaciones constitucionales que probablemente estén faltando al interior de las instituciones democráticas.

El Senado cuenta, además, con otra serie de problemas como la informalidad en que caen cuando convocan sesiones extraordinarias o el hecho que gran parte de las disposiciones de su reglamento interno son anacrónicas y no fueron actualizadas conforme al modelo institucional de la Constitución de 1992, como quedó evidenciado con la crisis constitucional de marzo pasado¹⁴.

3. Voto calificado del Presidente de una Cámara

Un asunto de sumo interés es el rol del Presidente de una Cámara legislativa a la hora de votar. La Constitución de 1870 no le daba el derecho al voto al Presidente del Senado porque el mismo no era un Senador electo, sino el Vicepresidente de la República y no integraba el quorum (Art. 54). Bajo esas circunstancias tenía sentido darle el voto solo en caso de empate para que la Cámara pueda llegar a una resolución y no se paralice, aunque su voto significaba también que un asunto donde el Senado estaba profundamente dividido se resolvía a favor de lo que más convenía al

¹⁴ Véase punto 4.

Poder Ejecutivo, por lo menos, en teoría. Es la fórmula de la Cámara de Senadores de la Constitución norteamericana de 1787 como se señaló en la nota 8. Entonces, el Presidente del Senado decidía en caso de empate, pero no tenía doble voto, no rompía ninguna regla de igualdad entre los Senadores, aunque sí es un caso de intromisión contemplado constitucionalmente, valga la aclaración.

Los Artículos 11 y 165 del actual reglamento interno de la Cámara de Senadores se refieren a diversas situaciones de empate y autorizan a que el Presidente del Senado decida. Claramente, estas reglas se guían por el modelo de conformación del Senado de la Constitución de 1870 sin haber sido actualizadas al de 1992. Por su parte, el Artículo 161 expresa que “en las votaciones en que se requiera la mayoría absoluta de dos tercios podrá participar el Presidente”. Esta regla, en cambio, ya es un híbrido fuera de contexto, pues no responde al modelo de integración del Senado de 1870 ni de 1992. ¿Por qué el Presidente del Senado podría participar en unas votaciones y no en otras como el Artículo 161 supone? Asimismo, los Artículos 15 y 131 del reglamento interno de la Cámara de Diputados contienen un voto de calidad otorgado al Presidente de la Cámara.

Evidentemente, un reglamento de un cuerpo colegiado debe considerar la situación de empate y contener una solución. Pero el criterio de decisión de una Cámara legislativa no debe ser de una práctica tradicional, de como se hacía antes y siempre, sino uno acorde a las disposiciones de la actual Constitución. No existe ninguna disposición en la Constitución de 1992 que justifique que se le retire el voto a un Senador o a un Diputado por ejercer el cargo de Presidente o se le otorgue un doble voto en caso de empate, estas soluciones violan el principio de igualdad entre los miembros del cuerpo legislativo, el cual es inherente al sistema de representación democrática y resultan claramente inconstitucionales bajo la Constitución de 1992.

Ahora bien, un empate tendría que significar que la moción no se aprobó. La Constitución establece que se requiere de mayoría para una aprobación y con un empate no se llega a cumplir ese

requisito, por tanto, la moción no puede ser aprobada, esa es la actual consecuencia constitucional del empate. No necesariamente debe haber un “*tie-breaker*” como el Vicepresidente norteamericano, la propia Cámara de Representantes norteamericana contempla en su reglamento interno que en caso de empate la moción no procede¹⁵. La Constitución norteamericana contiene entonces dos soluciones distintas, una para cada Cámara.

Probablemente, el mayor problema se presentaría a la hora de elegir a un Presidente de la Cámara. ¿Qué pasaría en caso de empate? La idea de resolver por sorteo tampoco es auspiciosa, pues un Presidente que no cuente con mayoría no podrá representar adecuadamente a la Cámara al no tener el apoyo de sus colegas. El empate debe subsistir hasta que las partes se avengan a un acuerdo político. Es parte de la naturaleza de un cuerpo colegiado la obligación de negociar para encontrar una solución que sea respetada por todas las partes.

4. Debate sobre voto de calidad en las Cortes españolas en el siglo XIX

Con respecto al voto de calidad de un Presidente los argumentos a favor de uno y otro sentido mantienen su vigencia a pesar del paso del tiempo. Se trata de la sesión del 18 de diciembre de 1822 de las Cortes españolas publicadas en 1895 donde se discutía el voto de calidad del Presidente de los Ayuntamientos¹⁶. He aquí un extracto:

¹⁵ Rule XX, 1. (c) In case of a tie vote, a question shall be lost.

¹⁶ Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria. Sesión del 18 de diciembre de 1822, Tomo II, Madrid, 1875, p. 1046. En internet: <https://books.google.com/books?id=iaxoAAAACAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

-
- Señor Romero: Pero que haya de decidirse por un voto de calidad dado al presidente, aunque fuese el mismo jefe político, esto no puedo aprobarlo. Un voto de calidad conferido al presidente le da mayor influjo del que debe tener, haciendo que prevalezca su voluntad: hartó influjo tiene el presidente por el mero hecho de serlo y por aquella especie de deferencia que los miembros de una corporación cualquiera tienen a su cabeza; influjo que debe disminuirse en cuanto sea posible, para que no llegue a ser nocivo. Por otra parte, ¿bajo qué principios se da este voto de calidad? Yo bien entiendo que en las votaciones (si se trata de examinar este asunto filosóficamente) no debe tanto atenderse al número de los votos como al peso de ellos: pero esta calidad no consiste en la circunstancia de ser presidente el que vote por tal opinión, sino que consistiría cuando más en la mayor suma de luces; y, sabido es que una persona, por más que esté condecorada con esta o aquella dignidad, no por eso tiene mayor fondo de luces.
 - Señor Buey: El Señor Romero entiende que el dar al presidente un voto de calidad es un error, yo no miro la cuestión así, sino de este otro modo: ordinariamente y lo más común entre los hombres es que los presidentes sean los que reúnen el mayor número de luces, ya sea por sus más años y experiencia, o por su mayor saber, circunstancias que constituyen mayor talento y madurez.
 - Señor Romero: El señor preopinante se ha equivocado de una manera que yo no esperaba. Si su Señoría quiere leer los artículos de la Constitución, verá que las mismas calidades se exigen para ser alcalde que para ser regidor o síndico, y que no hay más años ni más experiencia ni más nada.
 - Señor Istúriz: No puedo comprender cómo en un sistema representativo, en que se tiende siempre a la igualdad, se hable todavía de votos de calidad. ¿Y qué son los votos de calidad? No son más que unos votos de preferencia, que tienen su origen en los gobiernos arbitrarios en el favor, y en el sistema actual sobre la base que ha querido suponer el Sr. Buey, que

no sé cómo denominarla, pero que equivale a pretender que el presidente diga: mis conocimientos, mis luces son tales, que mi voto vale por dos.

Mutatis mutandi, los argumentos del Señor Romero y del Señor Istúriz mantienen su vigencia en todo sistema representativo de gobierno, en especial, cuando descalifican el voto de calidad por no ser acorde a la Constitución. Ese es el razonamiento a seguir, no basta con decir “es la mejor solución”, “la más viable”, etc. sino en revisar si la solución propuesta está en armonía y no viola alguna disposición o principio constitucional vigente.

5. Mayorías en la Cámara de Diputados

El Artículo 123¹⁷ del reglamento interno de la Cámara de Diputados contiene ciertas disposiciones que claramente violan el Artículo 185 de la Constitución de 1992.

¹⁷ Artículo 123: “Para las votaciones en la Cámara se entenderá por: a) Quórum legal, la mitad más uno de la totalidad de los miembros; b) Simple mayoría, la mitad más uno del quórum legal; c) Mayoría absoluta, el quórum legal cuando menos; d) Mayoría de dos tercios, las dos terceras partes del quórum legal; y, (Parágrafo: Mayoría de dos tercios: su marco referencial es el quórum legal, como mínimo; en los casos en que se supere esta referencia, dicha mayoría se calculará sobre la cantidad de Diputados presentes) [sic]. e) Mayoría absoluta de dos tercios, las dos terceras partes del número total de miembros de la Cámara. Cuando la mayoría no esté calificada, se entenderá que se trata de simple mayoría. Para el cálculo de los votos necesarios a fin de determinar los “dos tercios” y “dos tercios absolutos” se tomará el número de presentes, se multiplicará por dos y se dividirá por tres. Si el cociente de dicha división resultare un número con decimales, para obtener un número entero se usará el sistema de redondeo matemático que consiste en redondear al entero inmediatamente inferior cuando el decimal sea menor o igual a

1. La definición de a) “quorum legal” es incompleta: “la totalidad de los miembros” no aclara si se refiere a la totalidad de miembros de la Cámara o totalidad de miembros presentes. Por supuesto, ante esta duda se debe seguir lo dispuesto en el Artículo 185: “total de cada Cámara”.
2. La definición de b) “simple mayoría” contradice la definición de “simple mayoría” del Artículo 185 que toma como referencia a los “miembros presentes” no al quorum legal que se forma con el total de la Cámara.
3. La definición de c) “mayoría absoluta” está acorde al Artículo 185.
4. La definición de d) “mayoría de dos tercios” contradice el Artículo 185 que vincula la “mayoría de dos tercios” a los “miembros presentes, no al quorum legal que se forma con el total de la Cámara. La explicación entre paréntesis del inciso d) no tiene sustento jurídico ni lógica: ¿superar la referencia?
5. La definición de e) mayoría absoluta de dos tercios corresponde a la dada por el Artículo 185.
6. El cálculo para obtener “los dos tercios absolutos” es incorrecto, pues no se toman a “los presentes”. La mayoría absoluta de dos tercios se forma en relación al número total de miembros de la Cámara.
7. La regla de redondeo no está acorde a la Constitución como se señaló más arriba.

Asimismo, el reglamento reproduce una tabla donde supuestamente informa de cuántos votos se requieren estando presentes cierta cantidad de Diputados. La lista contiene errores, dado que no reúne el mínimo constitucional al haberse efectuado un redondeo que termina por dar como resultado un número por debajo del mínimo constitucional. El error está en los siguientes casos de

0.49 y se redondeará al entero inmediatamente superior cuando el decimal sea igual o mayor que 0.50”.

Diputados presentes: 41; 44; 47; 50; 53; 56; 59; 62; 65; 68; 71; 74; 77 y 80 (véase la tabla respectiva en el reglamento).

Las prácticas institucionales hasta aquí revisadas distorsionan gravemente las disposiciones de la Constitución de 1992, incluso en materias donde la Constitución contiene definiciones claras y precisas como en el Artículo 185 sobre mayorías. En estos casos, los problemas revelan una falta de instrucción técnica adecuada en el manejo básico de las reglas referidas al cargo y, una falta de revisión y evaluación de las prácticas sujetas a reglas.

1. Comunicación social y compromiso constitucional. Aparte de este ámbito que se venía tratando, de aplicación de estrictos conceptos jurídicos, se encuentra otro propio de las instituciones democráticas donde se puede apoyar más en una racionalidad política que jurídica a fin de fijar los nexos con la Constitución y dar una idea de su valor y desarrollo. Efectivamente, el ámbito del discurso político-institucional deja más libertad de palabra y es ahí donde deben fluir las ideas que reflejen la visión de Estado y los principios que guían al gobierno. Aunque también cabe decir, que dicho discurso forma parte del Estado de derecho, pues quien dirige la palabra no lo hace en nombre propio sino en ejercicio de su responsabilidad constitucional. Asimismo, la comunicación con la sociedad forma parte de la publicidad de los actos, de la rendición de cuentas y la transparencia, todos componentes fundamentales de un concepto republicano de gobierno.

El compromiso con la Constitución por parte de los gobernantes se inicia con un juramento o promesa de cumplir con fidelidad y patriotismo sus funciones constitucionales (Art. 232). En este primer acto, la Constitución es la que provee las palabras a quien asume la máxima magistratura de la República, éste se compromete a honrar dicha declaración. A partir de ahí la palabra la tienen los gobernantes, quienes por medio de mensajes y discursos oficiales informan de la marcha del gobierno.

Al considerar el Tercer Informe de Gestión del Presidente Horacio Cartes de julio de 2016 “al Congreso y a la Nación” como

dice su título y de 142 páginas se podrá observar que el mismo evolucionó de una práctica de informar por carteras de Estado a ejes temáticos y a partir de ahí se listan las numerosas y diversas actividades del gobierno. Un informe de este tipo puede ser evaluado por lo que dijo y por lo que dejó de decir. En efecto, las voces “Constitución” o “constitucional” aparecen solo tangencialmente, como citando una disposición constitucional, algo concreto sin mayor abstracción o elaboración de ideas.

El principal momento en que aparece la voz “Constitución” es cuando se declara que el informe se presenta en cumplimiento del Artículo 238, inciso 8 de la Constitución de 1992. Ese tipo de referencias deja traslucir una idea de legalidad formal, casi vacía por dentro y no la de constitucionalidad material, rica en principios para ordenar la vida en sociedad. La Constitución de 1992 se compromete con un sinnúmero de ideas fundamentales, desde la dignidad humana hasta la pluralidad ideológica, de garantías a la libertad individual al fomento de la solidaridad social, entre tantos otros principios que ofrecen un abanico de posibilidades a cada gobernante para mostrar su vínculo con la Constitución en el plano de las ideas. Por eso, la pregunta que subyace en informes de este tipo es ¿a qué principios se comprometen los gobernantes?, pues obrar por obrar es desaprovechar ofrecer una visión de Estado que trascienda el día a día del gobierno.

Se ha mencionado acá solamente el informe de gobierno de 2016, pero a medida de ser justo y obtener una mejor panorámica y no de que se trate de un probable caso aislado se pueden considerar otros informes. Así, en la Memoria 2015/16 del Senado de la República de 70 páginas ni siquiera se menciona a la Constitución de 1992, salvo en un evento realizado para debatir sobre su reforma¹⁸. Por su parte, el Informe de Gestión 2016 de la Corte Suprema de Justicia sí bien contiene mayores referencias a la Constitución

¹⁸ En internet: <http://www.senado.gov.py/includes-senado/ebook/memoria2015-2016/#p=1>.

no trasciende más allá de la formalidad legal sin adentrarse a impulsar una idea de justicia basada en derechos humanos¹⁹. También se pueden tomar mensajes de gobiernos anteriores como el Informe 2009²⁰ de 87 páginas o el Informe 2010 de 251 páginas del Presidente Fernando Lugo y el patrón es el mismo: la Constitución es considerada solamente desde una mera legalidad formal sin que se la vincule a una idea trascendental de gobierno. Por tanto, la ausencia de una idea material de Constitución es la constante en los últimos años en el discurso oficial. El abandono constitucional no es casual. Los gobernantes no construyen una visión de Estado a partir de la Constitución.

¿Fue esto siempre así? Cuando la Constitución de 1870 cumplió 25 años transcurría el séptimo periodo presidencial (1894-1898) siendo Presidente de la República Juan Bautista Equisquiza quien habría de terminar pacíficamente su periodo de gobierno. En su último mensaje al Congreso de la Nación de abril de 1898 sostuvo:

“Las prácticas democráticas que no se adquieren de golpe y menos por pueblos como el Paraguay cuya infancia se formó en la escuela del despotismo, van elevando el nivel de nuestra educación cívica, siquiera no sea sino por grados y lentamente.

Gradual debía de ser nuestro progreso en el sentido indicado y no de otro modo. Nuestra Constitución tropieza todavía en su aplicación con obstáculos harto difíciles de vencer. Pero consolémonos pensando que no podía acontecer de otra manera. La semilla de la democracia no podía prender ni echar raíces con facilidad en el terreno en que tra-

¹⁹ En internet: http://www.pj.gov.py/images/contenido/informes_gestion/informe2016.pdf.

²⁰ En internet: https://www.scribd.com/document/61631934/Informe-Gobierno-Nacional-2009-PortalGuarani#fullscreen&from_embed.

bajó una tiranía de medio siglo. De un estado social y político constituido por la más larga y normal dictadura que recuerda la historia americana, se entró a la conclusión de la guerra, en un periodo de libertad plenísima, bien así como se pasa de las tinieblas a la luz. Y en ese sentido brusco de un medio ambiente a otro muy opuesto, el organismo social no pudo menos de experimentar y las experimentó de verdad, lamentables ofuscaciones. Las disensiones internas dejaron al cabo de convulsionar a la República, pero al ejercicio de ciertos derechos que suponen en el hombre un alto grado de civilización y costumbres arraigadísimas, debía, en ley natural, y en regla de lógica, oponerse mil causas relacionadas con el estado moral e intelectual del pueblo.

Por eso no hay que extrañar que a la distancia de 28 años la Constitución sancionada el año 70 [1870], la más hermosa concepción de la ciencia política, permanezca todavía como un ideal sin que los derechos que reconoce se hayan encarnado definitivamente en las costumbres populares, ¡cuán cierto es que la experiencia de vida, vale decir, la experiencia democrática, en nuestro caso, no se alcanza en un día! (las negritas son mías).

El hecho apuntado prueba también que no bastan leyes acertadas para regenerar a los pueblos. Ni un legislador sabio ni un gobierno honrado y activo, pueden cambiar en un instante la condición moral e intelectual de las naciones. Porque no se borra de una plumada cien años de la historia de las agrupaciones humanas.

La instrucción del pueblo, secundada por otros factores del progreso, es lo que puede llevarnos a la realización práctica de los principios constitucionales”.²¹

²¹ Mensaje del Presidente de la República al Honorable Congreso de la Nación al abrir sus sesiones, abril de 1898, Asunción, pp. 3-4. En

Entonces, en aquella época la Constitución de 1870 en el discurso oficial era valorada como un ideal que todavía no se había encarnado totalmente en las prácticas sociales pero se contaba con una estrategia para lograr su realización: la educación del pueblo.

Asimismo, el Presidente Bernardino Caballero en su último año de mandato, 1886, se dirigió al Congreso y al pueblo paraguayo expresando una serie de ideas que relacionaban la forma republicana de gobierno y la Constitución, que más allá de su implementación total dan muestras del estado de su evolución política:

“Vengo por última vez a daros cuenta del estado de la Nación. (...) Existen muchos medios lícitos para alcanzar el triunfo cuando para ello se emplean las armas pacíficas del derecho y de la razón, y es bueno tener presente que las grandes reformas sociales solo pueden operarse por el desenvolvimiento de las fuerzas morales e intelectuales de la sociedad. Toda evolución es el resultado de una opinión madura y reflexiva, y ella debe emprenderse dentro de los límites que demarcan claramente la Constitución y las leyes. Mientras que la libertad de la prensa, de la asociación y del sufragio sea un hecho en el país, lealmente respetada por los poderes públicos, no habría nunca causa bastante motivada para recurrir a los extremos de la resistencia a objeto de hacer preponderar sus propias opiniones a las de un bando determinado (...).

El Poder Judicial, cuya misión principal es administrar justicia, conserva su entera independencia para ejercer sus altas y delicadas funciones, y el Ejecutivo le presta la cooperación necesaria para hacer cumplir y respetar sus decisiones.

La importancia de la institución judicial, cuya más noble y elevada misión, es aplicar e interpretar la Constitución y las leyes que garanten la vida, el honor y la propiedad de los habitantes de la República, no puede ser desconocida de ninguno que profesa las doctrinas republicanas. Es un principio de la ciencia política universalmente aceptado, que la recta y pronta administración de justicia es una condición ineludible a toda buena forma de gobierno. La justicia distributiva es tan esencial a la existencia como el alimento para los pueblos. Todas las libertades y derechos del ciudadano garantizados expresamente por nuestra Carta Fundamental, serían nugatorios y de ningún valor, si no existiese un poder encargado de mantenerlos con firmeza en las controversias que tienen por objeto la reparación de los agravios ocasionados por la arbitrariedad o la dilucidación de las cuestiones surgidas por el conflicto de los intereses privados”²².

6. Epílogo

La Constitución de 1992 representó el gran momento del retorno del derecho al proceso político paraguayo²³. La fuerza de las armas había terminado con un régimen político autoritario en 1989, pero le correspondió a la Constitución de 1992 derogar²⁴ por

²² Caballero, Bernardino, Mensajes presidenciales, Criterio Ediciones, Asunción, 1987, pp. 81 y 91.

²³ Sobre el “retorno de la política” (B. Arditi) y el retorno del derecho, véase: Silvero Salgueiro, Jorge, “Reforma Política en Paraguay”, en: D. Zovatto, Daniel /Orozco Henríquez, José de Jesús, Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007. Instituto de Investigaciones Jurídica, UNAM – IDEA Internacional. México, 2008 pp. 783-819. En internet: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2527-reforma-politica-y-electoral-en-america-latina-1978-2007-1a-reimp>

²⁴ Véase, el Artículo 1 de las Disposiciones finales y transitorias de la Constitución de 1992: “Queda derogada la Constitución del 25 de agos-

medio de su fuerza normativa a la Constitución autoritaria de 1967. A partir de ahí se abrió la senda constitucional que garantizó tanto el control democrático del poder como el ejercicio de libertades y derechos. La Constitución de 1992 tuvo entonces la tarea inicial de canalizar jurídicamente el proceso político de transición a la democracia.

En términos históricos, la Constitución de 1992 se relaciona a la de 1870 porque inauguraron procesos democráticos. En cambio, se diferencia de las Constituciones de 1940 y 1967 que más bien fortalecieron procesos autoritarios. Mientras que la Constitución de 1870 está asociada mayormente a la promoción de libertades individuales, la Constitución de 1992 se distingue fundamentalmente por una idea ampliada de democracia asentada materialmente: “La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana” (Art. 1). Lo distintivo de esta formulación está en la vinculación intrínseca que debe existir entre la organización del poder y el respeto a los derechos humanos. El ejercicio del poder, aun de aquél adquirido democráticamente, queda deslegitimado si no se respetan los derechos de las personas. Toda acción de gobierno cae bajo dicho escrutinio.

Desde esta perspectiva, la Constitución de 1992 aportó al Paraguay un enfoque de constitucionalidad del poder que resalta fundamentalmente la protección a la persona humana. Dicho vínculo entre poder y persona solo pudo ser sellado en el ámbito del derecho donde las personas encuentran garantías reales a sus derechos, no solo compromisos políticos. De ahí, que resulta trascendente que la Constitución haya constituido a la República del Paraguay en un “Estado social de Derecho” (Art. 1), por primera vez en la historia política del país. Una disposición concordante

to de 1967 y su enmienda del año 1977, sin perjuicio de lo que se dispone en el presente Título”.

establece que “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley” (Art. 257).

Con la Constitución de 1992 se genera una nueva idea de Constitución que deja atrás la noción de una Constitución como “Carta Política”, una concesión de quien detenta el poder y con un contenido entendido mayormente como normas programáticas, donde se resaltan los buenos propósitos, pero se le restringe su inmediata y directa aplicación. Los límites al poder son escasos. La idea actual de Constitución entiende a la misma como una norma jurídica que vincula a todos los poderes de una forma efectiva y sin reparos. Ninguna decisión política que afecte a la Constitución puede ser tomada como válida amparada en su carácter político. Las instituciones políticas están sometidas al derecho. En ese sentido, el contenido normativo de la Constitución desarrolla una fuerza tal que aún en tiempos de crisis políticas exige vigencia. Expresamente el Artículo 137 de la Constitución de 1992 dispone: “Esta Constitución no perderá vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone.” En el mismo sentido, el Artículo 288 establece: “El Estado de Excepción no interrumpirá la vigencia de esta Constitución”. La Constitución exige así un estricto cumplimiento de cada una de sus partes y en todo momento, con tal finalidad goza de supremacía normativa. La Constitución de 1992 es una Constitución jurídica que desarrolla una fuerza normativa vinculante²⁵.

La primacía de la Constitución es también la primacía de los derechos humanos sobre el Derecho privado exigiéndole al legislador que retire las discriminaciones y promueva una igualdad real en la regulación de las diversas actividades humanas. Muy claramente, la Constitución de 1992 establece que: “El Estado re-

²⁵ Hesse, Konrad, La fuerza normativa de la Constitución, en: Hesse, K., Escritos de Derecho Constitucional, Villalón/Aspizarte (eds.), Madrid, 2011 [original de 1959].

moverá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios" (Art. 46).

La Constitución de 1992 es asimismo liberal y progresista, dado que las normas de derechos son valoradas en función a una identidad social que se reconoce y protege, como las normas relacionadas a la población campesina. Pero, tras 25 años no está en el centro del debate político el desarrollo e interpretación de los derechos constitucionales. Muchas de las conquistas de la Constitución de 1992 quedaron relegadas por la deficiente práctica constitucional que no logra elevar el grado de funcionamiento institucional aún en materias y asuntos que no tendrían que caer bajo las sospechas de "interés político malicioso" como quedó visto a lo largo de este trabajo. En 1895 las autoridades de gobierno trajeron a colación que se requería de una mayor educación cívica para plasmar los ideales de una Constitución. Hoy en día, lo que se tiene es la falta de compromiso democrático con la Constitución por parte de los líderes políticos de partidos con representación parlamentaria. La Constitución le exigió patriotismo al inicio de sus funciones y ahí están en falta constitucional.

La práctica constitucional requiere confrontarse con esta nueva idea de Constitución y reflexionar sobre las formas usuales de hacer política que ya no están acordes a ella. De nada sirve pretender reformar nuevamente la Constitución cuando las principales fallas están en la práctica política y no en el texto de la Constitución. La gran reforma pendiente en Paraguay no es la constitucional sino la de los partidos políticos y sus formas de operar. Es ahí donde empiezan las distorsiones constitucionales. Basta observar sus asambleas generales o convenciones sin reglas eficaces para canalizar el debate político y que, al mismo tiempo, evidencian de cómo el pasado de ineptitud e intolerancia sigue encarnado en los actores políticos. También, los movimientos políticos al interior de los partidos políticos escapan mayormente a todo tipo de regulación democrática cayendo en prácticas clientelistas y

fraudulentas donde el servilismo es más apreciado que el compromiso ciudadano sincero con ciertos principios partidarios. Lo dicho vale tanto para los partidos políticos centenarios, como para los partidos surgidos bajo la Constitución de 1992, que no escapan a la fragmentación política y al caudillismo político sin ofrecer a la ciudadanía propuestas programáticas para la formulación de políticas públicas que sean el producto de intensos debates en asambleas democráticas. En los ámbitos laborales, económicos y sociales se requiere de cierta educación mínima y capacitación constante para acceder a puestos de liderazgo, en los partidos la formación no es un requisito para concursar por un puesto de elección popular. Los propios partidos deberían asumir la formación de sus cuadros. Si no están instruidos cómo cumplirán el mandato del Artículo 124 de la Constitución de 1992 que dispone: “Los partidos políticos deben concurrir a la orientación de la política nacional, departamental o municipal y a la formación cívica de los ciudadanos”. Por ejemplo, quienes se presenten a cargos de intendentes y concejales municipales deberían ser instruidos sobre administración del presupuesto municipal, gobernabilidad democrática entre Intendencia y Junta Municipal, delimitación de competencias, liderazgo político comunitario, participación de los vecinos y sus organizaciones, entre tantas materias prácticas y necesarias para ejercer dichos cargos. Pero, evidentemente, la modernidad no ha tocado la puerta de los partidos políticos en el Paraguay del siglo XXI.

El énfasis por eso tiene que estar en los partidos políticos, pues constitucionalmente sobre ellos recae la responsabilidad de competir para asumir la dirección de las instituciones del Estado. Los partidos políticos son un nexo importante entre sociedad y Estado y sus disfunciones dañan a ambos sectores por igual. Por eso, se insiste que de nada sirve reformar la Constitución sin reformar a los partidos políticos y capacitar a sus cuadros. ¿Cuál será el primer partido político que en una elección presente a sus candidatos con una certificación –no de universidad garaje– de que cuentan con la debida capacitación técnica y política para el

puesto que concursan? La meritocracia política no riñe con el Estado constitucional. Pero si el proceso político se dirige irremediablemente a una reforma constitucional la misma debe priorizar una regulación más estricta sobre los mismos, en especial, sobre el financiamiento político y los movimientos políticos al interior de los partidos. Si quieren reforma comencemos por ellos.

Una Constitución moderna se caracteriza por la racionalidad jurídica y a ella no es ajena la idea de difundir un mayor patriotismo constitucional como forma de enraizar los valores y principios constitucionales en la sociedad. La cultura política de los ciudadanos y las ciudadanas requiere de ciertos componentes de identidad que sean compartidos como forma de mantener la cohesión social y de cultivar actitudes de convivencia pacífica. La Constitución democrática es justamente un ámbito adecuado de integración. Así, el patriotismo constitucional que Dolf Sternberger²⁶ propuso a los alemanes se desmarcaba del nacionalismo étnico y sus horrores y estaba a la búsqueda de una identidad democrática que aglutinara a los alemanes luego de la división de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. La fórmula era determinar los valores que fueran aceptados por todos en el proceso político y que sería la forma de trascender a un nuevo estadio de desarrollo social y político. Esos valores, según Sternberger, estaban encarnados en la Constitución de Bonn que, entre otras cosas, declaraba a la dignidad humana como intangible ya al inicio, en el Artículo 1 e identificaba a Alemania como un Estado de derecho con compromiso social. Los alemanes –según Sternberger– debían enfocarse en esos principios y estar orgullosos de convivir bajo esas reglas construyendo un futuro mejor.

Habermas reconvirtió estas ideas en la década de 1990 a la hora de pensar una Europa unida donde pudieran convivir pacíficamente diversas culturas pero ancladas a una socialización de los

²⁶ Sternberger, Dolf, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt A. M., 1990.

ciudadanos en una cultura política en común²⁷. Peces-Barba²⁸ trajo a colación en sus reflexiones sobre el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española el patriotismo constitucional de los alemanes como una forma de hacer viable la tensión que surge de esa doble idea de nación que subyace en la Constitución de 1978, la idea de una nación española que convive en su interior con múltiples nacionalidades y sus derechos a las autonomías. La racionalidad pasaba por integrar a las mismas en un modelo constitucional que no coarte sus culturas propias, pero a la vez que puedan formar parte de esa integración de culturas denominada nación española.

Es hora de que los paraguayos dejemos a un lado los conflictos de poder y las luchas fratricidas para debatir sobre ideas constitucionales que unen a nuestra sociedad buscando consolidar la democracia constitucional. La declaración de derechos de la Constitución de 1992 encarna en ese sentido una serie de valores que unidos a los principios que organizan el Estado claramente conforman un núcleo conceptual que fundan adecuadamente un patriotismo constitucional moderno en Paraguay. La patria también debe estar en la realización de los valores y principios constitucionales.

El nuevo patriotismo pretende asimismo una integración a la comunidad internacional en base a una visión de respeto a los derechos humanos. De hecho, la Constitución de 1992 contiene una serie de principios (Arts. 141-145) que han permitido al Paraguay ser parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, el Paraguay integra el espacio de formación de *Ius cons-*

²⁷ Habermas, Jürgen, Ciudadanía e identidad nacional, en: Habermas, J., Facticidad y validez, Madrid, 1998, p. 628.

²⁸ Peces-Barba, Gregorio, El patriotismo constitucional: reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española, Anuario de filosofía del derecho, 2003, n. 20, pp. 39-61. En internet:

https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10397/patriotism_Peces_AFD_2003.pdf?Sequence=1&isAllowed=y

*titutionale commune latinoamericanum*²⁹ mediante el reconocimiento a la jurisdicción de la Corte Internacional de Derechos Humanos. El Paraguay de hoy es entonces una comunidad nacional estrechamente conectada a la comunidad internacional siendo partícipe de la gobernanza global.

Pero en la actual coyuntura política la Constitución de 1992 se encuentra en un estado de soledad³⁰ que afecta la comunicación efectiva de sus mandatos en el ámbito social. Aun así, la Constitución fue el referente cuando surgieron las recientes crisis políticas y el ámbito donde confluyeron los ideales para contrarrestar los abusos de poder. La Constitución tiene la virtud de legitimar las luchas ciudadanas.

¡La lucha por la Constitución es una lucha por la democracia y por los derechos humanos y toda lucha que abrace estos ideales merece ser celebrada! ¡Viva el Paraguay! ¡Viva la Constitución de 1992!



²⁹ Al respecto, véase: Silvero Salgueiro, Jorge, “El diálogo judicial en América Latina. Bases para un *Ius Constitutionale Commune*”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Coordinador, *Derecho Procesal Constitucional Transnacional. Interacción entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional*, México, 2016, p. 335-360.

³⁰ Silvero Salgueiro, Jorge, “La soledad de la Constitución Nacional pluralista de 1992”, ABC Color, 06/06/16. En internet:

<http://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/la-soledad-de-la-constitucion-nacional-pluralista-de-1992-1490918.html>

PANORAMA RECIENTE DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

José Raúl Torres Kirmser

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. 2. PREMISAS DOCTRINARIAS Y DE DERECHO COMPARADO. 3. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 4. UNA PRIMERA CONSOLIDACIÓN: SUS RESULTADOS. 5. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ÚLTIMO QUINQUENIO. 6. LA ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA Y LA COSA JUZGADA. 7. BIBLIOGRAFÍA.

PANORAMA RECIENTE DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

*José Raúl Torres Kirmsers**

1. A modo de introducción

El presente artículo pretende ofrecer al lector una actualización respecto de la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia respecto de la acción declarativa de certeza constitucional. Hace cinco años, allá por el 2012, nos ocupamos de la cuestión¹, motivados por la coyuntura que en aquél entonces se había

* Ministro de la Corte Suprema de Justicia y actual Presidente de la misma, además ocupó el mismo cargo en los periodos 2014, 2010 y 2006. 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. Decano 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.

¹ TORRES KIRMSER, José Raúl. La acción declarativa de certeza constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, 2012, 2^a ed., p. 107 y siguientes.

producido, que puso en primera plana la figura de la acción meramente declarativa de certeza y su admisibilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En aquel entonces, habíamos dicho que era bienvenido el interés de la ciudadanía sobre este tipo de cuestiones, y que en atención a ello resultaba por demás importante permitir la exposición de los fundamentos de la posición adoptada por el máximo Tribunal de la República y la divulgación de los aspectos jurídicos –que a no dudarlo, son de elevada precisión técnica– inherentes a la figura.

En el tiempo transcurrido desde que se publicó esa primera opinión, la utilización institucional de la figura de la acción declarativa de certeza constitucional dio un giro hasta si se quiere inesperado. Se han promovido varias demandas en tal sentido, y sobre todo se ha ampliado considerablemente el espectro de su aplicación, acentuándose sobremanera la finalidad preventiva del instituto, y sobre todo proponiéndose, de manera institucional, interpretaciones sobre distintas facetas y aristas de la aplicación de la Constitución Nacional, incluso para la adopción de decisiones de tipo administrativo por parte de poderes del Estado distintos al Judicial.

En suma, el mecanismo que tímidamente asomó allá por el año 1999, hoy ha crecido y se ha desarrollado. De hecho, la experiencia jurisprudencial de estos últimos cinco años nos demuestra que la figura ha expandido considerablemente su ámbito de aplicación, y sobre todo ha sido el mecanismo idóneo para que se pronuncien incluso fallos de los que se conocen como institucionales²,

² A este tipo de fallos se refirió FERNÁNDEZ GADEA, Carlos, en el prólogo a la obra de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Fallos institucionales*. Asunción, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 1ª ed., 2000, Tomo I, p. 7, destacando que de ellos: “Se desprende la alta participación de la Corte Suprema de Justicia en las decisiones de la vida política del país, no por intromisión en las tareas propias de los demás poderes del Estado, sino en cumplimiento de su obligación constitucional, por haber recurrido a ella, tanto personas individuales, como partidos políticos y los otros poderes del Estado,

con elevado impacto en el quehacer administrativo del Estado. La acción declarativa de certeza, de esta manera, nos demostró toda su potencialidad.

Lo dicho hasta aquí será desarrollado a lo largo del presente trabajo, y define sus intenciones. Deseamos, en efecto, ofrecer una síntesis actualizada que incorpore a lo ya dicho en el año 2012³ la evolución más reciente de la figura y su tratamiento jurisprudencial. Es por ello que reproduciremos la estructura y contenido –allí donde sea pertinente– de la elaboración primigenia, ocupándonos además del desarrollo jurisprudencial de los últimos cinco años.

2. Premisas doctrinarias y de derecho comparado

Prescindiendo por un momento de la acción declarativa de certeza constitucional, que es una especie del género más amplio de las acciones meramente declarativas, se debe partir de la base

quienes solicitaron de la Corte, que a través de sus fallos, resguarde y/o restablezca el orden institucional).

Este aspecto de las funciones de la Corte Suprema de Justicia es ampliamente reconocido por la doctrina, y lo destacamos con las penetrantes palabras de BIDART CAMPOS: “*Por su estabilidad, por su independencia, y por su misma función de administrar justicia y decir el derecho, la permanencia de las grandes directrices trazadas desde su jurisprudencia, hace de la Corte el órgano de gobierno con mayores garantías. La Corte, sin escapar al ritmo histórico, vive al ritmo pausado de la propia Constitución; no de espaldas a la vida y al acontecer, no al margen de la dinámica, pero sí exenta del cambio improvisado, del vaivén de las renovaciones periódicas que el electoralismo y los partidos manejan; y eso hace de su política y de su gobierno un plan a largo plazo, con futuro más allá de las circunstancias ocasionales*” (BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho constitucional del poder*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1967, Tomo II, p. 223).

³ TORRES KIRMSER, José Raúl. La acción declarativa de certeza constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción*, 2012, 2ª ed., p. 107 y siguientes.

de que estas últimas son consideradas, unánimemente, como una de las conquistas más logradas de la ciencia procesal, al tiempo de reconocerse su señalada utilidad. En todo trabajo sobre la cuestión, son de mención obligada los estudios de CHIOVENDA, el doctrinario que con mayor profundidad estudió el tema y brindó nociones decisivas para el desarrollo posterior del instituto. Dice el connotado procesalista, en cita que merece transcripción *in extenso*: “...El actor que pide una sentencia puramente declarativa no desea obtener actualmente un bien de la vida que resulte garantizado por la ley a su favor, ya sea que dicho bien constituya una prestación del obligado, o una modificación de la situación jurídica actual; él quiere solamente saber que su derecho existe o quiere excluir que exista el derecho del adversario; él pide al proceso solamente la certeza jurídica, y no otra cosa. Es esta, verdaderamente, la función más elevada del proceso civil. Dicho proceso se nos presenta aquí, en lugar de la figura dura y violenta de un organismo de coacción, en el aspecto más perfeccionado y más refinado de puro instrumento de integración y especialización de la voluntad expresada en la ley solo de modo general y abstracto; de facilitación de la vida social mediante la eliminación de las dudas que entorpecen el desarrollo normal de las relaciones jurídicas. Asegurar a las relaciones de los hombres la certeza, prevenir los actos ilegítimos en lugar de sancionarlos con el peso de graves responsabilidades, ¡he aquí una tarea bien digna del proceso de un pueblo civilizado! Esta es también la función más autónoma del proceso. Respecto de los bienes que pueden obtenerse también fuera de él, el proceso se presenta como un instituto secundario y subordinado, como un remedio al incumplimiento de los obligados. Pero la certidumbre jurídica es un bien por sí misma: y este bien no puede obtenerse fuera del proceso, tiene en él su única fuente”⁴.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Azioni e sentenze di mero accertamento*, en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano, Giuffrè, 1ª ed., 1993, Tomo III, p. 21. El artículo en cuestión se halla disponible, en versión castellana, en la traducción publicada en la *Revista de Derecho Procesal*, dirigida por Hugo Alsina, 1947, año V, números 3 y 4, primera parte.

El mismo autor, que se ocupó extensamente del tema, nos ofrece una completa reseña de los antecedentes históricos de la figura, que sirve de referencia a la mayor parte de los estudiosos. Considera CHIOVENDA que ya en Roma había amplia aplicación de la figura de referencia, a través de las *formulae praeiudiciales* o *praeiudicia*. Por medio de estos expedientes, se obtenía una sentencia a través de la cual se regulaban juicios sucesivos, ya que el pretor concedía fórmulas compuestas de la sola *intentio*, sin *condemnatio*. De este modo, se reconocía el interés de accionar para la mera constatación y declaración de relaciones o hechos jurídicos⁵. Pese a que algunos estudiosos ponen en duda la real importancia de estos antecedentes como evolución histórica del instituto⁶, la reseña

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Azione di mero accertamento*, en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano, Giuffrè, 1ª ed., 1993, Tomo III, p. 53. El mismo autor, a renglón seguido, se extiende ampliamente en ejemplos concretos de dichas acciones, entre los que enumera el *praeiudicium de partu agnoscendo*, concedido a la madre en estado de gravedad durante el matrimonio o luego del divorcio, con el presupuesto fáctico de que el *nasciturus* no sería reconocido por el padre como hijo, negase haberlo generado o incluso ponga en dudas la validez del matrimonio. Menciona también el *praeiudicium (de patria potestate) edicto perpetuo propositum*, acción a experimentar en el interés del hijo en caso de negación de la paternidad; así como los *praeiudicia an liber sit, an servus sit*, previstos para los casos en los cuales quien se encontraba en estado de siervo pretendía ser libre, o bien cuando otra persona pretendía ser *dominus* de una persona que se encontraba en estado de libertad; o el *praeiudicium an ingenuus sit*, dado cuando el patrono pretendía de un cuasi liberto servicios u obediencia. El interés a accionar podía depender también de la incertidumbre objetiva de la relación jurídica, como en los casos de promesa indeterminada de dote (*praeiudicium quanta dos sit*); entre otros ejemplos (*Ibidem*, pp. 53 y 54, donde también se mencionan incluso documentos judiciales griegos y egipcios como antecedentes históricos del instituto).

⁶ Así lo hace ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 2ª ed., 1956, Tomo I, pp. 352-353; quien se basa, a los efectos de tal afirmación, en la evolución doctrinaria de los estudios sobre la ciencia del proceso.

proporcionada por el conocido procesalista italiano sirve para demostrar fehacientemente la sentida necesidad, ya en épocas antiguas, de una intervención casi diríamos *preventiva* de los órganos jurisdiccionales, a los efectos de dar certidumbre y disipar equívocos en el desarrollo de las relaciones jurídicas. La necesidad de la actividad jurisdiccional en tal sentido aparece, así como necesaria incluso en sociedades mucho menos desarrolladas que la actual, donde sin dudas la normativa jurídica y la complejidad que alcanzan las relaciones interpersonales tornan oportuno una herramienta arbitrada a los efectos de socorrer necesidades de tal índole.

En el derecho anglosajón la acción meramente declarativa es amplia y corrientemente utilizada⁷, de lo que daremos noticia somera únicamente a los efectos de demostrar, si todavía hubiere necesidad, la amplitud de la utilización del instituto y la universalidad de las necesidades jurídicas que el mismo satisface. La regulación inglesa reconoce como antecedentes los juicios declarativos, que se formaron y utilizaron ampliamente en Escocia, de donde penetraron en las jurisdicciones de equidad inglesas⁸, y a partir de allí fueron incluidos en diversos textos legales⁹. Para el caso de Estados Unidos, es obligatoria la mención de la ineludible investi-

⁷ A este respecto, puede consultarse la amplia y documentada reseña contenida en GOLDSCHMIDT, Roberto. *La sentencia declarativa*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, IV, parte 1^a, pp. 381 y 382.

⁸ FENOCCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Ronald. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Astrea, 2^a ed., 1993, Tomo II, p. 104.

⁹ Para un panorama completo de la cuestión, puede consultarse MALAVER, Alberto M. *El juicio declarativo en el derecho angloamericano*, en JA 1944-III, sección doctrina, col. 20 y siguientes, con amplia mención jurisprudencial.

gación del Prof. BORCHARD¹⁰; trabajo este que abrió el ingreso de la acción meramente declarativa, a nivel legislativo, primero al Estado de Nueva York y luego a los restantes¹¹. No deja de ser interesante que en dicho ordenamiento se subraya constantemente la utilidad de la acción declarativa para asegurar los derechos de los particulares frente a los poderes públicos, con especial relevancia a la hora del estudio de la inconstitucionalidad o invalidez de leyes y reglamentos¹².

Sin embargo, es la elaboración legislativa germánica la que dio mayor impulso al instituto de referencia. La primera formulación, contenida en la ordenanza procesal alemana de 1877, se trasegó en el ZPO, del mismo país, en su § 256, que textualmente indica: “*Se podrá demandar la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica y el reconocimiento de la autenticidad o declaración de falsedad de un documento, si el demandante tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o falsedad del documento sea declarada inmediatamente por resolución judicial*”. Comentando esta disposición, la doctrina indica, como desde luego puede inferirse ágilmente del texto arriba mencionado, que la acción declarativa así concebida es un remedio general del cual puede hacerse uso en cualquier caso¹³. Dicha concepción sirvió de inspiración a varios ordenamientos, entre las que se encuentran, en primer lugar, la

¹⁰ BORCHARD, Edwin M. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª, p. 566 y siguientes.

¹¹ Así lo reseña FALCÓN, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª ed., 1994, Tomo II, p. 581.

¹² GOLDSCHMIDT, Roberto. *La sentencia declarativa*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, IV, parte 1ª, pp. 399 y 400.

¹³ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Labor, 1ª ed., 1936, p. 105.

ordenanza procesal civil austríaca de 1895, la húngara de 1911 y la de varios cantones suizos¹⁴.

Es notoria, y ciertamente no requiere ulterior justificación, la cercanía de la formulación del Art. 99 del código procesal civil, que establece cuanto sigue: *“El interés del que propone la acción podrá limitarse a la declaración de la existencia o no existencia de una relación jurídica, o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento”*. La exposición de motivos de dicho cuerpo normativo indica claramente, como otro indicio de la voluntad del legislador de incorporar este avance de la doctrina procesal, que *“En materia de acción, se incorpora francamente a nuestro derecho la acción declarativa o de mera certeza del derecho, en seguimiento de la Ordenanza Procesal alemana (Z.P.O.), con lo cual se llena un claro sensible, como lo vienen haciendo los códigos más recientes, v. gr. el argentino de 1968 y el brasileño de 1973”*¹⁵.

De este modo, no pueden quedar dudas de la expresa voluntad de incluir, en la sistemática procesal general, el instituto de la acción meramente declarativa¹⁶, con lo que nuestro ordenamiento

¹⁴ Para una exposición completa de estos antecedentes, ROSENBERG, Leo. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª, pp. 556 a 558.

¹⁵ Exposición de motivos del código procesal civil; disponible, de modo muy cómodo, en la edición correlacionada de Intercontinental, Asunción, 2011, p. 44.

¹⁶ Pese a que el espacio del que disponemos no permite una amplia referencia al tema, resulta indispensable, cuanto menos en nota, una mención al juicio de jactancia, por la cercanía del antecedente procesal, contenido incluso en la ley de rito anterior, en sus arts. 361 a 367. De hecho, se ha dicho respecto de este juicio que constituye una degeneración de las acciones de mera certeza, y sin dudas debe entenderse así, puesto que precisamente la desaparición de la jactancia como remedio procesal previsto para proceder contra quien se atribuyere derechos propios respecto de bienes ajenos va íntimamente vinculada con el acogimiento, en vía general, de la acción meramente declarativa de certeza, por cuanto

reconoce, respecto de dicha figura, la influencia alemana. Vistos tales antecedentes, la doctrina nacional coincide con las enseñanzas doctrinarias arriba mencionadas, al paso de señalar que la sentencia que recaiga en procesos como estos tiene un carácter eminentemente preventivo, al pretender superar una situación de incertidumbre que pueda traducirse en un perjuicio¹⁷. En otras palabras, el juez no manda lo que está ya mandado por la ley, sino que manda que el mandato de la ley se aplique al caso deducido en el proceso¹⁸.

Los antecedentes que preceden son fundamento holgado y suficiente para desvirtuar todo titubeo que pueda haber, a nivel doctrinario y estrictamente jurídico, sobre la acción meramente declarativa. Elemento entre los más refinados y puros de la ciencia procesal, sistematizado a lo largo de los tiempos por una elaboración doctrinaria que vio involucrados a los mejores procesalistas, la figura encuentra reconocimiento expreso y consagración legislativa puntual en nuestra normativa procesal, por lo que es un remedio seguramente utilizable en los campos más variados del proceso.

A su vez, las premisas que anteceden permiten avanzar seguramente respecto de algunas consideraciones adicionales, basadas en elementos de interpretación sistemática, a cuyo respecto

esta es medio idóneo para la protección del interés a la certeza jurídica que la jactancia protegía casuísticamente. No en balde se ha dicho que "...los juicios provocatorios sirvieron para mantener latentes en la subconsciencia jurídica los institutos procesales de declaración de mera certeza y para dar a los mismos una impronta de índole general" (SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juicio de jactancia*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, II, parte 2ª, p. 140 y *passim*, como excelente epítome de las nociones aquí expuestas).

¹⁷ CASCO PAGANO, Hernán. *Código Procesal Civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 4ª ed., 2000, Tomo I, p. 209.

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, EJE, 1ª ed., 1959, Tomo I, p. 68.

debe recordarse especialmente que “la ley procesal es la descripción de los actos que integran el proceso. La descripción se hace con relación a actos. El proceso no es sino una relación continuativa de actos procesales especialmente descritos en la ley”¹⁹. En este orden de ideas, resulta claro que la colocación de la norma en el orden de sucesión de actos del proceso es un elemento clave a los efectos de dilucidar el alcance de la acción meramente declarativa en sede constitucional.

A este respecto, y auxiliados por las reglas hermenéuticas que anteceden, debe recordarse, en primer término, que las normas del código procesal civil son por su propia naturaleza generales y aplicables a todo tipo de proceso en cuanto no se disponga de modo distinto, conforme lo previene el Art. 836 del mencionado cuerpo legal. De hecho, en el código procesal civil se regulan numerosos procesos de índole netamente constitucional, entre las cuales ocupa un lugar central la regulación procesal de la declaración judicial de inconstitucionalidad de las sentencias y actos normativos (arts. 538 y siguientes), así como el amparo (Art. 565 y siguientes); sin que se haya controvertido en modo alguno la oportunidad o la conveniencia de una concepción de tal índole. En otros términos, no resulta anormal que se regulen, en la normativa procesal civil, aspectos inherentes al procedimiento en sede de justicia constitucional²⁰, y desde luego esa es la elección que ha seguido el legislador.

¹⁹ COUTURE, Eduardo J. *Interpretación de las leyes procesales*, en *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1950, Tomo III, p. 56.

²⁰ De hecho, esto es lo que hoy en día se ha dado en denominar “derecho procesal constitucional”, sobre lo cual nos dice la doctrina, con acierto, que esta rama es parte del derecho procesal, y estudia los mecanismos procesales destinados a poner en práctica la supremacía constitucional. Estas son las palabras de SAGUÉS, Néstor Pedro. *Recurso extraordinario*. Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., 2002, Tomo 1, p. 4. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y defensa*. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., 2000 (reimpresión), p. 215,

Paralelamente a esta constatación, que justifica plenamente, en la sistemática general del ordenamiento, la reglamentación de normas del proceso constitucional dentro del código procesal civil, se advierte que la previsión de la acción meramente declarativa no se halla encuadrada dentro de un tipo único de proceso, o limitada en el marco del proceso ordinario. Muy por el contrario, el Art. 99 se encuentra dentro del libro I del Código Procesal Civil, que se titula, precisamente, “*De las disposiciones generales*”; mientras que es el libro II el que regula el procedimiento de conocimiento ordinario, y los libros III e IV los procedimientos ejecutivos y especiales respectivamente.

En consecuencia, la acción meramente declarativa es una previsión comprendida como norma general, precisamente bajo el título IV del libro I, que se titula “*Del ejercicio de la acción*”. Esto es, el interés de quien propone una pretensión²¹ –y nótese bien, precisamente por ser norma general encuadrada dentro de las disposiciones generales del código procesal civil, se refiere a cualquier acción– puede limitarse a la mera declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica, o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento. Cualquier pretensión procesal puede tener como interés la mera declaración, y no solamente la

nota 366, atribuye a Hans Kelsen los galones de fundador de esta rama procesal, citando su artículo *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, en “*Revue de droit public*”, 1928, p. 197 y siguientes.

²¹ Para la distinción entre los conceptos de acción, pretensión y demanda, la cual se considera presupuesta en la utilización de la terminología en cuestión; bastará aquí la remisión a ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª ed., 2009, Tomo I, p. 235 y siguientes. En efecto, tal diferenciación, conceptualmente inequívoca; permite enfocar con claridad la idea de que es la pretensión la que se enfoca a un interés puramente declarativo. En otros términos, se busca del proceso una mera dilucidación de situaciones inciertas, y tal es el contenido concreto de la pretensión que se deduce en las acciones meramente declarativas.

producida en juicio ordinario. Como quiera que también la inconstitucionalidad se encuentra regulada en el código procesal civil, y también a su respecto rige la norma general sobre el ejercicio de la acción, no parece esforzado inferir que el interés puramente declarativo puede subsistir también respecto de la jurisdicción constitucional.

Esta conclusión se refuerza, además, allí donde se la apuntele con otro tipo de consideraciones complementarias. Esclarecido el alcance y el profundo significado de la acción meramente declarativa, es sabido, y repetido por la unanimidad de la doctrina procesal, que en realidad la pretensión de declaración subyace a toda pretensión de conocimiento, *“pues la sentencia que satisface una pretensión de condena o una pretensión determinativa contiene, necesariamente, una declaración previa acerca de la relación jurídica controvertida, de la que surgirá la existencia o la inexistencia de los derechos u obligaciones de que se trate”*²².

La declaración del derecho, la dilucidación de la incertidumbre, se encuentran entonces en el núcleo de toda pretensión, de toda provocación de la actividad de los órganos jurisdiccionales. Sea cual fuere el interés que se pretenda satisfacer en el proceso, la declaración sobre el derecho, o sobre la relación jurídica que sirve de base a la dialéctica entre las partes, siempre se halla comprendida en el pronunciamiento jurisdiccional como elemento necesario de la controversia. No en balde el Art. 159 inc. e) del código procesal civil habla, expresamente, de la declaración del derecho como contenido esencial de la sentencia definitiva.

Se ve, pues, que esta noción general puede y debe ser aplicada también a la jurisdicción constitucional, a las controversias en las que se discuta acerca de la aplicación de principios y garantías constitucionales. Aparece como inmediata la constatación según la

²² Mencionamos, *ex multis*, a PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2011, Tomo I, p. 321; por ser esta noción elemental y ampliamente aceptada.

cual, precisamente, también la sentencia que recaiga en la jurisdicción constitucional debe ajustarse a la declaración del derecho, que en el caso particular deberá versar sobre un litigio en el cual se hallen en juego preceptos constitucionales; por lo que también en dicha jurisdicción, de modo general y en cualquier proceso, se produce la declaración del derecho como elemento esencial de la decisión.

Así lo ha entendido amplia y calificada doctrina argentina. Desde la perspectiva procesal, se ha visto con beneplácito la implementación de un remedio de tal tipo precisamente con fundamento en el Art. 322 del código procesal civil y comercial de la Nación del vecino país –norma absolutamente análoga por origen y finalidad al Art. 99 de nuestro código procesal civil, ya mencionado– porque el interés abstracto a la certeza jurídica se halla tutelado por la normativa procesal, con lo cual el remedio constitucional en cuestión puede implementarse dentro de las características generales, técnicas y teóricas, que le son propias, sin exceder el ejercicio normal de la jurisdicción constitucional²³. Esto implica, ciertamente, que la perspectiva técnica no ofrece obstáculo alguno para el acogimiento de la acción declarativa de certeza constitucional, previsto como lo está el interés puramente declarativo en el ejercicio de la acción en la normativa procesal, con carácter general, potencialmente relacionado con cualquier tipo de acción.

Conjuntamente con esta norma, debe tenerse en cuenta también lo dispuesto por el Art. 542, última parte, del Código Procesal Civil, que dispone: “*Cuando se tratare de interpretación de cláusula constitucional, la Corte establecerá su alcance y sentido*”, lo cual viene a confirmar, específicamente, el interés meramente declarativo en la eliminación de la incertidumbre como posible materia de conoci-

²³ MORELLO, Augusto Mario. *La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco del contralor de constitucionalidad*, nota a fallo de la Corte Suprema de la Nación Argentina, 20 de agosto de 1985; en JA-1985-IV, sección jurisprudencia, p. 258.

miento de la máxima instancia en sede específicamente constitucional; lo cual coincide profundamente con la admisibilidad general del remedio, como surge de la exposición hasta aquí desarrollada²⁴.

²⁴ A este respecto, SEALL-SASIAIN, Jorge. Interpretación asistemática sobre la acefalía coexistente de presidente y vicepresidente (crítica al fallo sobre el Art. 234 de la Constitución), en Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2000, p. 568, considera que tal artículo se aplica impropiaamente fuera del instituto de la excepción de inconstitucionalidad, puesto que allí se halla regulado. Una postura aún más extrema es la de la Excm. Ministra Gladys BAREIRO DE MÓDICA, quien en el A.I. N° 456, del 16 de marzo de 2017, emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, consideró que la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para atender las consultas o solicitudes de interpretación jurídica.

Ahora bien, si la acción meramente declarativa se halla prevista con carácter general, quizá resultaría limitativo admitir la interpretación constitucional únicamente en el marco de la excepción de inconstitucionalidad. Al acoger la norma procesal en vía genérica el interés puramente declarativo como suficiente para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, parece bastante lógico que dicho interés pueda ser tutelado en la jurisdicción constitucional independientemente de la vía procesal con la que se provoque la intervención de la Corte Suprema. Dicho de otro modo, creemos que no sería lógico postular que la facultad en cuestión solamente puede ser ejercida dentro del trámite de una excepción de inconstitucionalidad, porque ello equivaldría –en primer lugar– a eliminar la función meramente declarativa expresamente acogida en el Art. 99 del código procesal civil; y en segundo lugar, implicaría un desconocimiento directo de la disposición del Art. 247 de la Constitución Nacional, según el cual es el Poder Judicial –y en particular, la Corte Suprema de Justicia– el órgano que interpreta la Constitución. Creemos que no es sostenible postular que el Poder Judicial puede ejercer una función interpretativa solamente por vía de excepción, y mucho menos sostener que esta función interpretativa no exista. Muy por el contrario, la norma en cuestión permite que *incluso por la vía de la excepción*, la Corte Suprema de Justicia pueda entender en una controversia puramente interpretativa; lo

Afirmando enfáticamente la calidad de “causa” judicial, y por ende idónea para generar jurisdicción²⁵, se insiste en que también en sede constitucional puede existir incertidumbre en una relación jurídica, por lo que –reunidos los requisitos para la procedencia de dicha acción²⁶– *“queda desprovista de razonamiento y convicción la afirmación de que el control de constitucionalidad no tiene cabida en procesos declarativos de mera certeza porque se supone que*

cual viene a confirmar la tesis que venimos sosteniendo, por ser este entendimiento particularmente ajustado a la disposición constitucional mencionada.

La Corte Suprema de Justicia ha compartido este razonamiento, dejando sentado, en el Acuerdo y Sentencia N° 185, del 10 de abril de 2014, lo siguiente: *“No es sistemático ni coherente sostener que la competencia de la Corte Suprema de Justicia permita entender en la cuestión interpretativa cuando la misma se provoca de modo indirecto, por vía de la excepción, pero no admita poder atenderla cuando la acción se promueve específicamente con dicha finalidad. Esto atenta contra el más elemental sentido de economía procesal, contradice la finalidad normativa y conceptual de la acción meramente declarativa, ya reseñada precedentemente, y contraviene profundamente el orden de los derechos fundamentales”*; lo que luego se reiteró en el Acuerdo y Sentencia N° 1010, del 11 de diciembre de 2015.

²⁵ Aun cuando más no sea por la elemental constatación de que, en caso contrario, “vosotros debéis dar primeramente el paso en la oscuridad y después encendéis la luz para ver si habéis caído en un pozo; según la ley propuesta, primero encendéis la luz y después dáis el paso”; según la convincente y pintoresca fundamentación dada en sede de discusión parlamentaria estadounidense a la hora de admitir la acción meramente declarativa. La consigna BORCHARD, Edwin M. Las sentencias declarativas, en Revista de derecho procesal, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1^a, p. 617.

²⁶ Para los cuales –al ocuparnos aquí prevalentemente del acogimiento jurisprudencial del instituto– bastará la remisión a PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1^a ed., 1993, Tomo 7, p. 174 y siguientes, donde puede encontrarse una amplia reseña de fallos sobre el punto.

tales procesos tienen su ámbito de aplicación en materia de derecho común. El Art. 322 del Cód. Procesal²⁷ no dice tal cosa, y no sabemos por qué la acción declarativa debe quedar cohibida en el campo del derecho público, donde la falta de certidumbre puede ser tan dañina o más que en el del derecho privado²⁸.

Esta opinión fue posteriormente expuesta, con mayor profundidad de argumentación, en idéntico sentido, con ampliación de fundamentos. Se sostuvo que precisamente por la existencia del Art. 322 del código procesal civil y comercial de la Nación –cuya presencia en el derecho nacional y colocación sistemática ya ha sido convenientemente analizada– no puede considerarse la inexistencia de causa, indicando que en tales condiciones no puede ser utilizada ni para relaciones de derecho privado, ni para relaciones de derecho público, a los efectos del ejercicio de la función jurisdiccional. Si suscita causa, si genera controversia, puede utilizarse para todo, “*porque si hay causa no tiene sentido alguno decir que sirve para una cosa y no sirve para otra*”, con lo que es medio plenamente idóneo para introducir cuestión constitucional²⁹.

Avalada con la densidad de los argumentos expuestos y la autoridad de sus autores, la figura tuvo firme ingreso jurisprudencial. Es unánimemente recordado el dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Eduardo H. Marquardt³⁰, que merece sin dudas una atenta lectura. En dicha pieza jurídica, de alta erudición, quedan expuestos sobradamente los antecedentes jurisprudencia-

²⁷ Que corresponde al Art. 99 del código procesal civil nacional, bueno es puntualizarlo.

²⁸ Son palabras de BIDART CAMPOS, Germán J. *La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad*, nota al dictamen del Procurador General de la Nación *in re* “HIDRONOR S.A. c/ Provincia de Neuquén” en LL 154, sección jurisprudencia, p. 518.

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987, p. 184.

³⁰ Disponible *in extenso* en LL 154, col. 518 y siguientes.

denciales y de derecho comparado que permiten sostener la admisión de una pretensión de tal índole, en el marco del Art. 322 del código procesal civil de la Nación y en el campo constitucional.

Esta tendencia –el dictamen en cuestión lleva fecha del año 1971– fue admitida jurisprudencialmente. A partir de la sentencia recaída en los autos “PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO C. GOBIERNO NACIONAL”³¹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina admitió la acción meramente declarativa de certeza, superando los titubeos iniciales, con lo que la tesis que negaba la posibilidad de admitir este tipo de pretensiones quedó sin dudas superada³², acogiéndose ampliamente, a nivel jurisprudencial, la tesis favorable a la viabilidad de tal medio procesal.

3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia acogió decididamente tales nociones doctrinarias y las utilizó como fundamento para admitir la acción meramente declarativa en el campo constitucional. La primera sentencia en tal sentido³³, ³⁴ es el Acuerdo y Sentencia N°

³¹ VERDAGUER, Alejandro C. Acción meramente declarativa (su alcance como acción de inconstitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), en LL-1991-A, sección doctrina, p. 794. La sentencia de referencia fue publicada en JA 1985-IV-255, además de LL 1986-C-116.

³² Una muy completa reseña de dicha evolución, a la cual remitimos por los profusos datos jurisprudenciales, puede encontrarse en SERRA RAD, María Mercedes. *Procesos y recursos constitucionales*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1992, p. 113 y siguientes.

³³ El Prof. Dr. Luis LEZCANO CLAUDE, en el sitio <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2017/03/01/accion-de-declaracion-de-certeza-constitucional/>; recuerda como un antecedente también el Acuerdo y Sentencia número 481, del 20 de noviembre de 1996, emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Dicha sentencia, sin embargo, no atiende propiamente una declaración de certeza como pretensión interpuesta en tales términos; sino que representa

191, del 27 de abril de 1999³⁵, dictada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia. Allí se resolvió una consulta elevada por el Tribunal Superior de Justicia Electoral, a los efectos de determinar si,

un caso que llegó a conocimiento de la máxima instancia judicial en aplicación de la ley 600/1995, que modificó el Art. 582 del Código Procesal Civil. Es decir, se trata de un supuesto de determinación de constitucionalidad en el marco de un juicio de amparo.

Hecha esta puntualización, es sin embargo sumamente oportuno advertir que en la sentencia en cuestión la elevación de los autos a la Sala Constitucional de la Excm. Corte Suprema de Justicia no se produjo en función de la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino afirmándose explícitamente que es la Corte Suprema de Justicia el único órgano con competencia para la interpretación del texto constitucional. La Corte Suprema de Justicia emprendió la labor interpretativa, interpretando la cláusula constitucional y estableciendo su alcance y sentido. Desde este punto de vista, queda claro que –si bien la vía procesal no fue la de la acción meramente declarativa– la Corte Suprema de Justicia asumió como función propia la dilucidación hermenéutica del texto constitucional, y por ello, teniendo en cuenta el resultado alcanzado, sin dudas la mención de la sentencia es altamente pertinente en razón de la afirmación de la competencia de la Corte Suprema de Justicia para dilucidar dudas derivadas de la hermenéutica constitucional en el caso concreto.

³⁴ RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús. *Derecho constitucional paraguayo*. Asunción, edición del autor, 2000, Tomo I, p. 669; advirtió inequívocamente, a corta distancia del fallo en cuestión, su carácter de *leading case*, al indicar que tal postura de la Corte Suprema de Justicia incorpora un nuevo mecanismo de control de constitucionalidad dentro del orden jurídico nacional. A esta observación podría puntualizarse que en realidad la Corte Suprema de Justicia se limitó a volver operativos principios procesales expresamente consagrados en la ley procesal, y admitió la jurisdicción constitucional sobre la base del interés puramente declarativo consagrado en el Art. 99 del Código Procesal Civil, al cual se añaden otras normas, como tendremos ocasión de precisar en el texto.

³⁵ El texto completo puede consultarse en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Fallos institucionales*. Asunción, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 1ª ed., 2000, Tomo I, p. 203 y siguientes.

en la coyuntura de aquel tiempo, debía convocarse a elecciones simultáneas para los cargos de presidente o vicepresidente de la República; o solamente para la presidencia.

Prescindiremos del fondo de la cuestión allí abordada para concentrarnos únicamente en la admisión de la declaración de certeza constitucional, que es lo que aquí interesa. En tal sentido, el preopinante, Prof. Dr. Elixeno AYALA, advirtió con claridad que el caso planteaba una acción declarativa de certeza, vinculada con la duda constitucional, y mencionó doctrina y jurisprudencia argentinas. El Prof. Dr. Raúl SAPENA BRUGADA amplió el examen de la cuestión y afirmó, en frase que merece cita completa por su relevancia, que *"... por supuesto, cualquier juez puede y debe interpretar la Constitución como parte inseparable y suprema del ordenamiento jurídico. Hay en cambio cuestión constitucional como materia propia de la Corte Suprema de Justicia, cuando, dentro de los demás parámetros de los que seguiremos hablando, hay colisión de normas dentro de la Constitución pues, en ese caso, el juez ordinario (no constitucional) no puede realizar la operación propia de un Juez constitucional que es, en definitiva, tratándose de antinomias, de realizar una opción válida entre ambas rechazando una de ellas"*.

Tal afirmación contiene, en realidad, el núcleo de la argumentación que permite concluir por la validez de este tipo de sentencias, y obviamente, de las pretensiones que las introducen. La interpretación de la Constitución se halla atribuida, como función, al Poder Judicial en su conjunto, de acuerdo al Art. 247 del mencionado cuerpo legal. Empero, allí donde hay una contradicción, donde hay dos interpretaciones posibles, por así decirlo, quien debe disipar la duda, la incertidumbre jurídica, no puede ser sino el órgano legislativamente reservado para ejercer la jurisdicción constitucional, esto es, la Corte Suprema de Justicia, en pleno o a través de la Sala Constitucional prevista en el Art. 260 de la Ley Fundamental, con el que concuerdan los arts. 11 y siguientes de la Ley 609/1995. Y esta función, puramente declarativa, se encuentra reconocida en vía general, y por ende para cualquier tipo de acción, por el Art. 99 del Código Procesal Civil.

A esto agrega el Dr. Enrique SOSA ELIZECHE, en el mismo fallo, que ciertamente una labor de tal índole no es una simple labor de hermenéutica académica sino que es una interpretación con efectos jurídicos y obligatorios, con lo que enfoca acabadamente, una vez más, el interés al cual hace referencia el Art. 99 del código procesal civil, que está dado precisamente por la existencia de una incertidumbre que debe ser disipada definitivamente y para el caso concreto, como interés suficiente para promover el ejercicio de la función jurisdiccional.

De la reseña realizada se advierte que la Corte Suprema de Justicia, en su anterior composición, asimiló e hizo suyas las enseñanzas doctrinarias reseñadas en el capítulo anterior, dando pleno ingreso a la acción declarativa de certeza constitucional como medio idóneo para disipar la incertidumbre en la interpretación constitucional, siempre que la cuestión configure un caso susceptible de decisión judicial.

Esta tendencia fue mantenida por la Sala Constitucional en fallos sucesivos, admitiendo la vía procesal de la acción meramente declarativa como idónea para provocar válidamente el ejercicio de la función jurisdiccional. En los Acuerdos y Sentencia números 37, del 23 de febrero de 2009³⁶; 110, del 19 de marzo de 2009³⁷; 443, del 9 de junio de 2009³⁸; y 1010, del 11 de diciembre de 2015³⁹, se trató el tema, de pura controversia constitucional y por ende de interpretación de tal tipo, que versaba, en definitiva, sobre la operatividad de la inamovilidad operada por el Art. 252 de la Constitución Nacional para quienes la hubieren adquirido con anterioridad a su designación como Ministros de la Corte Suprema de Jus-

³⁶ El texto puede consultarse en LLP 2009, p. 316 y siguientes.

³⁷ Publicada en LLP 2009, p. 432 y siguientes.

³⁸ Disponible en LLP 2009, p. 814 y siguientes.

³⁹ Puede accederse a la sentencia íntegra a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia.

ticia, advertida la disposición del Art. 8° de las disposiciones transitorias y atentos al Art. 261 del mismo cuerpo legal.

La situación de incertidumbre generada por dicha situación fáctica, que generaba un caso concreto susceptible de atención jurisdiccional, fue merituada positivamente por las decisiones en cuestión, donde se realizó expresa mención del Art. 99 del código procesal civil como fundamento de la posibilidad de admitir un interés puramente declarativo, orientado a la eliminación de una duda a los efectos de proteger la certeza jurídica. A renglón seguido, la Sala Constitucional evoca la autoridad del Prof. BIDART CAMPOS para concluir sobre la admisibilidad de este tipo de acciones en el marco de la jurisdicción constitucional, indicando *“la incoherencia de tener primero que actuar para luego saber, frente a hechos ya consumados, si lo actuado fue o no correcto”*. Tras numerosa mención de doctrina y jurisprudencia argentina, que hemos ya descrito en sus orígenes y fundamentos en el título que antecede, fue invocado también el precedente del año 1999, para concluir en sentido favorable a la admisibilidad procesal de una pretensión de tal tipo.

La postura de la Fiscalía General del Estado tampoco fue distinta. La reseña de los sendos dictámenes rendidos en la sustanciación de las acciones promovidas –contenida en las sentencias indicadas, en el voto del preopinante– indica, textualmente, cuanto sigue: *“Como primer punto, analizó la vía procesal y arguyó que esta acción puramente declarativa está contemplada para su ejercicio directo ante los Juzgados y Tribunales Ordinarios de la República. Pero al tratarse de un planteamiento de relevancia constitucional, la única instancia competente para entender y emitir pronunciamientos sobre la misma, es la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual encuentra disipada toda duda respecto a la idoneidad de la vía procesal intentada por la parte actora en el presente caso”*.

A mayor abundamiento, en la sentencia mencionada en la nota 38, uno de los integrantes de la Sala Constitucional, el Dr. BRAY MAURICE, consideró necesario referirse específicamente sobre el punto, abundando sobre la vía procesal escogida, para pun-

tualizar que *“conforme lo señalara precedentemente, se trata de una acción declarativa de certeza constitucional, cuyo pronunciamiento se impone, dado que se busca dilucidar una cuestión relacionada directamente con la independencia y fortalecimiento del Poder Judicial, que a mi criterio es de importancia capital”*. Esto es, a la situación de duda, que debe ser dilucidada, se une una cuestión de importancia institucional por cuanto se relaciona con la independencia y fortalecimiento del Poder Judicial.

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, así, acogen la acción meramente declarativa basándose en argumentos de doctrina y jurisprudencia que fueron expresamente apoyados en textos legales nacionales a los efectos de determinar su operatividad y vigencia. Lo dicho demuestra que la línea jurisprudencial iniciada en el año 1999 y continuada diez años después; tiene un aparato doctrinario y casuístico basado directamente sobre la esencia del interés tutelado por medio de la acción meramente declarativa, expresamente acogida en nuestro derecho, y cuya operatividad en la esfera del derecho público es reconocida por doctrinarios de primer nivel. En consecuencia, la Sala Constitucional hizo suyas esas enseñanzas y las estimó plenamente aplicables a nuestro sistema jurídico, vista la admisión expresa en él de la acción puramente declarativa.

4. Una primera consolidación: sus resultados

Al iniciar el presente trabajo, anunciábamos que nuestro deseo era exponer el avance que tuvo la figura de la acción meramente declarativa de certeza en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. De hecho, si advertimos lo dicho con anterioridad –y llamamos sobre todo la atención en cuanto a la cita del Acuerdo y Sentencia número 1010, del 11 de diciembre de 2015⁴⁰, dictado por la Sala Constitucional de la Excm. Corte Suprema de Justicia–

⁴⁰ Nos remitimos a la cita hecha *supra*, en la nota 39.

notaremos que esta es la única sentencia que hemos insertado en la línea jurisprudencial de la cual nos hemos ocupado ampliamente.

Ello así por dos razones, una que implica una mirada al pasado, y otra que implica un punto de inflexión respecto de la experiencia posterior de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el caso mencionado en el párrafo anterior no es sino la reiteración de jurisprudencia constante sobre un tema puntual, a saber, la operatividad de la inamovilidad operada por el Art. 252 de la Constitución Nacional para quienes la hubieren adquirido con anterioridad a su designación como Ministros de la Corte Suprema de Justicia, advertida la disposición del Art. 8° de las disposiciones transitorias y atentos al Art. 261 del mismo cuerpo legal. En cuanto a este punto, no hay ninguna variación, ni en el sentido ni en el resultado del tratamiento de la cuestión, por lo cual aquí se tiene, simplemente, la reiteración de jurisprudencia absolutamente constante.

Esclarecido este punto, adelantaremos que la evolución jurisprudencial de los años transcurridos entre la publicación de nuestro primer trabajo⁴¹ y esta actualización ha sido relevante no sólo por la reafirmación de la tendencia jurisprudencial invariablemente sostenida por diversas conformaciones de la Corte Suprema de Justicia, sino por sobre todo en función del modo de utilización de la figura. En efecto, veremos ampliamente, en el título siguiente, que la acción meramente declarativa ha sido utilizada ampliamente incluso por parte de órganos del Poder Ejecutivo, llegándose a producir incluso la interacción y colaboración de la Corte Suprema de Justicia, por vías institucionales, en la toma de decisiones de elevado interés nacional.

⁴¹ Volvemos a mencionarlo, para comodidad del lector: TORRES KIRMSER, José Raúl. La acción declarativa de certeza constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción*, 2012, 2ª ed., p. 107 y siguientes.

Esta evolución, de la que pretendemos dar cuenta detallada, nos impone como paso previo una síntesis de los resultados alcanzados hasta aquí, lo que será, al mismo tiempo, un buen compendio de la doctrina que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha construido en torno a la figura de la acción meramente declarativa de certeza. De hecho, hemos sentido la necesidad de realizar tal labor incluso en ejercicio de la función jurisdiccional – específicamente, en el Acuerdo y Sentencia número 81, del 24 de febrero de 2017– como premisa necesaria para abordar el mérito de la certeza pretendida en el caso concreto.

La síntesis en cuestión será estructurada, en primer término, sobre el fundamento normativo de la cuestión –ya que los antecedentes doctrinarios quedaron expuestos con anterioridad, y a ellos nos remitimos– y en segundo lugar sobre las consecuencias sistemáticas que derivan de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia. No se encontrará aquí nada que no se haya ya dicho con anterioridad, pero estimamos sobremanera necesaria esta labor de consolidación, vista la complejidad e importancia de los casos atendidos por la vía de la acción meramente declarativa de certeza en los últimos años.

Así, tenemos que la vía procesal de la acción meramente declarativa de certeza tiene idénticas e incluso más amplias bases normativas que las que permitieron el desarrollo jurisprudencial de la figura en Argentina. En efecto, el Art. 99 del código procesal civil, norma general y por ende aplicable a cualquier tipo de proceso, por cuanto define el interés del proponente de la acción, se complementa perfectamente con la regulación procesal –contenida en el mismo instrumento normativo– de la acción de inconstitucionalidad, a lo que se suma la expresa atribución, por ley, de la potestad de establecer el alcance y sentido de una disposición

constitucional, por vía de la interpretación, de acuerdo con el Art. 542 del código procesal civil⁴².

Estas disposiciones encuentran su correspondencia y ajuste expreso en la Constitución Nacional. En efecto, el Art. 247 de la ley fundamental atribuye expresamente al Poder Judicial la cualidad de intérprete de la Constitución Nacional; y el Art. 259, inc. 10) del mismo cuerpo legal permite al legislador ordinario atribuir a la Corte Suprema de Justicia otras funciones, además de las previstas en dicho cuerpo normativo. Así, las disposiciones del Art. 260 de la Constitución Nacional, reproducido por el Art. 11 de la ley 609/1995, armonizan perfectamente con el Art. 99 del código procesal civil, que define como interés válido de quien propone una acción en todo tipo de proceso el puramente declarativo, lo que también armoniza con la disposición del Art. 542 del código procesal civil, del cual ya nos ocupamos en cuanto permite, en sede de

⁴² La ubicación de las normas que regulan el proceso constitucional en el derecho procesal civil es, por sí sola, un índice seguro de la importancia de manejar las normas generales del proceso como complementarias de las específicamente aplicables a la jurisdicción constitucional. Véase, en este sentido, lo dicho por FALCÓN, Enrique M. *El derecho procesal constitucional*, en FALCÓN, Enrique M (director). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., 2010, Tomo 1, p. 41: “Podemos decir que la relación del actual derecho procesal constitucional con el derecho procesal civil es bastante profunda, ya que fue este último el receptor en su seno de la materia Procesal Constitucional, antes del nacimiento como rama autónoma, y aún hoy, en numerosos códigos, se encuentran compiladas varias de las normas del derecho procesal constitucional, como el recurso extraordinario de inconstitucionalidad o el amparo”. Es por ello que se ha dicho que el contenido del derecho procesal constitucional comienza con los sistemas previstos institucionalmente para el control de constitucionalidad (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos*, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008, Tomo I, p. 749).

jurisdicción constitucional, la determinación del alcance y sentido de una cláusula o disposición de la ley fundamental.

De esta manera, se admite sin ambages la finalidad preventiva de este tipo de proceso; en cuanto aquí no se procura una tutela reparadora sino preventiva, conforme lo tenemos ampliamente explicado al describir las premisas doctrinarias de este tipo de acción. En otros términos, aquí no se lamenta una violación existente, o bien una vulneración constitucional ya en acto; sino que se tiende precisamente a evitar esa situación, cuando ello pueda ser subsanado mediante un procedimiento que tenga las características de una causa justiciable –lo que la Corte Suprema de Justicia se ha cuidado bien de enfatizar, en los pronunciamientos que dejamos comentados⁴³– y permitir así la eliminación de la incertidumbre o zozobra que derive de la interpretación de normas exclusivamente constitucionales.

Corresponde insistir en esta última cuestión, por cuanto en los casos que la Corte Suprema de Justicia falló por la vía de la acción meramente declarativa de certeza se trató, siempre, de dar una interpretación autorizada de la Constitución Nacional, es decir, de determinar el sentido y alcance de disposiciones constitu-

⁴³ En efecto, esta preocupación puede verse claramente ya en el Acuerdo y Sentencia N° 191, del 27 de abril de 1999, dictada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Fallos institucionales*. Asunción, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 1ª ed., 2000, Tomo I, p. 203 y siguientes), donde sobre todo los votos de los Ministros AYALA y SOSA ELIZECHE dedicaron varios pasajes de su fundamentación a explicar la necesidad de que haya un caso concreto que distinga la cuestión de las preguntas meramente especulativas, teóricas o académicas. El Acuerdo y Sentencia número 37, del 23 de febrero de 2009 (LLP 2009, p. 316 y siguientes) –al igual que los fallos mencionados en las notas 37, 38 y 39– también tienen especial cuidado en explicar la necesidad de la existencia de una incertidumbre concreta y objetiva como llave de paso para permitir la vía de la acción meramente declarativa de certeza.

cionales. Esto nos indica que la incertidumbre se vincula estrechamente con la existencia de un caso ante el cual existen dos o más soluciones *constitucionalmente* posibles, casos en los que la hermenéutica de la norma constitucional no es unívoca y puede llevar a soluciones distintas. Es allí donde se justifica la intervención de la Corte Suprema de Justicia en orden a zanjar la controversia interpretativa, en el marco de una relación jurídica concreta.

Este orden de ideas es, además, particularmente coherente con un elemental sentido común. Si se denegara la posibilidad de dirimir la controversia interpretativa para prevenir el problema; se estaría postulando, lisa y llanamente, un tipo de lectura de la norma que exige la configuración de la litis y de la controversia en concreto: es decir, la jurisdicción constitucional podría intervenir solamente cuando la violación se ha consumado, pero no para prevenir tal violación, o incluso para auxiliar a quienes deben adoptar una decisión, indicando la recta hermenéutica constitucional. No creemos que este resultado interpretativo sea valioso ni aceptable, incluso en términos de acceso efectivo a la justicia⁴⁴.

⁴⁴ Así lo ilustra LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de interpretación constitucional*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 2007, Tomo I, p. 709: "La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos ha establecido que la Constitución, en todas o cualquiera de sus cláusulas, debe recibir una interpretación razonable y práctica, de acuerdo con el sentido común (common sense). Debe evitarse, en lo posible, la confusión, la ambigüedad o la contradicción; entre dos interpretaciones alternativas debe preferirse la que pueda suscitar menos cuestiones complejas".

Por lo demás, siempre debe entenderse hecha la salvedad de que la llave de acceso fundamental está dada por la presencia de un caso concreto, de un conflicto que pretende ser dirimido, por la vía de la prevención, a través de la declaración de certeza constitucional, lo que implica además la necesidad de acreditar un interés personal y directo en la solución del caso (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La justicia constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1^a ed., 1994, p. 119).

Por el contrario, la tesis que proponemos maximiza –allí donde hubiere un conflicto que presuponga la dificultad o controversia hermenéutica de normas puramente constitucionales– la posibilidad de una recta aplicación de la norma constitucional y su vigencia amplia e irrestricta⁴⁵; garantizando además al legitimado una respuesta que le dé la máxima seguridad no ya para reparar una violación constitucional, sino para evitar su consumación. Se concreta así, en palabras del prestigioso autor alemán Friedrich MÜLLER, el método de trabajo constitucional según el cual *“una concepción de los métodos que pretenda llevarnos más allá del positivismo legal ha de dar reglas para la tarea de concretar la norma en el sentido amplio que tiene en la práctica real”*⁴⁶. ¿Qué puede considerarse como más real y efectivo que dar una solución preventiva al conflicto constitucional? Nuestro ordenamiento nos ofrece –lo hemos visto–

⁴⁵ AMAYA, Jorge Alejandro. Control de constitucionalidad. Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2015, p. 424. De hecho, ya GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos, en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008, Tomo I, p. 751, lo decía en palabras que merecen una transcripción integral: “La mirada tiene que dirigirse al resultado que tiene quien necesita ejercer el derecho de petición, porque como se dijo al comienzo, una pretensión que se escucha y queda sin resolver, provoca desconcierto e injusticia, más allá de la violación por desconocimiento a una norma fundamental”. La acción declarativa de certeza constitucional, por el contrario, da esta respuesta concreta, en el marco de un caso; y de las más refinadas: una respuesta que permite evitar la incertidumbre y el error.

⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabajo del derecho constitucional*. Traducción de GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, SALVADOR. Madrid, Marcial Pons, 1ª ed., 2006, p. 247. El razonamiento del mencionado autor continúa, cuando nos dice luego (p. 249), que la norma jurídica no está lista y delimitada en sus extremos, sino que es identificable materialmente mediante una concepción racional de los métodos, que se aplicarán y concretarán en el caso particular hasta generar una decisión concreta.

herramientas concretas y concebidas específicamente para llegar a tal resultado.

5. La evolución jurisprudencial del último quinquenio

Sentadas las premisas del capítulo anterior, que sirven de síntesis de los resultados que pueden considerarse adquiridos por la doctrina constante de la Corte Suprema de Justicia, nos ocuparemos de dar cuenta de la jurisprudencia recaída en estos últimos años, como lo anunciábamos en la introducción a este trabajo. En efecto, ya decíamos antes que en el Acuerdo y Sentencia N° 1010, del 11 de diciembre de 2015⁴⁷, emanado de la Sala Constitucional, se resolvió, conforme con la consolidada jurisprudencia sobre el punto, la cuestión que versa sobre la operatividad de la inamovilidad operada por el Art. 252 de la Constitución Nacional para quienes la hubieren adquirido con anterioridad a su designación como Ministros de la Corte Suprema de Justicia, advertida la disposición del Art. 8° de las disposiciones transitorias y atentos al Art. 261 del mismo cuerpo legal.

Lo que aquí nos interesa es determinar la enorme ampliación del espectro de la aplicación de la acción meramente declarativa de certeza. Dicha ampliación se verificó en cuanto al mérito de las causas propuestas por dicha vía ante la Corte Suprema de Justicia, y a los sujetos que la proponían. En efecto, otros poderes del Estado han utilizado dicha vía, solicitando específicamente de la Corte Suprema de Justicia un pronunciamiento de certeza constitucional sobre cuestiones de relevancia institucional. Propondremos una reseña de las decisiones que recayeron:

⁴⁷ Puede accederse a la sentencia íntegra a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia.

a) *Acuerdo y Sentencia N° 185, del 10 de abril de 2014, emanado de la Corte Suprema de Justicia, en pleno*⁴⁸. En este caso, el Banco Central del Paraguay, con el concurso de la Procuraduría General de la República, promovió una acción declarativa de certeza. Por dicha vía, se persiguió, y se obtuvo, la aplicación e identificación del alcance del Art. 105 de la Constitución Nacional, en relación concreta con la situación de un determinado profesional abogado, que pretendía hacer valer regulaciones judiciales de honorarios contra el Banco Central del Paraguay, ente del que el abogado en cuestión era funcionario. Se tienen así claramente identificados los casos de interpretación normativa y de controversia puntual.

b) *Acuerdo y Sentencia N° 880, del 17 de noviembre de 2015, emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*⁴⁹. La controversia, por demás interesante, implicó la presencia de dos fallos contradictorios, emanados de la Sala Penal y Constitucional respectivamente, y referidos a la misma materia y objeto. En estos términos se planteó la cuestión a resolver por parte de los Ministros integrantes de la Sala Constitucional; y la demanda para dilucidar la incertidumbre fue promovida por el Procurador General de la República, el Ministro Asesor Jurídico de la Presidencia de la República y el Abogado del Tesoro. Una vez más, la controversia se definió como incertidumbre en un caso concreto, en el que existían dos fallos contradictorios referidos a los mismos sujetos en relación con el mismo supuesto de hecho.

⁴⁸ Puede accederse a la sentencia íntegra a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁹ Puede accederse a la sentencia íntegra a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia

c) *Acuerdo y Sentencia N° 81, del 24 de febrero de 2017, emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*⁵⁰. La sentencia en cuestión, por vía de la acción declarativa de certeza, entendió en la controversia derivada del veto total del proyecto de ley N° 5789/16, que instrumentaba el presupuesto general de gastos del ejercicio fiscal del año 2017. Ante esta situación, el Ministro de Hacienda, con el concurso del Procurador General de la República y del Abogado del Tesoro, pidieron, por vía de la acción meramente declarativa, que se determine si resultaba constitucional la emisión de bonos en el ejercicio fiscal 2017.

La enunciación que antecede –en la cual, a los efectos de este trabajo, nos interesa destacar únicamente la utilización de la figura procesal de la acción declarativa de certeza– es en sí misma suficientemente ilustrativa de la importancia y complejidad de los temas respecto de los cuales se requirió la intervención de la Corte Suprema de Justicia, en el marco de un procedimiento en el cual se debatía un caso, a los efectos de disipar la duda derivada de la recta hermenéutica constitucional. Ya nos hemos referido antes⁵¹ al significado que tiene el temperamento en cuestión en orden a la participación de la Corte Suprema de Justicia en el tipo de decisiones que mencionamos.

Lo que resulta sobremanera interesante advertir es el inmenso potencial de aplicación de la figura. No en balde se ha dicho –y nótese la innegable analogía con la evolución nacional aquí descrita– que *“Las acciones declarativas constituyen un fenómeno muy particular dentro del sistema de control constitucional. Ninguna otra vía procesal ha tenido el desarrollo experimentado en los últimos años por*

⁵⁰ Fallo disponible en la página institucional de la Corte Suprema de Justicia, a través del enlace: http://www.pj.gov.py/descargas/ID1-8_expediente_accion_declarativa_de_certeza_constitucional2017.pdf

⁵¹ Más específicamente, en la nota 2, a la que nos remitimos. De hecho, también MENDONCA, Daniel. *Sentencia declarativa de certeza constitucional*, en *La Ley Paraguaya*, 2012, p. 1744, reconoce el impacto político e institucional de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia.

*estas acciones, las que desde una posición inicial negatoria de su condición de caso judicial, fruto de su asimilación con las opiniones consultivas, han llegado a convertirse hoy día en el vehículo de los pronunciamientos más trascendentes en materia de control de constitucionalidad. Coincidió así con TORICELLI, en que por esta vía se han vertido los pronunciamientos institucionales más resonantes de la Corte Suprema en la década 1990-2000*⁵².

De hecho, esta potencialidad de evolución y la trascendencia del instituto han hecho que nuestra Corte Suprema de Justicia tenga que preocuparse de definir que la incertidumbre debe tener delineamientos muy concretos para que pueda habilitar la vía de control preventivo. Hemos insistido convenientemente sobre la necesidad de que la acción meramente declarativa proponga un caso judicial⁵³, elemento éste que nuestra Corte Suprema de Justicia tuvo que dejar bien sentado a la hora de rechazar liminarmente un pedido de acción meramente declarativa. En efecto, por A.I. N° 204, del 24 de febrero de 2016⁵⁴, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado, de modo por demás tajante, que una solicitud interpretativa formulada de modo abstracto, y por la vía del derecho genérico de petición que contiene el Art. 40 de la Constitución Nacional, no puede habilitar ningún tipo de pronunciamiento, por no existir un caso controvertido en el que se requiera una decisión.

⁵² BIANCHI, Alberto B. *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, en CASSAGNE, Juan Carlos (director). *Tratado general de derecho procesal administrativo*. Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2011, Tomo II, p. 751.

⁵³ En este sentido, agregando la mención a lo ya dicho a lo largo del texto, véase lo dicho por SALGADO, José María. *La acción de inconstitucionalidad*, en FALCÓN, Enrique M. (director). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª ed., 2010, Tomo I, p. 939.

⁵⁴ Puede accederse al texto de la decisión a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia.

La decisión de rechazo instrumentada en el A.I. N° 456, del 16 de marzo de 2017, también emanado de la Sala Constitucional⁵⁵ no tuvo como fundamento la ausencia de un caso –aquí sí que lo había, y bien nítido– sino la ausencia de cláusula constitucional a ser interpretada. En efecto, allí la Municipalidad de Ñemby pretendió que la Corte Suprema de Justicia emita un fallo que certeza constitucional respecto de la relación de titularidad de dominio del Cerro Ñemby.

Queda claro que la incertidumbre en tal situación, si bien existe, no se refiere a una materia de conocimiento constitucional, sino muy por el contrario, y como bien lo dijo la Sala Constitucional, aquí se trataba de una cuestión derivada de una cuestión contractual que tenía por objeto a un bien inmueble, con lo que las instancias ordinarias se hallaban ampliamente disponibles. En estas condiciones, como nos indica el interlocutorio comentado, cualquier pronunciamiento implicaría desvirtuar la naturaleza de la acción meramente declarativa.

De este modo, se ve que la importancia, complejidad y relevancia de los casos propuestos a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, por la vía de la acción declarativa de certeza, han generado también la necesidad de especificar las condiciones en las que dicho mecanismo podía ser propuesto, tanto en orden a la existencia efectiva de un caso como a la naturaleza de la controversia que se pretende dirimir por vía declarativa, sin que puedan plantearse cuestiones contenciosas que tienen la respuesta de la jurisdicción ordinaria. La incertidumbre, en suma, debe plantearse respecto de cuestiones constitucionales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina lo ha dicho con toda claridad: *“Resulta preciso disipar la confusión entre las pretensiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud, y las*

⁵⁵ Con disidencia de la Ministra Gladys BAREIRO DE MÓDICA, a la que nos hemos ya referido en la nota 24.

*acciones determinativas de derechos de base constitucional, cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir las lesiones de tales derechos, como son la acción de mera certeza o del amparo*⁵⁶.

6. La acción meramente declarativa y la cosa juzgada

Las sentencias que recaen en las acciones meramente declarativas –de las cuales la declaración de certeza constitucional es una especie, como se dejó dicho ampliamente en las páginas que preceden– precisamente por recaer dentro de controversias de tinte jurisdiccional, que presuponen una causa, son plenamente idóneas para alcanzar la autoridad de cosa juzgada. Así lo tiene establecido la doctrina nacional, con el obvio recaudo de que la misma involucre a quien resulta titular de la relación jurídica sustancial o de la situación que genera incertidumbre⁵⁷.

Desde luego, apenas hace falta reiterar que “la cosa juzgada es la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdiccional; la cosa juzgada trunca y hace inútiles las discusiones acerca de la justicia o injusticia del pronunciamiento; la cosa juzgada vincula a las partes y a todo juez futuro; en virtud de la cosa juzgada, lo que está decidido es derecho. Todas estas proposiciones traducen en distintas formas la misma simple verdad que con intencionada insistencia verbal expresan conocidos brocardos latinos: que la cosa juzgada es un vínculo”⁵⁸.

En otros términos, la cosa juzgada es plenamente predicable también respecto de sentencias puramente declarativas, precisamente porque las mismas se producen en el marco de una causa,

⁵⁶ Decisión del 12 de diciembre de 1985, publicada en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 307, p. 2389.

⁵⁷ CASCO PAGANO, Hernán. *Código Procesal Civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 4ª ed., 2000, Tomo I, p. 209.

⁵⁸ ALLORIO, Enrico. *Naturaleza de la cosa juzgada*, en ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. Buenos Aires, EJEJA, 1ª ed., 1963, Tomo II, pp. 130 y 131.

con lo que será el contenido mismo de la declaración contenida en el pronunciamiento jurisdiccional el que se verá amparado por tal cualidad –reconocida incluso constitucionalmente por el Art. 17, inc. 4) de la Ley Fundamental– con lo que el asunto amparado por sentencia firme no puede ser ulteriormente discutido⁵⁹.

De hecho, por la propia finalidad de eliminación de la incertidumbre jurídica a la que estos tipos de pronunciamiento se hallan orientados, es obvio que la cosa juzgada aquí se relaciona íntimamente con la necesidad de determinar, en definitiva, la interpretación aplicable a los efectos de determinar la conducta a la que el justiciable deberá ceñirse en lo futuro, respecto del caso concreto que fue sometido al órgano jurisdiccional. Precisamente aquí radica la utilidad de la sentencia declarativa de certeza, toda vez que –incluso sin reconocimiento positivo expreso, lo que como vimos no ocurre en nuestro país, al hallarse el remedio legislativamente previsto en el código procesal civil– las necesidades de la vida de relación, precisamente, permite concluir la controversia jurídica y arrojar luz allí donde había dudas⁶⁰, lo que no sería posible sin la cualidad de cosa juzgada de la sentencia que dirima el conflicto.

Esto se vincula íntimamente con el concepto de seguridad jurídica, por cuanto el instituto se relaciona directamente con la necesidad de dar estabilidad a las relaciones jurídicas –lo cual es notoriamente necesario también en el marco del derecho público–objetivo ciertamente no secundario de la actividad jurisdiccional. La autoridad de la sentencia se extiende, así, a todos los órganos del Estado, y no puede menoscabarse ni siquiera por la actividad

⁵⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987, p. 184.

⁶⁰ BORCHARD, Edwin M. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª, p. 576.

legislativa⁶¹. Tal seguridad jurídica –se ha dicho en el ámbito específicamente constitucional– reposa sobre la certeza de que es solamente una interpretación la finalmente posible⁶², que obviamente es la proveniente del órgano destinado a tal función.

Estos principios se relacionan incluso con la intangibilidad del patrimonio, toda vez que la sentencia con autoridad de cosa juzgada se incorpora definitivamente al bagaje de derechos del beneficiario. En tal sentido, entendida la concepción constitucional de propiedad como los intereses que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y libertad, el derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que se incorpora al patrimonio del destinatario del pronunciamiento, del cual no puede ser privado sin menoscabo del derecho constitucional de propiedad⁶³.

De esta manera, vistos los principios que justifican la cosa juzgada, no puede dudarse, de modo serio, que la misma ampara también a los pronunciamientos de índole constitucional, entre los cuales se encuentra el de la acción meramente declarativa. Tal principio ha sido extendido, en aplicación jurisprudencial, incluso a las decisiones administrativas, indicando que es un principio de derecho público, reiteradamente afirmado, que las resoluciones administrativas, dictadas a solicitud de parte, que definen o reconocen derechos individuales, son irreversibles, porque así lo aconseja el interés público, que en el caso se confunde con el de la certidumbre del derecho⁶⁴. Por eso, trátense de sentencias pasadas en

⁶¹ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 2ª ed., 1961, Tomo IV, p. 134.

⁶² DERMIZAKY P., Pablo. *Justicia constitucional y cosa juzgada*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2004, p. 297.

⁶³ PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2011, Tomo V, p. 471.

⁶⁴ JA 68-623.

autoridad de cosa juzgada⁶⁵; o de resoluciones administrativas que incorporan al patrimonio o a la esfera de los intereses personales un derecho con carácter de definitivo⁶⁶, la jurisprudencia ha reconocido la importancia y la aplicabilidad irrestricta de la cosa juzgada como un derecho incorporado al patrimonio de su titular.

En definitiva, la cosa juzgada no puede ser ajena a la jurisdicción constitucional y a las acciones de mera certeza, ya que “el principio de la cosa juzgada es inherente a la función del juez constitucional, toda vez que sus fallos han de tener un carácter definitivo que resguarde la intangibilidad de la Constitución y que sancione las normas que pretendan oponérsele, por lo cual no sería indispensable que fuera explicitado normativamente”⁶⁷.

7. Bibliografía

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y defensa*. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., 2000 (reimpresión).

ALLORIO, Enrico. *Naturaleza de la cosa juzgada*, en ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. Buenos Aires, EJEJA, 1ª ed., 1963.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 2ª ed., 1956.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª ed., 2009.

⁶⁵ LL 10-439; JA 9-821; 17-11, entre otros pronunciamientos.

⁶⁶ JA 57-629; JA 60-732; 67-874.

⁶⁷ HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Cosa juzgada y control de constitucionalidad*, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008, Tomo V, p. 440.

- AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2015.
- BIANCHI, Alberto B. *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, en CASSAGNE, Juan Carlos (director). *Tratado general de derecho procesal administrativo*. Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2011
- BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho constitucional del poder*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1967.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad*, nota al dictamen del Procurador General de la Nación, en LL 154, sección jurisprudencia.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987.
- BORCHARD, Edwin M. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, EJEJA, 1ª ed., 1959.
- CASCO PAGANO, Hernán. *Código Procesal Civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 4ª ed., 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Azione di mero accertamento*, en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano, Giuffrè, 1ª ed., 1993, Tomo III.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Azioni e sentenze di mero accertamento*, en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano, Giuffrè, 1ª ed., 1993, Tomo III.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Fallos institucionales*. Asunción, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 1ª ed., 2000.

- COUTURE, Eduardo J. *Interpretación de las leyes procesales*, en *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1950, Tomo III.
- DERMIZAKY P., Pablo. *Justicia constitucional y cosa juzgada*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2004.
- FALCÓN, Enrique M (director). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., 2010.
- FALCÓN, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª ed., 1994.
- FENOCCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Ronald. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1993.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Labor, 1ª ed., 1936.
- GOLDSCHMIDT, Roberto. *La sentencia declarativa*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, IV, parte 1ª.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos*, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La justicia constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1994.
- HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Cosa juzgada y control de constitucionalidad*, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de interpretación constitucional*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2007.

- MALAYER, Alberto M. *El juicio declarativo en el derecho angloamericano*, en JA 1944-III, sección doctrina.
- MENDONCA, Daniel. *Sentencia declarativa de certeza constitucional*, en La Ley Paraguaya, 2012.
- MORELLO, Augusto Mario. *La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco del contralor de constitucionalidad*, nota a fallo de la Corte Suprema de la Nación Argentina, 20 de agosto de 1985; en JA-1985-IV, sección jurisprudencia.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabajo del derecho constitucional*. Traducción de GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, SALVADOR. Madrid, Marcial Pons, 1ª ed., 2006.
- PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª ed., 1993.
- PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2011.
- RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús. *Derecho Constitucional Paraguayo*. Asunción, edición del autor, 2000.
- ROSENBERG, Leo. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª.
- SAGUÉS, Néstor Pedro. *Recurso extraordinario*. Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., 2002.
- SEALL-SASIAIN, Jorge. *Interpretación asistemática sobre la acefalía coexistente de presidente y vicepresidente (crítica al fallo sobre el Art. 234 de la Constitución)*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2000.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juicio de jactancia*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, II, parte 2ª.

SERRA RAD, María Mercedes. *Procesos y recursos constitucionales*. Buenos Aires, Depalma, 1^a ed., 1992.

VERDAGUER, Alejandro C. *Acción meramente declarativa (su alcance como acción de inconstitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, en LL-1991-A, sección doctrina.



EL DERECHO A LA DEFENSA DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Rosa Beatriz Yambay Giret

SUMARIO: 1. LOS DENOMINADOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2. LA DEFENSA EN JUICIO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. 3. EL DERECHO A LA DEFENSA DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. 3.1 EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS POR LOS DERECHOS DEL NIÑO. 3.1.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION. 3.2. RELACION DEL DERECHO A LA DEFENSA CON LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL. 3.2.1. PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACION. 3.2.2. PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. 3.2.3. PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA PROGRESIVA. 3.2.4. PRINCIPIO DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS. 4. LA DEFENSA EN JUICIO Y EL ROL DEL ABOGADO DEFENSOR. 5. EL DERECHO A LA DEFENSA DEL *NASCITURUS*. 6. CONCLUSION. 7. BIBLIOGRAFIA.

EL DERECHO A LA DEFENSA DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

*Rosa Beatriz Yambay Giret **

1. Los denominados derechos fundamentales

Referirse a un sistema constitucional de los derechos fundamentales sugiere una interdependencia entre los definidos como tales derechos, en efecto, los derechos fundamentales, precisamente no se caracterizan por un sentido único sino como interrelacionados con otros, desde una visión sistémica. "De ahí que precisa-

* Miembro del Trib. de Apel. Niñez y Penal de la Adolesc., Cordillera, Ex Jueza de la Niñez y la Adolesc. y Ex Defensora, Cordillera. Magister en Derechos Humanos y Políticas Públicas de Infancia - Universidad Columbia del Paraguay. Doctorando en Ciencias Jurídicas - Universidad Autónoma de Asunción-. Especialista en Derechos de Niñez y Adolescencia en las Universidades: de Lund, Suecia; Columbia, Paraguay. Post grados en Psicología y Psiquiatría Forense, Derecho Penal Económico. Egresada de la Escuela Judicial. Ensayos sobre: familia y migración, participación y protagonismo infantil, protección de la niñez trabajadora; libro: "Manual de Medidas Cautelares en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia". Docente en Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Civil Personas, Hechos y Actos jurídicos, Procesal Civil. Responsable del Diplomado en Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Penal; Participación en Congresos nacionales e internacionales sobre Niñez y Adolescencia. Presidenta de la Coordinadora de Magistrados de la Niñez y la Adolescencia y Penal de la Adolescencia del Paraguay. Miembro titular, Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay.

mente –señala Pérez Luño¹– la sistematicidad sea uno de los rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos más evolucionados, en los que opera como una garantía de la seguridad jurídica. En efecto, la sistematicidad permite un conocimiento, interpretación y consiguiente aplicación del derecho, fundada en criterios precisos y rigurosos, antes que en el arbitrio o en el azar”.

Si bien, respecto a los derechos fundamentales existen tantos enfoques como teorías sobre la noción de persona humana, desde diversos puntos de vista, Corchete Martín² afirma que “los derechos fundamentales existen antes y sin perjuicio de su regulación legislativa”, apunta además que “su aplicación por los jueces impone una interpretación que integra tanto los desarrollos legislativos e institucionales de los derechos en cuestión, como las circunstancias fácticas de los casos sometidos a su decisión”.

La persona humana es colocada en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales por los ordenamientos constitucionales modernos, entendiendo a aquella no como individuo aislado, sino relacionado y proyectado socialmente. Asimismo, “el carácter abierto de los textos constitucionales actuales conlleva que el catálogo de derechos destinado a la promoción de la persona humana dentro de su comunidad no sea estático³.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL, Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Teoría y realidad constitucional (20), 2007, pp. 495-511, disponible en http://e-spaio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional2007-13&dsID=dogmatica_dchos.pdf.

² CORCHETE MARTÍN, María José. LOS NUEVOS DERECHOS-Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Teoría y realidad constitucional, 2007, pp. 535-556, disponible en bibliuned: Teoriay Realidad Constitucional 2007-13 <http://espacio.uned.es/fez/view/bibliuned:TeoriayReal>.

³ CORCHETE MARTÍN, María José. Op. cit., p. 544.

El derecho a la defensa es un derecho fundamental de toda persona física o jurídica, que forma parte inseparable del debido proceso. Es un derecho que se da en todos los órdenes jurisdiccionales y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento; impone a los tribunales de justicia el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de las partes e impedir que las limitaciones, si existieran, deriven en una suerte de indefensión.

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 5 indica: “1. Cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención, a todos los niños, situados dentro de su jurisdicción. El Artículo 4° exige que los Estados Partes adopten “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole” para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. El Estado es quien asume obligaciones en virtud de la Convención, pero en la aplicación de esta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad y, desde luego, los propios niños. Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de esta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva. Además, el Comité de los Derechos del Niño ha identificado toda una serie de medidas que se necesitan para la aplicación efectiva de la Convención, entre ellas el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el Parlamento y en la judicatura, en todos los niveles”⁴.

⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 34 período de sesiones 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003 OBSERVACIÓN GENERAL

Desde esta perspectiva, atendiendo que uno de los principios que sostiene la Doctrina de la Protección Integral, vigente concomitantemente con la Convención de las Naciones Unidas por los Derechos del Niño, desde 1989, es el de “efectividad de los derechos”, interesa analizar si en nuestro país se garantiza a los niños y adolescentes la defensa en juicio desde la perspectiva constitucional, como derecho humano fundamental, y en su caso, cual es el mecanismo de su cumplimiento o las modificaciones constitucionales que son necesarias, atendiendo el carácter dinámico de la definición de los derechos fundamentales.

2. La defensa en juicio según la Constitución Nacional

El Artículo 16 de la Carta Magna consagra: “De la defensa en juicio: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales”.

Ramírez Candia (2005)⁵ cita a *Carocca Pérez*, quien sostiene al referirse al derecho a la defensa, que el mismo debe ser comprendido en dos dimensiones como derecho subjetivo y como garantía del proceso. En la primera, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las personas en el proceso, y, como tal, es irrenunciable e inalienable; en tanto que, en la segunda dimensión, adopta un carácter objetivo institucional, al punto de convertirse en un requisito de validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio.

Nº 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículos 4º y 42 y párrafo 6 del Artículo 44).

⁵ RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús. DERECHO CONSTITUCIONAL PARAGUAYO, Tomo I, 2ª Edición. Editora Litocolor SRL, Asunción-Paraguay, 2005, p. 318.

Por su parte, *Fernández Arévalos* y otros (2012)⁶, al referirse al Artículo 16 de la Carta Magna, señalan: “En esta disposición se asegura la inviolabilidad del derecho de toda persona inmersa en un proceso judicial de presentarse irrenunciablemente ante la justicia para la libre defensa de sus derechos; la que será conocida y valorada por jueces cuya jurisdicción y competencia deberán estar predeterminadas por la ley antes de la ocurrencia del hecho sometido a proceso”.

Esta disposición constitucional necesariamente debe armonizarse con el artículo siguiente, es decir el 17, que dispone: “De los derechos procesales: En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1) Que sea presumida su inocencia; 2) Que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos; 3) Que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales;

4) Que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal; 5) que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;

6) Que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo; 7) La comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación; 8) Que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas; 9) Que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurí-

⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALOS, Evelio; MORENO RUFFINELLI, José A. y PETTIT, Horacio Antonio. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, Comentada, concordada y comparada, Tomo 1, Editora Intercontinental, 2012, p. 88.

dicas; 10) El acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a 11) La indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial”.

Revisada la doctrina nacional, se tiene por una parte que Ramírez Candia (2005)⁷ sostiene en el capítulo II: “La Constitución Nacional establece una serie de derechos y garantías básicas para todas las personas sometidas a la jurisdicción y a la potestad administrativa sancionadora del Estado. Al referirse a las disposiciones previstas en los artículos citados, (16 y 17), afirma que en la doctrina no existe unanimidad de criterio para la denominación de los límites mencionados en ambos a la actividad jurisdiccional punitiva del Estado y concluye que prefiere para los mismos la denominación de “Derechos y garantías procesales”. En tanto, Fernández Arévalos y otros (2012)⁸ al comentar el Artículo 17 sostienen que en este artículo se reglamenta la facultad punitiva del Estado (*ius puniendi*), así como los derechos y garantías de los ciudadanos sujetos al proceso penal, o a cualquier otro del cual pueda derivar una pena o medida de seguridad.

Como puede observarse, las garantías procesales previstas en la Carta Magna principalmente se relacionan con el proceso penal o cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción. Surge entonces como interrogante: **¿En los procesos del fuero de la niñez y la adolescencia, qué garantías procesales enunciadas en la Carta Magna rigen respecto a los niños y adolescentes cuyos intereses están en juego?**

Ciertamente el Artículo 45 de la Constitución Nacional consagra: “De los derechos y garantías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no

⁷ RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús. Op. cit., pp. 315-316.

⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALOS, Evelio; MORENO RUFFINELLI, José A. y PETTIT, Horacio Antonio. Op. cit., p. 91.

debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.

Respecto a esta norma constitucional, Fernández Arévalos y otros (2012) manifiestan: “El atributo de los ‘derechos implícitos’ o no enumerados radica, en otros términos, en que por ser inherentes a la situación intemporal del ser humano (o mejor dicho de la dignidad humana) operarían de igual modo en el sistema constitucional, no porque sean creados y garantizados por la propia Constitución (derechos positivos), sino porque su calidad de realidades anteriores y superiores a ellos (derechos naturales) bastarían para que les fuera innegable su existencia *extra constitutionem* (en una suerte de catálogo *numerus apertus*)”⁹.

Se advierte que la Constitución Nacional no se refiere expresamente a las garantías procesales de los niños y adolescentes, por lo menos en el Título II, DE LOS DERECHOS, DE LOS DEBERES Y DE LAS GARANTÍAS. Este silencio merece un análisis desde la consideración de los derechos fundamentales. Para aproximarse a la problemática de los derechos fundamentales, al decir de Corchete (2007)¹⁰, se parte de un modelo tópico, circunscribiéndose a la realidad de un ordenamiento jurídico concreto, limitando sus efectos a una realidad temporal determinada. Así, el modelo tópico se estructura a partir de las respuestas que se den a interrogantes tales como: ¿Dónde están esos derechos?, ¿Cuáles son los rasgos identificadores?, ¿Qué implican en cuanto a protección y tutela? Menciona este autor que, para estudiosos como Cruz Villalón, los

⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALOS, Evelio; MORENO RUFFINELLI, José A. y PETTIT, Horacio Antonio. Op. cit., pp. 160-170.

¹⁰ CORCHETE MARTÍN, María José, TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL. N° 20, Año 2007. LOS NUEVOS DERECHOS - Universidad Nacional de Educación a Distancia- Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 536.

derechos fundamentales deben interpretarse como una categoría dogmática del derecho constitucional que nace con la Constitución y también acaban con ella. Por lo tanto, los derechos fundamentales son, sencillamente, los derechos en cuantas categorías constitucionales.

De hecho, del análisis de la evolución de los derechos fundamentales se concluye que el catálogo de derechos no es cerrado, dado que, siempre surgen nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos: Consecuentemente, esta generación de derechos será dinámica, pero según lo afirma *Pérez Luño*, mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, pre normativas y axiológicas. De esta forma los derechos humanos evolucionan en dirección al presente, acumulando el pasado e integrándolo con cada innovación.

Cuanto precede necesariamente lleva a un análisis del derecho a la defensa del niño y adolescente, su alcance, necesidad de visibilización y el mecanismo de efectividad, desde la perspectiva de la evolución de los derechos fundamentales.

3. El derecho a la defensa de los niños y adolescentes

Sin dudas, la Constitución Nacional vigente, en materia de la niñez y adolescencia, se nutrió de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN)¹¹. El derecho del adolescente a defenderse ante una imputación de responsabilidad por la comisión de un hecho punible se evidencia de la simple lectura de las disposiciones de los Artículos 16 y 17 arriba mencionados, sin embargo, al decir de *Berrios* (2012)¹² “el

¹¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por nuestro país por Ley 57/90.

¹² BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo. EL DERECHO DE DEFENSA PENAL Y LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: UNA

derecho a la defensa jurídica en toda su extensión y para todos los asuntos –sean civiles y familiares– cuando sus derechos se encuentran en juego y puedan ser afectados por una decisión judicial”.

3.1 El derecho a la participación en la Convención de las Naciones Unidas por los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño¹³ es el primer instrumento que incorporó toda la escala de derechos humanos internacionales, derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como aspectos de la legislación humanitaria; las disposiciones de la misma se clasifican en una serie de “principios rectores” y en grupos o categorías de “derechos”.

Los “principios rectores” son la base para que todos y cada uno de los derechos se conviertan en realidad. Entre los mismos se pueden citar los principios de la “no discriminación”; el “interés superior del niño”; “la autonomía progresiva”, “la efectividad de los derechos”, “el derecho a la sobrevivencia y el desarrollo”, y, finalmente, el de “participación”. Sin embargo, son considerados de mayor relevancia por el Comité de los Derechos del Niño¹⁴ los principios contenidos en los Artículos 2º, 3º, 6º y 12, destacando sus disposiciones como “principios generales”. Corresponde men-

EXIGENCIA DE ESPECIALIZACIÓN- EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS, El derecho de defensa penal y la Convención, Argentina, 2012, pp. 99 -109.

¹³ En América Latina, la Convención es colocada en rango supraconstitucional en Guatemala. En tanto: Argentina, República Dominicana, Venezuela y México, le otorgan rango constitucional, mientras que Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras y Paraguay, posicionan al texto de la Convención como supralegal y, Chile, Cuba, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay, le dan rango legal.

¹⁴ Véase la Observación General N° 5 (2003): Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño, en la cual el Comité reconoce explícitamente los artículos mencionados como principios generales (punto 12).

cionar que los principios generales constituyen derechos en sí mismos y a la vez se instauran como guía para la interpretación y respeto de todos los demás derechos presentes en la Convención, aclarando que los “derechos” se agrupan en ejes que aseguran “la supervivencia”, “el desarrollo”, “la protección” y “la participación”¹⁵. El disfrute de los derechos que conforman los cuatro ejes, ayuda a los niños y adolescentes en su proceso de crecimiento y los prepara para desempeñar una función como actores claves en la sociedad.

Se infiere que la participación es “principio rector”, porque actúa como guía de interpretación respecto de todos los demás derechos presentes en la Convención y es a la vez “derecho” en sí mismo. Además, el “principio de participación” es transversal en todo el contenido de la Convención ¹⁶.

3.1.1. Análisis del Artículo 12 de la Convención

Conforme al análisis jurídico que el Comité de los Derechos del Niño, OG N° 12(2009)¹⁷ realiza acerca del derecho del niño a ser escuchado, previsto en el Artículo 12 de la Convención, en su párr. 15: “... Recae sobre los Estados Partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados Partes, con respecto a su

¹⁵ UNICEF. http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html

¹⁶ Siguiendo las disposiciones de la Convención y tomando la participación como un principio y aplicando la “no discriminación” prevista en el Art. 2º, se infiere que aquél derecho se reconoce a la universalidad de niños y adolescentes, sin distinción alguna. Asimismo, en cualquier procedimiento es imperativo ofrecer a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

¹⁷ OBSERVACIÓN GENERAL N° 12, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009. En adelante: OG.

respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente”.

En efecto el aludido Artículo 12 dispone:

“1. Los Estados Partes en la presente Convención garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

El párrafo primero del artículo transcrito necesariamente hay que desglosar en un minucioso análisis como se expone a continuación:

a) El término “**garantizarán**” es de especial firmeza, pues no deja un margen discrecional, de modo que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento al derecho a ser oído para todos los niños en sus dos elementos: 1) asegurar los mecanismos para recabar la opinión del niño en todo asunto que sea de su incumbencia; y 2) a tener en cuenta esa opinión.

b) Por otro lado en cuanto a la expresión “**que esté en condiciones de formarse un juicio propio**”, la aludida OG N° 12 en el párrafo 20 dice: “Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados Partes de evaluar la capacidad del niño para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus pro-

pias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad". De hecho, el Artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y el Comité de los Derechos del Niño, en el párr. 20 de la OG referida desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan, subraya además que "el concepto del niño como portador de derechos está firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas, resaltando que hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente". De modo que la plena aplicación del Artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación.

c) **"El derecho de expresar su opinión libremente"**, esto significa que el niño tiene derecho a expresar sus opiniones sin presión, es decir ajeno a toda injerencia o influencia. Del mismo modo el niño tiene derecho a expresar sus propias opiniones y no la de otros (que podrían ser los mismos padres).

En este mismo punto, el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General n° 12 indica en el párr. 25: "La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño".

d) En cuanto a **"todos los asuntos que afecten al niño"**, representa una condición para la efectividad de este derecho y debe ser respetada y comprendida ampliamente.

e) La misma OG N° 12 analiza la expresión: **“Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”**. En este punto se hace referencia a la capacidad del niño, que debe ser debidamente evaluada tanto para considerar sus opiniones como para informarle acerca del resultado del proceso. En cuanto a la edad, esta no es determinante, pues los niveles de comprensión no van necesariamente ligados a la edad biológica; por ello se impone un análisis en cada caso concreto. Por otra parte la “madurez” a la que alude el mencionado artículo, se refiere a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado¹⁸. La evaluación de esta madurez puede tornarse arbitraria si la evaluación no es correcta.

Del segundo párrafo del Artículo 12 en estudio surgen tres puntos relevantes:

a) El derecho a **“ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”**: La participación del niño en todos los procedimientos judiciales que afecten al niño, sin limitaciones, tanto en los procedimientos que afecten al niño, sean estos iniciados por el propio niño como por otras personas.

b) **“Ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”**. Siendo indiscutible el derecho a ser oído que tiene el niño, conforme a la primera parte del segundo párrafo del Artículo 12 de la Convención, el mismo debe ser “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”. Es de destacar que el Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento y a esta recomendación se adecua lo dispuesto en el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley

¹⁸ Sobre las pautas para valorar la opinión del niño, puede consultarse: Rosa Beatriz Yambay Giret (2017). Manual sobre Medidas cautelares en la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, pp. 61-67.

Nº 1680/01, que en los Artículos 92¹⁹, 93²⁰, 102²¹, 167²², 174²³ que en forma coincidente aseguran el derecho del niño a ser oído en el proceso en forma personal, es decir directamente.

En la realidad nacional, a pesar de ser titular del derecho cuya efectividad se pretende, en los asuntos judicializados, en la jurisdicción especializada el niño o adolescente no siempre actúa como parte actora, ya que son los adultos, los que por lo general litigan en el proceso para ejercer algún derecho relacionado con aquél. Al ser de su incumbencia el objeto del litigio, necesariamente debería integrarse la litis con el niño o adolescente como el sujeto cuyo derecho, de un modo u otro, se afecta.

Se desprende de las disposiciones contenidas en los Artículos 168²⁴ y 167²⁵ de la Ley 1.680/01, que los niños son partes en el

¹⁹ Artículo 92 DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR: ... En todos los casos de conflicto, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo.

²⁰ Artículo 93 DE LA CONTROVERSI A ENTRE EL PADRE Y LA MADRE: En caso de separación de los padres y de existir controversia sobre la tenencia del hijo, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y resolverá teniendo en cuenta la edad y el interés superior del mismo.

²¹ Artículo 102 DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA CONTRAER MATRIMONIO: ... Previo a la resolución, el Juez deberá escuchar la opinión de los adolescentes afectados y, de ser necesario, podrá recurrir a auxiliares especializados para garantizar el goce de sus derechos.

²² Artículo 167 DEL CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO: El procedimiento tendrá carácter sumario y gratuito, respetando los principios de concentración, inmediatez y bilateralidad.

²³ Artículo 174 DE LA AUDIENCIA DE SUSTANCIACIÓN: ... Iniciada la audiencia, previamente el Juez procurará avenir a los interesados en presencia del defensor o del representante del niño o adolescente.

²⁴ Art. 168 DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO: Serán partes en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los tutores,

proceso, pudiendo este, incluso, ser iniciado a instancia de ellos. Ahora bien, es de resaltar que ciertamente el niño o adolescente es portador de derechos y se le reconoce la posibilidad de ejercerlos por sí mismo; sin embargo, conforme al Código Civil –Artículo 36– se le niega capacidad jurídica para efectivizarlos por sí, sino por medio de un representante legal. Resulta contradictorio que como sujetos portadores de derechos se les reconozca a los niños y adolescentes titularidad, pero no capacidad jurídica procesal, sin embargo, acertadamente esta falta de capacidad basada en los criterios civilistas, fue suplida por el legislador con la representación legal prevista en el Artículo 163 incs. “b” y “c”²⁶ de la Ley N° 1.680/01.

La figura del Defensor del Niño, creada por la Ley N° 1.680/01, no puede confundirse con la representación legal necesaria de las personas menores de edad prevista en el Código Civil. De las funciones previstas en el mencionado Artículo 163, el De-

los Defensores, y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas, sin perjuicio de los casos de adopción, pérdida de la patria potestad y maltrato, en los que los Defensores y el Ministerio Público tendrán necesaria intervención.

²⁵ Art. 167 DEL CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO: El procedimiento tendrá carácter sumario y gratuito, respetando los principios de concentración, intermediación y bilateralidad.

Podrá ser iniciado a instancia del niño o adolescente, sus padres, tutores o responsables, la Defensoría de la Niñez o Adolescencia, el Ministerio Público o quienes tengan interés legítimo. Podrá igualmente ser iniciado de oficio por el Juez...

²⁶ Artículo 163 DE LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Serán funciones del Defensor de la Niñez y la Adolescencia: ... b) representar al niño o adolescente en juicio, a pedido de éste, sus padres, tutores o responsables; c) velar por los derechos del niño o adolescente, de oficio o a petición de parte, asumiendo su representación ante las autoridades judiciales y requiriendo las medidas de protección que considere necesarias para el mejor cumplimiento de su cometido...

fensor del Niño asesora, patrocina y fundamenta jurídicamente ante el Juez o Tribunal la opinión del niño; es de su mano que el niño participa en el proceso.

En la OG N° 12, párr. 37, el Comité determina: “El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor/es), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño”.

Los representantes del niño en el proceso, teniendo en cuenta la representación legal necesaria, deberían ser uno de los progenitores o ambos, u otra persona responsable de la crianza del niño, como el tutor, sin embargo, hay que reconocer que en muchos casos hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante necesario (progenitor/es). De allí la trascendental figura del Defensor del Niño para garantizar su derecho, para expresar su opinión libremente, ajeno a toda presión o injerencia externa, tal como se menciona párrafos arriba.

Se ha mencionado en análisis anteriores que “el derecho al patrocinio letrado implica reconocer el derecho de los niños y adolescentes a tener una opinión, una voz propia, que puede ser diferente u opuesta a la de sus representantes legales necesarios, a las de las otras partes, a la del Juez o a la del fiscal, aun cuando todos ellos consideren que sus posiciones consagran el interés superior del niño”²⁷.

c. “En consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. En la OG N° 12, párr. 38, el Comité menciona: “La oportunidad de ser representado debe estar “en consonancia con

²⁷ “EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA”, Ponencia presentada por la autora en la ciudad de Asunción, durante el VII Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, noviembre de 2016.

las normas de procedimiento de la ley nacional". No debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados Partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho a acceder al expediente propio".

3.2. Relación del derecho a la defensa con los principios rectores de la doctrina de la protección integral

Se ha dicho que la participación es un "principio rector", porque actúa como guía de interpretación respecto de todos los demás derechos presentes en la Convención y que a la vez es "derecho" en sí mismo, por un lado, y por otro, que es transversal en todo el contenido de la Convención. En ambos aspectos se vincula con otros principios rectores tales como la "no discriminación"; el "interés superior del niño"; "la autonomía progresiva", "la efectividad de los derechos", etc.

3.2.1. Principio de la no discriminación: El Artículo 2º de la Convención contiene la prohibición de discriminación, semejante a la que figura en otros instrumentos en materia de Derechos Humanos. La disposición mencionada amplía la protección contra la discriminación ya establecida en otros instrumentos al prohibir expresamente no solo la discriminación basada en las características del individuo, sino también la discriminación contra el niño fundada en las características de sus padres, tutores o familiares.

El apartado primero de la disposición normativa señalada impone al Estado asegurar el respeto de los derechos enunciados en la Convención a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. Por ello aplicando este principio se concluye que se debe respetar el derecho a la defensa a todos los niños, en tanto que el segundo impone a los Estados Partes tomar todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación por causa de la condición, activida-

des, opiniones expresadas o creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares. Se fortalece esta norma con lo dispuesto en el Artículo 47 de la Carta Magna, incisos 1 y 2 que consagra: “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. Dicho de otro modo, siguiendo la normativa constitucional de la garantía de igualdad, los niños y adolescentes gozan al igual que los adultos del derecho a la defensa en juicio, sin discriminación alguna.

La OG N° 12 del Comité de Derechos del niño en el párr. 75 sostiene: “El derecho a la no discriminación es un derecho inherente garantizado en todos los instrumentos de derechos humanos, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño. De conformidad con el Artículo 2° de la Convención, todo niño tiene derecho a no ser discriminado en el ejercicio de sus derechos, incluidos los que se enuncian en el Artículo 12”.

En el título VI, bajo el acápite de IGUALDAD, de la opinión consultiva OC 17/2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸, expuso en el párr. 43 “...Es preciso puntualizar el sentido y alcance del principio de igualdad con respecto al tema de los niños. En ocasiones anteriores, este Tribunal ha manifestado que el Artículo 1.1 de la Convención Americana obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidas sin discriminación alguna. Todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es, per se, incompatible con esta”. Asimismo, en el párr. 44 sostiene: “En un sentido más específico, el Artículo 24 de la Convención consagra el princi-

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrs. 43/55.

pio de igualdad ante la ley. Así, la prohibición general de discriminación establecida en el Artículo 1.1 “se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, estos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”.

3.2.2. Principio del interés superior del niño: El Artículo 3° de la Convención consagra el “principio del interés superior del niño”²⁹. La importancia de este principio radica en que el mismo tiene la particularidad de servir de regla de interpretación y de solución de conflictos entre derechos en los que puedan verse involucrados los de los niños y adolescentes”. Cillero Bruñol, realiza esta justificación en razón de que, el referido principio no es un mero lineamiento u objetivo social, sino el que rige y obliga al legislador, los tribunales, los órganos administrativos y los servicios de bienestar públicos y privados a orientar sus decisiones, diseños de políticas y asignación de recursos.

²⁹ Artículo 3° de la Convención:

1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se comprometen a asegurarse de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, así como número o idoneidad de su personal y supervisión competente.

En la versión de otros, el interés superior del niño como estándar jurídico consiste en que dicho principio ejerce una decisiva influencia respecto a la correcta interpretación y aplicación de las normas del derecho positivo interno, otorgándole en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y en otras llegando a considerarlas inaplicables.

El principio del interés superior del niño, como estándar jurídico, implica el reconocimiento al referido principio, de una función correctora e integradora de las normas legales, concepto que muestra una notoria similitud con el papel reservado a la equidad como moderadora de la aplicación de la ley en el caso específico, a consecuencia del carácter genérico de la norma, con lo que pasa a evidenciar marcada vinculación con dicha fuente del Derecho.

En tal sentido, las leyes revisten caracteres de generalidad e importan una justicia abstracta, en tanto el estándar constituye una justicia más particularizada, siendo un elemento cambiante, modificable, evolutivo, todo de acuerdo a las circunstancias. La aplicación del “interés superior del niño” viene a otorgar solución a la disociación existente, en un caso concreto, entre la norma y su administración o práctica. Y es que, como sostiene Cillero Bruñol (2004)³⁰ “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; intereses y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

La Constitución Nacional consagra este principio en la última parte del Artículo 54 al disponer: “Los derechos del niño, en

³⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Tercera edición, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, D.C. Colombia, 2004.

caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente". Sin dudas, los derechos del niño deben ser interpretados de modo sistémico y el interés superior como principio permite resolver los conflictos de derechos desde una perspectiva holística. Entonces, si el interés superior del niño es la satisfacción integral de los derechos, necesariamente respetando el interés superior se debe garantizar el derecho a la defensa a todos los niños.

El Comité de Derechos del Niño en la OG N° 12, párr. 70 sostiene: "El interés superior del niño es semejante a un derecho procesal que obliga a los Estados partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño. La Convención obliga a los Estados partes a garantizar que los responsables de adoptar esas medidas escuchen al niño conforme a lo estipulado en el Artículo 12. Esta disposición es obligatoria" y complementa la relación que existe entre los principios de participación –derecho a ser oído– con el del "interés superior" en el párr. 74 al declarar: "No existe tensión entre los Artículos 3° y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del Artículo 3° si no se respetan los componentes del Artículo 12. Del mismo modo, el Artículo 3° refuerza la funcionalidad del Artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida".

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha opinado: "Que la expresión "interés superior del niño", consagrada en el Artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la

elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño³¹.

3.2.3. Principio de la autonomía progresiva: El Artículo 5º³² de la Convención prevé que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades y que a los padres o demás responsables, en su caso, les corresponde impartir orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

Los autores sostienen que los niños y adolescentes gozan de una autonomía, entendida legalmente como un principio jurídico fundamental que inspira el derecho privado, que sustenta la libertad individual. Recordemos que la autonomía de la voluntad se entiende como la potestad que tienen los individuos para regular sus derechos y obligaciones; es decir, gozarlos y ejercerlos.

Una característica esencial de la Convención es el reconocimiento del niño como sujeto de derecho en contraposición a la idea predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su calidad de persona humana, condición nunca negada por los instrumentos de derechos humanos, pero opacada durante años por la tradición proteccionista que inspiró a las legislaciones especiales de menores.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OPINIÓN CONSULTIVA Oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana De Derechos Humanos - Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

³² Artículo 5º de la Convención:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Sin embargo, al aplicar el concepto del reconocimiento del niño como sujeto de derechos, surge la paradoja de que, si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento jurídico no le adjudica una autonomía plena debido a que el niño es concebido como persona dependiente de sujetos adultos, en particular, los padres.

La Convención, a diferencia de la tradición jurídica y social imperantes en muchos países hasta antes de su aprobación, no define a los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se lo considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad.

Según Miguel Cillero Bruñol³³, “Ser niño no es ser ‘menos adulto’, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida”, agrega además, que “la infancia tampoco se conceptualiza a partir de ideas de dependencia a los padres u otros adultos, al contrario la infancia se concibe como “una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”.

Es bajo esta concepción moderna de infancia, que la Convención sobre los Derechos del Niño, rompe el paradigma de los niños objetos de derecho e iguala los derechos humanos entre los niños y adultos y surge la idea del niño como sujeto pleno de derechos.

La autonomía progresiva necesariamente se vincula con la participación, y, a su vez, con la defensa en juicio como garantía constitucional, a la par que constituye componente necesario de la formación de ciudadanía. Igualmente, la participación de niños y adolescentes en el proceso tiene relación con el principio de auto-

³³ En su trabajo “Infancia, Autonomía y derechos: Una cuestión de principios”, en UNICEF-IIN, Derecho a tener derechos, Tomo IV, Montevideo, 1999.

nomía progresiva. La especial relación que se da entre el poder legítimo del adulto y la titularidad de los derechos del niño, supone para el adulto el respeto del derecho de ese niño a recibir, en la medida de su madurez, información y explicaciones en torno a los asuntos que le incumben, así como el derecho de opinar respecto de las decisiones que le afecten. Ese poder legítimo debe ser ejercido con el objetivo de asegurar al niño y adolescente la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar³⁴.

Un mecanismo incorporado por el Código de la Niñez para la protección de este principio, constituye la figura del Defensor del Niño, creada en el Artículo 162 de la Ley 1.680/01. Ahora bien, reconocer que los niños, niñas y adolescentes son sujetos titulares de derechos y que únicamente con la práctica gradual de ese derecho pueden llegar a la autonomía plena no deriva necesariamente en la conclusión de que la sola voluntad del niño decide los asuntos en que se definen sus intereses, como tampoco puede desconocerse que no todos los niños, niñas y adolescentes se encuentran en un mismo nivel de desarrollo de su autonomía.

No obstante, aunque la intervención del niño no define el asunto sometido a conocimiento del juez o autoridad administrativa, sin embargo, al momento de decidir, la opinión del niño debe ser atendida primordialmente. Es más, en la medida que el niño vaya teniendo juicios de valor, ese juicio tiene que ser interpretado buscando un equilibrio entre permitir la manifestación de voluntad del niño, considerarla, es decir valorarla, y cuidar que pueda desarrollarse hasta alcanzar la completa autonomía. Lovera Parmo (2009) expresa: Debemos abrir margen suficiente para que los niños se hagan responsables de sus propias decisiones, incluyendo

³⁴ Sobre la participación procesal de niños y adolescentes y la autonomía progresiva, puede consultarse Rosa Beatriz Yambay Giret (2017) Manual sobre Medidas cautelares en la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, pp. 62-64.

los errores que de ellas se sigan, pero debemos evitar –al mismo tiempo– la irracionalidad en las mismas³⁵.

En la misma línea, menciona Lovera Parmo que, Rodrigo Barcia prefiere referirse al principio del “ejercicio progresivo de los derechos del menor”, apuntando, acertadamente, a la diferencia que existe entre el estatuto patrimonial de capacidades –regulado preferentemente en el Código Civil–, por una parte, y el ejercicio de derechos constitucionales, por otra³⁶. De ahí concluye que lo que aumenta progresivamente, es la autonomía de los niños en el ejercicio de sus derechos, pero no su protección. Barcia sostiene que, el principio del ejercicio progresivo de los derechos del menor trae aparejado como consecuencia el desarrollo de los derechos del menor por etapas. La primera en manifestarse sería el derecho del menor a ser oído. El peldaño siguiente en esta graduación del ejercicio de los derechos del menor exige que en ciertos actos, además de la voluntad del o de los representantes de este, debe concurrir el consentimiento de aquél para completar dicha voluntad. Finalmente, este principio se desarrolla de forma completa a través del reconocimiento de una esfera de autonomía del menor, en aquellos campos en que este posea las condiciones de madurez que el acto exige³⁷. De hecho, menciona el referido autor que la determinación de la amplitud de las condiciones de madurez como criterio determinante de la capacidad del menor en materia personal es una de las discusiones medulares del actual Derecho de Menores.

³⁵ Lovera Parmo, Domingo A., NIÑO, ADOLESCENTE Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, DE LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA, en Justicia y Derechos del Niño N° 11, 2009. p. 18.

³⁶ Lovera Parmo, Domingo A., op. cit., p. 19.

³⁷ Rodrigo Barcia, SOBRE LA CAPACIDAD DE LOS ADOLESCENTES PARA RECIBIR LA DENOMINADA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 7, pp. 137, 139-140 (2006).

3.2.4. Principio de la efectividad de los derechos: Principio contenido en el Artículo 4^o³⁸ de la Convención, con cual, el desafío central que pretende vencer la Convención es pasar del mero reconocimiento de derechos y su proclamación, a la protección efectiva de los mismos, a su satisfacción real. El núcleo central de cualquier política jurídica destinada a la expansión real de los derechos humanos, incluidos los de la infancia, no es el de fundamentarlos sino el de protegerlos, saber cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, pese a las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. Cillero Bruñol (1999)³⁹ enseña a su vez que la efectividad de los derechos a que hace referencia el citado Artículo 4^o; exige no solo la recepción normativa de los derechos, sino la adopción de mecanismos efectivos de garantía por parte del Estado, es decir, una continuidad entre los derechos declarados y los mecanismos jurídicos para asegurar su protección.

Esta previsión normativa ha sido asumida en la legislación doméstica, conforme surge del Artículo 7^o del Código de la Niñez y de la Adolescencia⁴⁰, según el cual: “el ejercicio de los derechos y la efectividad de las garantías consagradas en el Código, se materializarán a través del sistema de administración de justicia especializada establecido en el mismo”. Pero, la simple enunciación de

³⁸ Artículo 4^o Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos; sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

³⁹ Cillero Bruñol, Miguel., “INFANCIA, AUTONOMÍA Y DERECHOS: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS” en *Minoridad y Familia*. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez-Adolescencia y el grupo familiar n° 10, Delta Editora, Paraná, 1999. p. 8.

⁴⁰ Ley N° 1.680/01: Artículo 7^o DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. “El ejercicio de los derechos y la efectividad de las garantías consagrados en este Código, se materializarán a través del sistema de administración de justicia especializada establecido en el presente Código”.

los derechos y garantías de los niños y adolescentes en las disposiciones normativas no basta; es necesario, en la compleja tarea que ocupa a los operadores del sistema, sea administrativo o judicial, operativizar de modo eficiente los mecanismos necesarios, adoptar medidas oportunas y pertinentes, requerir los medios a quienes están obligados para que los derechos bajen del discurso a la realidad⁴¹.

⁴¹ No hay que perder de vista que la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, establece una serie de Obligaciones básicas de los Estados partes. Así en el párr. 48 menciona. “El derecho del niño a ser escuchado impone a los Estados partes la obligación de revisar o modificar su legislación para introducir los mecanismos que den acceso a los niños a la información pertinente, el apoyo adecuado en caso necesario, información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño y procedimientos de denuncia, recurso o desagravio”. Y seguidamente en el párr. 49. Enumera las estrategias que los Estados partes deben adoptar para el cumplimiento de sus obligaciones, tales como:

- Revisar y retirar las declaraciones restrictivas y las reservas respecto del Artículo 12;
- Establecer instituciones independientes de derechos humanos, como defensores del niño o comisionados con un amplio mandato en materia de derechos del niño;
- Impartir capacitación sobre el Artículo 12 y su aplicación en la práctica para todos los profesionales que trabajen con niños y para los niños, como abogados, jueces, policías, trabajadores sociales, trabajadores comunitarios, psicólogos, cuidadores, oficiales de internados y prisiones, profesores de todos los niveles del sistema educativo, médicos, enfermeros y otros profesionales de la salud, funcionarios y empleados públicos, funcionarios encargados de cuestiones de asilo y dirigentes tradicionales;
- Garantizar que haya las condiciones adecuadas para apoyar y estimular a los niños para que expresen sus opiniones, y asegurarse de que estas opiniones se tengan debidamente en cuenta mediante normas y dispositivos que estén firmemente cimentados en las leyes y los códigos institucionales y sean evaluados periódicamente respecto de su eficacia;
- Combatir las actitudes negativas, que obstaculizan la plena realización del derecho del niño a ser escuchado, mediante campañas públi-

Entonces, ¿basta con la enunciación constitucional de que los derechos del niño tienen carácter prevaleciente? Entendemos que la garantía de la defensa en juicio de los niños y adolescentes es un componente vital del reconocimiento del niño y adolescente como sujeto de derechos a la vez que un mecanismo efectivo para la efectividad de los derechos en el proceso.

4. La defensa en juicio y el rol del abogado defensor

El rol del abogado defensor tiene indiscutible relación con la dimensión material y técnica del derecho a la defensa. Asimismo, que el derecho del niño a ser escuchado y el derecho a la defensa técnica, se materializa, por medio de un tercero, el defensor técnico.

En el caso del niño o adolescente cuya participación necesaria en el proceso es indiscutible conforme se infiere de los párrafos que preceden, la defensa material se efectiviza por medio del Defensor del Niño, cuyo trabajo técnico será guiado por los intereses de su representado, pues el Defensor del Niño representa un interés parcial; de hecho se encuentra obligado a la parcialidad, es decir, no puede tomar una postura ni desarrollar una estrategia que sea contrario al interés del niño o adolescente que es su representado.

La dimensión material y técnica del derecho de defensa significa que, en su labor material, el defensor ha de cumplir un rol asesor y de colaboración con el niño y adolescente respecto a sus derechos e intereses. Al decir de Berrios, el respeto a la defensa en juicio trae consigo la necesaria erradicación de cualquier paternalismo y autoritarismo en el ejercicio profesional del abogado defensor.

cas que abarquen a los líderes de opinión y los medios de difusión, a fin de cambiar concepciones tradicionales muy extendidas en relación con el niño.

A modo de ejemplo, y aunque la postura pueda ser discutida y discutible, en relación a la posición que el Defensor debe adoptar respecto a los intereses de los actores en el proceso, en el orden internacional –en Inglaterra– se conoce el caso del niño Charlie, quien padece una condición genética conocida como Síndrome de Agotamiento Mitocondrial que, según los médicos que lo atienden en el hospital Great Ormond Street, es incurable. Los padres del niño proponen un tratamiento experimental. Los médicos tratantes acudieron a la justicia para que se les autorice desconectar a Charlie, quien atraviesa la fase terminal de su enfermedad y depende de un ventilador para respirar. Según los facultativos, el bebé tiene daño cerebral irreversible, casi no puede moverse, ni llorar y está sordo. Consideran que el tratamiento que proponen los padres no lo curaría y que debería recibir cuidados paliativos para dejar de sufrir y “morir con dignidad”.

La defensora encargada de representar los derechos del niño, Victoria Butler-Cole, dijo a la corte, que mantenerlo conectado al sistema de soporte vital no beneficiaría a Charlie, sino que “prolongaría el proceso de muerte”. Consideró, además, que el tratamiento experimental que proponen los padres “no mejoraría la condición de Charlie ni su calidad de vida”.

Por su parte, un especialista en cuidados intensivos testificó que Charlie ya no responde a estímulos y que es difícil determinar si está sufriendo. El experto le dijo al juez que había una pequeña posibilidad de que el tratamiento funcionara pero que eso no haría que la vida de Charlie fuera “tolerable”. El magistrado, mencionó que “con el mayor de los pesares” tomó la decisión de autorizar que se desconecte a Charlie, aunque con “completa convicción” de que era lo mejor para él. La familia presentó un recurso contra esta decisión y la justicia británica volvió a dar la razón a los médicos. Ante esta decisión los padres de Charlie no se dieron por vencidos

y acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con base en Estrasburgo, que dio la razón a la justicia británica⁴².

5. El derecho a la defensa del *nasciturus*

Si bien, desde el derecho romano mismo se viene discutiendo los derechos que tiene el *nasciturus*, en la actualidad, en plena vigencia del reconocimiento universal de los derechos humanos y a pesar del reconocimiento del derecho a la protección del mismo desde antes de su nacimiento⁴³ y la protección constitucional⁴⁴ del derecho a la vida desde la concepción misma, el *nasciturus* sigue siendo objeto de polémica respecto a sus derechos, sobre todo a su derecho a nacer.

La figura del *Curator Ventris*, prevista en el Derecho Romano, sostiene Cáceres La Serna (2016)⁴⁵: “Protegía no solo los bienes,

⁴² Fuente: <http://www.emol.com/noticias/Tendencias/2017/06/28/864575/Tribunal-de-DDHH-resolvio-sobre-caso-de-Charlie-Gardnino-de-9-meses-debe-ser-desconectado.html>

⁴³ Sobre el punto el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño -1989- establece: Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...”.

⁴⁴ Artículo 4° Del derecho a la vida: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, solo con fines científicos o médicos.

⁴⁵ CÁCERES LA SERNA, Mónica, Ponencia “Un moderno curator ventris in dubio pro vita para el nasciturus”, presentada en el Ciclo de Conferencias “Protección a la persona por nacer”, organizada por el Insti-

sino también la propia vida del concebido hasta el momento de su nacimiento; por lo que, si fuera entendido que era solo una “cosa”, no tendría sentido la designación de un curador; de ahí que los estudiosos del Derecho Romano hablan de una paridad entre el concebido y el nacido a la luz de todas las disposiciones anteriormente citadas”. Sin embargo, en la actualidad, la figura del *Curator Ventris* no está prevista, lo que, en principio coloca al niño por nacer en estado de indefensión. Sobre el punto, en el interesante análisis que realiza Cáceres La Serna explica: “El concebido no nacido, rechazado por su progenitora, independientemente de la causa que lo impulsa (ya sea por lo mencionado en el último párrafo del inc. 3 Art. 109 de la Ley N° 3.440/08, modificatoria del Código Penal o por esgrimir el “derecho a decidir” sobre su cuerpo), o porque existe una sospecha médica de inviabilidad, se encuentra, según la disposición del Art. 4° de la Ley 1.680/01 Código de la Niñez y la Adolescencia, en una situación de abandono, amenazado de violencia debe ser protegido mediante la figura de la representación”. Está claro que los enunciados citados precedentemente reafirman que el ordenamiento jurídico nacional reconoce plenamente la existencia y capacidad jurídica de la persona por nacer, así como el derecho a ser protegido. Sin embargo, frente a un conflicto de intereses entre el *nasciturus* y sus representantes legales, ¿Quién asume o cómo se asume esta protección? ¿Quién lo representa?”.

Un ejemplo a nivel regional es el caso Artavia⁴⁶ en el que la Corte Interamericana de Derechos humanos confirmó que el feto no es un sujeto de derecho, en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como una persona para efectos del Artículo 4.1 de la Convención Americana. Para llegar a tal conclusión, sub-

tuto de Investigaciones Jurídicas (III) de la Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2016.

⁴⁶ Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

yace en los razonamientos de la CIDH⁴⁷ una tesis controvertida, referida a que los derechos sólo pueden ser ejercidos por personas, ya que únicamente éstas pueden ser las beneficiarias de la normatividad que otorgan los principios constitucionales que adscriben derechos. Siendo ello así, el nonato no está legitimado para el ejercicio de derechos en forma autónoma, como sí lo están las personas nacidas y completas. Esta conclusión de la CIDH coloca al nonato en estado de indefensión.

Sin embargo en el sistema jurídico nacional, frente al fallo mencionado, que por vía del control de convencionalidad podría pretenderse imponer, una interpretación desde una perspectiva holística permite sostener sobre el punto que, el niño es persona y esta existe desde la concepción⁴⁸. Por otro lado, conforme al Artículo 163⁴⁹ del Código de la Niñez, entre las funciones del Defensor del Niño se encuentra el de recibir denuncias de transgresiones

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁸ LEY N° 2.169/03 QUE ESTABLECE LA MAYORÍA DE EDAD. Artículo 3° Modifícase el Artículo 1° de la Ley N° 1.702/01, el cual queda redactado de la siguiente manera: "Art. 1°. A los efectos de la interpretación y aplicación de las normas relativas a la niñez y a la adolescencia, establécese el alcance de los siguientes términos: a) Niño: toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad; ...".

⁴⁹ Artículo 163 DE LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Serán funciones del Defensor de la Niñez y la Adolescencia: a) recibir denuncias de transgresiones a los derechos del niño o adolescente y promover las acciones correspondientes; b) representar al niño o adolescente en juicio, a pedido de éste, sus padres, tutores o responsables; c) velar por los derechos del niño o adolescente, de oficio o a petición de parte, asumiendo su representación ante las autoridades judiciales y requiriendo las medidas de protección que considere necesarias para el mejor cumplimiento de su cometido; d) requerir el cumplimiento de los plazos y términos legales en la substanciación de los casos sometidos a la jurisdicción y, ante la inobservancia reiterada de los juzgados y tribunales, denunciar las transgresiones a la Corte Suprema de Justicia.

a los derechos del niño o adolescente y promover las acciones correspondientes, representar al niño o adolescente en juicio y velar por los derechos mismo, incluso de oficio.

Una interrogante que corona la ponencia citada como fuente en este apartado se refiere a la posibilidad de pensar en la creación de la figura de quien se ocupe de cuidar la continuidad de la vida, independientemente de que esa vida esté en oposición a otros intereses, a quien la doctrinaria Cáceres La Serna denomina "*Curator Ventris pro vita*".

En respuesta a la propuesta, se observa que la legislación doméstica prevé una figura especial para la defensa de los derechos del niño, inclusive desde su concepción, el Defensor del Niño, aunque su ubicación normativa sugiere una interpretación restringida a la jurisdicción especializada, sin embargo, aplicando el principio de efectividad de los derechos, tratándose de supuestos de rechazo por la propia progenitora, sea alegando el derecho a decidir sobre su cuerpo o por sospecha médica de inviabilidad, se justifica sobradamente, la intervención del Defensor del Niño cuya función en cada caso será la defensa de los superiores intereses de su representado, ajenos a los de sus progenitores o representantes legales, previstos en la legislación civil, ya que, el niño es protegido desde la concepción, y tiene garantías y derechos procesales como cualquier otra persona, en consecuencia, en los juicios que afecten a las personas por nacer debe intervenir un tercero ajeno a los intereses de los progenitores en defensa de los del niño.

6. Conclusión

Uno de los derechos fundamentales de todo ser humano es el derecho a la defensa en juicio, que está consagrado en el Artículo 16 de la Constitución Nacional. Dada su naturaleza, este derecho debe ser considerado en forma interdependiente de otros que gozan de la misma naturaleza, respetando una perspectiva holística; es decir sistémica, que permita conocimiento, interpretación y consiguiente aplicación del derecho, fundados en criterios precisos

y rigurosos, antes que en el arbitrio o en el azar. Los derechos fundamentales existen antes y sin perjuicio de su regulación legislativa. Su aplicación por los jueces impone una interpretación que integra tanto los desarrollos legislativos e institucionales de los derechos en cuestión, como las circunstancias fácticas de los casos sometidos a su decisión.

La persona humana es colocada en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales por los ordenamientos constitucionales modernos, observando un criterio dinámico. Desde esta perspectiva, el derecho a la defensa es un derecho fundamental de toda persona, incluidos los niños y adolescentes, y ese derecho forma parte inseparable del debido proceso. Es un derecho que se da en todos los órdenes jurisdiccionales.

En el contexto de la Doctrina de la Protección Integral, uno de los principios rectores es el de la “efectividad de los derechos”. A la luz de este se puede inferir que, si bien en nuestro país se garantiza a los niños y adolescentes la defensa en juicio desde un enfoque constitucional, como derecho humano fundamental, sin embargo no existe enunciación expresa referida a las garantías procesales, las que mayormente se diseñan en cada caso a criterio del operador de justicia dependiendo incluso de la apertura más o menos amplia del mismo, en particular, en que el Defensor del Niño, tenga respecto al alcance de sus funciones e incluso de su comprensión respecto a la participación del niño en el proceso.

Las garantías procesales previstas en la Carta Magna, principalmente se relacionan con el proceso penal o cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción. Por ello, aunque el Artículo 45 consagre la eficacia de los derechos y garantías no enunciados, al no contemplar el Artículo 17 unas garantías procesales para el niño que aseguren la efectividad de su derecho a la defensa en juicio y su participación en el proceso, es menester que en una próxima reforma constitucional sean consagradas expresamente.

La inclusión en cuestión se justifica, sobre todo considerando el itinerario de la evolución de los derechos del niño hasta su visi-

bilización, separado al de los adultos y respecto a quienes goza de un plus de protección, dado que si para los adultos se asegura el derecho a la defensa jurídica en toda su extensión con mayor razón debe serlo para los niños y adolescentes conforme a los principios rectores de la Doctrina de la Protección Integral que deben ser de aplicación y operatividad transversal en todo el sistema jurídico nacional.

Es igualmente pertinente resaltar que el derecho del niño a ser escuchado y el derecho a la defensa técnica, se materializan por medio de un tercero, el defensor técnico, por ello el rol del Defensor del Niño, tiene indiscutible relación con la dimensión material y técnica del derecho a la defensa.

La incorporación en la Constitución Nacional de las garantías procesales necesarias para la efectividad del derecho a la defensa en juicio de los niños y adolescentes, en cualquier materia que les afecte, responde al carácter dinámico de los derechos fundamentales, por una parte, y por otra a que el marco normativo constitucional, convencional, así como de jerarquías inferiores consagra el derecho a la protección de la persona desde su concepción. De este modo se dará satisfacción a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, mencionadas específicamente en las Observaciones Generales N° 5 y 15 respectivamente, referidas a la adopción de las medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción, entre ellas fundamentalmente el derecho a la participación en el ámbito del proceso y la defensa en juicio.

7. Bibliografía

BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo. EL DERECHO DE DEFENSA PENAL Y LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: UNA EXIGENCIA DE ESPECIALIZACIÓN - EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS, El derecho de defensa Penal y la Convención, Argentina, 2012. pp. 99-110.

CÁCERES LA SERNA, Mónica. Ponencia “Un moderno *curator ventris in dubio pro vita* para el nasciturus”, presentada en el Ciclo de Conferencias “Protección a la persona por nacer”, organizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Corte Suprema de Justicia, Asunción, noviembre 2016.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. Infancia, Autonomía y Derechos. Una Cuestión De Principios”, Boletín del Instituto Interamericano del Niño (Nº 234). 1997. Montevideo, Uruguay.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Tercera edición, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, D.C. Colombia, 2004.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. “INFANCIA, AUTONOMÍA Y DERECHOS: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS” en Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez-Adolescencia y el grupo familiar Nº 10, Delta Editora, Paraná, 1999.

CORCHETE MARTÍN, María José. LOS NUEVOS DERECHOS - Teoría y realidad constitucional. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España) (20), 2007, pp. 535-556.

FERNÁNDEZ ARÉVALOS, Evelio; MORENO RUFFINELLI, José A. y PETTIT, Horacio Antonio. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, Comentada, concordada y comparada, Tomo I, Editora Intercontinental, Asunción, 2012.

LOVERA PARMO, Domingo A., NIÑO, ADOLESCENTE Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, DE LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA, en Justicia y Derechos del Niño Nº 11, Santiago de Chile, octubre, 2009.

OBSERVACIÓN GENERAL Nº 5 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 34 período de sesiones 19 de septiembre a 3 de

octubre de 2003. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 51 período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

OPINIÓN CONSULTIVA Octubre-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrs. 43/55.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL, Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Teoría y realidad constitucional (20), 2007, pp. 495-511, disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional2007-13&dsID=dogmatica_dchos.pdf

RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús. DERECHO CONSTITUCIONAL PARAGUAYO, Tomo I, 2ª Edición. Editora Litocolor S.R.L., Asunción. Paraguay, 2005. pp. 318.

YAMBAY GIRET, Rosa Beatriz. MANUAL SOBRE MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Editorial Intercontinental. Asunción. 2017

YAMBAY GIRET, Rosa Beatriz. "El DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA", Ponencia presentada en la ciudad de Asunción, en el VII Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, noviembre de 2016.

Normativa

Constitución Nacional, 1992.

Convención de las Naciones Unidas por los Derechos del Niño.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 1.680/01.

Ley N° 2.169/03 Que establece la Mayoría de Edad.



