

# Ponencias de Derecho Constitucional



Centro Internacional  
de Estudios Judiciales



Comisión de la  
Unión Europea



PODER JUDICIAL  
Corte Suprema de Justicia

## **PONENCIAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL**



Centro Internacional  
de Estudios Judiciales



Comisión de la  
Unión Europea



**PODER JUDICIAL**  
Corte Suprema de Justicia

© Corte Suprema de Justicia, Comisión de la Unión Europea, Ministerio de Relaciones Exteriores. “Ponencias de Derecho Constitucional”.

Asunción - Paraguay.

**DERECHOS RESERVADOS**

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

Queda prohibida la venta del presente ejemplar.

Primera Edición: 500 ejemplares.

D342	PONENCIAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL.
COR	Corte Suprema de Justicia  Asunción - Paraguay Edición 2001. P 330

**COORDINACIÓN:**

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES (CIEJ)

LUIS LEZCANO CLAUDE, MINISTRO DIRECTOR

ENRIQUE SOSA ELIZECHE, MINISTRO DIRECTOR

ROSA MARÍA GIAGNI DE SCAVONE, MIEMBRO

ROBERTO ÚBEDA SZARÁN, MIEMBRO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

RAÚL SAPENA BRUGADA  
**Presidente**

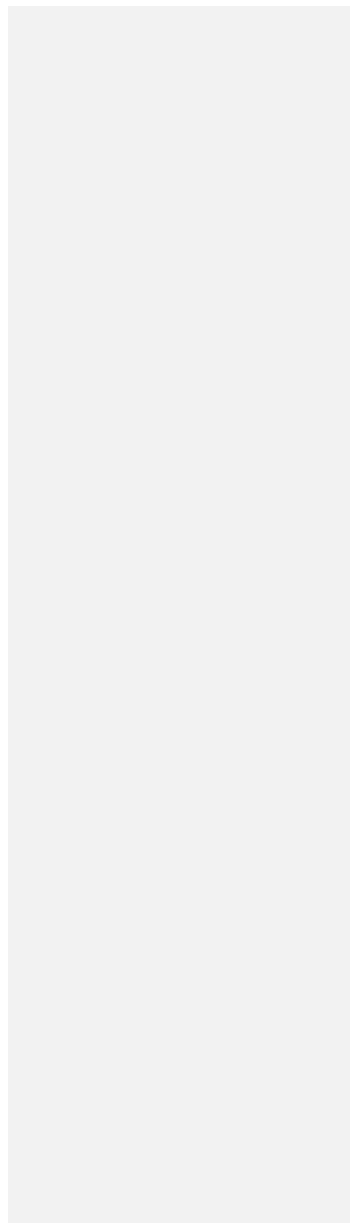
FELIPE SANTIAGO PAREDES  
**Vice-Presidente 1°**

ENRIQUE SOSA ELIZECHE  
**Vice-Presidente 2°**

LUIS LEZCANO CLAUDE  
JERÓNIMO IRALA BURGOS  
WILDO RIENZI GALEANO  
BONIFACIO RÍOS ÁVALOS  
CARLOS FERNÁNDEZ GADEA  
**Ministros**

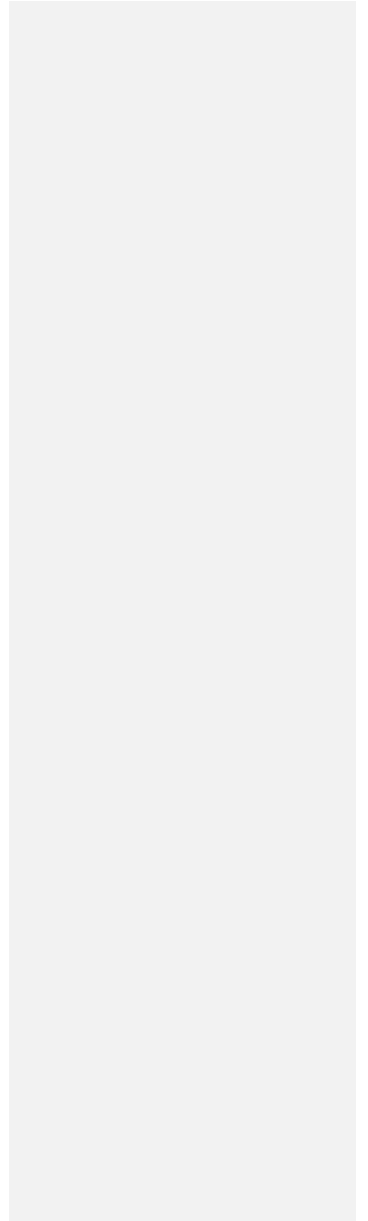


**PRIMERA PARTE:  
SEMINARIO TRANSVERSAL  
PARAGUAY 2000**





## **PRIMER MÓDULO**







## INTRODUCCIÓN

# LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pablo Pérez Tremps

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Carlos III. Madrid

Excmo. Sr. Presidente de la República del Paraguay; Excmos. Presidente y Excmos. Srs. Ministros de la Corte Suprema de Justicia; Excmos. Srs. Embajadores de los países miembros de la Unión Europea; Excmas. e Ilmas. Autoridades; estimados colegas; Sras y Srs. Antes de iniciar mi intervención, quisiera manifestar a los organizadores de este evento el agradecimiento de mi colega la Dra. García Mahamut y el mío propio por la invitación que se nos ha hecho a participar en el mismo, y, con ello, a disfrutar de una, por desgracia, corta estancia en este magnífico país que es Paraguay; asimismo, quisiera desear muy sinceramente el máximo éxito al proyecto *Paraguay 2000* que hoy arranca y que estoy seguro que servirá para reforzar los lazos entre las comunidades jurídicas del Paraguay y de los países de la Unión Europea.

## I.- CONSIDERACIONES INICIALES

El objeto de la exposición que voy a desarrollar responde al título "*Las garantías constitucionales y la*

*jurisdicción internacional*". De antemano quiero dejar claro que no es mi intención hacer una exposición global y sistemática de cómo ha evolucionado la protección internacional de los derechos humanos y su articulación con los instrumentos internos de garantía de los Derechos Fundamentales, tema por otro lado abundantemente tratado por la doctrina; sólo pretendo realizar algunas reflexiones que considero de especial actualidad. No obstante, quisiera partir de algunas constataciones, que aunque conocidas por todos, nos permitirán encuadrar de manera más acabada dichas reflexiones.

En primer lugar, hay que partir del dato de la actual positivización de los Derechos Fundamentales (o, si se prefiere de los Derechos Humanos) no sólo en el marco constitucional, y por tanto interno, sino también en el ámbito regional y universal. No voy a extenderme en la exposición de este proceso de reconocimiento de derechos, que, como todos saben, tiene sus manifestaciones más importantes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y sus correspondientes Pactos aprobados en el ámbito de las Naciones Unidas, en el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma en 1950, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, desarrollada por la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, y en la más reciente Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos.

En segundo lugar, esta consagración internacional, además del significado político e ideológico que puede tener, ha traído consigo, asimismo, repercusiones jurídicas claras;

resumiendo mucho, y siguiendo a Pérez Luño, he aquí algunas de esas repercusiones.

Por un lado, hoy los Derechos Fundamentales poseen un fundamento universal, supraestatal; con independencia de que ese fundamento encuentre una explicación naturalista o positivista, lo cierto es que jurídicamente está dando lugar a la creación y aparición de un cierto nuevo *ius commune* público, que va más allá de las fronteras políticas y de los tradicionales ámbitos de aplicación territorial de los ordenamientos jurídicos. Sobre este punto volveré más adelante.

La consagración internacional de los Derechos Humanos ha supuesto, por otro lado, una más amplia titularidad de dichos derechos; no en vano, esa consagración, como se ha señalado reiteradamente por la doctrina, va unida al reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo. Dicho de otra manera, el ciudadano ha dejado en buena medida de ser ciudadano para ser persona, o si se quiere, a su condición de ciudadano de un Estado se ha unido la de ser ciudadano de su continente y del mundo.

Una última consecuencia de la consagración internacional de los Derechos Humanos que querría destacar aquí es el reforzamiento de las garantías de esos derechos; las declaraciones y pactos internacionales llevan consigo, casi siempre, la instauración de nuevos instrumentos de garantía y protección, entre los que debe reseñarse especialmente la labor jurisdiccional llevada a cabo por la Corte Interamericana, a través de lo que Carlos Ayala ha denominado gráficamente el “amparo interamericano”, y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Constatada, pues, la relevancia del reconocimiento y la protección internacional, así como algunas de sus consecuencias jurídicas más importantes, y descendiendo al terreno de los problemas jurídicos prácticos, quisiera ahora aportar algunas reflexiones sobre la convivencia de la protección estatal e internacional de los Derechos Fundamentales, entre la protección constitucional y la internacional.

## **II.- ¿EXISTE EQUIVALENCIA ENTRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?**

La primera cuestión que voy a plantear aquí es la de si existe equivalencia material entre la protección internacional y la protección interna que se otorga a los derechos humanos, o, dicho de otra manera, ¿son los mismos derechos los que se protegen internacional y estatalmente?

Para contestar a estas preguntas, en mi opinión, hay que distinguir, a su vez, dos cuestiones distintas. Por una parte, lo que atañe estrictamente al reconocimiento y lo que afecta al sistema de garantías de los derechos. Desde el primer punto de vista, es un hecho que existe una amplia coincidencia, y cada vez mayor, entre el contenido de las declaraciones internacionales y de las declaraciones constitucionales de derechos. En todo caso, y permaneciendo en el terreno, insisto, del mero reconocimiento, la ratificación, adhesión o cualquiera que sea la fórmula jurídica que se use para incorporarse a los pactos internacionales suponen, de una u otra forma, y con un rango interno u otro, el reconocimiento de los derechos internacionalmente proclamados por los pactos y convenios internaciona-

les, como ponen de manifiesto, por ejemplo, los arts. 137 y 145 de la Constitución del Paraguay. Ciertamente, son muchas las cuestiones que se suscitan a este respecto; en todo caso, la eficacia interna de los pactos y convenios sobre derechos humanos es un tema clásico en la doctrina y a ella me remito.

Menos tratado y más novedoso, seguramente, es el segundo aspecto de la cuestión, el relativo al sistema de garantías. ¿La eficacia interna, cualquiera que sea el rango con el que se produzca, de los derechos humanos supone automáticamente que se aplique a éstos el sistema interno de garantías constitucionales?

Comenzaré diciendo que, en su núcleo fundamental, este tema no plantea excesivos problemas; y ello es así porque, como ya he apuntado, existe una equivalencia bastante amplia entre declaración internacional y estatal; dicho de otra forma, la mayoría de los derechos reconocidos en los tratados y convenios son materialmente los mismos que los protegidos constitucionalmente. Sin embargo, existe una serie de "flecós", si se me permite la expresión, donde sí surgen problemas; se trata de determinados derechos que, estando reconocidos en pactos y convenios internacionales, no se han consagrado en una Constitución. ¿Implica aquel reconocimiento una especie de constitucionalización?

Antes de responder a esta cuestión, habría que recordar que, en todo caso, en la medida en que un Tratado sobre derechos humanos posee eficacia en el derecho interno, éste debe garantizar los derechos subjetivos, en cuanto tales, allí proclamados, tal y como se desprende, por ejemplo, de los arts. 141 y 145 de la Constitución del Paraguay. Constatada la

existencia de esta obligación internacionalmente contraída, ello no significa que aquellos derechos tengan protección constitucional en el ámbito interno de forma automática. Hay ordenamientos que, no obstante, sí han previsto que dicha protección se otorgue; es el caso, por ejemplo, de Costa Rica, donde el art. 2 a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que "Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: a) Garantizar, mediante los recursos de *habeas corpus* y de amparo los derechos y libertades consagrados por la Constitución política y *los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica*". Algo parecido sucede en Guatemala, cuya Ley de Amparo, Exhibición Personal y de constitucionalidad dispone en su art. 1º que "La presente ley tiene por objeto desarrollar las garantías y defensas del orden constitucional y de los derechos inherentes a la persona protegidos por la Constitución Política de la República de Guatemala, las leyes y *los convenios internacionales ratificados por Guatemala*". Una fórmula distinta, pero que quizá conduzca a consecuencias similares, es la de las cláusulas de los "derechos y garantías no enunciados" que, como hace el art. 45 de la Constitución del Paraguay, implica que "la enumeración de los derechos y garantías contenidas en (la) Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella".

No obstante, en otros países, ello no es así. En España, por ejemplo, una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que el hecho de que el art. 10.2 de la Constitución obligue a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por España no permite acudir en amparo en defensa de un derecho

internacionalmente reconocido si, a su vez, ese derecho no está incluido dentro del catálogo protegido especialmente a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ya que en España sólo a este órgano le corresponde conocer del recurso de amparo como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la amplia coincidencia entre declaraciones internacionales y estatales debe hacer que no se planteen demasiados problemas técnicos; sin embargo, éstos pueden surgir allí donde se presente un doble sistema de garantía interno. He aquí una posible consecuencia. Como ustedes saben, la protección jurisdiccional internacional de derechos humanos actúa de manera subsidiaria respecto de la protección interna; la falta de claridad sobre si un derecho consagrado internacionalmente está o no protegido a través de procedimientos constitucionales puede suscitar problemas a los tribunales internacionales a la hora de determinar si se ha cumplido con el requisito de haber agotado los instrumentos internos de garantía. En mi opinión, pues, y con independencia del rango supraconstitucional, constitucional, suprallegal o legal que posean en el ámbito interno los derechos reconocidos internacionalmente, éstos, cuando sean auténticos derechos subjetivos, deberían estar protegidos por las técnicas constitucionales de protección de los derechos fundamentales.

### **III.- LA ARTICULACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y LA PROTECCIÓN ESTATAL.**



Con esta última afirmación conectamos con la siguiente cuestión que quería plantearles: ¿cómo se articulan la protección internacional y la interna?

Como es bien sabido, la regla general de articulación entre garantías internas e internacionales es la regla de la subsidiariedad de las segundas respecto de las primeras: sólo intentados y agotados infructuosamente los remedios ofrecidos dentro del Estado es posible acudir a la protección internacional; así lo dispone el art. 20 del Convenio Europeo, el art. 46.1.a de la Convención Interamericana e, incluso, el art. 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En relación con este principio, ya clásico, del Derecho Procesal de los Derechos Humanos quisiera hacer unas breves consideraciones.

En primer lugar, es conveniente recordar que la necesidad de agotamiento de los remedios internos no es solamente una exigencia procesal. Como ha señalado, por ejemplo, Cançado Trindade, esa obligación de agotamiento presupone la imposición de una serie de exigencias a los ordenamientos nacionales; entre otras, y muy resumidamente enunciadas, que éstos organicen esos remedios en el ámbito estatal, que se configuren correctamente atribuyéndose a autoridades judiciales independientes y, que, en su desarrollo, se respeten las reglas básicas del proceso justo (*due process*).

En segundo lugar, una correcta articulación entre protección interna e internacional a través del principio de subsidiariedad sólo puede hacerse a partir de una clara definición del alcance y naturaleza de la protección internacional. Así, el agotamiento de las vías internas no puede tener la misma intensidad si nos encontramos ante un control

internacional meramente revisor de tipo cuasi-casacional o ante un enjuiciamiento total de la existencia de una lesión estatal; tampoco es lo mismo en función de que existan o no instancias que puedan realizar la instrucción del procedimiento, como es el caso de la Comisión del sistema interamericano, órgano que ha desaparecido en el modelo europeo. Eso explica, por ejemplo, que en el sistema interamericano, la Corte Interamericana, en el caso *Viviana Gallardo y otras*, admitiera la posibilidad de renuncia estatal (que no del particular) al agotamiento de los recursos internos, pero no la renuncia a la intervención de la Comisión; y ello, más que por el pronunciamiento de ésta, por la labor "parainstructora" que desarrolla. Las exigencias de agotamiento deben, pues, interpretarse a la luz de cada sistema, teniendo en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la intervención del instrumento internacional, y la posibilidad efectiva o no de reparación interna.

En cualquier caso, como en todo lo relacionado con los derechos fundamentales, los requisitos procesales deben interpretarse en la forma más favorable a la eficacia del derecho. Pero, a la vez, debe fomentarse también que las autoridades judiciales nacionales se enfrenten con la violación de derechos y hagan lo posible para repararla. Existe en la garantía internacional un interés general, además del meramente subjetivo: instar la eficacia del sistema estatal. No es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia.

#### **IV.- LA EFICACIA INTERNA DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES.**

Otro de los problemas que quería traer aquí en el día de hoy es el relativo a la eficacia de las decisiones de los tribunales internacionales en el ámbito interno.

No quiero hacer una exposición global de todo el complejo tema de la naturaleza y alcance de las Sentencias internacionales. Baste recordar que, dada la naturaleza que poseen los organismos en el seno de los cuales se han creado tribunales o cortes internacionales, y dado el grado de la integración internacional, la eficacia de las decisiones de dichos tribunales es fundamentalmente declarativa, dejando, en buena medida, en manos de los ordenamientos internos la determinación de los medios para hacerlas ejecutar. Tanto en Europa como en América, el sistema más común de ejecución de las decisiones contenciosas que declaran la existencia de una vulneración de derechos, al menos por lo que a la reparación de la víctima respecta, es la reparación económica mediante el pago de una indemnización. Sin embargo, no siempre este sistema permite, no ya reparar el daño, sino, ni siquiera, compensarlo mínimamente. Permítanme que muy brevemente les relate un caso planteado hace algunos años en mi país, de circunstancias especialmente patéticas, que ayudará a entender la cuestión que quiero plantear. Hace ya más de veinte años, un empresario murió como consecuencia de la explosión ocasionada por la manipulación de un artefacto que un grupo terrorista le colocó en el pecho con el fin de obligar a pagar una fuerte cantidad de dinero. Varias personas fueron procesadas y condenadas como responsables de asesinato. Agotados todos los recursos internos, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, los condenados acudieron ante las instancias europeas de protección de derechos. Complimentados los trámites oportunos, el Tribunal Europeo dictó una Sentencia (*Sentencia Barberá, Messegué y Jabardo*), en la que

estimó que en el procedimiento seguido contra los inculpados se habían vulnerado garantías esenciales, y con ello, el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los afectados acudieron a los tribunales nacionales solicitando su puesta en libertad. Tras algunas vicisitudes procesales cuya narración les ahorraré, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo entendió que no podían ser puestos en libertad por no existir en el ordenamiento español previsión legal que hiciera posible el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta decisión fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional; éste, en una controvertida Sentencia, en la que existe un voto particular, estimó que aunque no haya efectivamente previsión legal sobre ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo, y aunque la naturaleza de éstas sea básicamente declarativa, según ha señalado el propio Tribunal de Estrasburgo, al constatarse la existencia de una violación de derechos fundamentales, ésta debe ser reparada; en consecuencia, ordenó retrotraer las actuaciones de la causa penal para que los imputados fueran nuevamente juzgados respetando todas las garantías del proceso.

Con independencia del acierto o no de la decisión y de su fundamentación, creo que este es un buen ejemplo de cómo en ocasiones la reparación económica resulta inhábil para ejecutar las Sentencias internacionales. Ello obliga a que los ordenamientos estatales deban de establecer medios de ejecución. Existen Estados que tienen previsiones al respecto; es el caso, por ejemplo, de Costa Rica en el sistema americano y de varios países en el europeo: Austria, Luxemburgo, Malta, Noruega y Suiza. El sistema en estos últimos países previstos es el de abrir una causa de revisión extraordinaria cuando se haya pronunciado una Sentencia condenatoria por parte del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ciertamente, esta solución plantea problemas teóricos y prácticos: santidad de la cosa juzgada, dilaciones en las causas, posibilidad de aumento de éstas, etc... Sin embargo, hasta ahora, parece ser la única vía de completar un sistema que haga realmente eficaz las decisiones de los tribunales internacionales en su función tutelar de los derechos humanos. En todo caso, es un tema que debe ser objeto de análisis y estudio para encontrar y articular las soluciones más correctas.

#### **V.- EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS ORGANIZACIONES SUPRANACIONALES.**

El siguiente problema que quisiera traer a colación no atañe propiamente a lo que, desde el punto de vista técnico, puede calificarse de articulación entre protección internacional y estatal de los derechos humanos; se trata, más bien, de la articulación entre lo que se conoce como protección "supranacional" y protección estatal. Esta cuestión tiene en la actualidad una dimensión básicamente europea; ahora bien, a la vista de la evolución política y económica del continente americano, y sobre todo del MERCOSUR, no creo que pueda excluirse que, antes o después, esta misma cuestión que tantas páginas ocupa en la doctrina y la jurisprudencia europea pueda llegar a plantearse en este continente, y ello porque difícilmente la integración económica puede llevarse a cabo sin traer alguna forma de integración política.

Como todos ustedes saben, buena parte de los países europeos dieron en su día un paso cualitativa en la integración creando las Comunidades Europeas, que, entre otras caracterís-

ticas, no responden ya al tradicional principio de cooperación internacional, sino a una auténtica integración económica y política. Ello significa, entre otras muchas cosas, que parte de las políticas tradicionalmente estatales se determinan y gestionan por un ente diferente de los Estados que es la propia Unión Europea. Jurídicamente, este fenómeno se traduce en que, con los ordenamientos estatales, convive otro ordenamiento: el supranacional, con características propias y distinto del tradicional ordenamiento internacional. Pues bien, la falta de una declaración de derechos fundamentales en el seno de ese ordenamiento planteó durante muchos años problemas; varios tribunales estatales, en especial el Tribunal Constitucional Federal alemán y la Corte Constitucional italiana, afirmaron que las normas comunitarias no podrían aplicarse en sus respectivos países si vulneraban derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Ello era tanto como abrir la posibilidad de que el ordenamiento europeo resultara ineficaz, con los riesgos que generaba para la propia integración. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, órgano encargado de interpretar y salvaguardar el ordenamiento comunitario, subsanó en buena medida las deficiencias de este ordenamiento en materia de Derechos Humanos mediante una creación jurisprudencial; afirma el Tribunal a partir de la década de los setenta, que los derechos fundamentales establecidos en todos los países comunitarios, aunque no estuvieran expresamente reconocidos en el ordenamiento comunitario, forman parte de éste en cuanto principio generales del Derecho, de forma que las normas comunitarias europeas deben respetarlos. Esta idea ha pasado, con posterioridad, a los propios Tratados Constitutivos. Por esta vía, se ha salvado, en la práctica, un conflicto entre ordenamientos y se ha garantizado el respeto de los derechos fundamentales hasta el punto

que se ha planteado, incluso, la posibilidad de que la Unión Europea como tal, ratifique el Convenio Europeo de Derechos Humanos, formalizando así una protección similar a la que existe en los Estados que la componen, o la de que se apruebe una declaración *ad hoc* en el seno de la propia Unión Europea<sup>1</sup>. Aunque en América aún no se plantee este problema, si en alguno de los procesos de integración regional se dan el paso de ceder competencias a organismos supranacionales (y no se olvide que ya algunas Constituciones prevén esta posibilidad) habrá que tener presente la necesidad de garantizar en el ordenamiento supranacional los derechos fundamentales, evitando los problemas que en Europa se han planteado a este respecto.

#### **VI.- HACIA UN *IUS COMMUNE* EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Mi último bloque de reflexiones es sobre un tema al que hacía referencia en mis palabras iniciales: la aparición de un *ius commune* de nuevo cuño en materia de Derechos Fundamentales, distinto del Derecho estatal y del propio Derecho Internacional, que tiende a englobar a ambos. Esa construcción de un *ius commune* implica un flujo de intercambio de información y de instituciones entre los diversos ordenamientos: del interno al internacional, y viceversa, y de ordenamientos nacionales a ordenamientos nacionales.

---

<sup>1</sup> Escritas ya estas páginas, el Consejo Europeo celebrado en Niza en diciembre de 2000 ha proclamado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, texto que, sin embargo, no se incorpora propiamente a los Tratados por lo que desplegará una eficacia jurídica "débil".

En efecto, y con independencia del valor concreto que en cada caso de le dé a los tratados internacionales sobre derechos, los ordenamientos y la jurisprudencia nacional acuden cada vez más a la internacional; pero también, a la experiencia de otros países y, por tanto, de otros ordenamientos.

Aunque, lógicamente en este proceso acaben imponiéndose la norma y la interpretación internacional, es un hecho (no una afirmación jurídica) que, como pusiera de manifiesto Marc Eissen, Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el mayor flujo en ese intercambio, sin embargo, se produce desde los ordenamientos estatales a los internacionales, y ello sin perjuicio de construcción de categorías propias de "nociones autónomas" en el seno de estos últimos. Este es un hecho con múltiples explicaciones: los jueces y magistrados internacionales tienen siempre un origen estatal, habiendo ocupado casi siempre posiciones de responsabilidad jurídica en sus países, las técnicas interpretativas son las mismas, los problemas jurídicos, en general, surgen antes en Derecho interno y llegan filtrados por éste a las jurisdicciones internacionales por el juego del principio de subsidiariedad, etc.. Los tribunales internacionales, más bien, lo que hacen es unificar la interpretación e ir configurando los elementos de ese *ius commune* al que hacía referencia, que se imponen en el ámbito interno no sólo por la autoridad de los tribunales internacionales, sino, también, por su posibilidad de revisar de una u otra manera las decisiones de los tribunales estatales.

Para una mejor configuración de ese derecho común, el intercambio de información y de experiencias entre los distintos países es básico. Conocer lo que pasa en otros países, en otros



## INTRODUCCIÓN

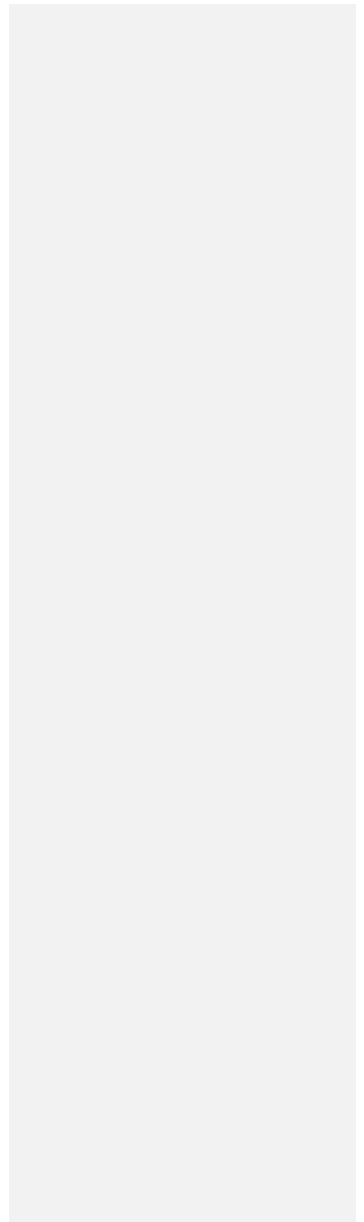
---

continentes, en los tribunales internacionales es hoy una exigencia en nuestro trabajo. Sólo desde el método comparado pueden abordarse correctamente muchos problemas jurídicos en materia de derechos fundamentales. El contar con instituciones similares y con un idioma común son algunas de las causas que aconsejan que sigamos trabajando en esta línea, y que, con respeto a nuestras particularidades nacionales, nos entendamos cuando hablemos de y en libertad. Muchas gracias

**“LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA  
SUPREMA”**

EXPOSITORA: PROF. DRA. ROSARIO GARCÍA  
MAHAMUD

30 DE MARZO DE 2000





## LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA

Prof. Dra. Rosario García Mahamut<sup>2</sup>

No parecía conveniente profundizar en los principios estructurales del Estado, objeto del ciclo de conferencias Paraguay 2000, sin desmenuzar las características formales y materiales de la Norma a partir de la cual se organiza ese Estado, como entidad jurídica organizada, a la luz de una serie de principios y valores contenidos en esa norma superior del ordenamiento, a la que están sometidos el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico y que, normalmente, recibe el nombre de Constitución. Así descrita la secuencia, parece no dejar margen a la duda que nos referimos a aquellas Constituciones que en Europa, fundamentalmente tras la Segunda Guerra Mundial, se distinguen esencialmente por un rasgo: el de su efectividad. En aquella ya clásica “clasificación” de Constituciones que realizara Lowenstein, aquella tipología que hace referencia a su carácter ontológico, hacemos referencia a las Constituciones normativas frente a las nominales o semánticas. Claro que, definir la Constitución normativa, que es la propia en las actuales democracias pluralistas de los actuales Estados Constitucionales, parece demandar la exposición de una idea previa sobre lo que es la Constitución.

Tratando de responder a tal exigencia, cabe señalar que la idea de Constitución es objeto de un interminable debate teórico en el que se entrecruzan diversas concepciones

---

<sup>2</sup> Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Jaume I de Castellón.

políticas a la vez que diversos modos de concebir el Estado, el Derecho y la relación entre ambos. La complejidad del debate y su riqueza, como recuerda el profesor Rubio Llorente, ha dado como resultado que esta idea se convierta en objeto de una disciplina específica, la teoría de la Constitución, que es una teoría del Estado Constitucional. El Estado Constitucional, no lo olvidemos, es una forma política con un contenido específico; de ahí que el concepto de Constitución no pueda desvincularse del constitucionalismo como doctrina política.

El constitucionalismo, y con ello el Derecho constitucional, surge en un momento histórico concreto y con un objetivo bien definido. En efecto, la normativa que se incluye normalmente en la categoría de Derecho constitucional fija sus inicios históricos en los documentos de la Gloriosa Revolución inglesa (Bill of Rights de 1689) y en los textos que caracterizaron a las Revoluciones norteamericana (Declaración de Independencia de 1776 y Constitución Americana de 1787) y francesa (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

Estas normas, no cabe duda, surgieron en circunstancias históricas específicas y con el objeto primordial de limitar los poderes del rey, finiquitar una monarquía absoluta que concentraba todos los poderes del Estado en manos del monarca y, cómo no, someter tales poderes del Estado al Derecho expresado en normas jurídicas estructuradas en un documento solemne cuya razón de ser no podía ser otra que la de garantizar, en última instancia, un elenco de derechos inherentes al hombre reconocidos, a su vez, en tales textos.

Ello nos pone inmediatamente sobre la pista de lo que ha constituido el objeto natural de las normas, utilicemos un sentido amplio, de Derecho Constitucional. Por un lado, aquellas que reconocen y garantizan los derechos inherentes a los hombres y, por otro, las que organizan los poderes básicos del Estado. Por lo que respecta a las que declaran y protegen los derechos del ciudadano, a nadie puede escapar el hecho de que, desde el comienzo del movimiento constitucionalista, la formulación de una Declaración de Derechos aparece como la primera tarea a llevar a cabo para asegurar la libertad de los individuos enumerando aquellos derechos inherentes a la condición humana. Intimamente vinculadas a las Declaraciones de Derechos y junto a ellas aparecen aquellas normas que tienen por objeto organizar el funcionamiento de los poderes del Estado y que se inspiran en la certeza de que el único medio de garantizar la libertad es limitando los poderes del Estado. Poderes que, organizados jurídicamente, se hallan sometidos en su ejercicio a Derecho. Un derecho que en su formulación más solemne incorpora el principio de separación de poderes como medio efectivo de limitar al poder y, por ende, como único medio de garantizar la libertad. En efecto, dado que la experiencia demuestra que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, tal y como magníficamente describiera el Montesquieu y formulara en su obra del Espíritu de las Leyes, para que nadie pueda abusar del poder es necesario conseguir, mediante la adecuada ordenación de las cosas, que el poder frene al poder.

El primer constitucionalismo apuesta, pues, por garantizar la libertad de los ciudadanos limitando los poderes del Estado. El mejor instrumento para alcanzar dicho objetivo será una concepción racional-normativa de la Constitución,

en virtud de la cual sólo se considera como tal, utilizando expresión del profesor García Pelayo, la Constitución expresada jurídicamente y en forma escrita, pues sólo el derecho escrito ofrece garantías de racionalidad, sólo la precisión jurídica escrita ofrece seguridad frente a la arbitrariedad de la administración. El concepto racional-normativo de Constitución, según el cual la Constitución se concibe como un complejo normativo que se establece de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones del Estado y se regulan los órganos, en el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos, como se ha repetido en tantas ocasiones, es deudor de la ideología liberal y del racionalismo que inspira el pensamiento de la Ilustración. Sólo se acepta como Constitución aquél conjunto normativo que, amén de organizar los poderes del Estado, realiza el programa del estado liberal burgués. Este se expresa de forma diáfana en el conocido artículo 16 de la Declaración francesa de los derechos del Hombre y del Ciudadanos: "...toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada carece de Constitución".

Sin embargo, en Europa, a diferencia del modelo constitucional americano, no ha llegado a afianzarse durante el siglo XIX, la idea de que la Constitución es una norma jurídica que obliga a los poderes del Estado. Más bien al contrario, el Estado constitucional del siglo pasado está organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente están sometidos los poderes del Estado a la Norma constitucional. Esta constituía, más bien, un estatuto orgánico, un documento político que orientará a los poderes

públicos. Dicho con palabras de algún otro autor, la Constitución no se convertía ella misma en norma jurídica, permanecía como premisa jurídica fuera del ámbito político que no comenzaba con la Constitución sino con la ley.

Por el contrario, en el constitucionalismo americano, como señalara De Otto, quedó claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que habían de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes. La consecuencia lógica no es otra que la existencia de un sistema de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes del Estado. Por lo que a ambos modelos respecta, en síntesis, y en expresión del profesor Blanco Valdés, en el modelo europeo triunfaría el concepto de supremacía de la ley y en el americano el de supremacía de la Constitución o, lo que es casi equivalente, el de control de constitucionalidad.

Resulta inevitable detenerse sobre, al menos, el origen del control de constitucionalidad de las leyes en el derecho norteamericano en su primera puesta en práctica jurisprudencial de la mano del Juez Marshall, Presidente del Tribunal Supremo, en la célebre sentencia “Marbury vs Madison” en 1803 y que desde la perspectiva teórica venía a recoger las reflexiones que en su momento planteara Hamilton en el Federalista. Recordemos, muy resumidamente, que en la Sentencia se estimaba que una Ley del Congreso Federal ampliaba los poderes del Tribunal Supremo en contradicción con lo previsto en el art. 3 de la Constitución. Ante tal contradicción, el tribunal debía decidir cuál era la norma aplicable: la ley o la constitución. Entre estas alternativas, razona Marshall, en términos literales, “no



*existe término medio. O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no constituye derecho. Si es cierta la segunda opción, entonces las Constituciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que, por su propia naturaleza, es ilimitable. Ciertamente, todos los que han construido Constituciones escritas, las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la Nación, y consiguientemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que una ley de la Legislatura, incompatible con la Constitución es nula. Esta teoría guarda una relación esencial con la Constitución escrita y, por consiguiente, debe ser formulada por esta Corte como uno de los principios esenciales de nuestra sociedad”.*

Tal razonamiento lleva, en resumidas cuentas, a declarar inaplicable la ley Federal por contraria a la Constitución y quedando así formulada la teoría de la *judicial review of legislation* que cuenta con una serie de características que conocen perfectamente, y que en cierto modo y con matices recoge la Constitución de la República del Paraguay en su artículo 260, y que pocos nexos procedimentales guardan en común con lo que, en contrapartida a este modelo de <<control difuso>> de constitucionalidad de las leyes, caracteriza al modelo europeo de <<control concentrado>> de constitucionalidad de las leyes formulado por Hans Kelsen. Este último modelo, el de control concentrado, resultaba, como en tantas ocasiones se ha advertido, más

acorde con la propia tradición constitucional europea que poniendo más el acento en el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, tal control, como lo ideara Kelsen, se ha residenciado en un órgano especializado que, actuando con todas las garantías de imparcialidad e independencia de los jueces ordinarios, se ha configurado como un órgano completamente separado del legislativo, ejecutivo y el judicial. Tales Tribunales, que reciben distintos nombres según los ordenamiento –en el español Tribunal Constitucional, en el francés Consejo Constitucional, o en el italiano Corte Constitucional-, actúan según procedimientos propios y sobre los que no me detendré dado que el profesor Pérez Tremps los analizará con detalle en la siguiente sesión.

En efecto, como indirectamente acabamos de poner de relieve, la concepción de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico será recibida en Europa tras la Primera Guerra Mundial al crearse sistemas de justicia constitucional que se asentarán sobre el principio de supremacía de la Constitución. Sin embargo, no se consolidará esta concepción normativa de la Constitución, en el continente europeo, sino a partir de la Segunda Guerra Mundial –con excepciones como, por ejemplo, en el caso español donde ello no ocurre hasta la promulgación de la Constitución de 1978- cuando, en palabras de Pérez Royo, la Constitución, sin dejar de continuar siendo el presupuesto político, la premisa fundamental del ordenamiento, no se queda confinada a esa función, sino que traspasa ella misma la línea divisoria entre la política y el derecho pasando a convertirse, además de en documento político, en norma jurídica. El ordenamiento jurídico ya no empieza en la ley, empieza en la Constitución. Únicamente las garantías

constitucionales permitirán asegurar de forma eficaz la supremacía de la Constitución sobre todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico.

Ello no quiere significar, sin embargo, que ese pacto social y político alcanzado, sobre lo que debía ser la estructura de la organización política y los derechos que debían ser garantizados, tanto en Nortamérica como en Europa desde los mismísimos orígenes del constitucionalismo, no tuviera una clara pretensión normativa. O mejor dicho, la premisa en que se basaba este pacto tenía evidentemente una clara pretensión normativa en el sentido de que su finalidad era la de regir de modo efectivo el comportamiento del poder político así como de servir de garantía eficaz de los derechos del individuo.

No será, es verdad, hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando las Constituciones se erijan en aquella norma jurídica que asumiendo los condicionantes históricos del racionalismo burgués, condensando, como señala el profesor López Aguilar, no sólo en un cuerpo jurídico identificable aquellos aspectos esenciales del derecho, los modos de producción de las normas en el ordenamiento y la creación de las instituciones, sino que, además, ha identificado ese cuerpo jurídico como la norma materialmente suprema y jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico.

Estos rasgos así condensados nos sitúan ante la Constitución normativa que es la fase última de la evolución histórica que se corresponde con los textos constitucionales de los modernos Estados constitucionales de Derecho y que,

desde luego, va mucho más allá de la simple plasmación de la idea de sometimiento de la ley a la Constitución. Y, permítaseme, en esta línea, subrayar un dato obvio pero esencial sólo es Constitución normativa la Constitución democrática.

En consecuencia y desde una perspectiva formal, las Constituciones normativas son aquellas normas dotadas de un especial rango y fuerza dentro del ordenamiento. Desde el punto de vista material, la Constitución incorpora los valores y principios básicos de la comunidad política, de su ordenamiento y la organización de los poderes del Estado. Precisamente por ello, la Constitución normativa es la norma materialmente suprema y jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico.

Obsérvese que desde la perspectiva de las fuentes del derecho, ella es la fuente primaria del ordenamiento jurídico. La Constitución es la norma que alumbra al resto del ordenamiento. En ella se plasma, se regula y condiciona el resto de fuentes del derecho que atienden, a su vez y generalmente, a una serie de principios. La Constitución es fuente de fuentes y es su especial rango y fuerza lo que la diferencia cualitativamente del resto de las normas.

El carácter de norma supralegal de las Constituciones normativas deriva directamente de su carácter fundamental y ello se expresa a través de una serie de manifestaciones jurídicas que ponen el acento en su consideración de norma primaria. En este sentido, cabe subrayar, en primer término, que el carácter de norma primaria se refleja o se expresa en el hecho de que es la propia *Norma Normarum* la que establece

y regula el procedimiento de creación y modificación del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Sin embargo, ella misma no está sujeta a los procedimientos que la propia *Lex Legum* establece para la modificación del resto de las normas que integra tal ordenamiento. Ello sucede así en lógica coherencia con dos principios que se hallan íntimamente en conexión: Uno. La Constitución, que es obra del poder constituyente, concreta el pacto social, entre otros, sobre el modo de organizarse los poderes del Estado. Poderes a los que se les atribuye una serie de competencias y que se hallan directa y plenamente sometidos al dictado constitucional. Poderes, en consecuencia, que no podrán contradecir en su actuación, ni desde una perspectiva material ni desde una perspectiva procedimental, a la Norma que los crea puesto que su legitimidad deriva directamente de ella. Dos. Dado que la Norma Constitucional no sigue el procedimiento ordinario de creación de las normas, su modificación tampoco podrá seguir idénticos criterios. La propia lógica de que los poderes del Estado cobran vida a partir de la propia Constitución, lleva a la consecuencia de que éstos no podrán modificar la Constitución a través de los procedimientos previstos por ella para elaborar y modificar el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico. De ahí precisamente que los procedimientos de reforma constitucional sean objeto de regulación específica y cuya principal característica sea el de su rigidez.

En segundo término, y en íntima conexión con lo que acabamos de exponer, si bien la Constitución determina el modo de organizarse y de actuar de los poderes del Estado y se blinda en cuanto a la posibilidad de ser modificada frente a las actuaciones de los poderes públicos, a través de

procedimientos especialmente rígidos, no cabe duda de que garantizar la efectiva preeminencia de la *Lex Superior* frente al resto de las normas exige la existencia de procedimientos específicos destinados a tal cumplimiento. Ello, como ya se ha reiterado, se realiza, fundamentalmente, a través del control de constitucionalidad de las leyes que corre a cargo de órganos jurisdiccionales con las características que ya hemos apuntado y que definen a los dos grande modelos, concentrado y difuso, de control de constitucionalidad.

En fin, si la Constitución es norma, la norma fundamental del ordenamiento jurídico, cuya supremacía no sólo es de carácter formal sino material, en el sentido de que no sólo habilita a los poderes públicos en el ejercicio de su actividad sino que, además, ésta actúa como límite a la actuación de los mismos, una decisiva manifestación y consecuencia de su superior posición en el ordenamiento lo constituye el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, quizás convenga realizar algunas consideraciones sobre lo que, a mi juicio, deba entenderse por norma fundamental. En esta línea considero, al igual que el profesor López Guerra y una buena parte de la doctrina española, alemana e italiana que, el término de norma fundamental no es sinónimo de norma omnicompreensiva. No ya en el sentido de que las Constituciones regulen de forma total todas las instituciones del Estado, como resulta evidentemente imposible, sino que tampoco puede ser interpretado como que la Constitución deba programar o prever con absoluta precisión las directrices a seguir por los poderes del Estado a modo de programa político cerrado para

los poderes públicos. Obsérvese que la Constitución normativa tiene como base esencial el pluralismo y el consenso. En consecuencia, y como en tantas ocasiones se ha reiterado, la Constitución no puede establecer un marco fundamental, debe fijar el marco jurídico en el que debe moverse las fuerzas políticas. Utilizando la expresión de Haberle, la Constitución lo que hace es aportar espacios abiertos a diferentes posibilidades de ordenes políticos precisos. Es por ello que su carácter de norma abierta e incompleta resulta una cualidad de las Constituciones normativas que pretenden, como apuntaba Hesse, normar vida histórica y en cuanto tal, sometida a cambios históricos.

Lo que viene a significar el carácter fundamental de la Constitución, utilizando expresión de López Guerra, es que los mandatos contenidos en la misma quedan fuera de la disponibilidad de las fuerzas políticas, esto es, que no son alterables o modificables por los poderes públicos en su actuación ordinaria. En este sentido, los preceptos constitucionales son básicos, en cuanto intocables. Por ello, los mandatos de la Constitución han de entenderse también como límites a los poderes del Estado. Tales límites, no son otra cosa que la expresión del poder constituyente, el acuerdo nacional sobre lo que lo son las reglas del juego que deben ser escrupulosamente cumplidas en la acción política y jurídica por los poderes públicos.

Los límites que se imponen a los poderes del Estado en su actuación y que constituyen el resultado del poder constituyente son de distintos tipos. Generalmente estos límites se clasifican en tres grandes grupos. Así, se distinguen entre los límites de carácter formal, los de carácter

material y los de carácter genérico. Dado que el tiempo apremia, no me detendré demasiado en el contenido de los mismos. Valga decir que los límites formales son aquellos que derivan de la imposición de la adopción de un determinado o específico procedimiento para que la actuación o decisión de un poder público sea válida en derecho. Los materiales se expresan en aquellas disposiciones que determinan un contenido intocable de una institución o derecho. Los de carácter general, son aquellos que derivan del respeto de una serie de principios y valores que deben guiar e impregnar la actuación de los poderes públicos pero que se expresan no unidos a una actuación en concreto sino más en abstracto. Sobre los mismos, si lo estiman oportuno, podemos volver en el turno de intervenciones.

Sólo es Constitución normativa la Constitución democrática que recoge como valor esencial el pluralismo. Ahora bien, el término democracia no puede ser entendido en este contexto como el sistema en el que la mayoría adopta la decisión, sino en el sentido de democracia constitucional. En esta última, el valor fundamental de la decisión de la mayoría es la protección de la minoría, y para ello se dota a esa comunidad política de una Constitución normativa que, en cualquier caso, debe hacerse efectiva, en última instancia, mediante la actuación de los órganos a los que corresponde el control de la actuación de los poderes públicos que pudieran vulnerar formal y/o materialmente mandatos constitucionales. Desde luego ello implica que las Constituciones normativas prevean mecanismos de defensa, a fin de garantizar la paz civil.



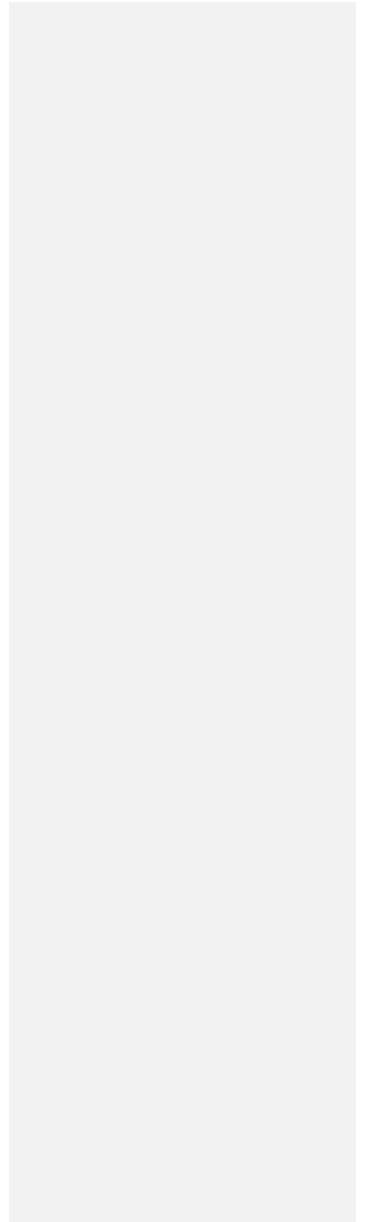
Esos mecanismos de defensa son susceptibles de ser agrupados en dos categorías: aquellos que se refieren a la defensa ordinaria de la Constitución y aquellos que se refieren a la defensa extraordinaria. Los primeros van destinados a proteger la efectividad de la Constitución frente a la acción u omisión por parte de los poderes públicos que implican desobediencia de los mandatos constitucionales. Los segundos van dirigidos a defender la Constitución ante ataques extraordinarios (revolución, golpe de Estado...) que van contra el propio orden constitucional. Entre los primeros, cabe destacar el control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, en última instancia, por parte de un órgano jurisdiccional encargado de ejecutar tal tarea. Entre los segundos, cabe destacar la facultad de poderes excepcionales que la propia Constitución determina a favor de los poderes del Estado para declarar medidas de carácter excepcional dirigidas a restablecer la normalidad constitucional y que generalmente significa una mayor concentración de poderes, generalmente a favor del Ejecutivo bajo estricto control del Parlamento, y que vienen a suponer una limitación reglada del ejercicio de ciertos derechos fundamentales durante un cierto tiempo. Incluso, algunos ordenamientos constitucionales pueden ir más allá previendo una suspensión temporal del orden constitucional bajo pausas absolutamente regladas previstas constitucionalmente. En efecto, en previsión de ello, la mayoría de las Constituciones contienen previsiones respecto del estado de excepción, cualquiera sea la denominación que se utilice. Finalmente, no cabe olvidar como mecanismo de defensa de la Constitución la previsión de mecanismos de reforma constitucional para, en última instancia, garantizar la vigencia efectiva de los mandatos constitucionales. Todos estos mecanismos de

defensa tienen como objetivo, indudablemente, garantizar la supremacía tanto formal como material de la Constitución normativa.

En fin, nada más y quedo plenamente a su disposición para entablar el debate sobre todas aquellas cuestiones que ustedes estimen convenientes y que, sin lugar a dudas, merecerán ser analizadas con la profundidad que requieren. Muchísimas gracias.



## **DEBATE**





### MODERADORES

- PROF. DR. LUIS LEZCANO CLAUDE, MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA;
- PROF. DR. RAÚL SAPENA BRUGADA, MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA;
- PROF. DR. JOSEP LLUIS ALBIÑANA I OLMOS, CODIRECTOR EUROPEO.

**Pregunta:** Cómo se puede asegurar la efectividad de la norma constitucional en los sistemas en los que el órgano de control constitucional puede declarar la inaplicabilidad de la ley únicamente al caso concreto, es decir, sus resoluciones no tienen efecto *erga omnes*?

**Respuesta:** Su pregunta es interesante y de gran calado ya que está usted haciendo referencia directa al art. 260 de la Constitución paraguaya. El modelo de control de constitucionalidad que se ha adoptado, como de ustedes es de sobra conocido, es el norteamericano de control difuso pero con un matiz esencial. En efecto, mientras que en norteamericano, el control de constitucionalidad se atribuye a los jueces ordinarios para que en el litigio concreto, en el que las partes deben plantear la duda de si el precepto legal aplicable podría vulnerar o no la Constitución, el juez, ante la duda planteada, resuelva la cuestión, sin embargo, y en caso afirmativo, lo que declara el juez es la no aplicabilidad de la norma al caso concreto por ser contraria a la Constitución. El juez que conoce del litigio en el que se debe aplicar la norma sobre la que recae la duda no tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de ésta con efectos *erga omnes* atribuyéndose exclusivamente tal facultad al Tribunal

Supremo de los Estados Unidos. Sin embargo, la Constitución de la República del Paraguay siguiendo la primera parte del modelo, atribuye al juez que conoce del litigio la capacidad de declarar inaplicable la ley por ser contraria a la Constitución pero no le atribuye expresamente a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley con efectos *erga omnes*, es decir, de expulsar del ordenamiento jurídico esa norma declarada contraria a la Constitución. Y ciertamente me ha llamado la atención que en la Constitución del Paraguay la declaración de inconstitucionalidad tiene únicamente efecto para el caso concreto. No se cómo se puede garantizar, desde la perspectiva teórica, la efectividad de la Constitución de esta forma. En cualquier caso, el art. 259 en el num. 5 de la Constitución atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de conocer y decidir sobre la inconstitucionalidad. Este artículo, pudiera interpretarse, que se faculta a la Corte, cuando actúa en pleno, a declarar la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. En cualquier caso, la efectividad de la Constitución no queda garantizada, en forma exclusiva y excluyente por los sistemas de constitucionalidad de las leyes, si bien es el principal medio (Prof. Dra. Rosario García Mahamut, Expositora de la Unión Europea).

Luego de haber analizado esto de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, debo manifestar que existen culturas jurídicas. Si se da un buen funcionamiento de la estructura judicial de un país, debe esperarse que los órganos superiores de ese país suelen ser coherentes. Por tanto, desde el punto de vista fáctico, no formal, si una Corte Suprema declara inaplicable una cierta norma a un número

continuo de casos, produce un efecto similar al de la declaración *erga omnes*. Además, lo lógico es que el Poder Legislativo lo modifique. La solución, sin embargo, quizá no sea esa, porque es indudable que este sistema da lugar a numerosas dudas, a diferencia de los sistemas en que la declaración de inconstitucionalidad trae aparejada la nulidad. Incluso en estos últimos se da a veces que el tribunal constitucional resuelve no eliminar la norma del sistema jurídico sino interpretarla de conformidad con la constitución, lo cual puede generar igualmente inseguridad jurídica. Considero que en este punto lo esencial es guardar una cierta coherencia al sistema, sea el que sea (Prof. Dr. Pablo Pérez Tremps, Expositor de la Unión Europea).

Con respecto a la cultura jurídica práctica que ha mencionado el Prof. Pérez Tremps, aquí realmente se ha planteado un problema. Desde que empezó esta Corte, en el año 1995, hemos venido resolviendo en aproximadamente 150 expedientes al año, un solo artículo de una ley que afecta a las viudas de los veteranos de la guerra del Chaco pero el Poder Ejecutivo sigue aplicándolo y seguramente, seguirá haciéndolo. Quisiera explicar la solución que la Corte ha intentado en dos casos en nuestro país y que consiste precisamente en esa dualidad en la cual aparece primero la Sala Constitucional (con facultad para declarar la inaplicabilidad de resoluciones jurisdiccionales o la ley al caso concreto)<sup>3</sup>, en tanto que cuando la Corte actúa en pleno, la Constitución habla sólo de declarar la inconstitucionalidad<sup>4</sup>. Este es un sistema híbrido; no es

---

<sup>3</sup> Art. 260 de la Constitución Nacional; art. 11 de la Ley N° 609/95 Que organiza la Corte Suprema de Justicia.

<sup>4</sup> Art. 259, inc. 5) de la Constitución Nacional.



claramente el sistema norteamericano (difuso) puesto que los jueces no tienen atribución para declarar la inconstitucionalidad. Tenemos un sistema en el cual la Sala Constitucional se puede ampliar al plenario, en una forma muy primitiva puesto que hasta ahora sólo se puede ampliar la Sala desde tres días de dictada la Providencia de Autos<sup>5</sup>. Lo que se ha hecho en esta Corte y quizá se esté estableciendo una pauta jurisprudencial, es que la Corte en pleno no tiene la limitación a que está sometida la Sala Constitucional (declarar la inconstitucionalidad únicamente para el caso concreto y con efecto *Inter. Partes*). Por otro lado, el art. 137 de la Constitución establece que toda norma contraria a la Constitución es nula, por tanto, la Corte en pleno no puede declarar inaplicable una norma y que ésta se vuelva a aplicar. Nosotros hemos encontrado pretorianamente esa solución que podría considerarse desprolija, en el sentido de que desordena el organigrama de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Constitucional, quedando esta última como una suerte de estadio para manejar los casos diarios en tanto que la Corte en pleno quedaría como Tribunal constitucional. Lo mejor sería sancionar en el futuro una constitución que ponga las cosas en su lugar: consagre el sistema latinoamericano en que la Sala Constitucional actúe verdaderamente como tribunal constitucional o constituya un tribunal constitucional aparte. Yo preferiría esta última solución. No obstante, imagínense la implicación si la Sala Constitucional fuera un verdadero tribunal constitucional debería también poder anular los fallos de las otras Salas. Creo que la judicialización de la política ha afectado al Poder Judicial, porque la Sala Constitucional y las funciones de la

---

<sup>5</sup> Art. 16 de la Ley N° 609/95 Que organiza la Corte Suprema de Justicia.

jurisdicción competente están en la Corte Suprema de Justicia. Si estuvieran en un tribunal aparte, híbrido entre administrativo y judicial, como es en algunos países europeos, sería mucho más fácil. Uds. no van a leer en ninguna parte que la Corte no puede emitir opiniones ni evacuar consultas, pero ello es obvio porque nosotros somos magistrados y esa no es la función de un juez. Hay problemas que ameritan estudiar una posible modificación que introduzca cambios (Dr. Raúl Sapena Brugada, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

Creo que el ejemplo que ha dado el Dr. Sapena acerca de la declaración de inaplicabilidad en el caso de los excombatientes demuestra los extremos absurdos a que puede llevar esta declaración simple de inaplicabilidad de la ley y no de nulidad de la misma. No obstante, creo que el absurdo radica en el hecho de que el Poder Ejecutivo está obligado a seguir aplicando la ley, aun cuando la Corte la haya declarado inaplicable varias veces. Es el Poder Legislativo entonces el órgano que debería tener en cuenta esta situación y modificar en consecuencia este artículo o derogararlo. Creo además que la tendencia en Latinoamérica es clara, en el sentido de que la declaración sea con efectos *erga omnes*, y no sólo en el esquema del Tribunal Constitucional (en el que resulta lógico, dado la configuración de éste como órgano extrapoder) sino también en el sistema denominado híbrido a que se hacía referencia, también la declaración puede ser con efectos *erga omnes*, en algunos casos es el pleno de la Corte, como por ejemplo en Panamá y Nicaragua donde la Sala Constitucional sólo actúa como ponente pero el pleno declara la inaplicabilidad con efectos *erga omnes*. En otros casos es la propia Sala Constitucional la que declara con efectos *erga*

*omnes*, como por ejemplo está dispuesto en la Constitución de El Salvador y Costa Rica. (No estoy seguro si es por disposición de la Constitución o por jurisprudencia). La tendencia clara es pues que la declaración de inconstitucionalidad de actos normativos en general tenga efectos *erga omnes*. (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

En lo que respecta a la limitación del poder a que hacía referencia la oradora, deseo acotar que en la mecánica de la democracia que buscamos hay dos elementos: uno es limitar el poder y otro es distribuir el poder, que talvez ya en Europa no represente un problema, pero aquí sí lo es. Limitar el poder está plenamente cumplido, ya que hay libertad de información y están garantizadas libertades fundamentales no sólo en la constitución sino también en la práctica. Quizá una libertad que no se interpreta, no se verbaliza es la libertad del acceso a la justicia, que para mí sigue siendo la libertad a la tutela de la justicia. Esta Corte, a los efectos de implementar plenamente esta libertad, ha organizado el Ministerio de la Defensa Pública. Sin embargo, en lo que respecta a la distribución del poder se detecta hoy una lucha social que antes no existía, ya que el poder pertenecía en su totalidad a un gobierno totalitario, a los poderes fácticos y al ejército que servían de soporte a aquél. De modo que en la actualidad se está ensayando un sistema de tres poderes interdependientes, la descentralización en departamentos. En una democracia pura como la ateniense no se concibe la idea de limitar el poder, lo que la mayoría decide es considerado lo justo y lo aplicable. En un sistema liberal puro, que ya sería anarquía o similar, ya no habría ninguna necesidad de distribuir el poder. Yo creo que en nuestro medio el ejercicio fáctico de las

libertades consagradas representa un gran triunfo. Falta saber utilizar las garantías constitucionales en los casos más complicados y tenemos un largo camino que recorrer en lo que respecta al acceso a la justicia (Dr. Raúl Sapena Brugada, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** No constituiría una suerte de oligarquía judicial el hecho de que las resoluciones de las otras Salas de la Corte Suprema de Justicia no puedan ser declaradas inconstitucionales, por disposición de la propia Constitución?

**Respuesta:** Ese es el sistema que ha decidido el constituyente paraguayo. Sin embargo, desde mi punto de vista, la Corte es un órgano aun cuando funcione en Salas, también adopta decisiones en plenaria. Otra cosa distinta sería que se instaurara un tribunal constitucional totalmente independiente, de conformidad con el modelo de control concentrado que han adoptado numerosos países. En ese caso ese órgano tiene atribuciones incluso para declarar que el Tribunal Superior de la jurisdicción ordinaria ha vulnerado la Constitución (Prof. Dra. Rosario García Mahamut, Expositora de la Unión Europea).

Más allá de las decisiones concretas que se adoptan en cada ordenamiento en función de circunstancias, considero que desde el punto de vista lógico, la existencia de una constitución exige una unidad de interpretación y ésta pasa por el hecho de que exista un órgano que tenga la última palabra acerca del alcance de la constitución frente a cualquier decisión judicial. En Costa Rica, la Sala Constitucional tiene potestad para anular cuando fuera necesario hacerlo, y sin embargo, en otros países, como por

ejemplo Nicaragua, no se admite el amparo contra las decisiones de ningún juez. Desde mi punto de vista, si la Constitución es la cúspide del ordenamiento, se impone una unidad interpretativa, no sujeta a caprichos de los magistrados sino que debe salir de hechos concretos. Por tanto, si hay un tribunal constitucional, sea cual fuera la organización que adopte, es lógico que pueda controlar la constitucionalidad de las resoluciones emitidas por otros órganos jurisdiccionales (Prof. Dr. Pablo Pérez Tremps, Expositor de la Unión Europea).

No concuerdo con las opiniones del Dr. Pérez Tremps. Si bien no soy fanático del funcionamiento de la Corte ni de las disposiciones de la Constitución, en cuya elaboración participé, mantengo un espíritu crítico y considero que la disposición que establece que las decisiones de las otras Salas son inatacables, es coherente, en el sentido de que el art. 259, inc. 5 de la Constitución<sup>6</sup> faculta a la Corte en pleno el entender en las cuestiones de inconstitucionalidad. En la Ley N° 609<sup>7</sup> se abre la posibilidad de la ampliación de la Sala Constitucional, es decir, las demás Salas también están encargadas potencialmente del control de constitucionalidad, de manera que respecto de las decisiones de esas Salas hay una presunción de constitucionalidad, se presume que las decisiones de esas Salas están ajustadas a las disposiciones de la Constitución. Por esta razón considero coherente que sus decisiones sean

---

<sup>6</sup> Art. 259, inc. 5 de la Constitución Nacional: "Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: conocer y resolver sobre inconstitucionalidad".

<sup>7</sup> Art. 16 de la Ley N° 609/95 Que organiza la Corte Suprema de Justicia.

inatacables por la vía de la inconstitucionalidad. Ello no significa que la Sala Constitucional o toda la Corte sea infalible, ello se refleja en los votos a veces divergentes de los miembros de la Corte o en la variación de la jurisprudencia que se puede observar en Cortes anteriores o en esta misma Corte; de manera que lo que se establece es una presunción de constitucionalidad de las decisiones de la Sala Civil y Comercial, de la Sala Penal y de la misma Sala Constitucional, por supuesto (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

La Constitución establece que la Corte estará dividida en Salas y una de ellas será la Constitucional, que tendrá facultades para conocer y decidir sobre inconstitucionalidad<sup>8</sup>. La Constitución no dispone expresamente que deberán haber tres Salas, podrían haberse constituido de otra manera, liberando por ejemplo al Presidente de la Corte de integrar alguna Sala, teniendo en cuenta la enorme carga de trabajo que conlleva el ejercicio de la presidencia. Los miembros de las otras Salas, que no sean la constitucional, podrían haber actuado incluso como ponentes. No obstante, la ley, en forma muy coherente, puso en pie de igualdad a las tres Salas<sup>9</sup> (Dr. Raúl Sapena Brugada, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** Yo respeto el funcionamiento de esta Corte pero considero que tanto los miembros de la Corte que son magistrados como los Jueces de Primera Instancia, quienes también son magistrados, están obligados a aplicar la

---

<sup>8</sup> Arts. 258 y 260 de la Constitución Nacional.

<sup>9</sup> El Ministro Sapena se refiere a la Ley N° 609/95 Que organiza la Corte Suprema de Justicia.

Constitución, en primer término y luego, las leyes. No sería pues más coherente que existiera un tribunal constitucional con facultades para declarar la inconstitucionalidad incluso de las resoluciones emanadas de la Corte Suprema de Justicia?

**Respuesta:** Considero que ésa es una cuestión de organización del sistema. En nuestro ordenamiento, la Constitución confiere a la Corte el control de constitucionalidad y específicamente, a la Sala Constitucional, lo cual no significa que se reconozca mayor idoneidad a los ministros de la Corte, en relación con los demás magistrados. Yo he sostenido en otras oportunidades que la declaración de inaplicabilidad de disposiciones de rango inferior debería corresponder a los magistrados de los tribunales de apelación y jueces de primera instancia, en relación con el caso concreto, dejando abierta la posibilidad de que sus fallos lleguen a conocimiento de la Corte. Es la ley la que establece que la dilucidación de las cuestiones de constitucionalidad deberán ser elevadas a la Corte, ya sea por la vía de la consulta, ya sea por la vía de la excepción de constitucionalidad. De manera que este es el sistema que se aplica en nuestro país. Yo particularmente soy partidario de que se admitan ciertas características de un sistema difuso: para los casos concretos, que resuelvan los miembros de los tribunales de apelación y jueces de primera instancia (Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** Teniendo en cuenta la exposición de la tarde, no les parece que también en Europa existe una tendencia a reconocer un orden jurídico supranacional, por

encima de las constituciones de los distintos estados, sobre todo en lo que respecta al Derecho Internacional y los Derechos Humanos. Incluso algunas constituciones, por ejemplo, la argentina, han llegado a dar rango constitucional a tratados de derechos humanos. En nuestro ordenamiento los tratados tienen carácter infraconstitucional pero supralegal<sup>10</sup>.

**Respuesta:** Es este un fenómeno generalizado, en la medida en que existe protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sistema interamericano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Europa, nos estamos encontrando en presencia de una especie de orden jurídico supraconstitucional, que de una manera u otra, se integra al orden constitucional. De esta manera se pone de manifiesto la supremacía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como una variante incluso del principio tradicional de supremacía de la constitución. Ello es mucho más claro todavía en la Unión Europea aunque imagino que a corto plazo este hecho también se va a manifestar en los procesos de integración de América Latina y muy especialmente, en el MERCOSUR. Efectivamente, la globalización avanza hacia la consolidación de un marco jurídico especialmente en lo que respecta a los derechos humanos, que traducidos al derecho constitucional constituyen lo que se denomina derechos fundamentales (Prof. Pablo Pérez Tremps, panelista europeo).

Yo creo que la supraconstitucionalidad en materia de integración regional debe encararse en el sentido de que las

---

<sup>10</sup> Art. 137 de la Constitución Nacional, "De la supremacía de la Constitución".



normas concernientes a derechos humanos integran el bloque constitucional. La constitución es una ley. Cuando la interpretación de una ley presenta problemas, se la compara con la Constitución, con otras leyes, con los principios generales del derecho. El problema estriba en saber si un juez paraguayo puede aplicar normas de un tratado internacional nuevo, ya que los principios consagrados por los anteriores ya de hecho están incorporados a la Constitución. Yo considero que sí pueden, teniendo en cuenta sobre todo lo dispuesto por el art. 45 de la Constitución<sup>11</sup>. Sin duda el juez debe recoger lo que la conciencia jurídica universal ha consagrado como derechos humanos. Considero que por esta razón los Estados Unidos no ratifican ningún tratado concerniente a los derechos humanos, sobre todo teniendo en cuenta que la pena de muerte, contraria al derecho a la vida, derecho fundamental consagrado por aquellos tratados internacionales, es aun permitida en numerosos estados de los Estados Unidos. La Constitución paraguaya establece que los tratados internacionales sólo pueden ser modificados por el procedimiento aplicable a la Constitución<sup>12</sup> (Dr. Raúl Sapena Brugada, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

Me gustaría hacerles conocer el funcionamiento del sistema español en lo que respecta a los tratados internacionales. Debemos partir de una idea, la Constitución

---

<sup>11</sup> El art. 45 de la Constitución Nacional establece: "De los derechos y garantías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía".

<sup>12</sup> Art. 142 de la Constitución Nacional.

es fuente de fuentes es la norma suprema a la que están sometidos los ciudadanos y los poderes públicos. Una de las fuentes del derecho, por mandato constitucional lo constituyen los tratados internacionales, éstos se incorporan al ordenamiento jurídico, dependiendo del tipo que sea, siguiendo una serie de pautas. España, como tantos otros países, ha suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual enumera los derechos mínimos que deben reconocer y garantizar los estados que lo han suscrito. El reconocimiento de la norma, sin embargo, no es garantía de su cumplimiento. Por otro lado, en lo que respecta a lo que llamamos cesión de soberanía, cuando los estados ceden el ejercicio de competencias propios de ellos a un órgano de carácter supranacional, no vulnera, ni siquiera en teoría, el sistema de supremacía de la Constitución, dado que es la propia norma suprema que establece el mecanismo para ceder parte de esa competencia a un órgano supranacional. Por tanto sigue siendo la constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico. En este sentido, la Constitución española reglamenta este procedimiento en el art. 93 y sgtes. (Prof. Dra. Rosario García Mahamut, Panelista de la Unión Europea).

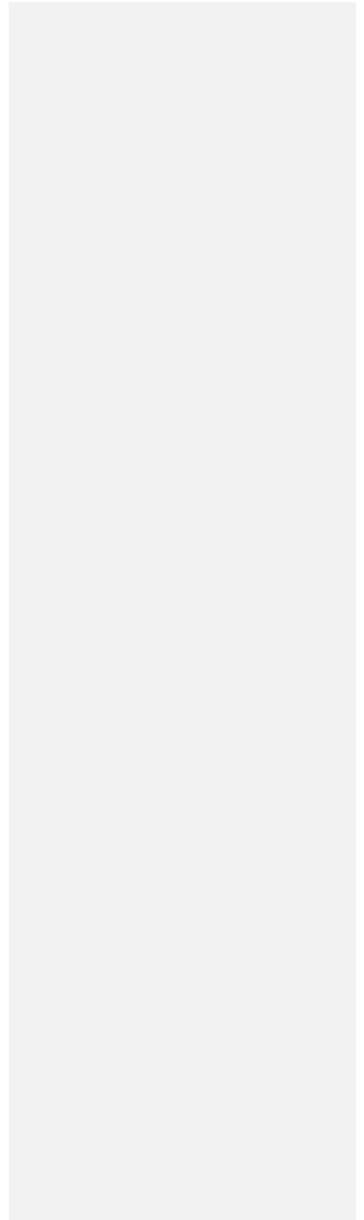
Una reflexión que queda pendiente para los seminarios siguientes es una acotación efectuada por el Ministro Sapena que me ha llamado poderosamente la atención, en el sentido de que el problema principal de la constitución radica en la redistribución del poder. Considero que ese es el gran reto. En efecto, reconocemos una etapa histórica en que la constitución garantiza los derechos individuales, además nos consideramos parte de una comunidad internacional, como lo acabamos de ver. Sin

embargo, el gran reto consiste en domesticar el poder, tanto el interno como el externo, pues hay algunos que nunca pasarán por la constitución, como ser el Banco Mundial, las organizaciones del Banco de Desarrollo (Prof. Dr. Joseph Lluís Albiñana i Olmos, Codirector europeo del Proyecto de Apoyo a la Modernización Institucional del Paraguay).

# **JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

EXPOSITOR: PROF. DR. PABLO PÉREZ TREMPES

31 DE MARZO DE 2000





**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA  
ACTUALIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A  
AMÉRICA LATINA**

Prof. Dr. Pablo Pérez Tremps<sup>13</sup>

Quisiera comenzar mi intervención manifestando, de nuevo, mi agradecimiento a los organizadores de este evento por su invitación a participar en el mismo y por la posibilidad que, con ello, me dan de compartir con todos Vds. esta sesión de trabajo.

***1. Planteamiento***

El tema sobre el que me han pedido que me detenga es el de la situación actual de la justicia constitucional, especialmente en América Latina. Se trata, pues, de una exposición general que, más adelante, vendrá a concretarse por otras intervenciones y cuya finalidad pretende ser sólo la de enmarcar este tema, del que hay que adelantar que representa uno de los más importantes del Derecho Público de finales del siglo XX, y, con seguridad, de principios del siglo XXI.

El punto de partida de la exposición me parece que sólo puede ser uno: la constatación de la gran expansión que los

---

<sup>13</sup> Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

mecanismos de justicia constitucional ha tenido en los últimos tiempos en todo el mundo y singularmente en Latinoamérica. Es significativo a este respecto que la mayor parte de las abundantes reformas constitucionales totales o parciales llevadas a cabo en las décadas de los años 80 y 90 en América Latina hayan incorporado o reforzado instituciones de justicia constitucional. Como simple botón de muestra puede recordarse que incluso México, con un sistema jurisdiccional muy asentado desde hace más o menos siglo y medio, ha convertido su Suprema Corte de Justicia de la Nación en un auténtico tribunal constitucional en sus reformas de 1994-1995.

Pues bien, esta fenómeno de expansión de la justicia constitucional debe llevarnos a hacernos algunas preguntas que servirán de hilo conductor a esta intervención; básicamente, esas preguntas son dos: ¿por qué se ha producido esa extensión de la justicia constitucional? y, en segundo lugar, la cuestión más técnica de ¿cómo se ha producido esa extensión?. Pero antes, y con finalidad exclusivamente de clarificar la exposición, deberíamos detenernos, aunque sea de forma breve, a concretar qué entendemos por justicia constitucional.

***2. Hoy la Justicia Constitucional sólo puede concebirse como un concepto material o sustantivo.***

Tradicionalmente la justicia constitucional se concebía como un concepto formal, lo que muy posiblemente se debía a un cierto “eurocentrismo jurídico”. En efecto, durante buena parte de este siglo, la justicia constitucional era la justicia constitucional concentrada, diseñada de acuerdo, más

o menos, con el modelo que configurara Hans Kelsen durante la década de los años 20, y, por tanto, como justicia constitucional residenciada en un órgano *ad hoc*, lo que contrastaba con el otro gran modelo de control de constitucionalidad de las leyes, el modelo difuso norteamericano o de *judicial review*.

Sin embargo, en la actualidad, mantener esa dicotomía resulta muy difícil ya que la misma se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven, y a veces se integran, con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad. Y esa ruptura de los cánones tradicionales de la justicia constitucional se produce, muy significativamente, en América Latina, y buena muestra de ello es el caso de Paraguay, donde el órgano especializado de justicia constitucional, la Sala Constitucional, se encuentra integrada en la Corte Suprema de Justicia. La consecuencia conceptual de esta superación de la tradicional dicotomía justicia constitucional concentrada europea *versus* justicia constitucional difusa norteamericana es que, en la actualidad, la justicia constitucional ya no puede identificarse a partir de elementos formales o institucionales; necesariamente el concepto de “justicia constitucional” hay que entenderlo como un concepto material y sustantivo, como el conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean.



**3. *La justicia constitucional surge como “garantía”, pero es sobre todo mecanismo de interpretación, más que de garantía.***

Delimitado el sentido en el que hay que entender en la actualidad la justicia constitucional, debemos detenernos en una segunda característica de la situación actual de esta institución jurídica, como es la relativa a la función o funciones que cumple. Como es sabido, la justicia constitucional, en especial en su diseño kelseniano, surge ante una situación de crisis de la idea de constitución, como un mecanismo más para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales, y muy significativamente los derechos fundamentales. Y, en muchos ordenamientos, la introducción de mecanismos de justicia constitucionales responde a esa misma idea de crear un “*garante de la Constitución*”, en expresión del propio Kelsen, ante situaciones de crisis o de debilidad constitucional. Y, ciertamente, ese papel de garante o defensora de la constitución que representa la justicia constitucional resulta muy destacado y útil en los procesos de transición política desde regímenes autoritarios hacia auténticos sistemas democráticos. Ahora bien, por desgracia, en algunos casos las situaciones de "debilidad constitucional" se prolongan demasiado tiempo y, por ello, lo que se espera de los tribunales constitucionales, cualquiera que se a su denominación, es precisamente, y sobre todo, que frenen ataques a la constitución, ataques que muchas veces pueden acabar con la libertad. Pero, a un mismo tiempo, allá donde, felizmente, la crisis desaparece o se atempera y el riesgo de involución democrática se diluye, la justicia constitucional sigue

representando un papel muy importante, pero en parte distinto. La defensa de la constitución, en estos casos, se “desdramatiza”, y se torna en una tarea de interpretación y actualización de los contenidos constitucionales sumamente valiosa para mantener el vigor democrático. Dicho de otra forma, no se trata ya sólo, ni siquiera primordialmente, de “proteger” la constitución frente a embates autoritarios, sino de protegerla frente a eventuales lesiones que no cuestionan el sistema constitucional en sí y, sobre todo, de enriquecer sus contenidos, de adecuar éstos a la propia evolución de la sociedad.

#### ***4. La justicia constitucional como elemento de legitimación democrática.***

La siguiente cuestión a la que querría referirme es la del papel que la justicia constitucional representa o puede representar para legitimar el sistema democrático. Si en los viejos y asentados sistemas jurídicos con instituciones de justicia constitucional existe un cierto debate sobre cuál es el fundamento democrático de la existencia y del funcionamiento de la justicia constitucional, en otros países, y en especial en algunos países de América Latina, la cuestión es en cierto sentido la contraria, esto es, que la justicia constitucional se convierte en un elemento muy importante de legitimación del sistema democrático. Y ello, aunque pueda resultar paradójico no deja de ser algo preocupante. Conviene aclarar esta afirmación. No se trata, claro está, de que sea nocivo que la justicia constitucional actúe como elemento de legitimación del estado de derecho; pro el contrario, esta es precisamente una de las tareas que debe cumplir. Lo que resulta preocupante es el hecho de que

la importancia que en el proceso de legitimación del estado democrático tiene la justicia constitucional sea, a veces, excesivo; y ello no por culpa de la propia justicia constitucional, sino porque ésta viene a “tapar” los huecos que otras instituciones dejan en ese proceso de legitimación. Como es sabido, en el estado democrático la legitimación del sistema es, por definición, una legitimación popular que se debe articular, sobre todo, a través de un poder legislativo elegido por el pueblo y, en los sistemas presidencialistas, por un poder ejecutivo también nacido de la urnas. Sin embargo, es también un lugar común que en buena parte de los países latinoamericanos existe una cierta crisis de legitimación de las instituciones, mayor o menor según los casos, y que responde a un complejo de razones que sería imposible si quiera sintetizar ahora: crisis de los partidos políticos, abusos sistemáticos de poder, elementos estructurales económicos, etc... Pues bien, lo que ha sucedido es que esos vacíos de legitimidad han sido ocupados en parte por otros órganos, especialmente defensorías de derechos humanos y, por lo que ahora interesa, por órganos de justicia constitucional, que, ante la falta de “empuje” democrático de los poderes tradicionales, se han visto conducidos a ocupar una posición institucional que no es la que en principio les corresponde; un ejemplo paradigmático de ello es el de la Corte Constitucional colombiana, institución de un reconocido prestigio en el país y fuera de él, pero acentuado, sin duda, por la débil legitimidad de los poderes tradicionales del Estado.

Este fenómeno de la justicia constitucional como elemento legitimador del sistema tiene, sin duda, un lado positivo por cuanto objetivamente se contribuye a sostener el estado

democrático, pero también un lado negativo porque supone forzar en cierto sentido una institución sacándola de su lugar natural con los riesgos que ello comporta. En todo caso, la solución no vendrá de modificar la justicia constitucional sino de recomponer un equilibrio institucional adecuado a base de reforzar los demás poderes del estado.

***5. La justicia constitucional como elemento de transformación jurídica: el ordenamiento hoy es otro. La legalidad se ha reforzado con la idea de constitucionalidad.***

Situándonos, ahora, en un terreno más formal, la siguiente idea que creo que permite identificar el papel de la justicia constitucional en la actualidad es la de su papel como elemento de transformación del ordenamiento jurídico. En efecto, los sistemas jurídicos latinoamericanos, como buena parte de los europeos, a pesar de insertarse en sistemas institucionales presidencialistas, se han basado en las categorías tradicionales del derecho continental, y en especial en la posición central de la ley, en cuanto expresión de la voluntad general, según la vieja concepción de Rousseau. Sin embargo, la aparición de la justicia constitucional ha conducido a una cierta transformación del ordenamiento, que se ve impregnado de los principios y valores constitucionales merced, sobre todo, a la actuación diaria de la justicia constitucional. Dicho de otra forma, la vieja idea de "legalidad" se ve reforzada, y en parte, reemplazada, por la idea de la "constitucionalidad". La vieja concepción de la constitución como norma meramente organizativa y, en cierto sentido, situada en un parámetro casi metajurídico desde el punto de vista material, se ve sustituida por una concepción

de la constitución entendida como norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales, como en aquellos de naturaleza material y sustantiva. Valores y principios constitucionales, hay que insistir, se proyectan sobre todo el ordenamiento, en buena medida por la acción de la justicia constitucional, que, a través de sus distintas competencias, viene a revisar y a dar una nueva lectura de todo el ordenamiento jurídico. Incidir más en esta cuestión nos llevaría muy lejos, y manifiestamente más allá del objetivo de esta intervención; baste, pues, aquí con constatar esta nueva concepción "constitucional" del ordenamiento jurídico, tributaria de la actuación de la justicia constitucional.

***6. No hay un modelo único de justicia constitucional, pero tiende a que el sistema se cierre con un órgano especializado.***

Como ya se ha adelantado, en la actualidad la justicia constitucional, por lo que respecta a su organización, no puede reducirse a los dos modelos tradicionales de la justicia constitucional concentrada y de la justicia constitucional difusa. En todo el mundo, y muy singularmente en América Latina, han aparecido sistemas tributarios de ambos modelos teóricos, que mezclan elementos de ambos, y que los mezclan de muy distinta forma. Centrándonos solamente en lo relativo a la posición institucional del órgano encargado de la justicia constitucional, bien en exclusiva bien como cierre de un sistema difuso, y simplificando, en América Latina pueden identificarse tres sistemas organizativos de la justicia constitucional.

*Sistema de tribunal constitucional ad hoc.* En varios países existe un tribunal constitucional que ostenta, en monopolio o no, la justicia constitucional, pero que se sitúa fuera del poder judicial, como órgano no sólo especializado sino también especial. Es el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala o Perú.

*Sistema de órgano especializado dentro del poder judicial.* En otros países, se mantiene también el principio de que el órgano encargado de la justicia constitucional sea un órgano especializado, pero éste se inserta en el seno del propio poder judicial. Así sucede en Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Paraguay o Venezuela, grupo al que podría incorporarse próximamente Honduras.

*Sistema de atribución de la justicia constitucional a órganos judiciales no especializados.* Un tercer grupo es el de los países en los que la justicia constitucional se "confunde" funcional e institucionalmente con la justicia ordinaria; tal es el caso de Argentina, Brasil, Honduras (aunque en vías de revisión como ya se ha indicado), México, Panamá, República Dominicana o Uruguay. Dos observaciones adicionales cabe hacer en este apartado. Por un lado, en muchos países el hecho de que exista un órgano jurisdiccional especializado no significa que otros órganos, y en especial la corte o tribunal supremo, no tengan competencias también en materia de justicia constitucional, en especial, la declaración de inconstitucionalidad de leyes con efectos generales (Paraguay, pro ejemplo). La segunda observación que hay que realizar, y que es la que más me importa destacar ahora, es que, incluso en este último grupo existe una cierta tendencia a que los órganos supremos del

poder judicial se especialicen como órganos de justicia constitucional; ello resulta claro, como ya se apuntara en el caso de México, pero también en otros en los que, aún sin existir órganos especializados, se atribuye a la corte suprema en pleno la competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley.

La conclusión que cabe extraer de lo expuesto en este punto es que, sea cual sea el modelo de justicia constitucional que se adopta, existe la tendencia a que ese sistema esté cerrado por un órgano especializado, de una forma u otra, en materia constitucional, lo cual resulta relevante de cara a obtener una cierta unidad en la labor de interpretación de la constitución; sobre esta cuestión se volverá más adelante.

***7. Aunque existan diferencias, hay un núcleo de competencias que definen la justicia constitucional.***

Volviendo ahora al terreno de la definición material de la justicia constitucional, como ya se ha indicado, existen múltiples variaciones entre unos modelos y otros de justicia constitucional por lo que se refiere a sus competencias. No obstante esas variaciones, existen algunos elementos que permiten determinar un núcleo común de competencias para identificar la función de la justicia constitucional. Esa definición, a su vez, es de una gran utilidad dogmática ya que a partir de ella es posible abordar., por una parte, un análisis de teoría general de la justicia constitucional y, por otra, estudios de derecho comparado en ese mismo campo .

El núcleo común viene definido por dos tipos de competencias:

- a) Por una parte, la justicia constitucional, a través de unos mecanismos procesales u otros, y con unos efectos u otros, comporta la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes (y eventualmente de otras normas), esto es la adecuación entre aquéllas y la norma fundamental. Este es, como es sabido, el elemento central que permite históricamente identificar la justicia constitucional como mecanismo de aplicación y de defensa de la constitución.
- b) Pero, junto a ello, existe una segunda tarea que resulta central en la función que desarrolla la justicia constitucional, especialmente en América Latina. Se trata de la defensa de los derechos fundamentales, defensa que se lleva a cabo a través de distintos mecanismos procesales que, genéricamente, pueden definirse como el “amparo”, concepto en el que deben incluirse todas las acciones de defensa específica de derechos fundamentales, sea cual sea la denominación que reciban en cada ordenamiento: los recursos y juicios de amparo, el *habeas corpus*, y el *habeas data* son las acciones más comunes. Conviene destacar en este punto que es el “amparo”, así concebido, un elemento que, si no resulta privativo del constitucionalismo latinoamericano, sí es en él en el que posee un desarrollo histórico y actual más rico.



- c) Existe un tercer elemento competencial que aunque no resulta necesario para la definición de la justicia constitucional, sí es bastante común, extendiéndose de forma progresiva en los distintos ordenamientos como competencia de la justicia constitucional. Ser trata de aquellos procesos conflictuales en los que el tribunal constitucional, bien en los conflictos entre poderes del Estado, bien en los conflictos entre entes territoriales, bien en ambos. Como es obvio, este segundo tipo de conflictos, los de reparto territorial de competencias son característicos, aunque no necesariamente exclusivos, de los sistemas federales.
- 8. *La jurisdicción constitucional alcanza, en todo caso, a jueces y tribunales ordinarios, aunque los mecanismos técnicos de articulación varíen.***

A partir de la configuración que hemos venido haciendo, la siguiente idea en la que quisiera detenerme es la de que la jurisdicción constitucional, incluso allá donde existen órganos específicos de justicia constitucional alcanza a todos los jueces y tribunales. En efecto, si históricamente a veces querían presentarse los modelos de justicia constitucional concentrado y difuso como modelos que suponían, en el primer caso, el monopolio de aplicación de la constitución por el tribunal supremo, y en el segundo una equiparación funcional de todos los jueces y tribunales en dicha tarea, esa diferencia, suponiendo que alguna vez haya realmente sido así, hoy ya es inexistente. En efecto, incluso en

aquellos sistemas de justicia constitucional en los que existe un órgano *ad hoc* de justicia constitucional, éste actúa como cierre del sistema o, como mucho, como titular en exclusiva de alguna competencia. Pero la idea de que la constitución debe aplicarse en todo tipo de relaciones jurídicas y, por tanto, en todo tipo de juicio, es una idea que se ha ido haciendo realidad y que convierte, al menos potencialmente, a cualquier órgano jurisdiccional en juez constitucional. Y no puede ser de otra manera en la medida en que, como se ha visto, ha ido tomando cuerpo una concepción normativa de la constitución, que no sólo limita al legislador, sino que actúa como cabeza misma del ordenamiento; éste es un sistema de normas que encuentra su cúspide y las reglas formales y materiales que lo estructuran en la constitución; ésta es tanto *norma normarum*, como *lex legis*.

Cuestión distinta es que, siendo la constitución una norma de directa aplicación por cualquier juez o tribunal, la actuación de éstos deba ordenarse procesalmente de forma adecuada, en especial allá donde existe un tribunal constitucional especializado. Y esa articulación no sólo plantea problemas técnicos sino, incluso, con cierta frecuencia, problemas políticos.

**9. La "convivencia" entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional debe resolverse en una cierta supremacía lógico-funcional de la segunda.**

Los sistemas de articulación de los distintos órganos jurisdiccionales en la tarea de aplicación de la constitución

varían mucho de unos ordenamiento a otros, sobre todo, hay que insistir, allí donde existe un órganos especializado de justicia constitucional, un tribunal constitucional. En todo caso, esa variedad de soluciones técnicas tienden, también, a poner de manifiesto la necesidad de que el sistema venga presidido por una finalidad intrínseca al estado de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la constitución ya que siendo ésta una, y siendo el ordenamiento uno, no cabe que existan mecanismos dispares de interpretación constitucional independientes. Allá donde no hay órganos de justicia constitucional especializados, esa unidad interpretativa viene garantizada por la propia estructura del poder judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, allá donde sí existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo debe, por razones lógicas partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional.

Las técnicas a través de las cuales pueden buscarse ese efecto unificador de la interpretación constitucional son diversas. Cabe destacar dos; por una parte, que el ordenamiento otorgue efectos especiales a las decisiones del tribunal constitucional. La segunda es la de articular, de una manera u otra, y con mayor o menor amplitud, la posibilidad de que el tribunal constitucional “revise” las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios. Sin menospreciar la utilidad de la primera, es la segunda técnica, la de la “revisión” la que mejor garantiza esa unidad interpretativa y la que mejor

permite que los valores y principios constitucionales impregnen la acción de todos los órganos judiciales. Como contrapartida, la posibilidad de revisión puede suscitar problemas técnicos y políticos, en especial, entre los órganos especializados de la justicia constitucional y los de la jurisdicción ordinaria. No obstante, una meditada articulación entre ambos puede ayudar a evitar esos problemas o a superarlos.

***10. La existencia de la justicia electoral puede plantear problemas.***

Como es sabido, un elemento jurídico típicamente latinoamericano que ha ido extendiéndose, con éxito, por muchos países es la creación de lo que se ha dado en llamar la “justicia constitucional”, reciba ésta el nombre que sea, justicia que se organiza de forma autónoma y ajena al poder judicial. En algunos países esa separación no excluye la posibilidad de revisión de sus decisiones, al menos de las más importantes, por parte de la justicia constitucional. En otros, en cambio, la separación entre justicia electoral y poder judicial e, incluso, justicia constitucional, se ha llevado hasta el extremo de excluir cualquier posible control de las decisiones de aquella por los tribunales ordinarios y/o constitucionales. Aún entendiendo la lógica que puede existir detrás de esta decisión, no cabe duda que esa exclusión, cuando es radical, abre una puerta a la “huida constitucional”, esto es, a una actuación que no se ajuste estrictamente a los parámetros constitucionales o que esos parámetros se definan de forma distinta a como lo hace la jurisdicción constitucional. Por ello, parece más conveniente que,

aunque sea excepcionalmente, la justicia electoral pueda ver revisadas sus decisiones por la justicia constitucional, asegurando así la unidad en la aplicación de la constitución.

***11. Los “riesgos” que comporta la justicia constitucional.:***

Una jurisdicción constitucional como la actual, y definida en los términos en que se ha hecho, comporta, sin duda, riesgos para el correcto funcionamiento del sistema jurídico-político. Brevemente hay que apuntarlos, por más que se trate de cuestiones que son de sobra conocidas.

- a) En primer lugar, una justicia constitucional, por definición, comporta un riesgo de politización dada la trascendencia y la naturaleza de los asuntos que, a menudo resuelve, por más que esa resolución deba someterse siempre a cánones jurídicos.
- b) En segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, la existencia de la justicia constitucional lleva aparejado un cierto peligro de que ésta invada los ámbitos de actuación de los tradicionales poderes del Estado, y tanto del ejecutivo, como del legislativo, y del judicial.
- c) En tercer lugar, y situándonos en otro orden de cosas, la existencia de la justicia constitucional especializada tiene también el riesgo de una sobrecarga de trabajo de ésta. Ello es lógico si se atiende a la posición central que la constitución ocupa en el ordenamiento, y a la que ya se ha

hecho referencia, y la práctica de la mayor parte de los países así lo pone de manifiesto.

Enumerados los riesgos más importantes, los últimos apartados de esta exposición van a centrarse en intentar apuntar los instrumentos para evitar que esos riesgos se conviertan en realidad o, al menos, para reducirlos en la mayor medida posible.

***12. La importancia de la voluntad política en la configuración de la justicia constitucional: consenso mejor que cuotas.***

Lo primero que enseña la experiencia comparada es que el éxito de la justicia constitucional depende mucho de que exista una auténtica voluntad política de configurar una justicia constitucional adecuada. Y, pese a lo que pueda creerse, a la larga el sistema prefiere una justicia constitucional robusta, desde el punto de vista de su legitimación, que débil: una simple ojeada a lo sucedido en los últimos años con el tribunal constitucional peruano creo que exime de cualquier consideración adicional.

En efecto, la función jurisdiccional exige siempre fortaleza: un país con un buen sistema jurisdiccional es un país seguro jurídica y políticamente, con todo lo que ello significa. Por eso, construir un poder judicial, en general, y una jurisdicción constitucional, en concreto, con amplia legitimación detrás, aunque pueda comportar para el resto de los poderes del estado un riego de decisiones puntuales no favorables, acaba resultando una “inversión” política en la estabilidad del sistema difícilmente mejorable. Para hacer

realidad esa amplia legitimación resulta mejor un sistema de designación de jueces constitucionales que busque el mayor consenso posible que un sistema de “cuotas” entre los distintos sectores políticos, que en cierta medida viene a reproducir la relación de fuerzas de éstas en una función que debe responder a otra lógica de legitimación.

***13. Importancia del “autocontrol” o self restraint y de que la justicia constitucional responda al principio de “justicia rogada”.***

Como es sabido, en todo el juego de poderes del estado democrático, y en especial en lo que atañe a los órganos que están en la cima de dichos poderes, la regla del “autocontrol” resulta necesaria, por muy bien que estén definidas las atribuciones de cada uno de ellos. Cuando se trata de analizar la función de los órganos jurisdiccionales en general, y de los tribunales constitucionales en particular, esa regla resulta aún, si cabe, más imperiosa, ya que difícilmente pueden tasarse los poderes jurisdiccionales en un estado que pretende regirse precisamente por el derecho. Sobre esta cuestión mucho se ha dicho y se ha escrito y poco sentido tiene extenderse aquí. Baste, pues, como recordatorio que un adecuado funcionamiento de la justicia constitucional exige autocontrol de quienes la encarnan, cuya función no es impedir que el resto de los poderes actúen sino más bien permitir y ayudar a que lo hagan delimitando las reglas mínimas a las que deben sujetarse.

En este mismo orden de cosas, parece también conveniente que la justicia constitucional responda al principio de “justicia rogada”, es decir, que deba actuar

siempre a instancia de parte y nunca (o muy excepcionalmente) de oficio. Esta es una regla que ayuda a atemperar los riesgos de una desmedida actuación de la justicia constitucional ya que su funcionamiento de oficio aumenta el potencial expansivo de ésta. Ahora bien, ello, como es lógico, debe ir, a su vez, acompañado de un correcto diseño de la legitimación para el inicio de los procesos constitucionales.

#### ***14. Importancia de un diseño técnico adecuado de la justicia constitucional.***

El último orden de reflexiones que quisiera hacer es el relativo al diseño técnico de la justicia constitucional. Éste debe resultar adecuado para evitar incurrir en los riesgos previamente señalados. Es verdad que no existen recetas “mágicas”, que no hay reglas y que cada país, cada cultura jurídica, atendiendo a sus propias características, debe llevar a cabo ese diseño técnico adecuado. No obstante, de la experiencia comparada, pueden deducirse algunas ideas a tener presentes.

En primer lugar, la rapidez en la aplicación de la justicia constitucional, unida a la necesaria prudencia ya señalada, es una fuente de legitimación para la propia justicia constitucional y, por tanto, para todo el sistema institucional. Para ello hay que diseñar procedimiento ágiles que excluyan recursos meramente dilatorios, y que permitan, entre otras cosas, inadmisiones *in limine* de asuntos cuya invariabilidad es evidente, sea por motivos procesales o de fondo.



Una segunda idea a tener presente, es que la existencia de la justicia constitucional debe articularse correctamente desde el punto de vista procesal con el resto de las funciones jurisdiccionales ya que, en otro caso, dada la posición de la constitución como regla básica del ordenamiento, todo conflicto jurídico puede convertirse procesalmente en un conflicto constitucional, con lo que ello supondría. Por es necesario que la tutela de los derechos y situaciones jurídicas legales funcione adecuadamente, y muy en especial, la de los derechos y las situaciones jurídicas que vinculan al ciudadano con la administración. Una buena definición de la jurisdicción contencioso-administrativa y de los mecanismos de control ordinario de los poderes públicos no sólo resulta necesaria para el buen funcionamiento del estado de derecho sino que, además, son condición previa para un buen funcionamiento de la justicia constitucional que, en otro caso, acaba convirtiéndose más en una jurisdicción contencioso-administrativa que en una jurisdicción constitucional, tal y como enseña la experiencia de varios países.

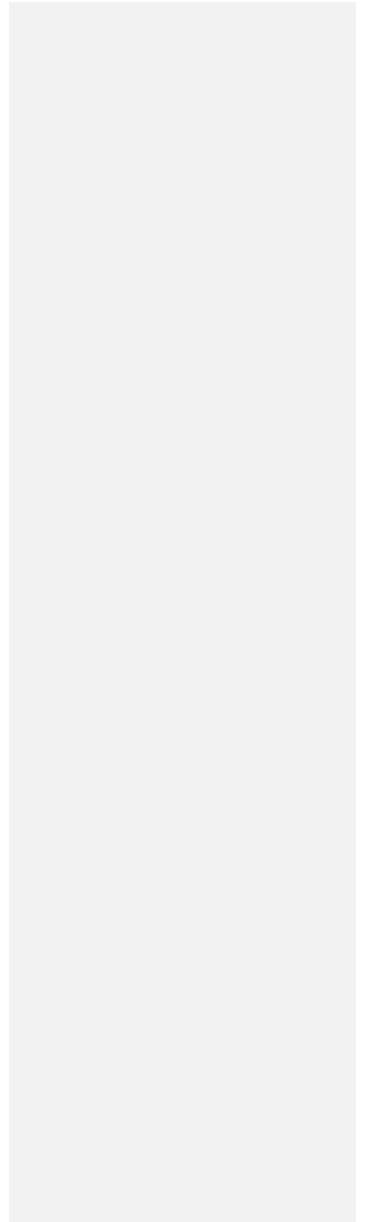
Por último, un correcto funcionamiento de la jurisdicción constitucional exige su dignificación. Y, como es obvio, esa dignificación se consigue por muy diversas vías; a la primera ya se ha hecho referencia: designando para encarnarla a personas preparadas técnicamente y legitimadas. Pero, además, la dignificación exige la adecuada dotación de medios personales y materiales y el reconocimiento institucional de la importancia que un tribunal constitucional tiene.

Hasta aquí la exposición de algunas ideas para el debate. Queda mucho por decir, pero espero que estas

palabras sirvan, al menos, para animar la discusión. Muchas gracias por su atención y estoy a su disposición.



## **DEBATE**





### MODERADORES

- PROF. DR. LUIS LEZCANO CLAUDE, MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA;
- PROF. DR. JOSEP LLUIS ALBIÑANA I OLMOS, CODIRECTOR EUROPEO.

**Pregunta:** En cuanto al riesgo de la invasión de la justicia constitucional en otros poderes del Estado, mencionó como solución la autolimitación de aquélla, lo cual parecería dar la impresión de que queda librada a la buena voluntad del órgano que ejerce el control constitucional. Otra cuestión que me parece muy importante es la sobrecarga de trabajo de la Sala Constitucional, lo cual plantea como solución, la inadmisibilidad. El problema es que en nuestro ordenamiento jurídico la inadmisibilidad pasa por cuestiones formales y no de fondo. Por otra parte, tengo entendido que no se puede rechazar in limine una cuestión, tomando únicamente en consideración el fondo, porque ello equivaldría a preopinar.

**Respuesta:** Respecto de la primera cuestión planteada, debo admitir que es muy difícil fijar límites claros a la actuación de la justicia constitucional respecto de los otros poderes del estado. Es muy importante el principio de justicia *rogada*. En cuanto a la autolimitación, efectivamente depende mucho de la buena predisposición así como, *también*, del sentido común. De ahí la importancia de elegir con buen criterio a los integrantes de la justicia constitucional. Hay elementos externos que también influyen en la materia: por ejemplo, la doctrina del propio tribunal constitucional, que genera *un cierto elemento de seguridad jurídica al poderse prever, aunque no sea con total certeza, la forma en que ha de*

**resolver.** También incide decisivamente la actuación de los órganos jurisdiccionales, que van sentando precedentes. En cuanto al tema de la inadmisibilidad, éste funciona con los esquemas del derecho procesal común, lo cual lleva a afirmar que la inadmisibilidad equivale a vicios del procedimiento. Sin embargo, en los sistemas muy **recargados de trabajo, en algunas competencias, como por ejemplo el amparo, se van sentando las bases a la inadmisibilidad por cuestiones de fondo basada en los propios precedentes** (Prof. Dr. Pablo Pérez Tremps, expositor de la Unión Europea).

El tema de la invasión de la justicia constitucional en el área de competencia de otros poderes del estado, trae a colación también el tema de las cuestiones no justiciables. La jurisprudencia de la Corte en nuestro país es clara al respecto: casi no existen actos no justiciables. Es más, hay una disposición de la Ley 609 que establece que es la propia Corte Suprema de Justicia la que define qué cuestiones no son justiciables (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** Creo que la tarea que incumbe a la Sala Constitucional de la Corte es de tal importancia que debería reservarse únicamente su competencia para las cuestiones más trascendentales. Qué posibilidad hay de que la Sala Constitucional pueda elegir cuáles son las cuestiones que estudiará y resolverá. En segundo lugar, a los efectos de reunir jurisprudencia de la Sala Constitucional, es indispensable la publicación de sus fallos. En este sentido, sugiero a la Unión Europea que preste cooperación en este punto.

**Respuesta:** Respecto de la posibilidad de seleccionar las cuestiones que se consideran más importantes, éste es el método aplicado por el Tribunal Supremo americano, que posee con tal fin el *writ of certiorari*. Pero es una cultura jurídica diferente. Sin embargo, aun cuando fuera una excelente idea, la dificultad surge respecto de los criterios de valoración de la importancia de un asunto. Generalmente, los asuntos de mayor repercusión pública son los peores para sentar jurisprudencia. La mejor interpretación de la constitución es aquella que resuelve los problemas cotidianos. En definitiva, aunque creo que debe haber una cierta capacidad del órgano constitucional para dilucidar cuáles son los *leaving cases*, los casos importantes, desde nuestra perspectiva jurídica latina, ello resulta muy difícil (Prof. Dr. Pablo Pérez Tremps, expositor de la Unión Europea).

En España el problema del colapso del tribunal constitucional viene de la mano del gran volumen de los recursos de amparo. Se han planteado múltiples soluciones al respecto. En este punto, yo estoy en desacuerdo con la idea de hiperseleccionar los asuntos, dado que es la garantía última que le queda al ciudadano (Prof. Dra. Rosario García Mahamud, expositora de la Unión Europea).

En nuestro país, a pesar del volumen de trabajo que tiene la Sala Constitucional, éste todavía es tolerable. A lo mejor sería conveniente implementar el sistema de rechazo in limine por cuestiones de fondo, incluso llegué a redactar un proyecto de ley al respecto. El problema estriba sobre todo en las acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra actos jurisdiccionales, que muchas veces son rechazadas. También



actualmente contamos en el campo penal con el recurso de casación que puede interponerse con la acción de inconstitucionalidad. En este punto, habría que buscar un mecanismo por el cual las sentencias de la jurisdicción penal se impugnen principalmente por la vía del recurso de casación y no el de la acción de inconstitucionalidad (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** En lo que versa al rechazo de cuestiones de fondo, tenemos sentados un precedente: los juicios de amparo o de desalojo no causan cosa juzgada. El Código Procesal Civil establece que deben agotarse todos los recursos ordinarios en orden a hacer viable la acción de inconstitucionalidad; queda, sin embargo, una pequeña brecha: qué pasa cuando se violan garantías formales, las establecidas en el debido proceso, por ejemplo la inviolabilidad de la defensa en juicio<sup>14</sup>.

**Respuesta:** Dado el carácter muy específico de esta cuestión, y desconociendo la doctrina de la Sala Constitucional al respecto, me parece más oportuno no pronunciarme al respecto. (Prof. Dr. Pablo Pérez Tremps, Expositor de la Unión Europea).

Quiero manifestar dos cuestiones: la obligación de agotar los recursos previos rige únicamente para los casos en que el fallo *per se* sea inconstitucional, ya sea por inobservancia del debido proceso. Hay otro caso previsto en que es posible recurrir directamente ante la Sala Constitucional: cuando la sentencia se funda en una ley

---

<sup>14</sup> Arts. 16 y 17 inc. 5) y 6) de la Constitución Nacional.

inconstitucional<sup>15</sup>. Sólo cuando el fallo por sí mismo sea inconstitucional, se deben agotar las instancias previas. En segundo lugar, no coincide con el argumento de que en el caso de juicios especiales (desalojo, juicios ejecutivos, etc.) que no causan cosa juzgada material y admiten un juicio posterior, se deba rechazar la acción de inconstitucionalidad únicamente porque no está agotada la instancia ordinaria, ya que si está establecido un procedimiento para estos juicios especiales y en el curso de éste se constata que se han violado preceptos constitucionales, no hay obstáculo alguno para la admisión de la acción de inconstitucionalidad y, si procede, la consiguiente anulación del fallo atacado (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** Referente a la recarga de trabajo de los tribunales constitucionales, hay jurisprudencia de la actual Corte y también de la anterior, de que las acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra fallos emitidos en juicios especiales no son admitidos. Mi reflexión se funda en jurisprudencia. Yo me refiero a las cuestiones de fondo, fundamentalmente. Yo entiendo que la obligación de agotar las instancias previas en los juicios especiales, establecida por el Código Procesal Civil, es un medio para descongestionar la ingente carga de trabajo que soporta la Sala Constitucional.

**Respuesta:** Más que en la jurisprudencia de la Corte, en los dictámenes que vienen del Ministerio Público, se acentúa mucho en que hay una instancia ordinaria posterior. Yo no comparto del todo, sin embargo, esta postura, que es meramente formal, en el sentido de que sea el único

---

<sup>15</sup> Art. 556, inc. b) del Código Procesal Civil.

argumento para rechazar una acción (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

Creo que uno de los puntos que mencionó el Dr. Pérez Tremps en su exposición es el problema de la convivencia entre el juez constitucional y el juez ordinario. En nuestro caso, no se presenta este problema internamente en el Poder Judicial, al reconocer a la Sala Constitucional de la Corte Suprema como el intérprete final de la constitución. El problema realmente se manifiesta respecto de los otros poderes del estado respecto del reconocimiento de la Corte como intérprete final de la constitución, lo cual no significa que en términos absolutos, sea la opinión acertada la que emita la Corte (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

En el ordenamiento jurídico paraguayo cuentan con la acción directa de inconstitucionalidad contra una sentencia, con lo que se asegura esa supremacía interpretativa. A veces, en otros países, el conflicto ha surgido porque se considera que el tribunal no está examinando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la cuestión sino cuestiones de mera legalidad (cuestiones infraconstitucionales). En el ordenamiento paraguayo, eso está muy bien resuelto, pero no descarta que en algún caso se produzca el conflicto (Prof. Dr. Pablo Pérez Tremps, expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** La Sala Constitucional fue creada por disposición de la propia constitución<sup>16</sup>. Hasta qué punto es válido el hecho de que los fallos de otras Salas sean

---

<sup>16</sup> Art. 258 de la Constitución Nacional.

revisados, en cuanto a su constitucionalidad o inconstitucionalidad, por la Sala Constitucional?.

**Respuesta:** La Constitución establece que la Corte funcionará en Salas y que una de ellas será la constitucional. Por otra parte, está la atribución que la Constitución confiere a la Corte en pleno<sup>17</sup> de entender y resolver en cuestiones de constitucionalidad, de manera que esa mención expresa de la Sala Constitucional no creo que confiera a ésta un carácter de superioridad respecto de las otras Salas y el hecho de que eventualmente de que la Corte en pleno pueda entender en cuestiones de constitucionalidad definitivamente equipara a las Salas y constituye la base de la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las decisiones que emitan todas las Salas. Esto hace que no se admita ninguna impugnación, ni siquiera por la vía de la inconstitucionalidad, respecto de las decisiones de la Sala Penal ni de la Sala Civil y Comercial. La eventual revisión de los fallos de otras Salas por parte de la Sala Constitucional iría contra nuestro sistema, prácticamente configuraría una cuarta instancia. En otros países se admite la revisión de los fallos de otras Salas por la Sala Constitucional, pero no en el nuestro (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** Acerca de la revisión de la revisión de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, la Ley N° 609 establece que sólo procederá el recurso de reposición contra la regulación de honorarios y las providencias de mero trámite.

---

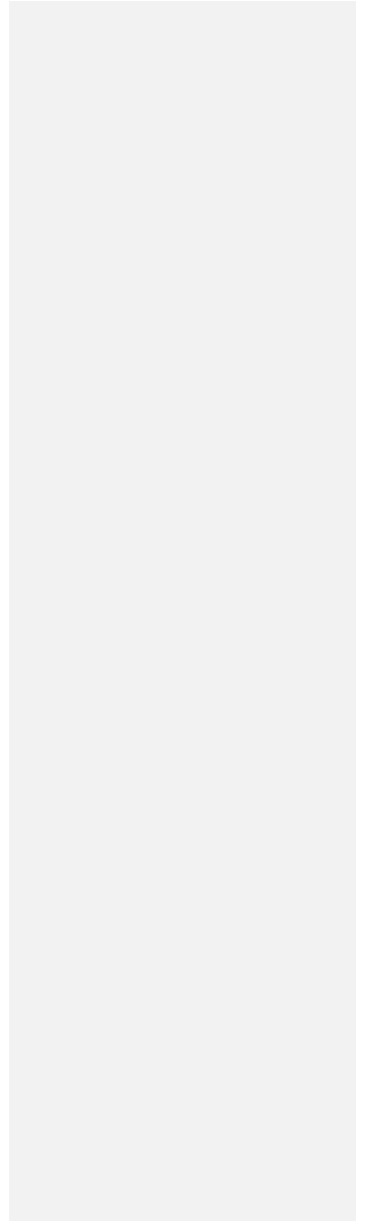
<sup>17</sup> Art. 259, inc. 5) de la Constitución Nacional.

**Respuesta:** Los recursos están muy limitados respecto de las resoluciones de la Corte; contra los Acuerdos y Sentencias sólo cabe la aclaratoria. En cuanto a providencias de mero trámite y regulación de honorarios, sólo cabe la reposición. La razón de ello es la necesidad de poner fin a los litigios (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Cierre del Primer Módulo:** Me complace enormemente haber tenido la oportunidad de asistir a esta doble jornada por diversos motivos, especialmente dos. En primer término, por la intervención del Ministro Lezcano Claude, quien no sólo ha moderado sino que ha intervenido brillantemente. Por ello, le ruego que mantenga la función de presidir y moderar en todas las sesiones de Derecho Constitucional del Ciclo Paraguay 2000. En segundo lugar, agradezco la presencia de todos ustedes, nos hemos visto agradablemente sorprendidos por su interés. Paraguay sorprende y eso es algo que se comprueba a través de este seminario. Hay ciertas cosas que rectificar, sobre todo en lo que respecta a la inclusión de nuevos participantes y una mejor organización del debate que posibilite mayor participación (Prof. Dr. Josep Lluís Albiñana i Olmos, Codirector de la Unión Europea).

Fin del Primer Módulo.

## **SEGUNDO MÓDULO**

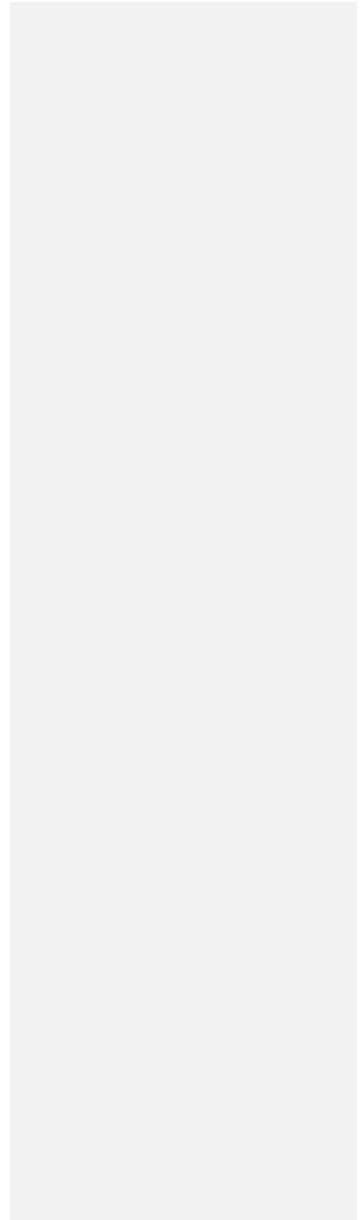




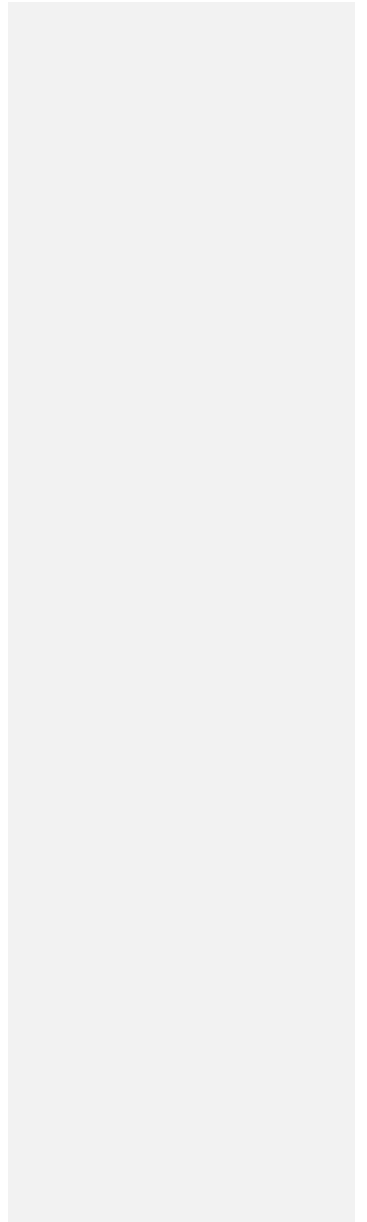
**“DISTRIBUCIÓN DEL PODER EN EL  
ESTADO”**

PROF. DR. EDUARDO ESPIN

27 DE ABRIL DE 2000







## **DISTRIBUCIÓN DEL PODER EN EL ESTADO**

Prof. Dr. Eduardo Espín

El Estado Constitucional que se instaura en Europa en el siglo XVIII se asienta sobre dos pilares fundamentales: la garantía de los derechos y libertades del ciudadano y la separación de poderes, que tienen una misma finalidad política, la limitación del poder. Este objetivo político se configura como el postulado esencial que alienta el constitucionalismo. El principio de la protección de los derechos y libertades tiene trascendental importancia porque supone la variación de lo que hasta entonces había sido la relación del Estado monárquico absolutista con sus súbditos, los cuales pasan a ser, a partir de entonces, ciudadanos sujetos de derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones a partir del siglo XVIII. El principio de la separación de poderes es igualmente decisivo, de acuerdo con la formulación efectuada por Locke, en el siglo XVII y la más conocida, formulada por Montesquieu en el siglo XVIII, porque establece que el poder del Estado no debe ser ejercido en forma centralizada, concentrada exclusivamente en las manos del monarca, sino que, si se pretende garantizar las libertades individuales, debe ser ejercido en forma “distribuida” entre distintos poderes. De ahí la formulación de Montesquieu que menciona los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, a los cuales se atribuyen las correspondientes funciones o competencias. Esta división permite que el Estado sea un instrumento de libertad y no de opresión.

Sin separación de poderes y sin garantía de derechos no hay Constitución, como lo establecía el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Separación de poderes, garantía de derechos fundamentales, Constitución: esta es la única estructura del Estado que permite la libertad. Esta separación de poderes, diseñada con el objeto de ejercer el poder del Estado, es una separación horizontal de poderes: son poderes que se encuentran en el mismo nivel institucional en la estructura del Estado y cuyas competencias se proyectan sobre el ámbito territorial del conjunto del Estado. También mencionaremos posteriormente la descentralización vertical o división territorial del poder en el Estado, que plantea una serie de instituciones que tienen competencias sobre distintos ámbitos territoriales del Estado.

Pues bien, dentro de la doctrina tradicional sobre la estructura del poder del Estado,, que en la actualidad ha sufrido numerosas variaciones, permanece intacta su finalidad, que es la protección de las libertades. Me gustaría abordar en esta exposición una reflexión sobre las funciones irrenunciables de cada uno de esos poderes y que los demás deben respetar, así como también la concepción del Estado como un todo armónico, no obstante esta división de poderes.

El Poder Ejecutivo, al que se atribuye la función ejecutiva o sea la tarea de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, desde velar por el orden público en las calles hasta garantizar en lo posible la sanidad o la educación, se atribuye al Gobierno. Esta tarea es indelegable, en el sentido de que no puede cumplirse por los otros poderes. Si el Poder Ejecutivo no responde a estas tareas, tendríamos un Estado paralizado. Ahora bien, el Poder Ejecutivo no reduce su función única y exclusivamente a la enunciada, tiene también a su cargo la dirección de la política, lo cual constituye la función de gobierno. Esta función supone la necesidad de formular un programa político, esto es, unos objetivos a cumplir y los medios y plazos para su cumplimiento. La función de la dirección de la política incumbe primordialmente al Poder Ejecutivo: aun cuando el Parlamento colabore estrechamente con el Poder Ejecutivo, no tiene competencia para asumir el gobierno. Es más, cuando el Parlamento asume un protagonismo excesivo en la dirección de la política, ello suele desembocar en crisis de enfrentamiento con el Poder Ejecutivo y en inestabilidad política. Tampoco el Poder Judicial debe invadir el área de competencia del Poder Ejecutivo, ni en su función ejecutiva ni en la función de gobierno, si bien es inevitable que muchas decisiones judiciales, especialmente en el área constitucional, tengan trascendencia política. Ello ha planteado en España un debate sobre una cierta judicialización de la política, lo cual siempre es negativo. Es importante tener presente que las decisiones políticas que adopta el Poder Ejecutivo -por tanto, en su función gobierno, a diferencia de lo que acuerda en el marco de la función ejecutiva- no están predeterminadas por

las leyes, sino que deben regirse por criterios de oportunidad, conveniencia política e interés público.

En lo que respecta al Poder Legislativo, su función típica es la de elaborar leyes. Claro que en esta función suele haber, en mayor o menor medida según el ordenamiento jurídico del cual se trate, intervención del Poder Ejecutivo, ya que éste tiene también iniciativa legislativa ordinaria -y, de hecho, la mayor parte de las leyes responden a la iniciativa legislativa gubernamental como lógico corolario de su función de gobierno-, así como potestades legislativas extraordinarias -ya sea para dictar legislación de urgencia, ya para dictar legislación por delegación del Parlamento; en ambos casos se trata de facultades extraordinarias que deben estar previstas en la Constitución y que deben ser cuidadosamente ejercidas, bajo estricto control parlamentario-. En los sistemas presidencialistas se admite la posibilidad de vetos presidenciales, facultad que no suele estar prevista en los sistemas parlamentarios. En otro orden de cosas, el Parlamento precisa asegurar el *status* de los parlamentarios, de ahí las garantías de los parlamentarios para emitir opiniones o votar con entera libertad, sin hallarse sujetos a responsabilidad alguna. Ello se ha considerado, desde los orígenes del parlamento, un medio necesario para garantizar la integridad e independencia del Parlamento.

En cuanto al Poder Judicial, es probablemente el que se mantiene más distante de los otros, dado que tiene una función más especializada que consiste en la resolución, conforme a derecho, de los conflictos que se suscitan entre ciudadanos o entre éstos y el Estado. Esa función jurisdiccional es mucho más exclusiva que las que

corresponden a los otros poderes del Estado y, aun cuando existan jurisdicciones especiales en algunos sistemas (por ejemplo, la jurisdicción militar), el grueso de la función jurisdiccional corresponde a la justicia ordinaria, integrada por jueces y magistrados. También hay una intervención frecuente del Poder Legislativo en la función jurisdiccional en cuanto al enjuiciamiento de funcionarios que ostentan altos cargos, que tienen distintos grados de aforamiento. En la Constitución paraguaya está previsto por ejemplo el juicio político<sup>18</sup>, ya sea por la comisión de delitos o por mal desempeño de sus funciones. Entre los que pueden ser sometidos a este juicio político están los ministros de la Corte Suprema de Justicia, lo cual considero una decisión arriesgada, en el sentido de que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales deberían quedar totalmente al margen de valoraciones de contenido político y la causa de “mal desempeño de sus funciones” podría interpretarse en un sentido desviado. En relación con esto es indiscutible que si, a los efectos de mantener el equilibrio de los poderes, los miembros del Parlamento deben estar imbuidos de fuero, tal garantía es doblemente imprescindible para los integrantes del Poder Judicial. Un sistema de incompatibilidades que impida a los miembros de la judicatura el ejercicio de otras actividades que pudieran provocar conflictos de intereses, es común a todos los sistemas judiciales, así como también un sistema de inamovilidad de sus funciones, que sirva de garantía frente a las presiones o injerencias de los otros poderes. Sin estas garantías mínimas, el equilibrio de los poderes podría verse gravemente afectado, cuando inevitablemente determinadas decisiones jurisdiccionales tengan connotaciones políticas.

---

<sup>18</sup> Art. 225 de la Constitución Nacional.

Hasta aquí nos hemos referido brevemente a los poderes y funciones que podríamos denominar “tradicionales” o “clásicos” del Estado constitucional. Sin embargo, hoy se puede hablar de más funciones del Estado y de más poderes del Estado. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional se configura como un órgano distinto de los poderes clásicos del Estado, incluso del Poder jurisdiccional, y vendría a ser otro poder constitucional diferenciado de los demás. Son variaciones a la división clásica de los poderes que no afectan a su arquitectura principal a la que nos referíamos al comienzo.

Los poderes del Estado son elementos del aparato estatal, el cual debe funcionar como un todo orgánico. Por ello, los poderes tienen interrelaciones, frenos y contrapesos entre sí; esto es un principio clásico en la teoría del Estado constitucional. Cada poder puede legítimamente discrepar de los otros. Ahora bien, hay un límite para esta discrepancia, muy difícil de establecer, pues no es fácil determinar hasta qué punto un poder está actuando en ejercicio legítimo de sus atribuciones y cuándo está transgrediendo la obligada lealtad constitucional. Sólo la madurez política de los titulares de los poderes públicos puede ayudar a discernir dónde está esa frontera entre la discrepancia y el bloqueo. No se puede trazar esa frontera *a priori* en términos generales.

Las Constituciones prevén numerosos mecanismos de colaboración e interrelación entre los poderes del Estado en los que no podemos detenernos. Desde intervenciones constitucionalmente previstas de un poder en las funciones de los restantes poderes, hasta determinados mecanismos

específicos de interrelación entre ellos (como, por ejemplo, los que configuran la confianza parlamentaria entre Gobierno y Parlamento en los sistemas parlamentarios), pasando por competencias compartidas como, por ejemplo, en materia de nombramientos: un Poder nombra y otro debe dar su conformidad. En definitiva, el Estado debe moverse como un núcleo complejo y armónico con la orientación que marque la mayoría expresada en las urnas por los ciudadanos.

El otro gran elemento estructural del Estado constitucional moderno es la distribución territorial del poder. Uno de los dos grandes aportes del constitucionalismo americano es el sistema federal como mecanismo de distribución territorial del poder -el otro, como es sabido, es el control de constitucionalidad de las leyes-. Con el transcurso de los dos últimos siglos, los Estados se han ido transformando en muchos casos de Estados centralizados en descentralizados. En España, a partir de la Constitución de 1978, se ha instaurado un sistema de descentralización territorial que ha perdurado; también hubo entre 1931 y 1936 un intento de descentralización que acabó abruptamente por el advenimiento de la guerra civil. La distribución territorial del poder supone que no sólo hay un sistema de instituciones en el Estado, sino que puede haber varios: uno general, que abarca todo el territorio del Estado, pero también otros que corresponden a distintos territorios del Estado con sistemas institucionales propios. Esto implica una descentralización de carácter político, en el que esos territorios, cualquiera sea la denominación que reciban, tienen un sistema político propio que incluye la capacidad legislativa. El Estado federal se caracteriza por estar integrado por entidades territoriales (Estados) iguales entre sí. Los Estados regionales (español,



italiano) tienen algunas características distintas, como la existencia de una cierta heterogeneidad entre las regiones autónomas. La distinción hoy día, sin embargo, entre Estados federales y Estados regionales tiene menor trascendencia práctica que lo que las categorías dogmáticas podrían indicar.

En lo que se refiere a la cantidad de competencias que el Estado central delega en los territorios autónomos (Estados o regiones), está determinada por la Constitución. En cuanto a los métodos de distribución constitucional, los mecanismos tampoco difieren mucho entre los Estados federales y los regionales.

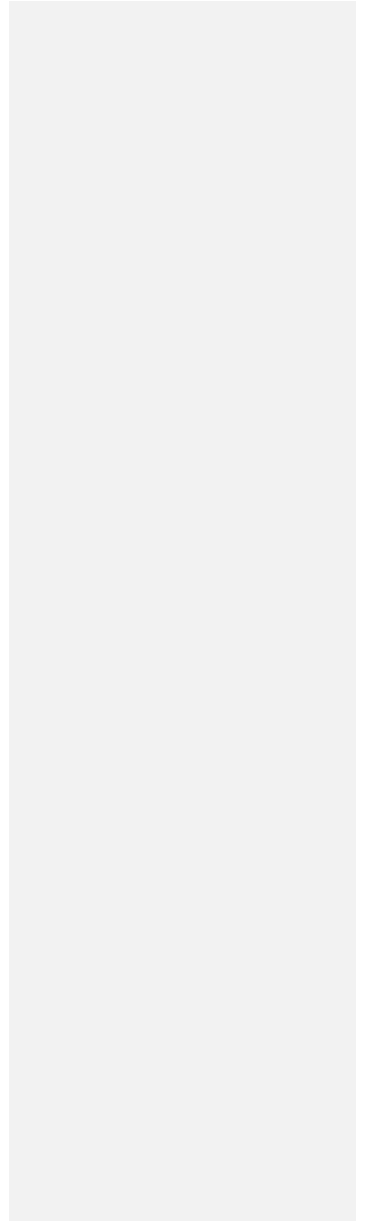
La Constitución paraguaya permitiría una descentralización que apunta más bien a un sistema de descentralización meramente administrativa. No se establece la distribución de competencias, lo cual no quiere decir que por vía legislativa no se pudiesen descentralizar importantes competencias. Sin embargo, un Estado puede ser centralizado políticamente y tener una buena descentralización administrativa.

Como conclusión, debo señalar que el Estado es una unidad compleja que tiene como finalidad la búsqueda del interés público y, si es un Estado constitucional, el ejercicio del poder se produce necesariamente a través de una multiplicidad de órganos y de poderes, tanto en un Estado centralizado como en un Estado que cuente con territorios que asumen competencias ejecutivas y legislativas (políticamente descentralizados). Todas esas instituciones dependen en definitiva de un único titular que es el pueblo, lo cual se manifiesta a través de las elecciones libres y

periódicas que determinan la orientación de todo el aparato estatal multiforme. De no haber este basamento democrático, estaríamos en presencia de un Estado autoritario, dictatorial y además, de forma inevitable hoy día en que la complejidad del Estado impide soluciones simplistas que antaño eran más hacederas, de un Estado ineficaz.



## **DEBATE**





### MODERADORES

- PROF. DR. LUIS LEZCANO CLAUDE, MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA;
- PROF. DR. JOSEP LLUIS ALBIÑANA I OLMOS, CODIRECTOR EUROPEO.

**Pregunta:** De quién depende el Tribunal Constitucional del Estado, es un poder dentro de otro o es un poder diferente a los demás poderes del Estado?.

**Respuesta:** El Tribunal Constitucional español es independiente. Podría haberse optado por otro modelo. El Tribunal Constitucional Federal alemán, por ejemplo, forma parte del Poder Judicial. No obstante, la gran influencia que ejerció la constitución alemana en la española, el Tribunal Constitucional español está fuera del Poder Judicial, es un órgano distinto e independiente que asume la interpretación de la constitución de acuerdo con los procedimientos que establece la propia constitución y la ley orgánica del tribunal constitucional. Por tanto, es un órgano constitucional independiente, que configura un poder de la misma importancia que el poder judicial o el ejecutivo o el legislativo clásicos. Está integrado por doce magistrados nombrados cuatro por la Cámara de Diputados, cuatro por el Senado, dos por el gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial. Se renueva cada tres años (Prof. Dr. Eduardo Espin, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Considera necesaria la inamovilidad de los magistrados para afirmar la independencia del Poder Judicial?. Ud. habló de la inamovilidad de los miembros del

Poder Judicial, puede precisar los alcances de esa inamovilidad.

**Respuesta:** Considero que la inamovilidad de los miembros del Poder Judicial de cualquier nivel, tanto jueces y magistrados como miembros de la Corte Suprema, consiste en que no pueden ser removidos sino por las causas previstas en la constitución y las leyes. Estas causales pueden variar en las distintas legislaciones, pero no pueden ser discrecionales de otro poder, porque de lo contrario la inamovilidad estaría pendiente de la voluntad política de otro poder. La inamovilidad rige durante el período que la constitución marca como duración del mandato de los magistrados: vitalicio o temporal. De admitir el ordenamiento jurídico la reelección de magistrados, en la hipótesis de que no fueran reelegidos, la no reelección no constituiría un atentado contra la inamovilidad. La reelección no es quizá una buena solución para cargos que se deben caracterizar por su absoluta independencia. En el tribunal constitucional español los magistrados duran nueve años en ejercicio de sus funciones y se excluyó la posibilidad de la reelección, a fin de evitar un hipotético condicionamiento de sus decisiones buscando la reelección. Considero que el principal problema puede radicar en la existencia de causas de remoción que no estén regladas en absoluto o que admitan valoraciones políticas. El juicio político, previsto en la constitución paraguaya, aplicado a los ministros de la Corte, no por la comisión de delitos comunes sino por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, es una opción arriesgada (Prof. Dr. Eduardo Espin, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Es o no indispensable la instauración de un tribunal constitucional, es o no independiente de los demás poderes del Estado?. Son vitalicios sus miembros, cómo pueden ser removidos?.

**Respuesta:** La pregunta ya está respondida: los miembros del tribunal constitucional español son elegidos por nueve años, no son reelegibles (Prof. Dr. Eduardo Espín, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Qué garantía de ejecutabilidad tiene un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia, si fuere contrario a los intereses de otros poderes del estado, atendiendo a la independencia del Poder Judicial?.

**Respuesta:** La resolución del tribunal supremo que invalida una ley afecta a otro poder, pero es absolutamente legítima en la medida en que haya sido dictada en el marco del procedimiento previsto en la constitución y en las leyes procesales. Una resolución dictada al margen de los procedimientos establecidos podría plantear problemas. En un determinado momento, la opción de un tribunal constitucional independiente del Poder Judicial tiene sus ventajas e inconvenientes, entre éstos últimos está una cierta pugna entre el tribunal supremo y el constitucional, teniendo en cuenta que el tribunal constitucional tiene atribuciones para anular sentencias del tribunal supremo. En España, al ocurrir un hecho similar al enunciado, el tribunal supremo pretendió elevar un escrito de protesta al rey, que incluso, fue publicado y difundido (Prof. Dr. Eduardo Espín, Panelista de la Unión Europea).



**Pregunta:** Muchas veces un poder, creyéndose en ejercicio legítimo de sus funciones, podría extralimitarse. Cómo deben reaccionar los otros dos poderes?. Podría darnos un ejemplo de enfrentamiento de poderes ocurrido en su país y cómo se ha solucionado.

**Respuesta:** Creo que no se pueden dar respuestas generales a ese planteamiento. La frontera entre la actuación legítima y la ilegítima sólo puede determinarse en un caso concreto. En España, algunas oposiciones parlamentarias en algún momento puntual, enviando un mensaje a la población respecto de la supuesta ilegitimidad de la fuerza política que en ese momento ostentaba la mayoría parlamentaria, podrían incurrir en una actitud criticable. Por ejemplo, la oposición del partido socialista español a la UCD, de centroderecha, en los primeros años de la transición política, acabó desestabilizando ese gobierno, aun cuando el proceso político no se alteró. También el partido popular incurrió en una actitud similar en los años finales de gobierno del partido socialista, ya en los noventa. Era una actitud que bordeaba lo ilegítimo en la medida en que negaba legitimidad al partido que en ese momento ostentaba la mayoría parlamentaria. Estos hechos configuran en realidad, un juego de oposición contra gobierno. También es posible que se den a nivel de poderes, sobre todo en regímenes presidencialistas, en los que el presidente podría no contar con mayoría parlamentaria, dando lugar a una lucha entre poderes (Prof. Dr. Eduardo Espín, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Respecto de la crítica que Ud. formuló acerca de que los ministros de la Corte sean sometidos a juicio político por el Parlamento, cuál sería el método

propuesto por Ud. para controlar a los ministros en caso de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones?.

**Respuesta:** Lo que me sugiere la lectura del artículo 225 de la Constitución paraguaya es que hay tres causas para el juicio político: delitos comunes, delitos cometidos en el ejercicio de las funciones y mal desempeño del cargo. De los dos primeros supuestos, no hay nada que objetar, pues se está imputando la comisión de un hecho punible. En cuanto a la causal de mal desempeño de las funciones, es una noción tan amplia que admite múltiples interpretaciones. El juicio político está bien para quienes ejercen cargos políticos, miembros del Poder Legislativo o Ejecutivo. Aplicado a miembros de un supremo órgano judicial, no me parece una previsión prudente pues qué podría entenderse por mal desempeño de sus funciones, que no sea incurrir en actividad delictiva; tal causal podría dar lugar al juzgamiento de decisiones jurisdiccionales que incluso podrían ser erróneas, pues los magistrados también están expuestos a equivocaciones, valorar eso en forma indeterminada permite que una resolución molesta pueda ser interpretada como mal desempeño de sus funciones. De todas las causales de juicio político que admite el art. 225, la posibilidad de juzgamiento de decisiones jurisdiccionales, sea que emanen de la Corte o del Tribunal Superior de Justicia Electoral, no me parece muy lógico que esté enumerada como causal del juicio político (Prof. Dr. Eduardo Espín, Panelista de la Unión Europea).

Me parece muy interesante que no se incluya dentro de la causal de mal desempeño de las funciones, la apreciación de decisiones judiciales, la forma en que magistrados se hayan pronunciado en casos jurisdiccionales. Es decir, el

hecho de que un órgano de carácter político como el Parlamento pueda fundar la acusación en una apreciación de la actuación en un caso jurisdiccional, implicaría un nuevo juzgamiento de las decisiones adoptadas por el máximo órgano jurisdiccional. Pero en Latinoamérica se ha configurado esta causal de mal desempeño del cargo a fin de cubrir ciertas situaciones, que sin ser delictivas, justifican el apartamiento de una persona del cargo. En la Argentina y en el Paraguay se prevén situaciones como inasistencia muy frecuente del magistrado a su despacho, la embriaguez, deficiencias mentales, etc. Esas podrían ser consideradas como mal desempeño del cargo y dar lugar al juicio político. Pero me parece muy razonable que se excluya de dicha causal la apreciación de decisiones de carácter jurisdiccional (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** Cómo se entiende que la interpretación unívoca de la constitución no pueda admitirse. Por qué la interpretación de la constitución no debe ser necesariamente unívoca. Puede ser la constitución interpretada de conformidad con las circunstancias políticas y sociales del país?

**Respuesta:** Esta es una cuestión clave. A diferencia de la ley, la constitución es una norma con mandatos materiales que establecen comportamientos obligados para los poderes públicos, pero si hablamos de una constitución pluralista y democrática, muchos de los preceptos constitucionales se deben interpretar con sentidos distintos. Por ejemplo, si la constitución ordena la protección del medio ambiente, la modalidad con que ello se implemente puede hacerse de

muchas maneras, de manera más radical o más moderada, de acuerdo con el planteamiento ideológico de la mayoría que ha triunfado en las elecciones en ese momento histórico. Cuanto más interpretación unívoca se imponga a la constitución, menos margen se deja para el juego pluralista, de la alternancia. Ahora bien, debe haber un equilibrio entre unos mínimos constitucionales y las orientaciones por parte de las distintas ideologías que se enfrentan ante el electorado. El punto de equilibrio tampoco se puede establecer de antemano, razón por la cual las cortes y tribunales constitucionales deben ser muy prudentes en lo que incorporen al contenido material de la constitución; cuanto más contenido material se incorpore a la constitución, menos margen queda para el juego pluralista. Hay unos mínimos constitucionales en lo que respecta a la política económica, derechos y libertades, pero si ello se lleva a una interpretación excesivamente reglamentaria, se priva al legislador de la posibilidad de actuar en un sentido u otro. Es necesario tener en cuenta que la constitución es un marco para actuación de fuerzas políticas de orientaciones ideológicas distintas y que la propia constitución protege precisamente ese pluralismo ideológico (Prof. Dr. Eduardo Espín, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:**Cuál es la diferencia entre descentralización y desconcentración. Cómo se compatibilizan direcciones políticas divergentes entre el Poder Ejecutivo central y las autoridades electivas descentralizadas?

**Respuesta:** Descentralización y desconcentración suelen entenderse doctrinariamente como dos grados distintos de descentralización administrativa. La descentralización

propiamente dicha prevista en la ley, da un margen de decisión autónoma a la autoridad titular de esa descentralización; la autoridad superior sólo podría intervenir o corregir la actuación de la inferior en los casos previstos por la ley y no de una manera discrecional, es decir no con criterios de oportunidad sino de legalidad. Por desconcentración suele entenderse el grado de descentralización mucho menos acentuado en el que la autoridad superior delega a la inferior algunas atribuciones que puede recuperar en cualquier momento, puede dar instrucciones, por lo que la autoridad administrativa inferior depende en última instancia del ente superior. Ejemplo: provincia frente a un municipio. En cuanto al segundo problema planteado, es de gran trascendencia política. En el caso español, se ha dado y se sigue dando en la actualidad. En la práctica, estos enfrentamientos conducen a que determinadas decisiones del gobierno central sean objetadas de plano por los gobiernos autónomos, por ejemplo, el sistema de financiación autonómica en España. La consecuencia de ello es una mayor dificultad en materia de conflictos de competencia y, al mismo tiempo, necesidad de cooperación por parte de todos los sectores políticos (Prof. Dr. Eduardo Espín, Panelista de la Unión Europea).

El mecanismo para resolver los conflictos entre el estado central y las comunidades autónomas en España, es el tribunal constitucional. Es una de las materias de su competencia (Prof. Dr. Josep Lluís Albiñana i Olmos, Codirector europeo).

**Pregunta:** Sería posible formar un estado federal sudamericano con comunidades autónomas formadas por los

países actuales equivalente al modelo español u otro?. Con la globalización y la formación de bloques regionales como la Unión Europea, que conlleva la existencia de órganos supranacionales, cómo queda la distribución del poder entre los estados?

**Respuesta:** Creo que la analogía no sería el estado español con las comunidades autónomas sino la integración europea en un estado supranacional. Un proceso análogo a éste, sí sería posible. En cuanto a la distribución del poder entre los estados en el proceso de integración, los países europeos han visto disminuidas sus facultades en dos niveles: por un lado, se descentralizan hacia abajo y por otro lado, pierden competencia hacia arriba. Las potestades legislativas, por ejemplo, se rigen por normativas de la Unión Europea y los parlamentos nacionales, en todo caso, las desarrollan y aplican. Por otro lado, estados unitarios o centralizados como España, han sufrido una descentralización territorial de gran magnitud, grandes competencias han pasado del estado central a las comunidades autónomas. Es muy difícil tener una idea final de la Europa integrada, ya que ello configura un proceso, no es una realidad estática; en esa Europa, las regiones infraestatales con personalidad política propia, con gobiernos autónomos, tendrán una presencia cada vez mayor en las instancias centrales. Ello implica una presencia cada vez mayor de las comunidades autónomas en la Unión Europea, a través de oficinas, órganos, etc. (Prof. Dr. Eduardo Espín, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Cuál es la interpretación del art. 173 de la Constitución<sup>19</sup> respecto a que las fuerzas armadas están subordinadas a los poderes del estado.

**Respuesta:** En todo estado constitucional, las fuerzas armadas están subordinadas a los poderes del estado. En la constitución española, expresamente se especifica que el gobierno dirige la política de defensa y tiene el mando de las fuerzas armadas, las cuales no tienen legitimidad constitucional propia, sino que son una parte de la Administración en la que el estado deposita la fuerza legítima pero cuyo mando, en última instancia, corresponde al poder del estado al que compete la defensa nacional, generalmente, en el estado constitucional, es el Poder Ejecutivo (Prof. Dr. Eduardo Espín, Panelista de la Unión Europea).

---

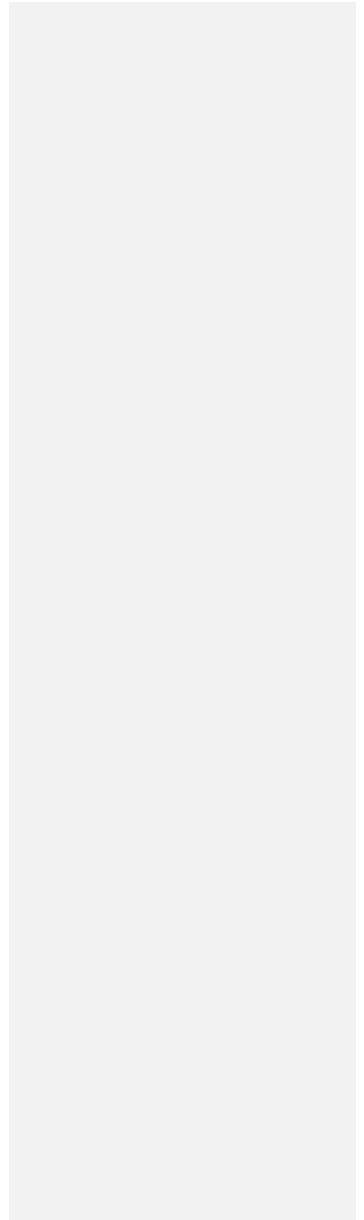
<sup>19</sup> Art. 173 de la Constitución Nacional: “De las Fuerzas Armadas. Las Fuerzas Armadas de la Nación constituyen una institución nacional que será organizada con carácter permanente, profesional, no deliberante, obediente, subordinada a los poderes del Estado y sujeta a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes. Su misión es la de custodiar la integridad territorial y la de defender a las autoridades legítimamente constituidas, conforme con esta Constitución y las leyes. Su organización y sus efectivos serán determinadas por la ley.

Los militares en servicio activo ajustarán su desempeño a las leyes y reglamentos, y no podrán afiliarse a partido o a movimiento político alguno, ni realizar ningún tipo de actividad política”.

# **“DESCENTRALIZACIÓN DEL PODER”**

PROF. DR. ENOCH ALBERTI

28 DE ABRIL DE 2000







## **DESCENTRALIZACIÓN DEL PODER**

Prof. Dr. Enoch Alberti

En los estados federales, en general en los estados políticamente descentralizados o estados compuestos, que responden a tres niveles de gobierno: un poder central, un poder regional autonómico (que reciben diversas denominaciones en el Derecho Comparado) y un nivel local, requieren como condición básica para su adecuado funcionamiento, que estos tres niveles estén correctamente articulados. Éste es el primer requerimiento del estado complejo.

Un ejemplo propuesto por el Profesor alemán Stein para ilustrar la realidad del estado complejo se refería a una carroza tirada por once caballos que tiraban todos ellos del estado federal; y proponía este ejemplo para demostrar que si los caballos tiran todos en una misma dirección, la carroza avanzará en un sentido determinado y sin grandes complicaciones. Si los once caballos tiran en diversas direcciones, la carroza no sólo no avanzará sino que es probable que se destruya. De lo que se trata es de articular adecuadamente los tres niveles de gobierno a fin de que la carroza avance en forma unitaria y armónica.

Éste es el objetivo de mi intervención: indicar a través de qué técnicas, de qué mecanismos, de qué procedimientos se logra en el Derecho Comparado esta adecuada articulación de los tres niveles de gobiernos. En los últimos decenios la evolución del federalismo se caracteriza por un principio clave que es la COOPERACIÓN, y precisamente hay que

destacar el éxito que ha tenido el federalismo cooperativo en estos últimos cuatro decenios. Esa expresión, que designa el federalismo moderno, se utiliza para indicar de una manera gráfica, el paso del federalismo dual a otro modo de concebir la estructura compleja del estado: la división vertical del poder estatal, la distribución territorial del poder del estado. Se ha pasado de un federalismo que concibe las dos instancias de gobierno como esferas separadas, como esferas que mantienen una relación de mera yuxtaposición y que entran en competencia entre sí (concepción clásica del federalismo) a otro modo de concebir la estructura compuesta del estado, por el cual se ponen de manifiesto las profunda interdependencia que existe tanto de los problemas que debe abordar el poder público como de las distintas actuaciones que los poderes públicos deben realizar para resolver las demandas sociales. En la clásica concepción de uno de los grandes estudiosos del federalismo, el inglés **Wett**, entendía el federalismo como un método de división del poder por el cual se crean dos instancias de gobierno que mantienen una relación de independencia, por una parte, y de coordinación, por la otra, poniendo el acento especial en esta última. El federalismo actual se entiende en términos de cooperación y participación, o sea, que las distintas partes del estado forman y se integran en un único mecanismo de gobierno, en un solo proceso de decisión.

Las causas de este cambio son diversas, una de ellas responde al incremento del ámbito de la acción estatal. El estado actúa en cada vez más materias (económicas, culturales, sociales), donde los problemas tienen una estrecha interrelación y la acción de los distintos niveles de gobierno es la forma adecuada para abordar estos problemas, que

desbordan la capacidad de una instancia única, y por tanto se requiere una unión de esfuerzos para abordarlos con eficiencia.

Si el federalismo dual era el federalismo del estado liberal, un estado poco intervencionista, más bien abstencionista con un reducido ámbito de actuación pública, el federalismo cooperativo es el federalismo del estado social, un estado con un campo de acción infinitamente mayor que el anterior. La gran virtud de la cooperación consiste en que se pueden conjugar dos objetivos que podrían parecer a primera vista contradictorios: en primer lugar, permite que exista una actuación unitaria de los poderes públicos, que actúan en un sentido armónico y esta uniformidad de actuación de los poderes públicos no se traduce en centralización. Ello es posible a través de la concertación de las distintas instancias de gobierno que permiten una actuación armónica y unitaria.

No todas son ventajas en esta nueva concepción del federalismo, ya que plantea también nuevos problemas: especialmente la confusión posible de responsabilidades de las distintas instancias públicas, y por otra parte, la mengua de las alternativas políticas que se presentan ante los ciudadanos. Son precisamente dos cuestiones claves que inciden en la esencia misma de la democracia, la cual exige una clara delimitación de las responsabilidades políticas y el mantenimiento de alternativas políticas. Un exceso de cooperación puede afectar, por las razones ya expuestas, al normal desenvolvimiento del sistema democrático.

En esta nueva concepción del federalismo, el acento recae en la articulación de los distintos niveles de gobierno. Al servicio de esta articulación se han diseñado en los distintos sistemas comparados, múltiples mecanismos. En primer lugar, el establecimiento de un principio general de colaboración entre los distintos niveles de gobierno, que se presenta en términos de deber constitucional, no únicamente político. En segundo lugar, esta adecuada articulación se logra a través de la distribución de competencias entre las distintas instancias del poder político, la cual debe ser coherente (libre de contradicciones entre sí), debe ser completa (evitar las lagunas) y debe ser racional (dispuesta de tal forma que responda a las necesidades sociales que enfrentan los poderes públicos). En tercer término, es necesario establecer un sistema de relaciones de funcionamiento de los poderes públicos, en ejercicio de sus respectivas funciones, que permita lograr la racionalidad. En cuarto lugar, es preciso que se prevean mecanismos de participación de las distintas instancias territoriales en la formación de la voluntad del estado, ya que las instancias territoriales no son ajenas al interés general sino que deben participar en su definición. En quinto lugar, para lograr una adecuada articulación de los poderes públicos en este sistema complejo, hace falta que se prevean mecanismos adecuados para la resolución de conflictos que inevitablemente surgirán entre las distintas instancias de gobierno.

Examinaremos cada uno de estos mecanismos, empezando por el principio de colaboración entre los distintos niveles de gobierno, que es la esencia de todas las partes del estado compuesto. Es una exigencia política inexcusable para el buen funcionamiento de cualquier sistema

de descentralización política, por la propia lógica del sistema. La cuestión no radica en que sea un imperativo lógico del sistema, sino que es un imperativo constitucional. Fue Alemania el primer estado que convirtió el principio general de colaboración de las instancias del poder político en un mandato constitucional. En el Segundo Reich se formuló el principio de lealtad federal artes al pacto federal, y que después la ley fundamental de Bohn del año 1949, o al menos en su seno el tribunal constitucional alemán recogió este principio ya lejos de la construcción del Segundo Reich. En los países donde no existe un proceso federal en el origen de la concepción del estado compuesto, también se ha aplicado este principio. La constitución española consagra el deber de colaboración de los distintos niveles de gobierno como un deber constitucional. El tribunal constitucional sostuvo que este deber está implícito en la esencia misma de la estructura compleja del estado y que precisamente por ello, es un principio de carácter constitucional, que el tribunal constitucional formula en términos de lealtad federal, del cual derivan obligaciones de las partes, cuya violación acarrea la nulidad del acto transgresor del mandato constitucional. Ello ha ocurrido ya en la práctica: el tribunal ha anulado una ley de una comunidad autónoma en 1990, fundado en la violación del deber constitucional de lealtad.

En cuanto al contenido de este deber, el tribunal constitucional español reconoce, al igual que el federal alemán, dos dimensiones distintas a este deber constitucional de colaboración. Una primera dimensión de carácter negativo y otra de carácter positivo. En sentido negativo, el principio de lealtad constitucional actúa como un límite al ejercicio de las legítimas competencias de las partes, las diversas

instancias del poder público distribuidas territorialmente no sólo deben respetar los límites impuestos por la constitución, sino que deben tener en cuenta en sus actuaciones los intereses generales y los intereses propios y legítimos de las otras partes, de tal manera que si se viola el interés general o los intereses de las otras partes, esta actuación podrá ser tachada de inconstitucional. Sin embargo, es un límite de muy difícil apreciar, pues juegan conceptos muy amplios y etéreos, de difícil determinación. Pero, no obstante esta objeción, constituye un límite que permite controlar jurisdiccionalmente la actuación de las partes conforme a este parámetro. En segundo lugar, el principio de lealtad constitucional tiene igualmente una dimensión positiva, en virtud de la cual, las partes: el poder central y los poderes territoriales deben prestarse asistencia recíproca para poder cumplir eficazmente con los fines que la constitución les encomienda a través del ejercicio de sus respectivas competencias. Este deber de auxilio se traduce en un intercambio de informaciones entre todas las partes para que puedan cumplir eficazmente sus funciones y, en segundo lugar, implica un deber de auxilio, entendido como la prestación de la colaboración necesaria para que cada una de las partes pueda desempeñar eficazmente sus respectivas funciones. Es importante señalar que se trata de un deber constitucional, por lo que la prestación de auxilio no queda librada a la voluntad de las partes sino que constituye una obligación inexcusable, salvo que concurran causales previstas expresamente por la ley.

A partir de este principio constitucional de colaboración se desprenden en cascada otros principios, otros mecanismos que permiten la adecuada articulación del

ejercicio del poder público en sus distintos niveles. El segundo principio es el del diseño de la distribución de poder entre las distintas instancias de gobierno. Se trata de que en el propio diseño de distribución de poder, se introduzca este principio de colaboración, pero para que se produzca una auténtica colaboración entre las partes es imprescindible el establecimiento de un claro nítido sistema de atribución de competencias de las distintas instancias de gobierno. En esta definición clara de la competencia atribuida a las instancias del poder público, deben darse los dos elementos que caracterizan a la atribución de competencia: el elemento material, que debe delimitar los campos materiales en los que va a desarrollar su actuación cada una de las partes, transporte, comercio, urbanismo, etc. Tan importante como ello es determinar la clase de función que podrá desplegarse dentro de cada uno de estos campos materiales de actuación (normativas, reglamentarias, ejecutivas o administrativas, si se va a atribuir el ejercicio de una función determinada con carácter exclusivo a una de las partes, o si se van a establecer mecanismos de concurrencia y de compartimentación entre las distintas instancias de poder).

Fruto de esta distribución de competencias debe ser una tipología de competencias que permita establecer con exactitud el régimen de responsabilidades. Esta es una de las cuestiones más difíciles en todo sistema compuesto: establecer un criterio que permita otorgar racionalidad a esta distribución de competencias. Sólo se ha propuesto un criterio al respecto, y aun ese criterio plantea enormes dificultades en cuanto a su aplicación, es éste el principio de subsidiaridad, reconocido incluso en instrumentos internacionales, por ejemplo, la Carta Europea de Autonomía



Local de 1985 o en el Tratado de la Unión Europea, tanto en su primera versión de Maastrich de 1992 como en la revisión que se hizo por el Tratado de Ámsterdam de 1997. Este principio de subsidiaridad implica que el deber debe ejercerse en la forma más cercana posible a los ciudadanos, y sólo en aquellos supuestos en que la capacidad de actuación desborde la instancia más cercana a los ciudadanos, debe atribuirse la responsabilidad a la escala superior de gobierno. Sin embargo, es fácil entender que este principio presenta enormes dificultades en su aplicación concreta. Por tanto, es un criterio que difícilmente pueda usarse con éxito para una adecuada distribución de competencias entre las distintas partes. Es necesario que el sistema de relacionamiento y funcionamiento de las distintas partes supla estos defectos de racionalidad. Éste es precisamente uno de los grandes aportes del federalismo cooperativo: racionalizar, formalizar las distintas instancias de gobierno en cuanto al ejercicio de las competencias que la constitución les atribuye.

En este ámbito conviene distinguir dos cuestiones: la clase de relaciones que pueden sostener el gobierno central y los territoriales, y en segundo lugar, a través de qué vías, de qué canales pueden canalizarse estas relaciones. En cuanto a la clase de relaciones que pueden establecerse, se admite una clasificación triple, por la cual se diferencian las relaciones de auxilio, relaciones de coordinación y relaciones de cooperación. A las relaciones de auxilio, ya he hecho referencia al tratar el principio general de colaboración, se trata básicamente de un deber constitucional de las partes en los casos en que no dispongan de medios suficientes para el cumplimiento de sus fines o bien no dispongan de competencia suficiente para poder ejecutar sus propios actos.

Debe ser una asistencia mutua y no recíproca, ya que el principio de reciprocidad que rige en el ámbito del Derecho Internacional, no rige entre las partes de un mismo Estado, unidas por un estrecho vínculo. En el caso de que el auxilio se solicite por falta de medios, el cumplimiento del deber consiste en prestar la ayuda correspondiente. En el caso de que el auxilio se solicite por falta de competencia suficiente, se trata de realizar el servicio en interés y en nombre de la instancia que lo ha requerido.

A través de la coordinación, se busca establecer un mecanismo a través del cual las partes ordenarán sus propias actuaciones. No se trata de imponer criterios directivos ni de poner a los gobiernos territoriales bajo la conducción del gobierno central, sino se refiere a un relacionamiento establecido entre las partes, de común acuerdo, para orientar sus respectivos poderes a los efectos de ejercer las competencias que les correspondan. En el caso de que el poder central no posea competencia para imponer unilateralmente el mecanismo de coordinación, éste sólo podrá ser establecido mediante acuerdo de las partes.

También pueden distinguirse distintos tipos de coordinación teniendo en cuenta el mecanismo de procedimiento y las funciones contenidas en el mismo. En general, se trata de lograr una actuación unitaria como resultado final de dicho proceso de coordinación, respetando la pluralidad de las partes, de las competencias con que cuenta cada poder territorial.

La cooperación en sentido estricto es una actuación de carácter conjunta, mancomunada de las distintas partes que

deciden, de común acuerdo, ejercer en conjunto una determinada competencia. Aquí se trata de un coejercicio de competencia, de una codecisión sobre las competencias que les corresponden a las partes, bien sea porque la constitución así lo dispone, bien sea porque las partes así lo han decidido de común acuerdo.

Estas relaciones diversas de colaboración pueden instrumentarse a través de múltiples formas e instrumentos. La experiencia comparada destaca en especial tres grandes clases: los convenios, los órganos mixtos y los procedimientos participados o la programación conjunta. Los convenios entre el poder central y las administraciones de carácter territorial pueden tener contenidos y responder a finalidades diversas, así por ejemplo, pueden acordarse ejercicios de competencias conjuntas, pueden acordarse medios para el ejercicio de determinados planes, pueden establecerse programas conjuntos que tengan también una financiación conjunta, puede encomendarse una gestión determinada a una parte que no es titular de la competencia para ello, pueden incluso transferirse competencias de una parte a otra, respetando los límites impuestos por la constitución y la ley. En general, estos convenios, en la medida en que comprometen la responsabilidad de las distintas instancias de gobierno, deben ser formales y contar con el requisito de la publicidad.

Las relaciones de colaboración pueden instrumentarse también a través de órganos mixtos, integrados por representantes de las distintas instancias de gobierno y que se constituyen en plataformas permanentes de encuentro de aquellas. Los órganos mixtos generalmente ejercen funciones

de carácter consultivo aunque también pueden ejercer funciones de carácter ejecutivo o decisonal. La red que forma el conjunto de órganos mixtos constituye un elemento central en el establecimiento de una relación fluida entre los distintos niveles de gobierno y precisamente, la experiencia comparada muestra cómo estos órganos mixtos se dan en todas las escalas del Poder Ejecutivo, en el nivel gubernamental, de los altos funcionarios pero también en el de los técnicos, permitiendo un constante debate entre las distintas instancias que tienen interés en el asunto.

Las relaciones de colaboración pueden instrumentarse también a través de procedimientos de carácter mixto entre los que destacan los procedimientos de planificación conjunta, en los que las distintas partes se ponen de acuerdo sobre determinados objetivos y disponen los medios necesarios para la consecución de aquéllos.

Un cuarto elemento en la articulación de las distintas instancias de gobierno es la participación de todas ellas en la formación de la voluntad general del estado. Las instancias territoriales deben formar parte del proceso de decisión estatal al menos en aquellas cuestiones que les interesen. Esta participación generalmente se canaliza en el derecho comparado a través de una segunda cámara parlamentaria que ostenta la representación territorial. Pero la forma concreta con que se articula esta representación puede ser muy diversa, no hay un canon único, tanto en lo que respecta a la forma de integración de esa segunda cámara, como de sus funciones y la forma de relacionamiento con la cámara que ostenta la representación popular. En Alemania, está conformada por los gobiernos de los *lander*, de los estados

miembros de la federación. En Austria, sin embargo, se constituye con representantes designados por los parlamentos de los estados miembros. En Estados Unidos, el Senado está conformado por senadores de elección directa al igual que en Italia. En España el Senado, que también detenta la representación territorial, se integra en forma mixta: por miembros electos en forma directa en su mayor parte, pero otra parte, la menor, se integra con representantes nombrados por los parlamentos de las comunidades autónomas. Esta misma diversidad se manifiesta en materia de funciones de esta cámara. Hay estados en que ambas cámaras tienen idénticas funciones y prerrogativas, el caso italiano, por ejemplo. En Estados Unidos, sin embargo, el Senado tiene más poderes que la Cámara de Representantes. En otros casos, la cámara alta está subordinada a la cámara baja y tiene poderes de menor importancia. Es el caso austriaco y español. En otros países ambas cámaras tienen su propia esfera de actuación totalmente diferenciada sin que se pueda establecer supremacía de ninguna de ellas. Es el caso del Bundeswald alemán. En conclusión, es necesario que se implemente una vía de participación sin que ello implique necesariamente la creación de una segunda cámara parlamentaria, puede indicarse por ejemplo, que se prevé como vía adicional de participación de las comunidades en el estado, una iniciativa legislativa.

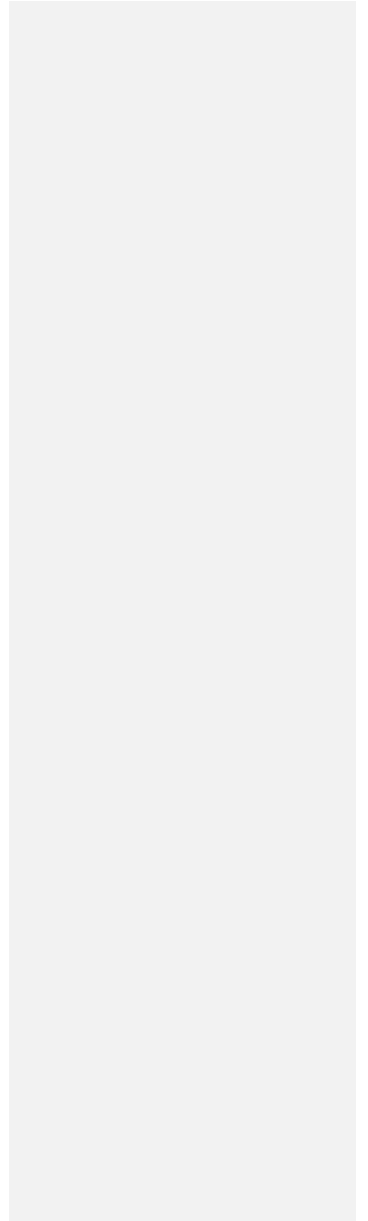
La última vía que debe diseñarse para proceder a una adecuada articulación de los distintos niveles de gobierno es un procedimiento de resolución de conflictos. Los conflictos en el estado compuesto pueden surgir de discrepancias en la interpretación de normas constitucionales, que tienen carácter abstracto o abierto, por lo que pueden dar lugar a litigios de

interpretación. Los litigios pueden provenir también del alcance que las partes den al ejercicio de sus respectivas competencias, por la distinta orientación política del poder central y los regionales. Ello es inevitable y constituye el precio por la descentralización política. La preocupación debe centrarse en la instauración de vías adecuadas para la resolución de conflictos, las cuales no deben cuestionar el funcionamiento ni la viabilidad del sistema al surgir el conflicto sino que deben abocarse a resolver pacíficamente éste. La vía que se ha implementado para la resolución de conflictos, en general, es la jurisdiccional, un tribunal constitucional que actúa como instancia neutral con arreglo a derecho. Hay variaciones en cuanto al procedimiento. La vía judicial sin embargo, no es la única vía para la resolución de conflictos, la negociación política es otra así como también la imposición de una parte sobre la otra por coacción. Pero mientras que la negociación política suele ser previa a la vía judicial, la vía de la fuerza tiene carácter absolutamente excepcional. En la constitución española está prevista en la disposición del art. 155, prácticamente idéntica a la contenida en el art. 33 de la Ley Fundamental de Bohn. Sin embargo, en la práctica jamás se ha recurrido a la vía de la fuerza o de la coacción unilateral para la resolución de conflictos entre el poder central y los territoriales.

A través de estos mecanismos se busca unir por una parte, todos los beneficios que proporciona la descentralización política con los que proporciona la unidad, se trata de conjugar la autonomía política con actuación conjunta siempre en aras del interés general y el beneficio de los ciudadanos.



## **DEBATE**







### **MODERADORES**

- DR. RAÚL SAPENA BRUGADA, MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA;
- DR. JOSEP LLUIS ALBIÑANA I OLMOS, CODIRECTOR EUROPEO.

He solicitado el uso de la palabra a fin de hacer adaptable a nuestra realidad la disertación que habamos de escuchar, pues el panelista ha utilizado palabras como “federalismo”, por ejemplo, que para nosotros no tiene mucho significado. España no es un estado federal, si bien es un estado compuesto. Hay lugares de España que conforman entidades autónomas naturales y fuertes. En el Paraguay tal cosa no ha sucedido internamente. En la época de la colonia el Paraguay era una provincia integrante del Virreinato del Río de la Plata; en un momento dado los héroes de la gesta independiente se plantearon tres alternativas: la federación, la confederación o la independencia. Como el Paraguay está además ubicado estratégicamente en la confluencia de varios ríos, la decisión que tomó el Dr. Gaspar Rodríguez de Francia de independizar al Paraguay no fue compartida con otras personalidades destacadas de la época, quienes eran partidarios de la anexión del Paraguay a la Provincia de Buenos Aires, siendo algunos de ellos incluso ajusticiados por el Dr. Francia por su postura ideológica. La fuerza conjunta de la presión de los países de afuera y las dictaduras internas, que mantuvieron unido al Paraguay, hizo que éste difícilmente pueda ser considerado un estado compuesto, no hubo nunca ninguna región del Paraguay que abrigara sentimientos de liderazgo respecto del gobierno central. En el

Paraguay se produjo un estado unitario, genuinamente centralizado, lo cual puede ser la superficie de algo que no es real, ya que el Dr. Francia sostuvo una vez que el Paraguay realmente se independizó de cuatro potencias: del Virreinato del Perú, del Virreinato del Río de la Plata, del Brasil y de España. El Paraguay es un país muy especial, no es compuesto ni lo fue nunca. Aquí tenemos clara conciencia de las autonomías que se deben reconocer, algunos creen que las únicas comunidades autónomas que deben reconocerse son los municipios, otros consideran que deben ser los departamentos. En la época de la Convención Nacional Constituyente, me cupo intervenir a los efectos de la implementación en la nueva constitución<sup>20</sup> de un estado unitario descentralizado que no implicara federalismo. La constitución finalmente estableció que el Paraguay es una República unitaria descentralizada<sup>21</sup>, disposición un tanto confusa, pues en la práctica los gobernadores tienen un presupuesto muy exiguo, sus funciones son casi en su totalidad de coordinación. Un elemento de composición en el Paraguay son los etnias indígenas, a las que la constitución confiere prácticamente el tratamiento de naciones<sup>22</sup>, pero son muy exiguas en número; no representan ni siquiera el 3% de la población del país. Nuestro problema de descentralización todavía no está resuelto, sobre todo porque las unidades a ser descentralizadas, los departamentos, fueron establecidos por ley, la cual en cualquier momento puede ser derogada por algún partido político que cuente con mayoría parlamentaria. No son unidades auténticas, naturales como son Cataluña, el

---

<sup>20</sup> El Ministro Sapena se refiere a la constitución sancionada en 1992, actualmente vigente.

<sup>21</sup> Art. 1° de la Constitución Nacional.

<sup>22</sup> Art. 62 y siguientes de la Constitución Nacional.

País Vasco, Castilla y Aragón, etc. en España. En el Paraguay, esas unidades deben tener rango constitucional, a los efectos de una descentralización más efectiva (Dr. Raúl Sapena Brugada, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** La descentralización es un instrumento de la reforma. Es un medio y no un fin, pero entiendo que su utilización no garantiza el éxito. Qué puede Ud. decir al respecto?

**Respuesta:** Efectivamente la descentralización puede responder a objetivos muy diversos. En general, hay dos grandes objetivos a que responde la descentralización política, sea cual sea el nivel de intensidad con que se haga, el primero: dar satisfacción a la reivindicación de autonomía de ciertos territorios que buscan a través de esa reivindicación mantener y desarrollar una personalidad política propia y diferenciada del resto (por lo que he entendido, este no es el caso del Paraguay); un segundo objetivo es el de conseguir una mayor eficiencia del poder político, la descentralización es un medio al servicio de fines que tienen valor por sí mismos y entre los que cabe citar una modernización del aparato político y una mayor eficiencia en la gestión de los negocios públicos. Es difícil acotar con carácter general si es mejor un sistema centralizado o descentralizado de poder para conseguir mayor eficiencia. En los últimos decenios, sin embargo, se está asistiendo en todo el mundo a una descentralización del poder político, incluso en algunos países que históricamente han sido cuna de la centralización política, como es el caso de Francia. Por tanto, la descentralización es un medio importante para conseguir que la actuación del estado en general sea más eficiente en su

servicio al ciudadano (Dr. Enoch Alberti, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** Podría explicar el principio de subsidiaridad en forma más amplia?

**Respuesta:** El principio de subsidiaridad tiene una parte teórica y también concreciones. Prefiero centrarme en estas últimas, en las concreciones del Tratado de Maastricht de 1992 y en la Carta Europea de Autonomía Local del año 1985. En ambos casos el principio de subsidiaridad responde a la idea de distribuir el poder de tal modo que la gestión de los asuntos públicos se quede en la instancia más próxima a los ciudadanos. Desde este punto de vista, ofrece un criterio directivo muy abstracto y por ende, de difícil concreción para la distribución del poder. Pero además, el principio de subsidiaridad se ha utilizado en el ámbito de la Comunidad Europea precisamente para limitar la actuación de la propia Comunidad, de tal forma que las comunidades y muy especialmente la Comisión, antes de actuar deben someter las iniciativas que pretenden realizar a un test de subsidiaridad en virtud del cual la Comisión analiza si va actuar por sí o es mejor dejar esa actuación a cargo de los estados miembros, de forma que éstos puedan conseguir la finalidad que se pretende a través de actuaciones estatales y no de actuaciones comunitarias. En segundo lugar, debe decidir el tipo de actuación que corresponde en un caso determinado y allí se prefieren las actuaciones menos intensas a las más intensas, de tal forma que se deje a los estados que son instancias más cercanas a los ciudadanos, el máximo de capacidad de actuación. En este sentido, el principio de subsidiaridad sirve

para medir las actuaciones de las comunidades (Dr. Enoch Alberti, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** En un país unitario como el Paraguay no resulta aplicable la descentralización política pura. Por tanto qué clase de descentralización, con qué características y alcance puede sugerir para el Paraguay?

**Respuesta:** No me siento en condiciones de responder a esta cuestión. Hay posibilidad de descentralizar, pero ésta es una decisión fundamentalmente política que debe tomarse teniendo en cuenta las características del país correspondiente, de acuerdo con la voluntad de los ciudadanos democráticamente expresada. Tomada una decisión al respecto, la descentralización no tiene por qué responder a un modelo preestablecido. Cada país debe decidir en qué forma quiere descentralizar, hasta qué punto le conviene descentralizar o se le exige internamente descentralizar. Tomada la decisión, creadas instancias territoriales con capacidad de gobierno con la intensidad que sea, se presenta un segundo problema, respecto de la articulación de esas distintas instancias de gobierno, problema en el cual puede ser útil la experiencia comparada, porque no se trata sólo de descentralizar. Descentralizar no es sinónimo de federalismo, coincido totalmente en este punto con el Dr. Sapena Brugada. En España, por una experiencia nefasta de la Primera República, federalismo ha ido unido al sentido de segregación, razón por la cual el término federalismo no se utiliza en España. Tanto la constitución de la Segunda República de 1961 como en la actualmente vigente, se evita el término federación. Sin embargo, el proceso de descentralización no es un proceso federal, en virtud del cual se unen unidades políticamente

independientes, sino que es precisamente el proceso inverso, en virtud del cual un estado inicialmente unitario se divide en distintas instancias de gobierno. Una vez creadas éstas, sin embargo, el resultado es el mismo: la instauración de un gobierno central y de un conjunto de gobiernos de carácter territorial. El problema que se plantea entonces es el de la correcta articulación de modo que el proceso no conduzca a la disgregación sino a la unidad, y ahí la necesidad de establecer un principio de lealtad y colaboración de jerarquía constitucional entre todas las partes involucradas en el proceso, la necesidad de formular un sistema claro de distribución de competencias, de relaciones entre las partes, y un sistema de resolución de conflictos que preserve la viabilidad del conjunto. Con independencia del proceso histórico con que se llegue al resultado de un estado compuesto, al final los problemas que se plantean son los mismos. De ahí que para España la experiencia de los estados federales ha sido útil, aun cuando no sea un estado federal (Dr. Enoch Alberti, Expositor de la Unión Europea).

En primer lugar, estoy de acuerdo con la última acotación del Profesor Alberti, en el sentido de que cualquiera sea el proceso desde el punto de vista histórico, el resultado es el mismo. La descentralización en Europa responde a hacer justicia a un estado objetivamente compuesto. En países de América Latina, como el Paraguay, responde a la reforma del estado. En 1973 se reunió la Comisión Trilateral integrada por Estados Unidos, Europa y Japón y encomendó a tres politólogos analizar la gobernabilidad democrática, uno de los problemas que surgió fue el excesivo número de demandas al estado central, por lo que la descentralización tiene el mismo objetivo que la

privatización. Al llegar a un estado centralizado en un país pequeño y homogéneo como el Paraguay, todas las demandas se centran en el gobierno central, y llega un momento en que las demandas sociales excede la capacidad de aquél. En Chile, la influencia de los países del primer mundo influyó decisivamente en la descentralización, incluso durante la dictadura, a los efectos de descargar al gobierno central. Y la descentralización administrativa surge como consecuencia de este problema, es la recomendación de la doctrina moderna a los efectos de evitar la ingobernabilidad del estado que se traduce en el desprestigio de éste (Dr. Raúl Sapena Brugada, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** Ud. dijo que el exceso de cooperación puede resultar dañino. Puede citar algunos ejemplos que ilustren esta afirmación?

**Respuesta:** El fundamento de esta afirmación es que un exceso de cooperación es consecuencia de un exceso de consenso. El consenso es bueno pero un exceso del mismo lleva a la parálisis de las actuaciones públicas e incluso de nuevas alternativas de gobierno, por lo que la democracia se resiente. El tema se planteó a finales de la década del 60 en Alemania, cuando se pretendió generalizar el modelo cooperativo al conjunto de las relaciones que mantenía el estado central con los estados miembros, pero se paralizó ese proyecto de planificación cooperativa integral, a la luz de los riesgos que podía suscitar (Dr. Enoch Alberti, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** En qué consiste el principio de distribución de competencias, cómo se generó y en qué niveles?



**Respuesta:** Entiendo que se refiere al caso español, el cual es un tanto peculiar en comparación con los estados federales. En España, la constitución prevé simplemente un marco general dentro del cual normas posteriores, que son cuasiconstitucionales, los estatutos de las comunidades autónomas pueden asumir competencias. Todas las comunidades no asumidas por los estatutos para sus respectivas comunidades, pertenecen al estado central. Por tanto hay una cláusula residual de atribución de competencias que en el caso español, juega a favor del estado. Además, el sistema de distribución de competencias en España se caracteriza por la flexibilidad y la progresividad. Flexibilidad porque no todas las comunidades deben tener idénticas competencias. La constitución establece un marco dentro del cual los estatutos de las comunidades pueden escoger competencias para sus respectivas comunidades. Progresividad porque las competencias asumidas por las comunidades no son en forma definitiva sin posibilidad de cambio, la constitución prevé que las comunidades puedan ampliar sus competencias al cabo de cierto tiempo de haberlas asumido y también prevé que el estado pueda transferir o delegar competencias propias a las comunidades. Por tanto, la distribución de competencias en España no es estática sino que puede moverse de acuerdo a las necesidades, al momento o a las demandas de las propias comunidades autónomas (Dr. Enoch Alberti, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** El estadio previo a la resolución de conflictos debe ser necesariamente la negociación política?, por qué?, quiénes intervendrían?

**Respuesta:** Efectivamente, antes de la presentación de un conflicto ante un tribunal constitucional, el mejor modo de resolverlo es entablar negociaciones entre las partes en conflicto; ello no es obligatorio pero sí necesario. En España existe un procedimiento, el de los conflictos positivos de competencia, en que está previsto en forma expresa la posibilidad de negociación política a través de un requerimiento, en virtud del cual, las comunidades (en forma obligatoria) o el estado (en forma potestativa) deben comunicar a la otra parte un plazo para llegar a un acuerdo, de forma tal que si no se llegare a éste, el conflicto debe ser llevado ante el tribunal constitucional (Dr. Enoch Alberti, Expositor de la Unión Europea).

En el art. 259 de la Constitución<sup>23</sup>, está prevista la resolución de los conflictos de competencia, que no ha sido utilizada hasta este momento (Dr. Raúl Sapena Brugada, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** En su experiencia personal, cuál de los modelos: el del estado federal o unitario responde mejor al desarrollo integral del estado?

**Respuesta:** Considero, y no es una opinión netamente personal sino que responde a la observación de las experiencias de los distintos estados en los últimos treinta años, que la tendencia predominante es la descentralización, que responde a motivos muy diversos; a veces para dar

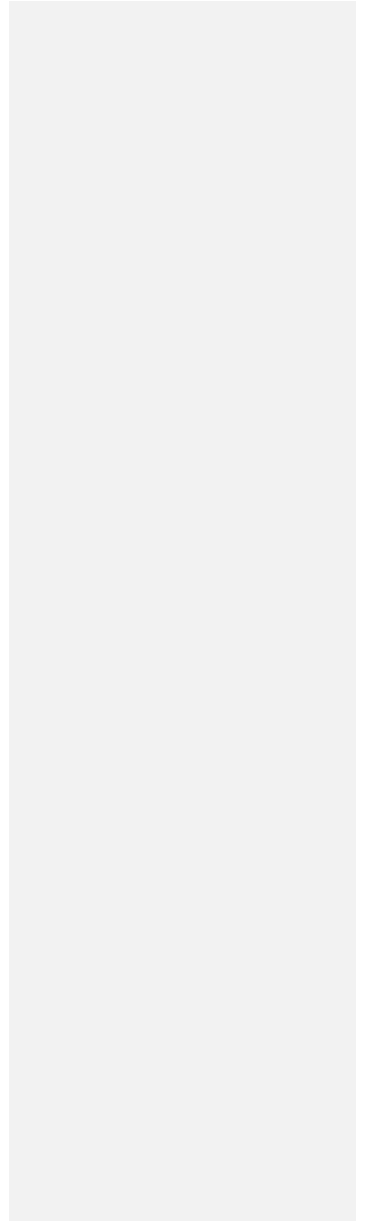
---

<sup>23</sup> Art. 259 de la Constitución: "Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: inc. 9) entender en las contiendas de competencia entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos departamentales y entre éstos y los municipios".

satisfacción a demandas de autonomía de las regiones, a veces como palanca para la modernización de los poderes públicos. En España, la descentralización ha tenido lugar como consecuencia de la confluencia de estos dos motivos. La descentralización en general va unida a la modernización del estado y además, permite una mejor integración política que los estados unitarios o centralistas, a partir del reconocimiento de la pluralidad (Dr. Enoch Alberti, Expositor de la Unión Europea).

Fin del segundo módulo.

## **TERCER MÓDULO**





**“LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
EN LA PERSPECTIVA DEL  
CONSTITUCIONALISMO  
IBEROAMERICANO”**

PROF. DR. LUIS AGUIAR LUQUE

25 DE MAYO DE 2000



## **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO**

Prof. Dr. Luis Aguiar de Luque<sup>24</sup>

Los derechos fundamentales son en origen una categoría básicamente europea. Desde la perspectiva del derecho positivo, su primera explicitación la encontramos en el constitucionalismo ulterior a la Segunda Guerra Mundial, concretamente en la Ley Fundamental de Bonn (que hoy constituye la Constitución Alemana) y de donde será tomada por otros varios textos constitucionales; así por ejemplo, la Constitución Española de 1978 y otras varias de Iberoamérica: Bolivia (Título I), Brasil (Título II), Colombia (Capítulo 11 del Título II), El Salvador (Título II), Perú (Capítulo I del Título I) e incluso Cuba (Capítulo VII), aunque allí, obviamente, las expresiones del constitucionalismo democrático-pluralista cobran significados muy distintos.

La primera reflexión que la precedente afirmación nos suscita es que resulta sorprendente que una locución tan en boga hoy entre los constitucionalistas, como la de “derechos fundamentales”, sea de creación tan reciente. Sin embargo es lo cierto que, aunque en el plano doctrinal quizás se pueda haber hecho uso de la citada expresión en épocas pasadas, en el plano del derecho positivo, esto es, en los textos

---

<sup>24</sup> Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid y Director del Instituto de Derecho Público Comparado “M. García Pelayo”



constitucionales, no la encontramos hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

En todo caso es obvio que la incorporación de esta categoría al catálogo de expresiones propias del constitucionalismo contemporáneo no representa una radical y absoluta novedad. Más bien cabría advertir que la misma denota una cierta continuidad con nociones y categorías anteriores, presentes en el punto de partida del constitucionalismo moderno. Todos recordamos la disposición contenida en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece que todo estado en que los derechos de las personas no se hallen suficientemente garantizados ni consagrada la división de poderes, carece de constitución.

Ahora bien, el que haya numerosas expresiones que son claros antecedentes en el constitucionalismo moderno de lo que hoy denominamos derechos fundamentales (recordemos entre otras las de “derechos civiles”, “derechos constitucionales”, “garantías individuales”, “derechos del ciudadano”, “derechos humanos”, o incluso “derechos” a secas), nos lleva a analizar en primer lugar, en qué difiere esta locución de las empleadas en el constitucionalismo precedente, para averiguar si estamos en presencia de una categoría jurídica nueva o, por el contrario, si estamos dando distintos nombres a lo que es básicamente lo mismo que en el constitucionalismo anterior.

Un constitucionalista español muy renombrado, exmiembro del Tribunal Constitucional español y exvicepresidente del mismo, Francisco Rubio Llorente (*Los*

*derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España*), tomando como objeto de reflexión la Constitución Española de 1978, ha escrito que el abandono por la legislación vigente de la terminología tradicional no constituye un cambio puramente semántico; o dicho en otros términos, que la expresión derechos fundamentales no es una denominación nueva para un contenido viejo, sino que el nombre implica un nuevo modo de concebir los derechos. Entiendo que ésa es la idea clave de la que debemos partir en el análisis del tema que ahora nos ocupa: bajo la expresión “derechos fundamentales” se encubre un nuevo modo de concebir los derechos en el constitucionalismo contemporáneo y es precisamente esta idea central, la que permite hacer extrapolable esta categoría a otros ámbitos constitucionales, incluso aunque a veces, como en el caso de la Constitución Paraguaya, no haya una explícita utilización de la locución derechos fundamentales.

Lo que intentaré acometer a lo largo de mi exposición de hoy es examinar los elementos más significativos de esos nuevos modos de concebir los derechos por el constitucionalismo contemporáneo, para dedicar al final unas cuantas palabras a cuál sea la particularidad, la especificidad que en este punto ofrece el constitucionalismo iberoamericano. A tal efecto para el análisis de los rasgos más relevantes del nuevo modo de concebir los derechos he estructurado mi exposición en torno a cuatro grandes apartados.

El primero de los temas que querría abordar es el de los contenidos de las nuevas declaraciones de derechos fundamentales. Adelantaré que, desde una perspectiva

general, los derechos fundamentales no difieren sustancialmente de los contenidos de las viejas declaraciones de derechos. Es verdad que se han incorporado nuevos derechos atendiendo a las nuevas realidades sociales, los avances tecnológicos, las nuevas situaciones jurídico-políticas, las innovaciones que el espectro jurídico permite; pero en sus ideas matrices los derechos fundamentales se identifican básicamente con los derechos tanto individuales como sociales que quedaron ya cristalizados en el constitucionalismo liberal del período de entreguerras: derecho a la vida, libertad religiosa, libertad de expresión, derechos de asociación y reunión, derecho de huelga, etc, son algunos de los derechos que una constitución tipo debería consagrar. A estos derechos clásicos las constituciones modernas han añadido nuevos derechos, entre los que ocupan lugar destacado los denominados derechos de la tercera generación, que probablemente no gozan de tanta fuerza/eficacia jurídica como los anteriores y cuentan con un grado de consolidación jurídica menos sólida. En suma, pues, en cuanto al contenido de los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones demo-liberales, desde una perspectiva general no detectamos relevantes diferencias que merezcan hoy nuestra atención.

Por el contrario en cuanto al significado de los derechos fundamentales sí es perceptible una importante innovación en el modo de concebir los derechos por parte del constitucionalismo contemporáneo. Los actuales órdenes jurídico-políticos que se mueven en la órbita demo-liberal, son ordenamientos constitucionales que se han concentrado muchos más firmemente que los anteriores en la dignidad de la persona. Estamos viviendo, en buena medida, en un

constitucionalismo que emerge a partir de la Segunda Guerra Mundial como reacción a un período de negación, no ya de los derechos básicos, sino negación de la dignidad de la persona misma. Nazismo, fascismo, franquismo han sido regímenes no sólo autoritarios, sino que negaban la dignidad de la persona. Y reaccionando frente a ello no es de extrañar que haya sido en la Alemania postnazi, en la Ley Fundamental de Bonn donde se formule por vez primera la nueva noción de los derechos fundamentales a la que vengo aludiendo, y que lo haga sobre la base de una explícita proclamación de la dignidad de la persona a partir de la cual se instala todo el orden jurídico constitucional. Recordemos a tal efecto las palabras con que se iniciaba el art. 1º de la Ley Fundamental de Bonn (en cuyo tercer párrafo surgía la expresión derechos fundamentales): “la dignidad del hombre es intangible; respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. Los derechos fundamentales más que nunca se entienden como concreciones de la dignidad de la persona. Los derechos fundamentales son tales porque son el fundamento del orden jurídico-político en la medida en que concretizan la dignidad de la persona. Los derechos fundamentales son la concreción, según lo ha expresado el Tribunal Constitucional español, del superior orden objetivo de valores del ordenamiento.

Por lo demás, la precedente afirmación no está exenta de importantes consecuencias prácticas en el plano jurídico, pues, siendo todo el orden jurídico-político como una gran esfera que gira en torno a un núcleo central -la dignidad de la persona- que tiene su más inmediata materialización en los derechos fundamentales, todos los restantes elementos de la esfera se hallan inexcusablemente impregnados por ese

núcleo central y los enunciados constitucionales que más inmediatamente lo materializan: los derechos fundamentales. Es lo que la doctrina jurídico-constitucional ha denominado “la fuerza de irradiación de los derechos fundamentales”. De ahí que, frente a etapas anteriores, en la década de los 50 y 60 se comience y en las décadas de los 70 y 80 se acentúe y ponga en práctica, algo impensable en épocas anteriores. Me refiero a la proyección de estos derechos que la constitución consagra al ámbito de las relaciones entre particulares, esto es, aquellas relaciones que los ciudadanos mantienen como tales al margen del poder público y, por tanto, tradicionalmente regidas por el principio de autonomía de la voluntad característico del derecho privado. O dicho en otros términos, es tal la fuerza de irradiación de estos derechos fundamentales que no limitan su fuerza únicamente al ámbito de las relaciones entre el ciudadano y el poder público, sino que se proyectan también sobre las relaciones de orden civil, laboral, mercantil, etc, que los particulares mantienen entre sí. Las técnicas jurídicas al servicio de esta eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares son diversas según los ordenamientos y las líneas jurisprudenciales, técnicas que van desde la denominada eficacia mediata hasta la eficacia inmediata. Alargarme en la exposición detallada de este diferente modo de entender la eficacia de los derechos fundamentales en la relaciones entre privados excede sin embargo de mis propósitos para el día de hoy.

Una tercera idea en torno a la cual debemos examinar la nueva concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo es cuál sea su estatuto específico. En ese sentido lo primero que se debe afirmar

rotundamente es que, en la actualidad, los derechos constitucionalmente reconocidos tienen un estatuto netamente jurídico en cuanto garantizado primordialmente a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a su servicio. Esto significa que, sin perjuicio de la protección que a ellos les pueda brindar el sistema político democrático-pluralista en su conjunto, el nuevo modo de concebir los derechos ha dejado en buena medida de lado el territorio de las normas programáticas, que las más de las veces no eran más que declaraciones retóricas supeditadas a “la buena voluntad” de los gobernantes de turno. Por el contrario, en la actualidad las declaraciones de derechos se han incorporado al mundo de lo jurídico en el más pleno y fuerte sentido de la expresión.

No obstante es preciso advertir que esa juridificación de los derechos no debe equipararse mecánicamente con aplicación de los mismos en sede judicial. Que los derechos constitucionales pasen a formar parte del ordenamiento jurídico significa que comparten los rasgos propios de “lo jurídico”, pero las consecuencias que de ello se derivan son variadas y a ello habrá que hacer alusión más adelante.

Pero comencemos este punto por el principio: ¿por qué los derechos fundamentales son hoy derecho? En primer término los derechos fundamentales son derecho porque es la constitución misma que los acoge la que cobra verdadera dimensión y significación jurídicas en cuanto se halla dotada de la fuerza vinculante propia de las normas jurídicas. “La constitución es norma jurídica” es afirmación que se predica hasta la saciedad del texto constitucional español de 1978, rememorando un importante trabajo del significado jurista

español Eduardo García de Enterría (*La Constitución como norma*). Y lo mismo puede decirse de los regímenes constitucionales merecedores de tal nombre. Es cierto que todavía perdura la vieja distinción entre constituciones normativas, nominales y semánticas a que hiciera referencia Karl Lowenstein (*Teoría de la Constitución*). Pero las constituciones son hoy predominantemente jurídicas, esto es, normas que se incorporan al ordenamiento y gozan del estatuto y eficacia propia de éstas. Más aun, las constituciones no solo forman parte del ordenamiento jurídico, sino que son su norma de cabecera, de modo que sus enunciados (principios y reglas) vinculan a la totalidad de los poderes públicos, los cuales se hallan sometidos a aquella y obligados a respetarla. Consecuentemente, en la medida en que los derechos fundamentales forman parte de esa norma así caracterizada, participan de esos mismos rasgos jurídicos que la constitución que los proclama.

Uno de estos rasgos cobra una especial dimensión cuando se habla de los enunciados constitucionales desde la perspectiva jurídica que ahora nos proponemos, y merece una breve consideración aquí. Me refiero a la denominada “vinculación más fuerte” de los derechos.

Bajo la expresión “vinculación más fuerte” de los derechos quiere significarse, más allá de la ya aludida fuerza de irradiación y su consecuente proyección en las relaciones entre particulares, que los enunciados constitucionales que consagran derechos fundamentales vinculan de modo particularmente intenso a la totalidad de los poderes públicos de forma que ninguno de éstos se escapa a la fuerza ejercida por aquellos. El Poder Judicial (cualquiera que sea su

denominación y sus manifestaciones), el Poder Ejecutivo (sea un Presidente o un Gobierno parlamentariamente responsable) y, sobretodo, el Poder Legislativo (de modo particularmente novedoso respecto a etapas anteriores), se hallan obligados por la fuerza vinculante de los derechos que la constitución consagra. Ha sido un ilustre jurista estadounidense, R. Dworkin, en su obra *Tomemos los derechos en serio*, quien de modo más plástico ha explicado esta vinculación del legislador a los derechos fundamentales, al decir que lo más característico de éstos es que son “derechos a prueba de mayorías”.

En efecto, quizás lo más peculiar hoy de los derechos fundamentales no sea tanto su fuerza sobre el Poder Judicial o el Poder Ejecutivo, sino que ni siquiera las mayorías parlamentarias, legisladoras por excelencia en el régimen democrático-representativo contemporáneo, pueden sustraerse a la fuerza vinculante de los derechos consagrados por la constitución. Antes, como escribiera a finales de los años 50 Otto Bachof (*Jueces y Constitución*), los derechos fundamentales valían lo que el legislador quería que valieran. La historia constitucional española del siglo XIX es muy significativa a este respecto en cuanto que los derechos quedaban totalmente a disposición del legislador y por ende no eran más que retóricas disposiciones que sólo cobraban significado en la medida en que el legislador los desarrollaba. Hoy, por el contrario, las leyes valen en la medida en que respetan los derechos fundamentales. Éstos imponen y marcan que leyes merecen formar parte del ordenamiento jurídico, en tanto que la norma contraria a los derechos que la constitución consagra está afectada de inconstitucionalidad y,



por tanto, en cualquier momento puede perder toda virtualidad.

Sin embargo, no sólo en ese sentido de proyección sobre el legislador los derechos fundamentales han cobrado plena vigencia en el mundo del derecho. También en cuanto a su capacidad de cobrar vida en el mundo de la actividad jurídica cotidiana se manifiesta la plena incorporación de los derechos fundamentales al terreno de lo jurídico. Podríamos decir que no sólo la constitución es fuente del derecho sino que es fuente de derechos (en plural), es decir, que es una norma que, además de vincular al legislador, genera verdaderas posiciones jurídicas subjetivas susceptibles de ser reivindicadas en sede jurisdiccional.

Es verdad, no obstante, que no todos los enunciados constitucionales que consagran lo que en un sentido lato se denominan “derechos fundamentales” son susceptibles de aplicación judicial en igual sentido. Por un lado existe un amplio elenco de derechos en los que predomina la función de operar como límites a la acción del poder; en ellos su aseguramiento por la jurisdicción ordinaria no ofrece problemas. Por el contrario existe otro amplio conjunto de derechos (los denominados derechos de prestación) que, en la medida en que su plena operatividad requiere acciones positivas de los poderes públicos, su aseguramiento por la vía judicial puede ofrecer problemas; en particular aquellos derechos que para alcanzar su plena virtualidad requieren ser implementados con una intervención política (ya legislativa ya ejecutiva) que les de un contenido preciso. Esto no quiere decir que el constituyente de un determinado país, dada la realidad social de la comunidad a la que sirve, no pueda

conferir plena operatividad jurídica/judicial a determinados derechos prestacionales (por ejemplo el constituyente español de 1978 incorporó al conjunto de derechos que gozan de una mayor virtualidad jurídica al derecho a la educación). Pero esta heterogeneidad de contenidos con muy diversa exigencia jurídica si que debe ser cuidadosamente ponderada por el constituyente, a fin de no crear falsas expectativas que terminan provocando frustración y desafección ciudadana hacia los mecanismos propios del Estado de derecho.

La plena incorporación de los derechos fundamentales al mundo del derecho y por ende a los mecanismos propios de la dogmática jurídica, comporta también no sólo aspectos expansionistas en cuanto a la operatividad de estos enunciados, sino que impone someter su interpretación y aplicación a los rigores y exigencias propios de la lógica jurídica. Un breve ejemplo: los derechos fundamentales son los derechos básicos de la persona que expresan el superior orden de valores de la comunidad, pero no son absolutos, se hallan imbricados en un ordenamiento complejo y, por tanto, se ven limitados los unos con los otros; en suma, no son omnímodos. Ello trae a colación el tema de la limitación de los derechos fundamentales, punto sobre él que el constitucionalismo iberoamericano mantiene con carácter casi general posiciones algo particulares en el panorama comparado, pues a fuer de pretender dotar del mayor carácter expansionista posible a los derechos fundamentales, los desformaliza, haciéndoles perder con frecuencia los contornos propios de lo jurídico hasta reducirlos casi a una mera expresión de buenos deseos llena de imprecisiones y de riesgos para su propia operatividad. La cláusula de apertura de las declaraciones de derechos, habitual en las

constituciones iberoamericanas (por ejemplo el art. 45 de la Constitución de Paraguay<sup>25</sup>), es un buen exponente del tema al que me vengo refiriendo. Más adelante habré de volver sobre estas cuestiones.

El cuarto punto al que desearía aludir respecto a ese nuevo modo de concebir los derechos en el constitucionalismo contemporáneo es el intenso sistema de garantías destinado a asegurar la plena efectividad de los mismos.

En primer lugar hay que mencionar las garantías que ofrece la jurisdicción ordinaria: Los derechos fundamentales deben impregnar a título de derecho inmediatamente aplicable toda la actividad que se desarrolla en sede jurisdiccional. Son los jueces y tribunales las terminales del sistema social y jurídico que se hallan en más inmediato contacto con el ciudadano y, por tanto, el primer elemento de garantía de los derechos que la constitución consagra. Por un lado mediante lo que podríamos denominar “la aplicación judicial difusa de los derechos”, esto es, haciéndolos valer y ser eficaces en todo tipo de procesos y actuaciones judiciales. Y por otro operando como específico instrumento de garantía, de modo que restauren al ciudadano en el pleno disfrute de sus derechos fundamentales allí donde el

---

<sup>25</sup> Art. 45 de la Constitución Paraguaya: “De los derechos y garantías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.

individuo vea violentadas las posiciones jurídicas subjetivas derivadas de los enunciados constitucionales, sea mediante los procedimientos jurisdiccionales creados por el legislador con la específica finalidad de garantizar con carácter general los derechos fundamentales (por ejemplo mediante el hoy muy extendido recurso de amparo en sus diversas variantes), sea mediante aquellos otros institutos jurisdiccionales destinados a proteger algún específico derecho (así el *habeas corpus* o el *habeas data*).

Pero sobre todo es inexcusable aludir a la aplicación y garantía de los derechos fundamentales por aquellas instancias especializadas en la aplicación de la constitución. Me refiero, obviamente, a la justicia constitucional, cualquiera que sea la modalidad organizativa adoptada: tribunales constitucionales, cortes supremas, salas en el seno de cortes supremas, etc.

Éstas son las garantías por excelencia que me permiten hablar de un reforzado sistema jurídico de garantías. No son las únicas, sin embargo. Hay otras que en la segunda mitad del siglo XX han alcanzado pleno desenvolvimiento y que despliegan una importante labor garantista; me refiero a instituciones tales como los defensores del pueblo, procuradores de derechos humanos o instituciones similares que son también mecanismos de protección de los derechos que ponen igualmente de manifiesto la preocupación que late en el constitucionalismo contemporáneo en orden a proteger y asegurar mejor los derechos.

Pues bien, ¿cómo se traduce todo lo precedentemente expuesto en el constitucionalismo iberoamericano actual?

Para empezar, hay que tener en cuenta un dato cronológico que me parece que no debe ser menospreciado: la práctica totalidad de los países que habitualmente se pueden entender comprendidos dentro de Iberoamérica, han visto remozados sus textos constitucionales en los últimos quince años. Hasta donde mis informaciones alcanzan, sólo están excluidos de esta tónica general Honduras, Panamá y República Dominicana, cuyas constituciones, sin embargo, también han sufrido ciertas modificaciones. En todos los demás, hemos asistido bien a procesos constituyentes tendentes a elaborar textos constitucionales de nuevo cuño o bien a introducir importantes reformas constitucionales en las constituciones entonces vigentes.

Otro dato cronológico que también me parece significativo: buena parte de estas reformas constitucionales han tenido lugar a la finalización de regímenes autoritarios cuando no totalitarios y ciertamente negadores de los derechos y libertades básicos de la persona. Y con frecuencia, tales procesos constituyentes se predicen explícitamente como superación de negros etapas anteriores. Son éstas, por tanto, unas constituciones que a título de principio se asientan en el constitucionalismo demo-liberal, que se fundan en la dignidad de la persona y que, en última instancia, hacen de la promulgación de unos derechos fundamentales que materializan la dignidad humana su razón de ser por excelencia. Es cierto que hay excepciones, que hay países respecto de los cuales no puede hablarse de vigencia de una constitución demo-liberal, pero en líneas generales, los textos constitucionales iberoamericanos hoy vigentes, frente a

oscuras épocas pasadas, responden a los dogmas del constitucionalismo demo-liberal.

Considero que esas circunstancias que acabo de mencionar, en la medida en que guardan una gran similitud con la situación que había atravesado España unos años antes, han provocado que el constitucionalismo español haya tenido una presencia en el constitucionalismo latinoamericano actual como no la había tenido en etapas anteriores, salvo que nos remontemos a 1812. El grado de semejanza entre el contenido de los derechos fundamentales en las constituciones española y latinoamericanas es muy alto. Asimismo, la incorporación efectiva de los derechos consagrados por la constitución al orden jurídico, también constituye un rasgo común, así como la supralegalidad de la constitución y la aplicabilidad de sus enunciados en sede jurisdiccional, que son también características peculiares de ese nuevo modo de concebir los derechos fundamentales. El art. 137<sup>26</sup> de la Constitución Paraguaya, por ejemplo, es una

---

<sup>26</sup> Art. 137 de la Constitución Paraguaya: "De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o si fuera derogada por cualquier medio distinto del que ella dispone.

Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución".

clara explicitación de la supralegalidad de la constitución y de su significación puramente jurídica igualmente presente en la Constitución Española. Por otra parte, estos textos constitucionales prevén mecanismos de compleja reforma, lo cual les confiere una extrema rigidez, condición *sine qua non* para hablar de supralegalidad.

Por otra parte, en el caso de Iberoamérica, dada la tradicional influencia del constitucionalismo estadounidense en sus formulaciones constitucionales (baste recordar la uniforme decantación hacia el régimen presidencial frente al parlamentario), en la práctica constitucional iberoamericana está igualmente presente desde antiguo una fuerte aplicabilidad judicial de la constitución, que ha provocado en los últimos años una amplia generalización de los mecanismos de revisión judicial de las leyes bajo muy diversas modalidades. Hay países que aplican un sistema difuso puro al tipo de los Estados Unidos, como México y Argentina; otros países optan por un modelo concentrado puro, monopolizando la inconstitucionalidad la Corte Suprema o un tribunal *ad hoc*; y hay un tercer grupo que optan por una combinación del sistema difuso y del sistema concentrado, de modo que la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales que efectúa la Corte Constitucional (o en su caso la Corte Suprema) es compatible con la inaplicabilidad de la ley por el tribunal ordinario en el caso concreto, sistema éste más difícil de administrar y poco conocido en Europa. No obstante, sea cual sea la concreta modalidad de revisión judicial de las leyes en el mundo iberoamericano, lo que parece incuestionable es que existe una clara voluntad de incorporar entre sus instituciones a este importante mecanismo de garantía del

orden constitucional que de modo tan capital contribuye a la consolidación del Estado de derecho.

No es pues de extrañar que bien porque algunos países aludan específicamente a la categoría “derechos fundamentales” o bien porque de algún modo exista un nuevo modo de concebir los derechos, las opiniones precedentemente expuestas sean plenamente extrapolables al constitucionalismo iberoamericano. Podemos, por tanto, hablar también de los derechos fundamentales en el contexto iberoamericano y del nuevo modo de concebir esos derechos en este constitucionalismo, aunque en ocasiones los concretos textos constitucionales no recojan *expresis verbis* esta denominación.

No obstante, hay también algunas peculiaridades que muchas veces llevan a poner en peligro estas características fundamentales que hemos venido analizando, y a las que conviene hacer una alusión.

Por un lado, en las constituciones iberoamericanas, debido a la vigencia en el reciente pasado de regímenes autoritarios y al recelo de la ciudadanía hacia las instituciones públicas, asistimos a unas declaraciones de derechos sin parangón en el resto del mundo, por su amplitud y prolijidad. Son muy largas las constituciones y muy extensas las declaraciones de derechos en el constitucionalismo iberoamericano actual. Se recogen por tanto, los más modernos derechos: el derecho al medio ambiente, los derechos del niño, la protección frente a los medios informáticos...; se recogen también derechos sociales de todo tipo como el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud.



Declaraciones de derechos, en suma, que amén de garantizar las posiciones jurídicas básicas del individuo propias de la tradición liberal, son muestras del intento por abandonar una realidad social injusta y unos comportamientos políticos que deben ser desterrados. Sin embargo, esa amplitud, que podría ser interpretada como un signo de modernidad o buena voluntad por parte del constituyente, es también un territorio plagado de peligros, sobre todo porque no siempre esta prolijidad va acompañada de una adecuada sistematización de los derechos y una correcta diferenciación entre los que allí se enuncian. No se trata de que no estén éstos bien agrupados, sino que, desde el punto de vista jurídico, no se establecen las diferenciaciones jurídicas que requieren las distintas posiciones jurídicas que generan. En el estadio actual de desarrollo de las sociedades iberoamericanas es comprensible que las grandes desigualdades sociales lleven al constituyente a querer superarlas. Pero los poderes públicos ordinarios no están, sin embargo, en condiciones de dotar de una igual significación y valor jurídico a derechos muy heterogéneos. El derecho a la vivienda o el derecho al trabajo son, sin duda, bienes constitucionales de extraordinaria relevancia. Pero las posibilidades de realización y protección jurídica de éstos no son las mismas que las de aquellos otros derechos más “tradicionales” tales como el derecho a la vida, la libertad de asociación o la prohibición de la tortura. El problema es que esa deficiente sistematización, expresión de modernidad y buena voluntad, se torna en “lanzas” cuando se produce la eventual reivindicación del derecho en sede judicial, porque la satisfacción de tales derechos no se obtiene a través de los mecanismos que la constitución establece, se produce frustración en la ciudadanía, deslegitimación del régimen democrático y reacción ciudadana frente a la Constitución y

la ley, que no tienen la solución adecuada para tal tipo de problemas.

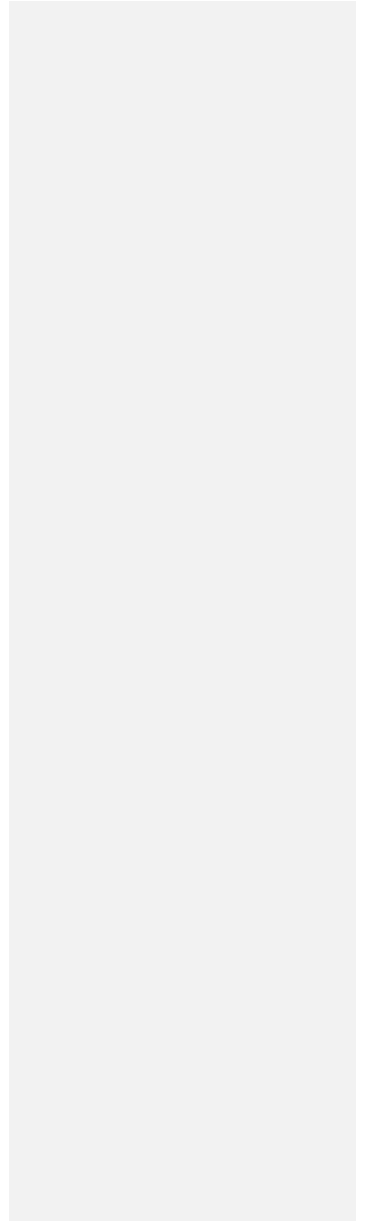
Por si fuera poco, esas extensas declaraciones de derechos no se contentan con tamaña amplitud y con tan escaso grado de diversificación, sino que, a mayor abundamiento, la mayoría de estas constituciones, como anteriormente apuntaba, incluyen una cláusula de apertura que nuevamente da prueba de buena voluntad, pero que, en última instancia, termina por hacer perder sus contornos formales a los derechos fundamentales, que era precisamente, según hemos visto más atrás, una de las principales características del nuevo modo de concebir los derechos. En este sentido, esa desformalización comporta un debilitamiento del sistema de garantías que requiere una cierta reconsideración, porque no debemos olvidar que si los derechos fundamentales valen, valen lo que vale su sistema de garantías.

Finalmente, en la medida en que -según hemos visto- los derechos fundamentales se incorporan plenamente al orden jurídico, son los Jueces y Tribunales pertenecientes a la jurisdicción ordinaria a quienes en primer término corresponde la protección y aseguramiento de los derechos fundamentales. Sin embargo, la ausencia de una carrera judicial profesionalizada, que garantice la inamovilidad e independencia de los jueces individualmente considerados, constituye con frecuencia un importante lastre para que aquéllos puedan desempeñar correctamente su labor. Y no siempre en los diferentes países que genéricamente podríamos englobar bajo la rúbrica de Iberoamérica, se dan

las circunstancias jurídicas idóneas para que las instituciones judiciales puedan cumplir esa misión.

En suma, me gustaría concluir advirtiendo que la mera proclamación en el texto constitucional de unos derechos no confiere por sí sola plena operatividad a éstos. Sólo en la medida en la que exista una correcta formulación constitucional de los derechos fundamentales y un adecuado, válido y eficaz sistema de garantía de los mismos (entre los que una organización judicial independiente y profesionalizada ocupa un lugar principal), serán éstos una realidad en la vida jurídica y social iberoamericana, en la vida jurídica del Paraguay. Espero que así sea

## **DEBATE**





### MODERADORES

- PROF. DR. LUIS LEZCANO CLAUDE, MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA;
- PROF. DR. JOSEP LLUIS ALBIÑANA I OLMOS, CODIRECTOR EUROPEO.

He observado la tendencia que se observa en el derecho constitucional americano de incorporar los pactos sobre derechos humanos que constituyen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al orden constitucional, es decir, conferirles rango constitucional, como por ejemplo en la constitución argentina. En nuestro ordenamiento jurídico, los tratados internacionales ocupan una posición inmediatamente inferior a la de la constitución<sup>27</sup>, pero también ésta establece un procedimiento especial a los efectos de la denuncia<sup>28</sup> de los tratados sobre derechos humanos, lo cual implica que éstos si bien corresponden a la categoría de tratados internacionales, están en un nivel preferencial muy próximo al de la propia constitución. También se observa en el ámbito latinoamericano la tendencia a coincidir jurídicamente en materia de proclamación y vigencia de los derechos humanos; por ello, en los países del MERCOSUR, quizá ya hay cierta coincidencia que eventualmente permitiría redactar una constitución del MERCOSUR en la parte dogmática, al menos, debido a la aceptación general de los pactos suscritos

---

<sup>27</sup> Art. 137 de la constitución paraguaya, que establece el orden de prelación de las leyes y consagra la supremacía constitucional.

<sup>28</sup> Art. 142 de la constitución paraguaya: "De la denuncia de los tratados. Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta constitución".

en el ámbito internacional de los pactos relativos a derechos humanos (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

Coincido plenamente con lo acotado por Ud. El gran maestro italiano Norberto Bobbio, caracteriza al mundo actual en lo concerniente a los derechos humanos, por lo que él caracteriza como un proceso de internalización, es decir, frente a etapas anteriores, la característica fundamental es el reconocimiento en solemnes declaraciones, en convenciones internacionales, de derechos fundamentales. En un segundo momento, ese proceso de internalización desciende hacia cada uno de los estados involucrados y genera una equiparación de pautas, de criterios. Podemos decir que asistimos a una nueva etapa de alumbración de un *ius gentium* del mundo civilizado, en el que las grandes declaraciones de derechos cumplen con un papel legitimador de los sistemas nacionales, de modo que un sistema estatal de derecho se validará en la medida en que se adecue en sus pronunciamientos a ese nuevo derecho de gentes, que constituirá un inexcusable elemento de interpretación del orden interno. De modo que, de conformidad con lo expresado por Bobbio, en primer lugar hemos asistido a un proceso de reconocimiento, de internalización de los derechos en el ámbito internacional, hasta el punto de convertirse en el punto central del derecho contemporáneo; y, en un segundo momento, se ha registrado una interiorización de ese nuevo aspecto del derecho internacional, por un lado legitimando y validando los ordenamientos estatales y, al mismo tiempo, sirviendo de pauta de interpretación. En la constitución española hay un precepto que consagra el papel interpretativo de los tratados internacionales de derechos

fundamentales en lo que concierne a los derechos y libertades que la constitución consagra. Esta característica universal tiene especial fuerza en el constitucionalismo iberoamericano. Son muchas las constituciones del área en que se percibe esa interiorización del derecho internacional, incluso superando las tendencias dualistas para ir a soluciones monistas de aplicabilidad inmediata y directa de normas internacionales reguladoras de derechos fundamentales. Una faceta más complicada de esa internalización de derechos fundamentales, a que ha aludido el Ministro Lezcano Claude en su proyección al MERCOSUR, también se advierte en la Unión Europea. En la Unión Europea la ausencia de una declaración de derechos ha venido siendo tradicionalmente una de los agujeros negros de su construcción política; y a falta de una declaración de derechos, el tribunal de justicia de las comunidades, ha venido creando, vía pretoriana, una especie de declaración de derechos alternativa constituida por las grandes líneas jurisprudenciales sentadas por el Tribunal de Luxemburgo. Ello se ha revestido como un instrumento capital a favor de la unificación política europea en la medida en que ha permitido al Tribunal de Justicia, proclamar la primacía del derecho comunitario frente a los derechos nacionales. Sin embargo, en estos últimos años, el progreso y el avance cada vez más intenso de la unificación política europea, que yo creo va a tener un gran salto cualitativo con la definitiva implementación del euro, ha llevado a plantear en qué medida resultaba ya imprescindible una declaración europea de derechos. Las posiciones doctrinales se han dividido al respecto. Yo me declaro un fervoroso defensor de la proclamación de los derechos fundamentales y de la necesidad de una clara y explícita declaración de los derechos



fundamentales en el ámbito de los derechos nacionales. No estoy muy seguro de que, en el ámbito de las organizaciones supranacionales como la Unión Europea y el MERCOSUR, sea más garantista el establecer los mecanismos jurisdiccionales de garantías, o por el contrario, la experiencia europea no se manifieste suficiente instrumento para la protección de los derechos fundamentales, sin necesidad de una declaración europea explícita. Me refiero a la suficiencia de la labor, más imprecisa pero en última instancia suficientemente garantizadora de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia, sin una explícita declaración. Me infunde temor que de algún modo la declaración de derechos fundamentales por la Unión Europea, aleje el mecanismo de protección de los derechos del ciudadano medio de una instancia próxima hacia una instancia más alejada. La trascendencia que tendría esa declaración europea expresa de derechos sería no la de garantizar los derechos en España, Francia, etc., sino la de garantizarlos a nivel de funcionamiento de las instituciones comunitarias. Además se superpondrían declaraciones de derechos: por ejemplo, la declaración de derechos del Título I de la constitución española con la declaración de una hipotética constitución europea. Dado que hasta hoy el grado de protección de los derechos en el ámbito comunitario ha sido suficiente, prefiero mantenerlo en ese ámbito de indeterminación, en el ámbito del Tribunal de Luxemburgo, en ese derecho flexible. (Prof. Dr. Luis Aguiar Luque, Expositor de la Unión Europea).

Quiero señalar la coincidencia que existe entre los estados integrantes del MERCOSUR en materia de derechos humanos, lo cual podría llevar a una declaración de derechos

por parte del organismo supranacional. Si bien podría considerarse la posibilidad de instauración de una instancia jurisdiccional en el ámbito del MERCOSUR, ello no implicaría la concentración absoluta de todas las cuestiones relativas a derechos humanos en ese hipotético tribunal. De hecho, la pretensión en el campo de derechos humanos, es que los órganos jurisdiccionales de cada estado los apliquen en una primera instancia y que, por ende, se agoten las instancias internas de cada estado antes de recurrir a un órgano de carácter supranacional. (Prof. Dr. Luis Lezcano Claude, Ministro de la Corte Suprema de Justicia).

**Pregunta:** Respecto a la expresión de que los derechos fundamentales son derechos a prueba de mayoría, qué aceptación tiene registrado el constitucionalismo moderno esa expresión teniendo en cuenta que el derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia, tiene sus limitaciones, concretamente con la pena de muerte. Entonces en qué medida se acepta que los derechos fundamentales son derechos a prueba de mayoría en la práctica?

**Respuesta:** El mecanismo técnico-jurídico más acabado en el constitucionalismo contemporáneo es sin duda alguna la justicia constitucional, ese invento kelseniano de los años 20 y revisado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Una justicia constitucional concebida para hacer realidad que los derechos fundamentales sean derechos a prueba de mayorías, ya que el tribunal constitucional, tal como Kelsen lo concibió y fue desarrollado en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial es ante todo, un mecanismo a prueba del legislador, es un contrapunto frente a la obra de las mayorías. Ahora bien,

cómo encaja respecto de ello la pena de muerte como negación del derecho fundamental a la vida? Yo soy abolicionista y contrario a la pena de muerte. Hay países donde todavía está en vigencia, por ejemplo en los Estados Unidos y me parece aberrante; pero en la medida en que en el texto constitucional estadounidense no esté expresamente consagrada una prohibición de la pena de muerte, desde el punto de vista constitucional e interno, debo manifestarme respetuoso del mecanismo constitucional estadounidense. El defecto no está en el mecanismo de garantía sino en el no reconocimiento del derecho. En el caso español sería inconstitucional un código penal que implantara la pena de muerte, ya que la prohibición constitucional es taxativa y rotunda. Luego, los derechos fundamentales son derechos de mayoría pero respecto de aquellos derechos que están reconocidos. (Prof. Dr. Luis Aguiar Luque, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** Cuántos artículos debe contener una constitución menos declarativa, teniendo en cuenta que la paraguayana tiene más de 290 artículos, en su mayoría a reglamentar, para su efectiva aplicación.

**Respuesta:** 290 artículos me parecen muchos. Pero de ahí a dar una cifra exacta, hay un trecho. La constitución chilena, por ejemplo, dedica sólo dos artículos a la declaración de derechos, pero el primero tiene más de 20 párrafos. Es muy difícil cuantificar numéricamente. El derecho es la ciencia de la jurisprudencia y jurisprudencia viene de juicio, de prudencia. (Prof. Dr. Luis Aguiar Luque, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** Ud. se ha referido a que en los sistemas latinoamericanos, con posterioridad a un régimen de ipso dictatorial, se han dado reformas constitucionales. Quién y cómo da legitimidad al gobierno que ha derrocado a otro?

**Respuesta:** Eso traspasa ya el derecho constitucional para entrar en el terreno de la teoría política. Dónde reside la legitimidad de un poder constituyente, a corto plazo en su capacidad de ser creador y por lo tanto, un derrocamiento de un régimen anterior que es capaz de instaurar un nuevo orden, a corto plazo ahí radica su legitimación. Ahora bien, es una legitimación a corto plazo, precaria e insuficiente. Luego viene la legitimación del ejercicio, la legitimación que proviene de ser capaz de crear un orden jurídico-político acorde con la voluntad ciudadana y el régimen demo-liberal. Allí opera lo que anteriormente decía sobre la declaración de derechos a nivel internacional. Hoy, gracias a esa internalización, a ese nuevo derecho de gentes empezamos a tener en el mundo moderno por primera vez, unos parámetros para determinar cuándo un nuevo orden jurídico-político, más allá de su capacidad para gobernar, es legítimo o no. Si es legítimo, porque se asienta en los grandes principios demo-liberales consagrados por el orden internacional, estamos en presencia de un poder capaz de instaurar no sólo un orden, sino un orden legítimo. Actualmente estamos en los albores del metaconstitucionalismo: primero la nada y luego la constitución, y esa nada jurídica puede conducir a un orden jurídico legítimo que es tal no tanto por su origen sino por su resultado. (Prof. Dr. Luis Aguiar Luque, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** Qué opinión le merece el art. 138 de la constitución paraguaya<sup>29</sup> en la parte que consagra el derecho de resistencia a la opresión? Conoce Ud. otra constitución que consagre un principio semejante?

**Respuesta:** A mí no nos consta que haya una disposición análoga. En todo caso, cuestiono la validez constitucional de semejante precepto que en todo caso es la constitucionalización del derecho de resistencia. Un orden jurídico legítimo no puede reconocer en su seno el derecho de resistencia. Éste es un derecho histórico pero ya no admisible en un orden constitucional moderno. (Prof. Dr. Luis Aguiar Luque, Expositor de la Unión Europea).

---

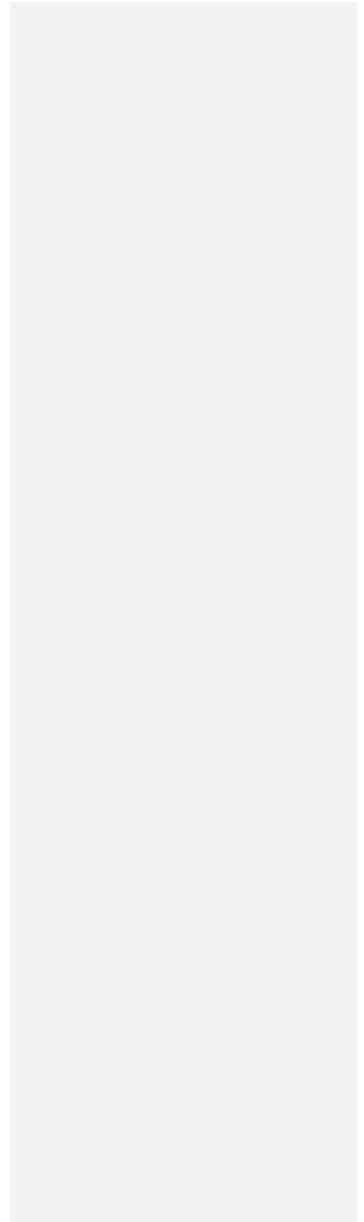
<sup>29</sup> Art. 138 de la constitución paraguaya: "De la validez del orden jurídico. Se autoriza a los ciudadanos a resistir a dichos usurpadores por todos los medios a su alcance. En la hipótesis de que una persona o grupo de personas, invocando cualquier principio o representación contraria a esta Constitución, detenten el poder público, sus actos se declaran nulos y sin ningún valor, no vinculantes y, por lo mismo, el pueblo en ejercicio de su derecho de resistencia a la opresión, queda dispensado de su cumplimiento.

Los estados extranjeros que, por cualquier circunstancia se relacionen con tales usurpadores, no podrán invocar ningún pacto, tratado ni acuerdo suscripto o autorizado por el gobierno usurpador, para exigirlo posteriormente como obligación o compromiso de la República del Paraguay".

**“LA GARANTÍA DEL PLURALISMO  
INFORMATIVO EN UNA SOCIEDAD  
DEMOCRÁTICA”**

PROF. DR. ARTEMIO RAYO

26 DE MAYO DE 2000





**LA GARANTÍA DEL PLURALISMO  
INFORMATIVO EN UNA SOCIEDAD  
DEMOCRÁTICA**

Prof. Dr. Artemio Rayo

El punto de partida de la exposición es la constatación de un tema que considero pendiente en las sociedades democráticas contemporáneas. Existe una inquietud respecto del tratamiento constitucional de la libertad de información, de la situación de los medios de comunicación en los regímenes democráticos y otros elementos vinculados a éstos. Ese grito de insatisfacción, por llamarlo así, se fundamenta en un desfasaje en la libertad de información que se ha venido olvidando a lo largo de dos siglos de constitucionalismo y que hoy perdura frente a las nuevas necesidades que plantea la sociedad democrática en el tratamiento de la información. Básicamente el punto de partida es una concepción liberal, subjetiva de la libertad de información. Hoy constituye una conquista histórica de las sociedades democráticas el que la libertad de información existe en la medida en que se garantiza al periodista la libertad en el ejercicio de su profesión así como a los medios, la libertad de información. Desde esa perspectiva, el constitucionalismo ha centrado su preocupación en garantizar la libertad del periodista y de los medios de comunicación.

La gran mayoría de textos constitucionales han ido consolidando distintos elementos considerados básicos a los efectos de reforzar la posición, el status del periodista, en el sentido de garantizar el derecho a la libertad de información y la libertad de expresión, y junto a ello, establecer



concomitantemente una serie de limitaciones al poder político frente a la posición de los medios de comunicación. Los textos constitucionales declaran prohibida la censura, el secuestro de medios de comunicación, de garantizar el secreto profesional del periodista, el derecho a la cláusula de conciencia, elementos que son todos esenciales para preservar la función del informador. Constituyen conquistas históricas, producto de dos siglos de constitucionalismo, que deben continuar siendo reforzadas. No obstante, no se debe creer que estos elementos bastan por sí para preservar una línea de comunicación democrática. Las mencionadas garantías, a través de la labor de los tribunales constitucionales y la jurisprudencia, han preservado la maximización de la función informadora frente a otros derechos con los que la libertad de información puede colisionar, tales como el derecho al honor, a la intimidad y otros.

En un régimen constitucional, sin embargo, la democratización de la comunicación exige otros plantamientos, nuevas propuestas. El punto de partida es la libertad de información en una sociedad democrática, porque sin ello no es posible el flujo de información sobre el que se construye una “opinión pública libre”. Esta opinión pública libre, según el tribunal constitucional español, es una institución política fundamental, elemento vertebral de una sociedad democrática y el objetivo a lograr. Ello exige no ver el periodista o medio de comunicación sino dirigir la mirada desde éstos al ciudadano: el receptor de la información, al cual debe garantizarse el flujo libre de información y de creencias. Por lo tanto al estatuto constitucional del periodista, debe añadirse hoy las garantías

destinadas a preservar la posición del ciudadano, no considerado únicamente como receptor pasivo de la información, sino como titular de un derecho constitucional como es el derecho a ser informado<sup>30</sup>.

El constitucionalismo ha recorrido un largo camino en esta dirección y desde hace algunos años se ha comenzado a constatar ciertas necesidades accesorias que han dado lugar a respuestas alternativas, las que introducen elementos de democratización de la información, tales como la parlamentarización del control de los medios de comunicación o la garantía de derechos añadidos como el derecho de acceso. No obstante, estos elementos han resultado débiles e insuficientes. En mi opinión, se impone un replanteamiento global de la libertad de información, entendida no como un derecho subjetivo del periodista o medio de comunicación sino aprehendiendo la concepción de éstos como lo que realmente son hoy: un poder. Un poder que se suma a los otros poderes: el cuarto poder, también llamado poder mediático. Es un poder que hoy se ubica en una posición central, casi paralela con el resto de los poderes clásicos. Por tanto, debe ser objeto de lo que podríamos denominar un tratamiento normativo propio de la lógica constitucional, representada por el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: la lógica de garantizar derechos mediante la división del poder. Esa lógica constitucional aplicada al poder mediático exige no sólo garantizar la libertad de información sino también y fundamentalmente, la formación de una opinión pública libre.

---

<sup>30</sup> Este derecho está consagrado en el régimen constitucional paraguayo por el art. 28 de la Constitución Nacional.

El mejor mecanismo para lograr este objetivo, desde la perspectiva de la lógica constitucional, sería el de constitucionalizar los estatutos de los medios de comunicación. Eso se ha intentado en muchos países pero las experiencias resultaron hasta ahora poco exitosas. Por ejemplo, la Convención que condujo a la constitución española de 1978 dio un salto cualitativo en cuanto a la comprensión de los medios de comunicación más moderna, más avanzada y por ende más sensible a las nuevas necesidades que se planteaban en aquel momento. La evolución del constitucionalismo es sostenida al respecto, la mayoría de las constituciones que no han sufrido modificaciones relevantes después de la Segunda Guerra Mundial son muy escuetas: reconocen la libertad de información pero no alcanzan a reconocer la posición que en las sociedades democráticas ocupan los medios de comunicación. Los textos constitucionales más recientes, como el español o el portugués y las constituciones iberoamericanas contemplan el nuevo tratamiento de los medios de comunicación, dejando de lado la dimensión subjetiva de éstos para concentrarse en su trascendencia objetiva. En la constitución española así como en la paraguaya se consagran el derecho de acceso, la posición de los medios de comunicación social del Estado, el pluralismo informativo<sup>31</sup>.

Se debe constatar que los intentos de las últimas décadas de democratizar la información no han tenido mucho éxito. La tendencia que consagra la injerencia gubernamental en los medios de comunicación que se ha intentado limitar a

---

<sup>31</sup> El expositor se refiere al art. 27 y sgtes. de la Constitución paraguaya.

través de determinados controles parlamentarios no ha sido muy positiva. Las tendencias más novedosas las tenemos en Francia, Italia o Portugal es la de elevar al rango constitucional determinadas instituciones desvinculadas del poder político (poder ejecutivo) y del poder privado. Estas instituciones reciben diversas denominaciones pero para utilizar una denominación omnicompreensiva podríamos llamarlas: instituciones garantes de la comunicación. En este momento existen éstas en la mayor parte de Europa, salvo España, en América y en todo el mundo. Son autoridades que tienen en su independencia su nota distintiva, su rasgo más importante es el intento por elevarlas al rango constitucional, en pie de igualdad con el resto de los poderes clásicos del estado. Puesto que el poder mediático en la práctica, ocupa una posición prácticamente equidistante respecto de los poderes clásicos en cuanto a su capacidad de influir sobre los ciudadanos, lo lógico es que pase a elevarse a la jerarquía constitucional y gozar de estabilidad. Esto sigue siendo sin embargo en los países en los que se ha llevado a cabo, un intento estéril, debido a que no existe consenso entre los partidos políticos de dichos países respecto a normativizar los medios de comunicación. La razón de ello es que el intento de controlar los medios de comunicación es históricamente una tendencia irrefrenable del poder político, por su propia idiosincracia. Pero si este intento de controlar los medios de comunicación se da en el poder político también se da en la oposición política en los regímenes democráticos, la cual cuando llega al poder sigue intentando condicionar los medios.

Cuáles son pues las premisas, medios y fines necesarios para forjar la opinión pública libre? Es necesario

superar, en primer término la concepción subjetiva, liberal que considera que el libre flujo de ideas se preserva garantizando el estatuto constitucional pulcro del periodista o la libre creación de medios de comunicación. La experiencia y los hechos demuestran que esta respuesta no es suficiente y está superada por dos razones básicas: en primer lugar, porque el poder ejecutivo sigue gozando de facultades para injerir en los medios de comunicación, no en la prensa escrita, ámbito en que dicha injerencia suele ser menor, pero sí se nota la injerencia estatal en lo que respecta a la creación de medios de comunicación audio visuales, los que en definitiva son los llamados a influir en mayor medida en la transmisión de creencias y de opiniones. Esas injerencias, limitaciones y restricciones proceden no sólo del poder político (otorgamiento o renovación de licencias, financiamiento de los medios, designación de los denominados medios de comunicación públicos, etc.) sino también del ámbito privado.

Hoy grandes grupos empresariales son titulares de medios de comunicación en los distintos órdenes: prensa escrita, radio y televisión, y se configuran como elementos condicionadores de la realidad política, son agentes políticos añadidos, verdaderos poderes mediáticos. Frente a esa realidad se impone el actuar en dos frentes básicos: el de crear una instancia controladora y garante de ese poder con el mayor rango constitucional posible y también establecer reglas que vengan a preservar el pluralismo externo e interno de los medios de comunicación y garanticen la libre creación de éstos, aun cuando esto último no garantice el libre flujo de ideas por lo que se impone preservar el pluralismo interno de los medios de comunicación.

En cuanto a la necesidad de perfilar la autoridad garante de los medios de comunicación, debe tenerse en cuenta la posición hostil hacia las instancias gubernamentales pero también escéptica respecto de las parlamentarias. Proliferan, por tanto, en la mayor parte del mundo, autoridades independientes en las que se deposita la garantía de la comunicación democrática, por ejemplo: la Federal Communication Commission en Estados Unidos, en Canadá, en Francia, en Portugal, en Australia, etc. Muchos países han creído conveniente instaurar estas autoridades independientes del poder político y del poder privado, dotándoles de un instrumento normativo adecuado para ese fin.

En cuanto a las características que deben revestir estas autoridades, en primer lugar deben estar dotadas de legitimidad, la cual debe proceder de una norma que las cree y las regule, que tenga un alto grado de consenso parlamentario, de ahí el interés de las propuestas que pretenden constitucionalizar su existencia. Esas propuestas hoy están en vía muerta, pero ello no impide que puedan consolidarse en el futuro siempre que cuenten con legitimidad. En España, el sistema de fuentes conoce una norma denominada ley orgánica que presenta, entre otras, la característica de gozar del respaldo parlamentario cualificado frente al resto de las leyes. Al mismo tiempo, la legitimidad debe proyectarse en los miembros que integren órganos de esa naturaleza, autoridades que por su propia naturaleza ejecutiva, no deliberante, deben ser designadas con esa perspectiva: de que su función es la de gestionar el mundo de la comunicación.

No obstante, hay un riesgo que puede proyectarse sobre instituciones de esta índole al estar dotadas de un gran poder, el poder de gerenciar la comunicación y a las que se otorga rango constitucional, dotándoles de independencia con respecto al resto de los poderes. Hay que buscar mecanismos de legitimación de estas instituciones y en una sociedad democrática estos medios de legitimación deben proceder necesariamente de la soberanía popular, que es la que en origen y al final, legitima estas autoridades. Por tanto, ya sea a través de la designación de estas autoridades o del control parlamentario de sus actividades o de rendiciones de cuentas periódicas ante el Parlamento o bien mediante mecanismos de control y censura de sus actuaciones, debe ser el Parlamento el depositario directo en los regímenes democráticos de la legitimación de estas instituciones.

La segunda cuestión que se plantea respecto de estas autoridades garantes de la comunicación es el por qué de su existencia, para qué son creadas, cuál es el ámbito funcional al que estas autoridades van destinadas. Fundamentalmente la respuesta a las cuestiones planteadas es la necesidad de garantizar el pluralismo externo e interno de los medios de comunicación, es decir, la libre creación de los mismos y por otro lado, el flujo libre de opiniones entre los medios de comunicación. Las limitaciones referidas a las exigencias del pluralismo externo son evidentes, es una realidad global la de las concentraciones mediáticas en muchos ámbitos y especies de la comunicación, la de la absorción por grupos empresariales de medios de comunicación, lo cual constituye un peligro respecto de la vigencia del pluralismo externo. Por ello se deben adoptar normas adecuadas para evitarlo, que sean limitativas de concentraciones mediáticas y por otro

lado, garanticen además el pluralismo interno de los medios de comunicación, como ocurre en muchos países, en el sentido de dar un tratamiento objetivo, neutral y plural a la información. La mera declaración retórica no es suficiente.

A los efectos de garantizar el pluralismo interno de los medios de comunicación, plantearemos distintas ideas necesarias, tales como el acceso libre, periódico y gratuito de los grupos sociales y políticos a los medios de comunicación de naturaleza pública. Este es un derecho que reconoce la constitución paraguaya<sup>32</sup> y también la española, en el art. 20, pero en España no tiene una proyección práctica. Hay un segundo mecanismo que es el denominado minutado del tiempo de palabra, el cual es poco popular para el comunicador, pero es necesario para preservar el equilibrio entre los grupos sociales y políticos a fin de evitar el abuso en el tratamiento informativo de la realidad. En Francia desde hace bastante tiempo, los medios de comunicación están sometidos a la “regla de los tres tercios”, que consiste en la obligación de los medios de destinar un tercio de su tiempo informativo a la oposición política, otro tercio a la mayoría parlamentaria y el tercio restante, al gobierno, de forma que en el juego democrático sostenido entre mayoría y minoría política, ésta última nunca se va a ver avasallada en el tratamiento informativo.

El último mecanismo destinado a garantizar el pluralismo informativo es el derecho de réplica frente a las declaraciones gubernamentales. La posición de poder del gobierno debe tener necesariamente una respuesta limitadora

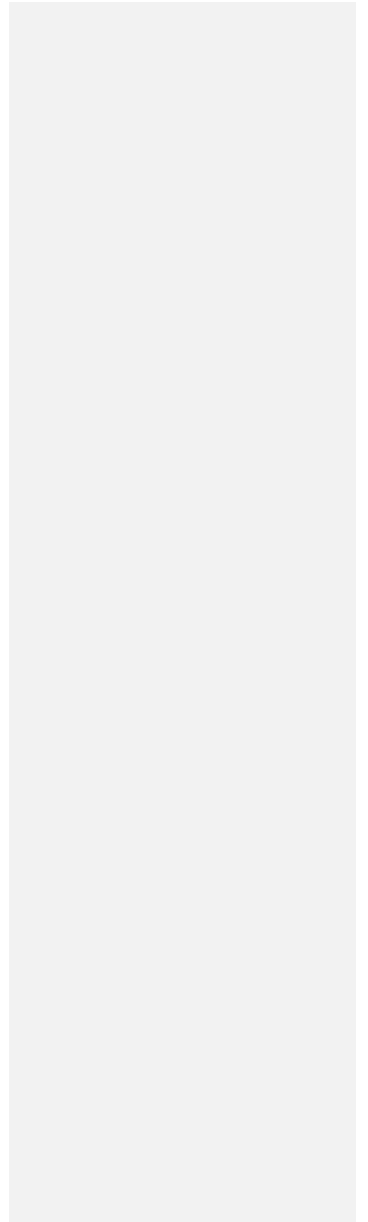
---

<sup>32</sup> Art. 26 y sgtes. de la Constitución paraguaya.



y ésta debe ser el derecho de la oposición a una presencia informativa.

## **DEBATE**





**MODERADOR**

- DR. JOSEP LLUIS ALBIÑANA I OLMOS,  
CODIRECTOR EUROPEO.

**Pregunta:** Explique el exponente la palabra “ningunear” utilizada en varios pasajes de su exposición.

**Respuesta:** Obviamente debo pedir disculpas por el empleo de la palabra mencionada, si no se ha entendido. Es un sinónimo del término “despreciar” (Prof. Dr. Artemio Rayo, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Es necesario una ley de prensa destinada a garantizar el acceso a una información objetiva?

**Respuesta:** Este es un debate muy largo: ley de prensa o no. Los periodistas en general, utilizan la famosa máxima: la mejor ley de prensa es la que no existe, posición lógica si se tiene en cuenta los temores que se albergan respecto a las restricciones a esos derechos. En todo caso, las alternativas son claras: o regulación o desregulación. La libertad de información es un derecho muy conflictivo no precisamente en su proyección ideológica sino cuando colisiona con otros derechos: la infancia, el honor, la intimidad. En torno a esos conflictos surge la disyuntiva de regular o no regular. No regular significa desregulación absoluta o autorregulación. Desregular absolutamente implica desconocer otras limitaciones que las establecidas por el Derecho Penal cuando se producen excesos contra derechos o libertades. Hay tipos penales que sancionan determinadas

conductas delictivas: injurias, calumnias, etc. Frente a la desregulación completa, cabe plantear la auto regulación: es el propio grupo periodístico el que en base al principio corporativo, crea órganos o consejos profesionales que actúan cuando el ejercicio de la profesión genera determinados conflictos. Las limitaciones que derivan de esta forma de control de la información son evidentes, son las que derivan del propio principio corporativo: el de ser juez y parte. Finalmente, la opción de la regulación se impone en determinados ámbitos, especialmente en lo concerniente a la preservación del pluralismo informativo. (Prof. Dr. Artemio Rayo, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Teniendo en cuenta los intereses comerciales que mueven a los medios de comunicación, cree Ud. que ellos son o pueden ser objetivos?; quién garantiza al pueblo el recibir información veraz y objetiva desde que la prensa es decididamente comercial e interesada?

**Respuesta:** La pregunta prácticamente trae aparejada la respuesta. Hoy la titularidad de un medio de comunicación corresponde a grandes corporaciones, muy diversificadas, lo cual trae consigo una realidad que lleva a dudar de la objetividad en determinadas situaciones. Por otra parte, el publicitador (el empresario que publicita sus productos en un medio de comunicación) muy raramente será maltratado por ese medio. Cabe el mismo ejemplo respecto del poder político, que ejerce gran preponderancia a través de la propaganda institucional en los medios de comunicación. Desde luego, el tratamiento objetivo y neutral de la información no existe, creo. En España hay varios ejemplos, el periódico más emblemático que es “El País”, es el más

objetivo y neutral en la oferta española, sin embargo, estuvo inmerso tiempo atrás en una pugna respecto a la pretensión de una empresa de instaurar un canal de televisión y en ese entonces, el que era considerado el periódico más serio y objetivo de España demostró parcialidad respecto del tema mencionado, en vista del interés económico en juego. (Prof. Dr. Artemio Rayo, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Qué opina de la reciente decisión de la OEA de retirarse de las elecciones del Perú por manipulación informativa?

**Respuesta:** Creo que la OEA se ha retirado y el Parlamento Europeo se ha negado a enviar una delegación al Perú y parece que es un clamor internacional el que las elecciones no se van a efectuar con las garantías que merecen. Ahora bien, desconozco cuál es la situación real, en qué consiste el uso abusivo de los medios de comunicación por parte del candidato Fujimori. Desde el momento en que existe semejante presión internacional, el abuso ciertamente existe. En general, es en los períodos de elecciones cuando el tratamiento de la información suele ser más pulcro en los medios, es cuando se intenta garantizar un trato de equilibrio respecto de las distintas ofertas políticas. (Prof. Dr. Artemio Rayo, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Ha establecido la jurisprudencia una esfera de intimidad de las personas públicas que no se halle sometida a la información? En caso afirmativo, bajo qué criterios?

**Respuesta:** Me gustaría aclarar la pregunta en el sentido de si al hablar de intimidad de las personas públicas nos estamos refiriendo a lo que se conoce como secreto de estado, secretos oficiales, dado que en caso afirmativo, la legislación de todos los estados establecen límites a la libertad de información respecto de determinadas materias clasificadas que forman parte del interés social y público y que por ende, no deben ser objeto de información. (Prof. Dr. Artemio Rayo, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Los que hacen apología del delito o del delincuente formando parte de un medio periodístico, qué sanción reciben en la legislación española? Son castigados efectivamente o no?

**Respuesta:** En España éste es un tema de relativa actualidad, en concreto en lo que se refiere a la apología del terrorismo, especialmente en el País Vasco. Se han planteado varios frentes conflictivos. Recientemente fue clausurado el medio de comunicación portavoz del ETA, el diario Eguin, en el marco de una investigación penal. Sin embargo, no recuerdo que el objeto de la sanción haya sido el delito de apología del terrorismo. En el caso de la clausura del periódico mencionado, ésta obedeció no a una sanción en sí sino a una medida cautelar decretada por el juez. El delito de apología del terrorismo reviste aristas duras y difíciles en el ordenamiento español y no es el que ejercido por los medios de comunicación ha acarreado mayores sanciones. No obstante, hay un caso bastante conocido y emblemático de imputación del delito de apología del terrorismo ejercido no por medios de comunicación sino por “particulares” (entre comillas). En efecto, recientemente fueron condenados los

integrantes del órgano de dirección de Arribatazuna, el brazo político de ETA, por el Tribunal Supremo, pero no por el delito de apología del terrorismo sino porque remitieron durante las elecciones del año 1993 un video a los medios de comunicación, a los cuales tenían acceso gratuito. En ese video aparecían encapuchados y armados tres integrantes de la banda y formulaban declaraciones al efecto. También fue el juez Garzón el que intervino y decretó el secuestro judicial del video, a modo de medida cautelar. Ello dio como consecuencia la condena de Arribatazuna por el Tribunal Supremo. Posteriormente los miembros de Arribatazuna fueron liberados por el Tribunal Constitucional por entender éste que no se habían respetado sus garantías fundamentales en la audiencia ante el Tribunal Supremo. (Prof. Dr. Artemio Rayo, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** La plena vigencia del derecho a la información tiene sus limitaciones exclusivamente en el hecho humano de quien aplica la ley o también se ha limitado por falencia o insuficiencia de la ley?

**Respuesta:** Imposible responder a esta pregunta sin una aclaración previa.

**Pregunta:** Cuál sería el mecanismo para limitar los abusos en que incurren los medios de comunicación tergiversando o distorsionando la información? Cómo se limitaría la manipulación de la información en forma honesta y objetiva?

**Respuesta:** En el curso de mi ponencia yo he manifestado una tendencia muy intervencionista o publicista



de lo que debe ser el derecho a la información en su ejercicio en la actualidad, y en particular, con vistas a garantizar el pluralismo informativo. Sin embargo, detecto en las preguntas preocupaciones que ameritan respuestas de otro tipo. Las respuestas a la tergiversación o manipulación tienen una respuesta acertada en el fuero penal en el ordenamiento jurídico español. Es el fuero penal el que de manera restrictiva efectúa una valoración del uso del derecho a la información y cómo colisiona con otros derechos fundamentales. En el Código Penal hay tipos penales destinados a prevenir estos ilícitos. Hay ordenamientos en que, en la medida en que la distorsión pueda afectar derechos fundamentales como el honor, la reputación, la imagen, etc. prevén procedimientos civiles para demandar resarcimientos. Es decir, hay mecanismos en los ordenamientos que deberían permitir preservar los intereses sociales, los bienes y derechos individuales ante la manipulación, distorsión o falta de objetividad en el manejo de la información. (Prof. Dr. Artemio Rayo, Panelista de la Unión Europea).

**Pregunta:** Respecto de la pregunta que quedó sin contestar por no ser comprendida, yo la entiendo de la siguiente forma: la limitación del derecho a la información, entendido éste como el derecho a recibir información veraz, se produce o bien por incapacidad del que aplica la ley o bien por insuficiencia de ésta.

**Respuesta:** Ambas cosas, es decir, por un lado las leyes, en lo que respecta a garantizar el pluralismo informativo, no pasan de mera retórica, o sea, que pecan de insuficiencia; y por otro lado, hay un abandono de funciones por parte de quienes aplican las disposiciones que pretenden

garantizar el pluralismo informativo. El art. 20 de la Constitución española es casi programático en el marco de una constitución normativa. Esa proclamación del pluralismo informativo, por un lado, y del derecho de acceso, por el otro, es una disposición vacía de contenido a la fecha de hoy. Es decir, que el derecho de acceso de los grupos políticos y sociales a los medios de comunicación implica que ese derecho debe ejercitarse en forma libre y gratuita. Hasta la fecha ello no ha sido así en España. (Prof. Dr. Artemio Rayo, Panelista de la Unión Europea).

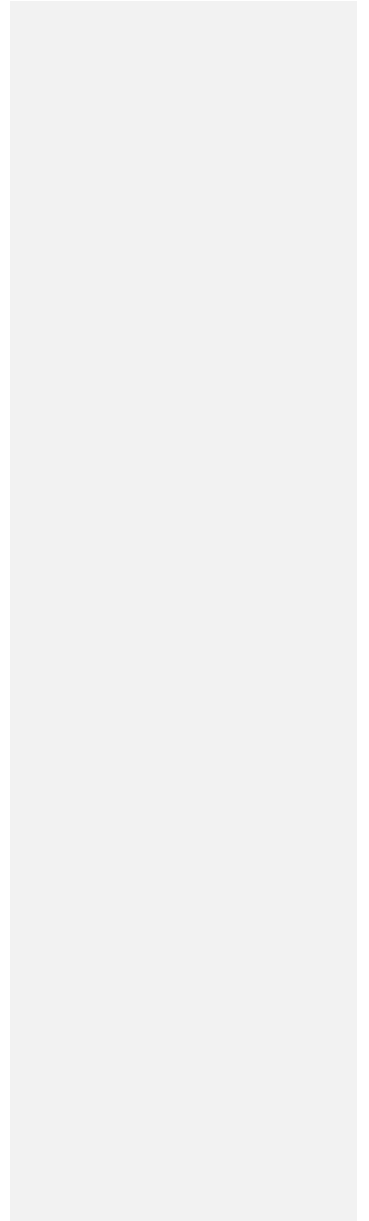
**Pregunta:** Su opinión respecto del reciente fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos que declara inconstitucional la limitación del derecho de la televisión por cable de emitir libremente programas de contenido pornográfico.

**Respuesta:** No tengo una opinión formada sobre la cuestión. Obviamente, los intereses sociales en juego son evidentes: por un lado, la libertad del medio y por el otro, la preservación de la moralidad pública, especialmente a los menores. (Prof. Dr. Artemio Rayo, Panelista de la Unión Europea).

Fin del tercer módulo.



## **CUARTO MÓDULO**

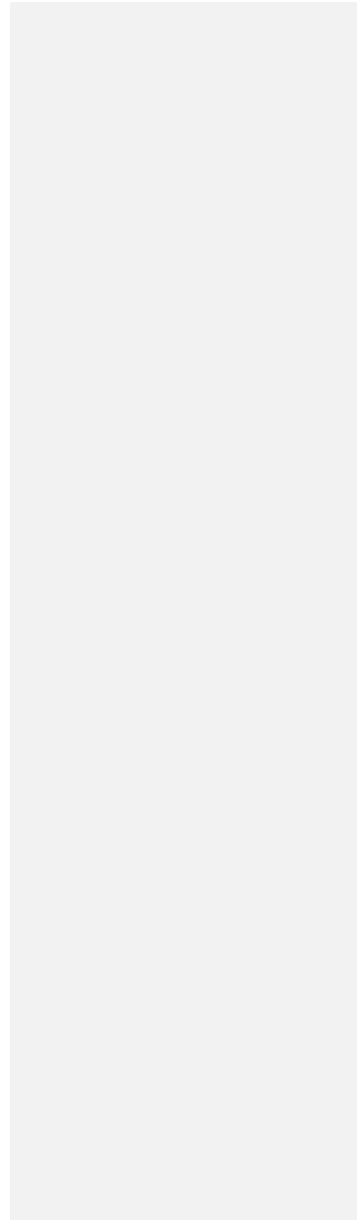




**“EL DESARROLLO TRANSNACIONAL  
DEL ESTADO”**

PROF. DR. JOSÉ ACENCI Y SABATER

29 DE JUNIO DE 2000





## EL DESARROLLO TRANSNACIONAL DEL ESTADO

Prof. Dr. José Acenci y Sabater<sup>33</sup>

Me permito antes de entrar de lleno en la materia, algunas acotaciones sobre el ambicioso título de mi disertación. Se refiere, en primer lugar, al tema del desarrollo transnacional, lo cual implica que se trata de un proceso evolutivo: el estado y las organizaciones políticas se hallan en plena evolución, en forma gradual y progresiva. Luego de los cambios abruptos que se dieron en Europa, en la Unión Soviética, la tendencia en el mundo actual es la de un cambio evolutivo mucho más gradual. La palabra desarrollo da la impresión de que es algo previsto de antemano, sin embargo, no hay desarrollos previsibles, quizás los hay probables pero no inexorables. Por ello, es más pertinente hablar de expectativas, de horizontes transnacionales del estado. Por otro lado, se habla de transnacionalidad, lo cual implica que el concepto tradicional de la nación identificado con el estado también está sujeto a evolución.

La sustancia del constitucionalismo moderno es la de establecer límites al poder y fundamentalmente, al poder político. Esta idea que comenzó a fines del siglo XVIII mantiene plena vigencia en el siglo XXI, porque hay nuevas estructuras de poder que deben estar regulados, controlados y limitados. El gran filósofo alemán Hans George Gallamer sostiene que los contrapoderes (límites del poder) son también elementos configuradores de poderes. Ésta es la

---

<sup>33</sup> Títulos del disertante.



esencia de la política y del derecho que necesariamente coexisten a los efectos de ejercer un recíproco control.

Desarrollaré - en el curso de esta exposición - tres puntos interrelacionados: el primero se refiere a la globalización o mundialización, proceso que está motivando el desarrollo estatal transnacional y determinando la evolución del concepto tradicional del estado nacional. El segundo punto se refiere al impacto de la globalización respecto del estado. El tercer punto versará sobre el impacto de la globalización en la cultura, lo cual incluye al derecho, dado que éste es una manifestación de la cultura.

En lo que respecta al concepto de globalización, los tres grandes sociólogos de la globalización: Antonio Giddens, Alain Turen y Manuel Casteln, no terminan de ponerse de acuerdo respecto de la conceptualización de la globalización. Se discute cuándo se inició la globalización y se acota que empezó hace 500 años con el desarrollo del capitalismo, porque éste es por definición un proceso económico que desborda países, inunda mercados, transpasa las coordenadas espacio-temporales. Por tanto, el proceso de globalización surge con el capitalismo y la economía de mercado. Para otros, el proceso de globalización se inició hace 30 años con las crisis de las políticas de intervención keynesianas en el mundo. No hay pues consenso en cuanto al período de inicio de la globalización. El Fondo Monetario Internacional intenta definir la globalización en su informe sobre las perspectivas de la economía mundial hecho en Washington en 1997: "Globalización es la interdependencia económica creciente en el conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la cantidad de las transacciones

transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al mismo tiempo que la difusión acelerada y generalizada de la tecnología”. Esta es quizá una definición apropiada: un flujo extraordinario de transacciones económicas y además, unas condiciones tecnológicas excepcionalmente rápidas que permiten que esas transacciones se hagan en tiempo real. Debe tenerse presente que esas transacciones no son precisamente económicas en el sentido clásico sino fundamentalmente financieras, o sea, es el conjunto de las transacciones financieras las que determinan el proceso económico en su totalidad. El adelantado de la globalización es el factor financiero (circulación internacional de capitales), que abre las vías para el proceso económico, que todavía está por venir ya que el nivel de desarrollo de la economía de mercado a nivel mundial todavía está en desarrollo respecto a lo que se prevé que será su explosión futura.

Ahora bien, otra cuestión que se plantea respecto de la globalización es si es un proceso fundamentalmente económico o bien puede hablarse de varias globalizaciones. Considero que hay varias globalizaciones: se globaliza la economía (fundamentalmente en lo financiero) pero también la política, la cultura, las comunicaciones, la ecología. Son procesos que, según **Brondell**, tienen temporalizaciones distintas, o sea van juntas pero están sometidas a un tiempo distinto. Es más rápido y fácil el proceso de globalización del capital que el de la cultura o de las posibilidades de equilibrio ecológico.

Una primera afirmación sobre el tema de la globalización es que el problema fundamental que plantea no

es económico ni tecnológico. Sabemos que la sustancia de la globalización es el avance tecnológico y la libertad desregularizada del mercado financiero, con la anuencia de los gobiernos. Pero el problema principal de la globalización es político y cultural, es el cúmulo de consecuencias políticas y culturales a que nos lleva este proceso, dado que el proceso económico y financiero no conlleva per se un proceso cultural y político concomitante, esto último depende de la voluntad política de los estados. Por tanto, el problema verdadero que plantea la globalización es la elaboración de una propuesta cultural y política que acompañe este proceso de cambio, porque aunque algunos teóricos como Giddens, afirmen que estamos asistiendo a una nueva era, un cambio de civilización, un cambio de las reglas del juego de lo político y social, lo cierto es que lo que llamamos globalización sigue produciendo hoy una redistribución muy regresiva de las rentas nacionales a nivel mundial y un reparto disfuncional de la renta mundial, o sea, que la globalización está produciendo una desigualdad en el reparto de las rentas. Sin embargo, la realidad es que se está cuestionando las políticas de bienestar e inclusive es dable esperar que asistamos en el futuro a una crisis de la democracia como sistema político tradicional.

A continuación analizaremos cómo el proceso de globalización está afectando a las organizaciones políticas tradicionales, especialmente lo que denominamos estado. Hay dos grandes corrientes de opinión entre los globalizadores: los partidarios de la posición hiperglobalizadora, los fundamentalistas de la globalización, que afirman que la lógica del mercado global convierte en inoperantes a los estados, porque cualquier política que

pretendiera hacer un estado nacional e incluso ciertas entidades internacionales, no son ya creíbles, son inoperantes. Por tanto, la única opción posible de los estados es la de reducir la dimensión de los gobiernos y dejar de entorpecer la marcha del mercado soberano. O sea, la formación de una economía global cercena totalmente la capacidad del estado para ejercer una política monetaria, para gestionar finanzas públicas y priorizar sus propias decisiones, en definitiva. Esta es la posición de la corriente “hiperglobalizadora”, la más difundida y hegemónica en los medios de comunicación, si bien no deja de ser una corriente ideológica. Frente a esta postura “hiperglobalizadora”, está la postura “global-escéptica”, reactiva frente a la anterior. Es necesario buscar entre ambas una vía intermedia que permita enfrentar el desafío de la globalización sin que ello implique la entrega incondicional de todo el cúmulo de valores tradicionales.

El segundo punto de la exposición se refiere precisamente al análisis de los problemas que enfrenta el estado frente a la globalización. Reduciré este análisis a Europa. Las transformaciones del estado no han sido consecuencia del proceso de globalización. La transformación de los estados europeos se ha iniciado en una época en que aun no se hablaba de globalización, más bien al contrario, habían fuertes estados intervencionistas en la economía. La construcción europea no es pues consecuencia de la magia globalizadora sino de circunstancias históricas que fueron consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, en los años 50, 60 y 70 es donde menos proceso globalizador se ha dado. O sea, es una obra de construcción política fundamentalmente, si bien por procedimientos y medios económicos (mercado común). Lo que ocurre es que en la

fase actual, la Unión Europea debe plantearse cómo responder como organización conjunta de varios estados, al reto de la globalización. No sólo la construcción europea ha sido fruto de una decisión política sino del crecimiento de la conciencia jurídica, como consecuencia de los errores políticas, de las guerras, de los atropellos de los derechos humanos. Europa es hoy sobre todo, una comunidad de derecho y ésta no se sostiene a sí misma *per se* sino a través de los estados que la integran. Un sistema jurídico-político podrá sostenerse sólo si hay un arraigo jurídico en la sociedad, efectividad del derecho, si existe lo que denominamos supremacía constitucional, lo cual se traduce en una conciencia jurídica. Europa ha estado organizada, a partir de la paz de Weffalia en el siglo XVII, en estados-naciones, al igual que en Latinoamérica. En este modelo, prácticamente hasta la Segunda Guerra Mundial, el elemento principal que fundamenta todo el sistema jurídico-político es el estado. Aun cuando se hable de estado de derecho, el estado era el elemento preferente frente al elemento jurídico, razón por la cual se predicaba la soberanía del estado frente a otros estados en el concierto internacional. Todo se construyó sobre la base del estado soberano dogmáticamente. Se consideraba que el estado tenía necesidad de autoconservarse, como sostenía Maquiavelo, para lo cual podía utilizar todos los mecanismos a su alcance a fin de sobrevivir en un mundo de estados potencialmente hostiles. Esa era la razón de estado. Un estado que además funciona a través de leyes que emanan del estado, fuente de todo el derecho, un estado que vive inmerso en un derecho internacional convencional estructurado a través de tratados bilaterales o multilaterales, un estado que tiene una cultura nacional de los derechos humanos. En ese esquema, la ley que emana de los órganos

del estado, es la única fuente del derecho, lo cual implica que el parlamento es la institución central y que existe un órgano jurisdiccional que se limita a aplicar la ley positiva y no puede juzgarla. Esto se relaciona con una serie de planteamientos jurídicos y doctrinales, tales como el derecho subjetivo público, las relaciones jerárquicas entre el estado y el individuo (el estado trasciende al individuo). Este modelo que ha perdurado prácticamente hasta nuestros días ha sido sustituido por otro que es el imperante en Europa, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial. Este nuevo modelo implica pasar de un fundamento estado-céntrico a otro antropocéntrico: el centro de los estados radica hoy en el reconocimiento de los derechos del individuo, del ciudadano en la escena jurídica y política. Este antropocentrismo no implica poner al simple individuo en el centro de todo sino que hoy la imagen del individuo se proyecta con sus dimensiones sociales, políticas, democráticas. Este antropocentrismo está en la base de las constituciones europeas de la actualidad, que han influido en el constitucionalismo latinoamericano. Ello supone un cambio fundamental, ya que no existe más razón de estado sino solamente razón jurídica. Por ejemplo, el caso Pinochet en España. Ya no hay razón de estado que permita a éste actuar unilateralmente y sustraerse al control jurídico.

Frente al estado legal surge el estado constitucional, la constitución se impone sobre la ley e incluso la anula en ocasiones. Es un sistema de pluralismo jurídico. De un sistema de derecho internacional convencional se pasa a uno de derecho supranacional y organizacional, de una cultura nacional de los derechos se pasa a una transnacional, frente a temas positivistas surge la supremacía constitucional, la

importancia de la justicia constitucional, etc. Se pasa de un concepto positivista de derecho subjetivo público a otro mucho más amplio de derechos fundamentales. Es un cambio de paradigma, de modelo pero este modelo nuevo no anula completamente al anterior, ya que no hay sistema jurídico-político que pueda autosostenerse sino a través de la voluntad política de sus miembros. Sería falso concluir que un órgano jurídico supranacional se pueda sostener por sí solo, la lógica de su funcionamiento radica en la voluntad de los poderes políticos y la instauración de una conciencia jurídica. En estos momentos Europa está en la dimensión de instituciones jurídicas, derechos fundamentales, justicia constitucional.

En segundo lugar, quisiera referirme brevemente a la construcción europea como resultado de un proceso fundamentalmente político y no como respuesta del continente a las exigencias de la globalización. En Europa desde los 50 hasta los 70 fueron años de crecimiento espectacular ( si bien no para España como consecuencia de la dictadura de Franco). En ese momento se produjo un efecto de imitación de otros países que veían en la construcción europea un modelo muy importante. De seis países que inicialmente conforman la Unión Europea hemos pasado a quince y la problemática más acentuada en la actualidad es que vamos a pasar a veinte o veinticinco países, con los problemas de modificación institucional que ello conlleva. En estos 40 años las prestaciones sociales, la democracia, la cultura secularizada, las libertades personales se han desarrollado increíblemente en Europa, lo cual ha cambiado todo el panorama político y social del continente. Este fenómeno se ha dado en un tiempo relativamente breve, ya que al fin de la Segunda Guerra Mundial, al decir de

Churchill, Europa no era más que un montón de ruinas, pestes y odio. Esa transformación increíble se da en base a la cooperación. Los dos elementos principales que permitieron la transformación fueron el plan Marshall y el despligue militar estadounidense que actuó a los efectos de neutralizar cualquier amenaza que pudiera representar la entonces Unión Soviética.

A partir de aquí se produjo un enorme crecimiento del estado social en Europa y se crean las instituciones comunitarias a través de dos factores principales: el objetivo de la paz y del abandono de la política tradicional de alianzas militares sustituida por la interacción económica. También la descolonización fue un elemento gravitante en la política europea, de ahí que Inglaterra en un principio haya sido reticente respecto de la construcción europea hasta que despojada de la mayoría de sus colonias, se ha interesado en el proyecto europeo como salida. Llegamos después de una serie de reformas: Mercado Único en el 87, Maastricht en el 93 supone un gran paso hacia la unión política. La Unión Europea, en base a ello supone libre mercado más intervención del estado. Todo el sistema existente de protección social es fruto de la intervención del estado y de los poderes supranacionales. Con la caída del muro de Berlín y el fin de la política bipolar de bloques militares, también para Europa llega el desafío de la globalización igual que para el resto del mundo. Se puede responder a ese reto creando una estructura de defensa de los intereses europeos frente a un mercado mundial más agresivo o se puede crear una estructura cooperativa a nivel mundial. Ésta es una decisión que estará en la agenda de los próximos meses y años, y de la filosofía que se adopte dependerá la



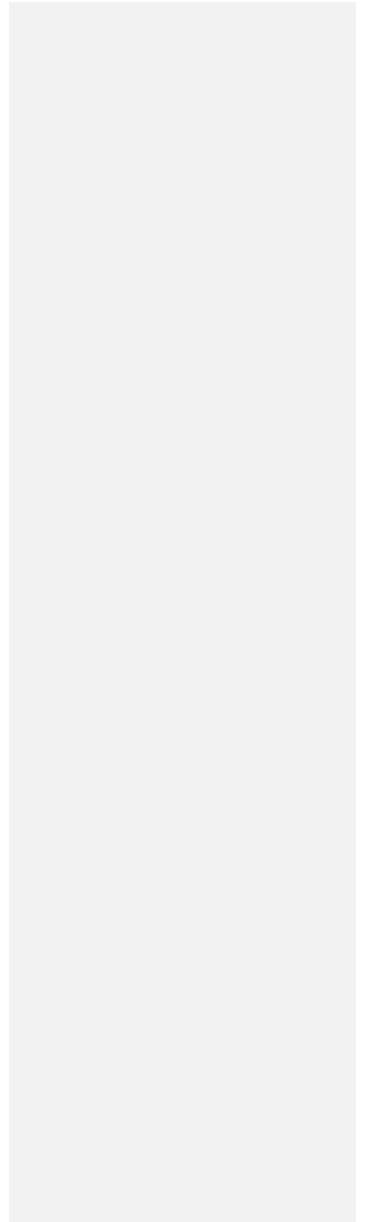
configuración institucional futura. El economista Sean Peter decía que un coche puede ir de prisa porque tiene frenos. Entonces, abocados como estamos en Europa al proceso, si actuamos desenfrenadamente, sin control, seguramente nos estrellaremos.

El tercer punto de la exposición se refiere al debate multicultural que plantea la globalización. Ésta deja al descubierto muchas minorías que antes no se advertían: minorías étnicas, sociales, culturales, nacionales, respecto de las cuales es necesario crear un sistema que posibilite que esas minorías puedan convivir armoniosamente con las otras minorías. Ya no estamos ante un estado centralizador de una sola cultura, vamos a tener que vivir en un espectro multicultural que exige la adecuación de las normas a esa nueva situación. Pierre Drovent sostenía que la humanidad es una máquina de producción de diferencias culturales. A pesar de los que prevén que como consecuencia de la globalización iremos a desembocar en una cultura homogénea en el mundo, una especie de cultura difusa, el mundo es una máquina de diferencias. El peligro de la globalización desde el punto de vista cultural no sólo es la uniformidad sino que sociedades dependientes en lo económico también se refugien en culturas regresivas, etnicistas, tribales. La clave es que sin un pluralismo jurídico-cultural fuertemente arraigado será imposible solucionar el problema. El dilema entre el hombre como ser autónomo o como miembro de una comunidad se plantea desde la época de Kant y de Hegel, sosteniendo el primero que el individuo es un ente autónomo que sólo responde ante su conciencia, en tanto que Hegel pensaba que el individuo fuera de su grupo de pertenencia no tiene razón de ser, de existir. Probablemente tengan razón ambos. A

veces, los juristas siguen planteando el problema jurídico desde una concepción del hombre exclusivamente como ser individual, sobre todo el construccionismo de John Rolla parte de una idea kantiana del hombre; y los comentaristas como Barber sostienen la posición contraria: el individuo sin su pertenencia a la comunidad no es nada. El sistema jurídico hoy está todavía impregnado de las concepciones kantianas y no asimila que hay comunidades que participan de la cultura hegemónica pero reclaman también su lugar en el orden jurídico.



## **DEBATE**





**MODERADOR**

- DR.ELADIO LOIZAGA, COORDINADOR DEL PROYECTO DE MODERNIZACIÓN INSTITUCIONAL DEL PARAGUAY.

**Pregunta:** En la última parte de su exposición Ud. se refirió al problema de la preservación de la identidad cultural frente a la macdonización de la cultura. Me gustaría conocer su posición al respecto.

**Respuesta:** Hay que deshacer un equívoco bastante complicado. Cuando Francia plantea la excepción cultural francesa, el motivo fue que estaba perdiendo la batalla de la lengua como factor de mercado. España no plantea la excepción cultural porque el castellano no tiene problemas de expansión. En la comunidad europea se hablan once lenguas oficiales pero las de trabajo son más reducidas y es posible que con la entrada de Alemania, el castellano deje de ser lengua de trabajo. El problema del idioma en la comunidad europea es complicado, ya que la estructura lingüística es ya la estructura jurídica. La potencia política francesa no está acompañada del desarrollo de su lengua a nivel internacional, lo cual le ha originado algunos problemas. Pero cuando hablamos de Francia perdemos de vista una cuestión fundamental: que la implementación del estado francés se hizo mediante la afirmación del francés sobre las demás lenguas que existían en su territorio en aquel momento; o sea, que todo estado que tenga una lengua propia, lengua de derecho, en cierto modo su nacimiento se ha debido a una violencia original. Pues bien, como desaparece el estado vertebrador y prioritario, aparecen procesos que antes estaban como ocultos: de minorías sociales, culturales, indígenas que

plantean la reivindicación de sus propias diferencias culturales. El nuevo concepto de derecho no puede basarse en una idea cultural única sino desde esa idea de pluralismo cultural, que en el fondo parte de un concepto previo de pluralismo jurídico. Los problemas de identidades culturales van a ser problemas básicos en el siglo XXI, es más, los acontecimientos de los últimos años a partir de la Segunda Guerra Mundial parten de conflictos que tienen un origen nacional y étnico. A esto no se puede responder con la imposición de una hegemonía cultural sino a través de diálogo, de interacción partiendo de la base de un pluralismo jurídico que ya está en muchos países. Figúrense lo que va a ser una sociedad con 550 o más millones de habitantes, 11 lenguas oficiales, 7 u 8 más (algunas de ellas que no tienen una raíz común), ello hay que plantearlo desde una idea abierta, pluralista, más o menos integrada de unidad política. En América Latina la homogeneidad jurídica y cultural en torno a la lengua facilita la interacción en los procesos de integración. (Prof. Dr. José de Ascenci y Sabater, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** El expositor habló de la cooperación de la comunidad europea, en el sentido de defensa respecto de una globalización más agresiva. Acerca de aquellos países que aún no integran la comunidad europea y tienen menor desarrollo, como Albania, hay una política de desarrollo prevista respecto de esos países y en qué forma beneficiaría el proceso de integración a los mismos?

**Respuesta:** Hay conciencia de lo que cuesta la integración de nuevos países a la Unión Europea, los criterios son claros al respecto: hay un criterio político, o sea

estabilidad institucional sin la cual no se puede crearse un ordenamiento democrático ni pueden aceptarse los lineamientos del estado de derecho, defensa de los derechos humanos y defensa y protección de las minorías; criterio económico, es decir, una economía de mercado apta para resistir la presión de la competencia; aquellos países muy atrasados tienen un proceso de adaptación: primero entran como asociados, luego reciben créditos preferentes con vistas a un proceso de reestructuración que les permita incorporarse con los menores costos sociales y con las máximas posibilidades y beneficios para adaptarse a las reglas comunitarias; luego, además del criterio político y económico mencionados, está el criterio cultural y jurídico, que es ya más difícil. Deben no sólo asimilarse las normas jurídicas sino que deben ser realmente eficaces. Sobre estos criterios fijados en 1993 en Copenhague es que se ha basado el proceso de preparación de adhesión de varios países a la comunidad que han presentado su candidatura. Éstos primero ingresan en calidad de asociados, lo cual ya implica la adopción de una serie de medidas económicas, políticas y de aceptación del acervo comunitario con vistas a la integración. Dónde está el límite, qué pasa con países como Rusia, Ucrania. También deben establecerse programas respecto de ellos. Los enormes gastos vinculados a la adhesión son financiados en base a un cuadro de previsiones elaborado hasta el 2006. (Prof. Dr. José de Ascenci y Sabater, Expositor de la Unión Europea).

Una pequeña aclaración respecto de la pregunta que fuera formulada. Creo que se refería a la enorme diferencia existente entre el proceso europeo y el de MERCOSUR que dista mucho de tener en cuenta la situación económica de los



países más pequeños y mucho menos de contar con la asistencia comunitaria que está prevista en la Unión Europea para asistir a países de estas características. (Prof. Dr. Eladio Loizaga, Moderador).

No se pueden exportar soluciones para situaciones que no son comparables ni en el tiempo ni en el espacio. Es evidente que MERCOSUR responde más bien a esa idea de globalización, en tanto que la Unión Europea se hizo en base a una construcción política si bien a través de métodos económicos. Obviamente no son comparables. (Prof. Dr. José de Ascenci y Sabater, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** En la primera parte de su exposición Ud. hablaba de los procesos de reforma, de transnacionalización a que se vieron sometidos los países. Solamente me interesa que Ud. se refiera a algunas lecciones aprendidas de ejes integradores que pudiéramos nosotros transferir a nuestras realidades luego de una contextualización adecuada.

**Respuesta:** Pregunta algo que implica esbozar un programa especialmente ambicioso. No puedo referirme en profundidad al tema del MERCOSUR, ya que podría incurrir en impresiones por desconocimiento y por falta de competencia y solvencia. Si están de acuerdo los investigadores de la globalidad en que la respuesta no puede ser meramente nacional, debe ser integrada desde el punto de vista regional. Hoy una economía no puede responder ni defenderse siquiera frente a un ataque masivo de una cantidad ingente de capitales flotantes. Es una experiencia que en España a que se refirió Felipe González en un artículo escrito por él en 1991, cuando trató de responder a un asalto en la

bolsa española, dándose en cuenta inmediatamente después de que esa resistencia era inútil. La razón económica es evidente, así como la necesidad de crear estructuras de cooperación política. Siempre me he preguntado por qué no hay mayor cooperación política en Latinoamérica sobre la base, claro está, del reconocimiento de las diferencias políticas. Éste será un proceso inevitable, incontenible que no implicará la anulación de los estados sino que traerá consigo la creación de instituciones que permitan implementar los cambios económicos. Leí recientemente que Brasil quería establecer el castellano como segunda lengua, lo cual planteó discusiones y debates. Considero que es muy importante establecer en Brasil el castellano como segunda lengua así como en los demás países del área, concomitantemente, el portugués. En Europa van a ser tres las lenguas oficiales y no sólo dos, lo cual es prudente, ya que la lengua no es sólo un vehículo para la identidad sino para el relacionamiento con los demás. (Prof. Dr. José de Acenci y Sabater, Expositor de la Unión Europea).

Como dijo el Presidente Aznar en ocasión de la celebración del día de la Hispanidad en 1997, en todo este relacionamiento del nuevo contexto económico, el castellano ya dejaba de ser una expresión cultural para convertirse en una expresión económica en el mundo globalizado. (Prof. Dr. Eladio Loizaga, Moderador).

**Pregunta:** Cuando en la primera parte de su exposición dijo Ud. que la globalización llevaría a crisis de democracia. Podría decir cómo podría evitarse ello?

**Respuesta:** Los procesos democráticos no son inmutables, están en evolución. Es bastante impensable que en la Europa comunitaria con más de 500 millones de habitantes, se pueda implementar democráticamente una estructura tan amplia; de hecho, se acusa a las instituciones comunitarias de adolecer de déficits democráticos. No creo en las formas de participación virtual, a través de Internet. Por tanto, las instituciones evolucionarán en un sentido más riguroso en lo que respecta a su control mutuo; y las formas democráticas futuras se parecerán mucho en el mundo globalizado en las estructuras de control. O sea independientemente de los poderes clásicos, lo que nos va a exigir el proceso es la necesidad de implementar y desarrollar instituciones de control (instituciones financieras, de auditoría, de control de la legalidad de las decisiones). Probablemente la democracia del futuro sea una democracia de control más que de decisión. A veces los mecanismos de control se convierten en contrapoderes, lo cual no es sencillo. Claro está que la solución ya no está en la profundización de la democracia, como sostenía Bobbio, si bien la democracia continúa siendo el ideal a alcanzar. Lo que cambia es la forma de su ejercicio, el nuevo modo implica la creación de instituciones de control no sólo del poder político tradicional sino también de los demás poderes. Qué pasa, por ejemplo, con los medios de comunicación. Es evidente que si bien no puede proponerse la censura sistemática respecto de aquéllos, de algún modo deben estar sometidos a elementos de control. Por tanto, ése es el camino, en el que no sólo se recurrirá a elementos tradicionales sino que deberán inventarse también nuevos elementos a los efectos de actualizar los contenidos democráticos y de estado de derecho a la altura del siglo

XXI. (Prof. Dr. José de Ascenci y Sabater, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:** Siempre me ha sorprendido que, no obstante el cambio del estatismo hacia el privatismo en Europa y fundamentalmente en España, sigan empresas públicas a cargo del estado y que no haya existido una subevaluación de los precios de las ventas de las mismas, como ocurrió en Méjico, por ejemplo, en épocas recientes. Quisiera saber cuál es la reacción de los europeos al respecto y si se ha dado alguna situación irregular en Europa y fundamentalmente en España.

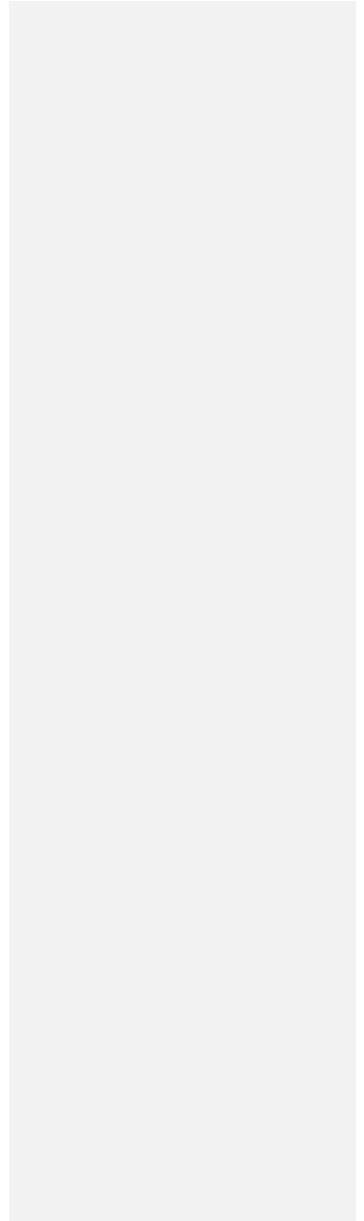
**Respuesta:** No sé si puedo contestarle con rigor esta pregunta, probablemente no soy la persona más indicada. Dice Ud. que España ha sido un caso anormal en la Comunidad Europea, es decir, que España no ha seguido el proceso de adaptación a los sistemas económicos internacionales hasta nuestro ingreso en la Comunidad Europea. Entonces se ha vivido hasta entonces en un estado totalmente absurdo en el que se socializaron las pérdidas de las empresas. Esa situación autárquica era no sólo absurda sino incompatible con el sistema europeo. Cuando llegó la democracia, se dio un proceso de privatización que más bien fue de reestructuración industrial, que acometió el gobierno de Felipe González durante el primer y segundo período. En una segunda fase se ha desregularizado vendiendo empresas con beneficios, como la Telefónica. Ello ha sido necesario porque el sistema europeo no permite empresas de esa índole ya que ello implicaría incurrir en competencia desleal. El proceso de venta se ha hecho a través de la modalidad de la subasta, que es el sistema tradicional, o a través de procesos

más sofisticados, mediante cotización en bolsa. Ello es discutible, en algunos casos la gente se pregunta por qué ciertas licencias no se otorgan por subasta sino por concesión. En general, no se percibe que el procedimiento de privatización de empresas públicas se haya realizado en forma irregular o corrupta. Es más bien consecuencia de la adaptación de los estados a las pautas marcadas por la Unión Europea, que ha obligado a reestructurar toda la infraestructura estatalizada de algunas empresas. (Prof. Dr. José de Ascenci y Sabater, Expositor de la Unión Europea).

**“LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN  
SUPRANACIONALES”**

PROF. DR. ALFONSO VICIANO PASTOR

30 DE JUNIO DE 2000





## **LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN SUPRANACIONALES**

Prof. Dr. Roberto Alfonso Viciano Pastor<sup>34</sup>

He organizado la exposición en tres apartados y una conclusión final. El primer apartado hace referencia al por qué se inicia un proceso de integración supranacional; el segundo, a las consecuencias políticas y sociales que se producen cuando se inicia un proceso de tales características; y, por último, un análisis de algunas consecuencias jurídico-constitucionales que se producen en los procesos de integración.

En cuanto al primer aspecto de por qué se pone en marcha un proceso de integración supranacional, hemos de hacer referencia al origen del mismo. En el caso europeo, la motivación fue la búsqueda de la paz, lo cual llevó a iniciar un proceso de fuerte contenido político ejecutado a través de una integración económica. No hay que olvidar que existieron, además de esas dos motivaciones fundamentales, otras condicionantes añadidas: en primer lugar, la necesidad del modo de producción capitalista que ya van más allá de las posibilidades de los autores humanos, un modo de producción que requiere en el momento de la posguerra de la elaboración y distribución de grandes cantidades de un mismo producto, y por lo tanto, ese modo de producción masivo se encuentra con que el estado nacional se queda pequeño para poder colocar los productos que es capaz de fabricar. Hay pues un ensanchamiento del mercado. En

---

<sup>34</sup> Títulos del expositor.



segundo lugar, un factor importante es la enorme presión de los Estados Unidos de América sobre los estados de Europa Occidental a fin de que éstos promovieran la integración regional, provocada por las circunstancias de la guerra fría, por lo que Estados Unidos sugieren la conveniencia de implementar la cooperación entre los países europeos occidentales a los efectos de hacer frente a una eventual invasión de los países comunistas al sur de Europa. Cuando Robert Schumann realiza la famosa declaración de la Primera Comunidad Europea del Carbón y el Acero, en 1950, es precedida de una presión muy fuerte por parte del Secretario de Estado norteamericano y del Ministro de Relaciones Exteriores británico. Hay un tercer elemento relevante en el proceso de integración y es que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando ya se estaba produciendo la reactivación económica en Europa, el capital europeo se encuentra con un estado social perfeccionado que ha elaborado un acabado mecanismo para controlarlo. La evolución desde el primer estado liberal, revolucionario hasta el estado social-democrático, de posguerra es un mecanismo creado para que la sociedad ejerza control sobre los grandes poderes económicos. Por tanto, la idea de la integración económica supranacional es atractiva también para esos grupos transnacionales que ven con temor que el estado les impida o limite su capacidad de actuación libre.

Con ello, la Unión se fue construyendo, no obstante la reserva o reticencia de algunos estados europeos (no perdamos de vista el hecho de que esa integración se llevaba a cabo en la patria del nacionalismo, en el territorio que dio origen al concepto de nación); por eso la construcción europea tuvo obstáculos. El primero es el fracaso estrepitoso

de la Comunidad Europea de Defensa, creada en vista del éxito que había tenido la Comunidad Europea del Carbón y el Acero. El fracaso se debió fundamentalmente a que la Asamblea Nacional Francesa se negó a ratificar el tratado, debido al concepto de soberanía. La construcción europea, no obstante, prosiguió con la instauración de las bases para crear un mercado común. En segundo lugar, también constituyó un obstáculo la prevención de los gobiernos nacionales respecto de una construcción que eventualmente podría anularlos. Por ello, la construcción europea tuvo una gran crisis en 1966, cuando los estados miembros se enfrentaron al estado francés que se negó a que se iniciara la tercera fase prevista en el tratado creador de la Comunidad Europea, de tomar las decisiones por mayoría y de perder la posibilidad de aplicar un veto en las decisiones colectivas. Esa crisis, denominada crisis de Luxemburgo, puso de manifiesto que los gobiernos nacionales no permitirían fácilmente que se creara esa entidad supranacional fuera del control de los gobiernos. Esa crisis dio lugar a una regla no escrita aplicada desde entonces: que las decisiones que tome la Unión Europea se tomen, en esencia, por consenso de los gobiernos y no por mayoría de votos. Obviamente tiene mucho de garantista para los intereses nacionales pero también mucho de ineficiencia en la gestión de los negocios comunes. Pese a esos dos problemas, la construcción europea fue avanzando y se consiguió crear la conciencia en la ciudadanía europea por los resultados benéficos que ha engendrado el proceso. Hoy, incluso, ya han perdido de vista los motivos originarios por los cuales se inició el proceso.

La experiencia europea ha llevado a la comprobación empírica de que la cooperación internacional es positiva por

sí misma. Por tanto, es muy importante que cualquier país realice una reflexión profunda del por qué es beneficiosa la integración, no puede mitificarse la integración supranacional sin racionalizar el proceso. Además, en el caso del estado paraguay, hay datos objetivos que hacen mucho más probable el proceso de integración supranacional que en la Unión Europea: la identidad cultural, la necesidad de cooperar para el desarrollo y la necesidad de preservar la identidad colectiva, frente a las ingentes presiones del “Hermano Mayor” del norte del continente. Éstas son básicamente las mismas razones que legitiman y consolidan el proceso de integración europeo, aun cuando haya allí pluralidad cultural, hay necesidad de cooperación.

El segundo punto de la exposición se refiere a las consecuencias políticas y sociales del proceso de integración. La primera consecuencia es que la integración económica no ha sido paralela a la integración política, que ha sido más lenta y compleja, y quizás eso explique algunas de las disfunciones que se dan. En ocasiones, las críticas que se vierten sobre el proceso de integración se refieren sobre todo, a la forma en que se produce ese proceso. Éste es un objetivo y hay muchos procedimientos para alcanzarlo. O sea, que el modelo europeo no es el único para alcanzar el objetivo de la integración. Se ha priorizado siempre, sin embargo, la integración económica sobre la política, lo cual ha llevado al Prof. **Diverge** a formular en forma graciosa una alegoría al proceso a través del cuento de la liebre y la tortuga: una construcción económica que camina al ritmo de la liebre y una construcción política que camina al ritmo de la tortuga, lo cual hace que esa rápida construcción económica genere un enorme movimiento de capital, un descontrol del proceso

económico e incluso una dirección de lo político desde la perspectiva económica y no a la inversa como debiera ser el orden natural de las cosas, en que la decisión colectiva, ciudadana rigiera el orden económico como un elemento para producir bienestar social.

Como consecuencia de la integración surge también la cuestión de la relación entre soberanía e integración. Habitualmente se escucha que la integración supone la ruptura o anulación, o al menos la limitación de la soberanía nacional. Desde mi punto de vista esa afirmación no es del todo cierta. Los estados miembros mantienen, mientras no exista una constitución federal, mantienen el poder clásico de la República en la definición clásica de Bodino, es decir, su soberanía; y se incorporan al proceso de integración, lo hacen en ejercicio de su soberanía y hasta dónde esa soberanía les permite. Por eso es interesante tener presente una cuestión que ha sido muy bien reflejada en el texto constitucional español en su art. 93 y es que el estado español cede el ejercicio de competencias que siguen siendo de titularidad del estado español. O sea, el estado español no cede a la Unión las competencias políticas sino únicamente su ejercicio, a través de un tratado internacional y puede recuperar ese ejercicio a través de la denuncia del tratado en cuestión. Por tanto, la idea de la anulación de la soberanía es equivocada y sin sentido. El estado que va a ser protagonista de un proceso de integración supranacional, decide hacerlo precisamente en virtud de su soberanía.

Vinculada a la consecuencia anterior, está otra consecuencia de la integración: si es posible o no la reversibilidad del proceso, es decir, si un estado que decide

formar parte de un proceso de integración supranacional puede desvincularse de éste o no. La mayoría de los autores aseguran con rotundidad que los procesos de integración son irreversibles, pero en cierto modo, confunden lo que es su voluntad con lo que es norma jurídica. Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, los procesos de integración supranacionales se articulan a través de tratados internacionales, los que, no obstante la especificidad de su contenido, son normas jurídicas y por tanto, manejable de conformidad con la teoría jurídica de los tratados internacionales, siéndoles de aplicación las cláusulas sobre la denuncia de tratados establecidas en la Convención de Viena sobre los tratados. Ahora bien, una cuestión que deberá debatirse al respecto es la indemnización que se deberá a los demás estados miembros en caso de abandono del proceso de integración por parte de un estado. En 1973 el gobierno laborista británico realizó un referéndum en Gran Bretaña, a fin de que los ciudadanos británicos resolvieran si seguían en la Unión Europea o se iban.

En el proceso de integración, los estados miembros se comprometen a no tomar decisiones que obstaculicen el proceso o que impidan la concreción de los objetivos, por lo que la lealtad va más allá del estricto cumplimiento de la norma. No se puede entrar en una cooperación supranacional pensando únicamente en las ventajas que se van a recibir, las reglas del juego también traen aparejadas ciertas desventajas que el estado miembro debe asumir.

Otra consecuencia política y social del proceso de integración supranacional es la dificultad de frenar el proceso. Es decir, cuando se elabora un tratado internacional

abocado a un aspecto muy concreto, normalmente es fácil limitar los efectos de ese tratado a los estrictamente pactados. Cuando el tratado internacional tiene por objeto crear un mercado común para cuyo efecto es necesario prever innumerables cuestiones, es difícil poner fin o freno al proceso, ya que puede darse que en la ejecución de una materia determinada, surjan otras respecto de las cuales es imprescindible una armonización de los estados miembros y, por tanto es difícil poner un freno al crecimiento de las competencias dentro de la globalidad.

La integración supranacional tiene ventajas e inconvenientes. Toda forma de cooperación humana implica una concesión en aras del buen funcionamiento de la globalidad. Con independencia de la desventaja que implica el no poder los estados miembros mantener su voluntad omnímoda, hay innumerables ventajas, fundamentalmente la creación de un mercado económico y financiero mucho más amplio y un menor coste de los productos, en vista de la supresión de los aranceles fronterizos. Otra ventaja es la ampliación del espacio vital que permite a los ciudadanos circular libremente por la Unión, sin necesidad de ningún formalismo o gestión. La cooperación y solidaridad de los estados ricos hacia los más pobres es la ventaja quizá más trascendental; los italianos, los españoles, portugueses y griegos tienen amplia experiencia en la materia. En la Unión se han creado para el efecto por los países más ricos, los fondos de cohesión y ayuda para el desarrollo regional a fin de mantener el crecimiento conjunto de sus economías. Ello lleva a una mayor homogeneidad social y económica en todo el espacio de la integración, a fin de facilitar la aplicación de

políticas comunes que no produzcan situaciones disfuncionales.

Otra consecuencia de la integración supranacional es la ruptura de la identidad-ciudadanía con la identidad-nacional. La idea de que el estado reconozca los derechos de sus nacionales y de que el extranjero es un ser extraño al que se consiente habitar en el interior del estado, con la integración nacional queda superada, desaparece. Por tanto, se tiende a identificar un modelo de ciudadanía que nada tiene que ver con la nacionalidad.

Otra consecuencia es el rediseño de la legitimidad democrática de las decisiones políticas; no se trata de que se eliminen las formas democráticas sino que funcionan de forma diferente. Las democracias russonianas diseñadas para los cantones suizos devinieron inaplicables cuando se estableció el concepto revolucionario del Estado-nación del modelo francés y la sociedad liberal, y allí fue necesario introducir el concepto de democracia representativa, ya que no era posible una participación democrática directa de los ciudadanos en la cosa pública. Hoy día la sociedad de la información puede introducir formas más participativas dentro del propio ejercicio de la democracia representativa. En todos los casos estamos hablando del ejercicio de la democracia, articulada de distintas maneras. Lo mismo ocurre con el proceso de integración supranacional, no podemos entender igual la democracia en el gobierno de un municipio que en la Asamblea General de las Naciones Unidas o en la Unión. Es necesario pues el rediseño de la legitimidad democrática, no puede haber el mismo grado de

funcionamiento de la representación democrática en un pequeño estado que en la cooperación supranacional.

Por último, dos consecuencias más bien políticas del proceso de integración supranacional: en primer lugar, el vaciamiento del poder legislativo nacional porque lo primero que se pone en común es la materia legislativa (éste es el poder que más sufre en la integración), lo cual puede suponer un vaciamiento de las competencias de lo que llamamos estado-nación si la integración supranacional se combina con un proceso de descentralización interna. Es el caso español, en el que primero se dio un proceso de descentralización en 17 comunidades autónomas y luego, se incorporó a la construcción europea. Por último, una consecuencia muy importante es la opacidad y la dificultad de la transparencia frente a los ciudadanos. El proceso de integración no es de fácil acceso para el ciudadano, lo cual dificulta a éste la formación de un criterio para tomar decisiones, entre ellas el voto. Ese es un factor que en la Unión Europea se ha dado mucho: el ciudadano europeo recibe poca información de lo que ocurre en las instancias comunitarias en tanto que a nivel local recibe muchísima información.

En cuanto a las consecuencias jurídico-constitucionales de la integración, la primera es la aparición de un nuevo ordenamiento supranacional que, por un lado es autónomo (dado que tiene mecanismos propios de producción y creación de la norma), y por el otro, conforma un solo ordenamiento con el ordenamiento estatal. Por tanto esa relación entre el ordenamiento estatal y el comunitario y el estrictamente comunitario ha generado problemas de articulación, que se han intentado superar a través del



principio de supremacía, siguiendo la doctrina francesa: el ordenamiento comunitario tiene prelación sobre el ordenamiento nacional. Desde mi punto de vista, no se trata de que el ordenamiento comunitario sea siempre e indefectiblemente superior al estatal, sino que existe una especie de distribución de competencias, similar a la que se da en los estados complejos. La norma jurídica del ordenamiento supranacional prevalece cuando es fruto de una competencia que puede ejercer; si el ordenamiento supranacional elabora una norma para la cual no tiene competencia en los tratados, esa norma no tiene supremacía sobre la nacional. En segundo lugar, otra consecuencia jurídico-constitucional es el problema de la integración de las integraciones supranacionales y los derechos fundamentales. Habitualmente los tratados de integración no tienen un apartado referente a los derechos y libertades de los ciudadanos, al mismo tiempo, ese tratado abre un nuevo ordenamiento que no tiene límites de derechos fundamentales. La constitución nacional, que establece límites fundada en los derechos fundamentales, no es de aplicación en el orden supranacional. Allí se da una situación conflictiva. Sobre el tema, los tribunales constitucionales de Italia y Alemania han establecido jurisprudencialmente que si alguna normativa comunitaria viola un derecho fundamental, no obstante la idea de la supremacía del orden supranacional, esa normativa será inaplicable dentro del territorio nacional. Por ello, después de 40 años, se está elaborando una Carta Europea de los Derechos Fundamentales que presuntamente se va a incorporar a los tratados constitutivos.

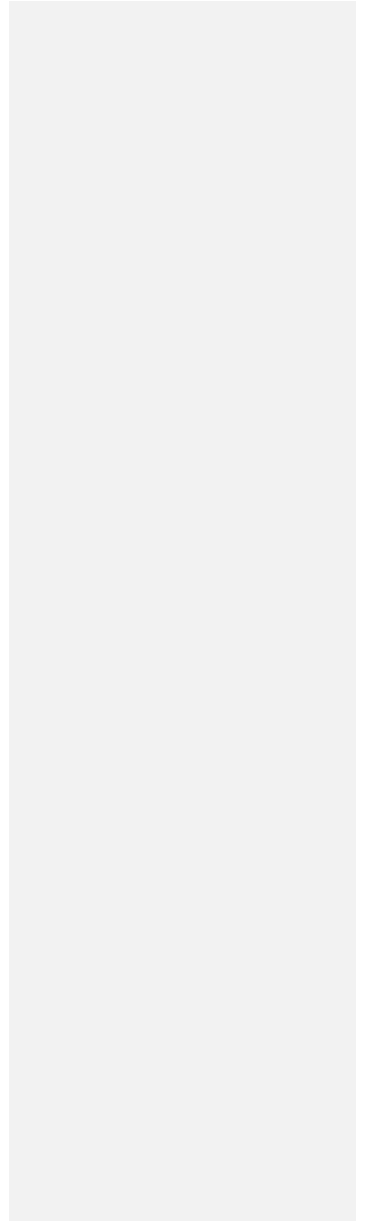
Otra consecuencia jurídico-constitucional es el problema de legitimación de la construcción supranacional y

los problemas de colisiones de las legitimaciones. La constitución nacional es la que permite al estado integrarse en una construcción supranacional a través de un tratado internacional. Por tanto, la legitimidad última del proceso de integración supranacional descansa en las constituciones nacionales de los estados miembros. Pero, para mantener la lógica de la construcción supranacional, se ha consagrado el principio de supremacía del ordenamiento supranacional o de división de competencias, incluso por encima de las normas constitucionales nacionales. Según la jurisprudencia europea, una normativa comunitaria puede ir en contra de la norma constitucional nacional y, el juez tendrá que dar prioridad a la normativa comunitaria. Desde la perspectiva de la construcción supranacional, ello es plenamente aceptable puesto que una solución distinta truncaría la unidad del ordenamiento común. Pero desde la perspectiva nacional es inaceptable que la constitución que es la fuente de legitimidad del propio proceso de integración supranacional pueda ser desvalorizada, desplazada por una norma supranacional.

Por último, desde la perspectiva de reforma del estado paraguay, me atrevo a sugerir a tener presente los intereses de los individuos que conforman el estado, ya que el estado no es sólo la estructura administrativa y política, el estado está conformado por los ciudadanos. El elemento de la ciudadanía cobra especial relevancia en el estado democrático. La experiencia europea en ese sentido es que a veces el interés de las estructuras burocráticas por encima de los intereses ciudadanos hace que las integraciones se dilaten en el tiempo y que devengan incluso en estériles. Ello es explicable pues no es lo mismo que ser presidente de un

estado aislado que presidente de un estado inmerso en un proceso de integración, y a veces esas situaciones condicionan que los ritmos de integración no sean los adecuados, no sean los que marca la evolución económica, y se frenan los procesos de integración por no perder cuotas de poder dentro de la construcción supranacional. Es un problema que repercute directamente en los ciudadanos, que hace que esa maquinaria estatal devenga en ineficaz y provoque perjuicios colectivos. Por ello aconsejo a los poderes públicos de un estado que inicia o continúa un proceso de integración, que sean generosos y sepan de antemano, que ese proceso implica sacrificios como actores de ese estado, pero que esos sacrificios redundan en múltiples beneficios para los ciudadanos que también son parte, la más importante, en un estado democrático contemporáneo.

## **DEBATE**





**MODERADOR**

- EMBAJADOR ELADIO LOIZAGA, COORDINADOR DEL PROYECTO DE MODERNIZACIÓN INSTITUCIONAL DEL PARAGUAY.

**Pregunta:** Nosotros tenemos la experiencia del MERCOSUR, hay una diferencia económica, política y social abismal entre los países miembros del MERCOSUR. Teniendo en cuenta estas diferencias, considera Ud. que es posible la integración?

**Respuesta:** Quizá hoy en la Unión Europea las diferencias entre estados sean pocas, pero cuando España, Grecia y Portugal ingresaron a la Unión, las diferencias con respecto a los países más avanzados eran sustanciales. Hoy día, cuando se habla de la integración de Polonia y Hungría, hay ingentes diferencias sociales y económicas con respecto a los países más desarrollados, por ejemplo, Suecia. Hay también diferencias culturales e incluso de cultura política, en el caso de países que han vivido un régimen comunista. No obstante, a pesar de todas esas dificultades, éstas se van superando y pasado el tiempo, se ha producido una cierta homogeneidad cultural y política, económica y social. Por tanto, no hay que temerle a la integración. La experiencia en la materia hasta ahora demuestra que la integración acelera el desarrollo económico y social. En segundo lugar, creo que es perfectamente posible la integración entre Argentina, Brasil, Paraguay y otros países del área. Lo que hace falta es pactar, como es habitual en un proceso de esta índole, un régimen de transición para colocar a los países en una posición más o menos homogénea. No tiene por qué haber ningún riesgo si

se planifica cuidadosamente el proceso de transición de la economía aislada a la colectiva e integrada. (Prof. Dr. Roberto Alfonso Viciano Pastor, Expositor de la Unión Europea).

**Pregunta:**Cuál es la experiencia europea en relación con la problemática que está atravesando el MERCOSUR, en que los países más grandes, Argentina y Brasil, están tratando de ejercer una cierta hegemonía. Se planteó una suerte de posicionamiento hegemónico por parte de algún estado miembro de la Unión Europea en algún momento del proceso de la integración?

**Respuesta:** Evidentemente en las relaciones entre estados hay pretensiones de hegemonía por parte de los estados más poderosos. En este momento en la Unión Europea, hay un clarísimo intento de hegemonía por parte de Alemania, una potencia económica dentro de la Unión. Hasta hace poco tiempo, la hegemonía la compartían Francia y Alemania, que eran reconocidos por todos los países miembros como el motor europeo. Los demás países no veían la cuestión como negativa sino como una garantía de desarrollo. La clave es la cooperación en el logro del mismo interés colectivo. Es necesario cambiar la filosofía del enfrentamiento por la filosofía de la cooperación. (Prof. Dr. Roberto Alfonso Viciano Pastor, Expositor de la Unión Europea).

Con formato

**Pregunta:** Qué opinión le merece la posición de estados que están a la expectativa de sacar la mayor ventaja en el proceso de integración. Por ejemplo, el caso de Chile en el MERCOSUR. No sé si la misma situación se ha producido

en Europa. Qué influencia puede tener esto en un bloque regional como el nuestro?

**Respuesta:** Nosotros tenemos un caso similar en Europa con Gran Bretaña, que tiene una filosofía al del resto del continente, es radicalmente contraria a que al final del proceso se llegue a la instauración de un estado federal en tanto que Alemania, Francia, Italia y España lo han aceptado como una perspectiva a largo plazo. Gran Bretaña ha manifestado al respecto que su única pretensión es un cooperación económica o en todo caso, una zona de libre cambio. Ese es un problema grave, conflictivo. Lo correcto, en principio, es que los estados aclaren cuál es su posición respecto del proceso de integración y sólo cuando está claro su posicionamiento, se los deje entrar. Es peligroso meter un socio que no esté plenamente identificado con los objetivos finales de la asociación. (Prof. Dr. Roberto Alfonso Viciano Pastor, Expositor de la Unión Europea).

Con formato

Quisiera ampliar la respuesta del Prof. Viciano, en el sentido de que el problema que se plantea con respecto a Chile es que a diferencia de un mercado de libre comercio, una unión aduanera implica un arancel externo común. Evidentemente, Chile tiene un promedio mucho más bajo que Brasil y Argentina, por lo que su ingreso al MERCOSUR implicaría elevar todos sus aranceles, lo cual le va a obligar a renegociar los compromisos que tiene contraídos en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Esto le pasó al Paraguay en la época en que ingresó al GAT en el año 1993, sus niveles arancelarios con respecto a Brasil y Argentina mucho más bajos, incluso hubo intención de aquellos de prorrogar el ingreso de Paraguay hasta que nos



incorporáramos todos a este proceso de la Unión Aduanera. Paraguay ingresa al GAT y hoy tenemos un caso concreto: se está discutiendo en Buenos Aires el régimen automotriz en el que Paraguay establece como techo máximo el 20% en tanto que hay pretensiones de llevarlo al 25% y 35%, lo cual implicará para Paraguay hacer concesiones en otros sectores que le son particularmente sensibles (agrícola, por ejemplo). (Embajador Eladio Loizaga, Moderador).

**Pregunta:** En un proceso de integración, es positivo o no tener países con el status de asociados, como el caso de Chile y Bolivia en el MERCOSUR?

**Respuesta:** Las posturas claras son siempre positivas, es peor tener como socio a un país que realmente se siente asociado. Mientras que el marco jurídico lo permita, no hay inconveniente alguno. (Prof. Dr. Roberto Alfonso Viciano Pastor, Expositor de la Unión Europea).

Con formato

**Pregunta:** Hay alguna evaluación con referencia al impacto que ha tenido el proceso de integración en torno a las desigualdades sociales internas en los países, de reducción de pobreza y de generación de empleos?

**Respuesta:** Sí, claro, hay múltiples estudios sobre el impacto que ha generado la integración en cuanto a la disminución de las distancias de las variables macroeconómicas de los estados como consecuencia de aquella. La propia Comisión Europea elabora informes anuales. En términos de impacto, España ha pasado de tener no más que una autopista que no llegaba ni a Valencia a más de 5000 kilómetros de autovía, pagado con fondos de la

Unión Europea, ha pasado de tener un tren que no se podía conectar con el resto de Europa porque tenía un ancho de vía diferente al europeo a estar diseñándose en la actualidad alrededor de 2000 kilómetros de vía de alta velocidad. (Prof. Dr. Roberto Alfonso Viciano Pastor, Expositor de la Unión Europea).

Con formato

Esos avances provinieron de fondos de la comunidad y no del hecho de la integración económica que ha existido, o sea, de la compensación comunitaria a los países menos adelantados (Aclaración del Embajador Eladio Loizaga, Moderador).

O sea, que os referís al intercambio económico en el volumen del comercio. En el tema del comercio podemos decir que España tuvo que realizar una fuerte reconversión industrial, se cerraron muchos establecimientos obsoletos, y en contrapartida, la agricultura española sobrevive gracias a la incorporación a la Unión Europea porque hay una prioridad de la producción agrícola europea dentro de la comercialización de la Unión y eso hace que se destinen subvenciones para la producción de productos agrícolas, además de contarse con la cláusula de preferencia. (Prof. Dr. Roberto Alfonso Viciano Pastor, Expositor de la Unión Europea).

Con formato

**Pregunta:** Ud. cree que la consolidación llegará por la vía de la creación de un Tribunal de Justicia comunitario a los efectos de transparentar y garantizar el ejercicio del comercio dentro de los estados, o porque existe voluntad política y necesidad real de consolidar? Otra pregunta: el Tribunal de

Justicia comunitario se elaboró hace mucho tiempo o pasó bastante tiempo para ello?

**Respuesta:** Empiezo por contestar la última pregunta. El tribunal de justicia de la comunidad europea se crea en el primer momento de elaboración del primer tratado comunitario (el Tratado CECA); en tanto hay ordenamiento jurídico comunitario, hay órganos jurisdiccionales que sean capaces de resolver los conflictos que se originen en ese ordenamiento. Lo que ocurre es que el tribunal de justicia crea bastantes problemas a los estados nacionales miembros. En el caso europeo está presente desde el primer momento, incluso contra la opinión de algunas burocracias nacionales, la Unión Europea ha conseguido ir avanzando gracias a las decisiones del Tribunal de Justicia, que con un objetivo finalista (teniendo en cuenta los objetivos del tratado) ha hecho unas interpretaciones que jurídicamente no son muy razonables pero políticamente han permitido la continuidad del proceso. (Prof. Dr. Roberto Alfonso Viciano Pastor, Expositor de la Unión Europea).

Con formato

En cuanto a la primera pregunta formulada, el problema de la opacidad tiene dos ámbitos: el primero plantea la cuestión de si legalmente hay instrumentos para garantizar la actuación comunitaria, y debo responder afirmativamente. Está previsto un diario oficial de la Unión Europea donde se publica todo, a manera de comunicación e información. El problema de la transparencia en la Unión Europea no pasa por el instrumento oficial de publicidad, sino la publicidad habitual, la de los medios de comunicación que informan muy poco acerca de la actuación de los órganos comunitarios. En concreto, dentro del ordenamiento jurídico comunitario, a

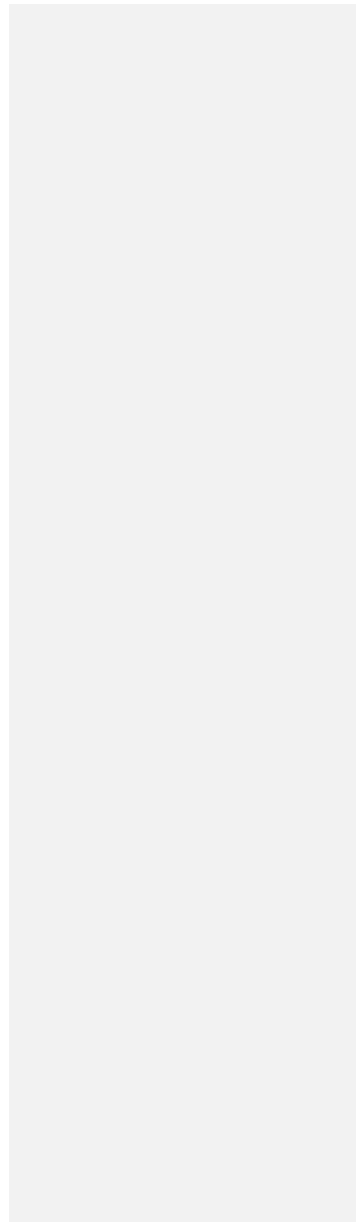
pesar de las cláusulas del tratado que están destinadas a garantizar la transparencia y a que los ciudadanos puedan conocer la actuación de los órganos comunitarios, hay veces que las instituciones comunitarias impiden la entrega de documentos, informes, etc., y en ese contexto, el Tribunal de Justicia ha elaborado una jurisprudencia muy fuerte en el sentido de garantizar el acceso de los ciudadanos a las actuaciones de la administración comunitaria, incluso en materias que suelen considerarse de carácter reservado como seguridad, política penal, ha habido casos en que solicitados los documentos por particulares y denegado el acceso, el Tribunal de Justicia ha hecho lugar al pedido formulado por el particular afectado. Por tanto, el Tribunal de Justicia ha sido un elemento muy eficaz para garantizar la transparencia dentro del sistema comunitario, la transparencia regulada jurídicamente. (Prof. Dr. Roberto Alfonso Viciano Pastor, Expositor de la Unión Europea).

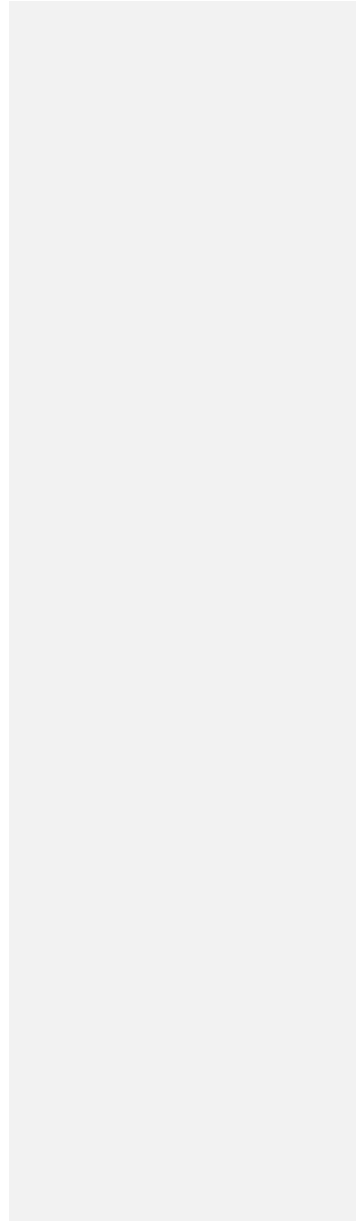
Con formato

Fin del cuarto módulo.



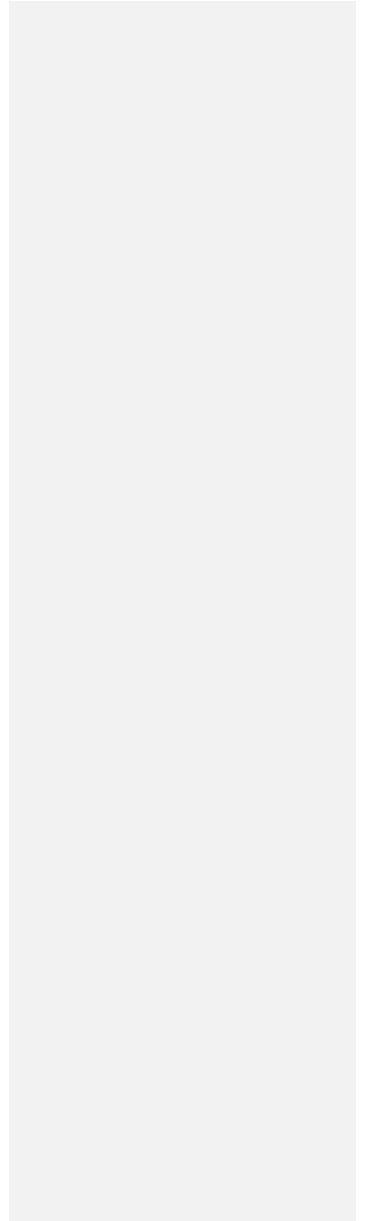
**SEGUNDA PARTE:  
CICLO DE CONFERENCIAS PARA  
RELADORES DE LA CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA**





**“ACCIÓN DE AMPARO”**

EXPOSITOR: DR. ENRIQUE SOSA ELIZECHE







## ACCIÓN DE AMPARO

DR. ENRIQUE SOSA ELIZECHE<sup>35</sup>

### I. Introducción

La Acción de Amparo es un remedio procesal, que tiene en nuestro país muchos años de aplicación. Desde el año 1967, en que se la incluyó en la Constitución de ese año, han transcurrido treinta y tres años de vigencia del Amparo. Sin embargo debemos reconocer que ha sido muy mal utilizado por los abogados y magistrados, convirtiéndose más que en un remedio, en un elemento anarquizante.

Lo que vamos a decir es simplemente un recordatorio de sus presupuestos que todos conocemos, pero que es útil que los repasemos y que hagamos alguna reflexión sobre el contenido y los mecanismos del amparo.

Debemos recordar que el amparo es un remedio que tuvo su origen en la protección de los derechos fundamentales, en el resguardo de los Derechos Humanos, y que con ese objetivo nació históricamente, pero con el tiempo el área de protección se extendió a todos los demás derechos que se encuentran en el ordenamiento jurídico.

Es conveniente en ese sentido, recordar los instrumentos internacionales que hacen referencia a ese derecho tan importante que es el derecho a la jurisdicción, el derecho a la justicia. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Art. 8 establece

---

<sup>35</sup> Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Rca. del Paraguay.

“Toda persona tiene derecho aun recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Art. XVIII dispone:“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrado constitucionalmente.”

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa en su Art. 24, primer apartado,

“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 reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Consecuente con estos principios, la Constitución vigente del año 1992, siguiendo las pautas de nuestra anterior ley fundamental establece la acción de amparo en los siguientes términos

El Art. 134. de ese cuerpo legal dispone:

“Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, y gratuito y de acción popular para los casos previstos en la ley.

El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral.

El Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes.

La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado.”

## **II. Caracteres**

Antes de entrar al análisis de los presupuestos del Amparo que surgen del texto constitucional, es preciso recordar los caracteres del remedio procesal:

- 1) se trata de un **remedio excepcional**. La disposición constitucional exige que el caso no pueda remediarse por la vía ordinaria, vale decir, que solo cabe ante la inexistencia de otros remedios o ante la ineficacia de los que existieren. Este carácter debe ser articulado por el interesado al promover la demanda y acreditado en forma clara en el momento de dictarse sentencia.
- 2) Es un **proceso autónomo** pues no depende de ningún otro proceso promovido o a promoverse como lo sería en el caso de las medidas cautelares. El amparo no es una medida cautelar aunque muchas veces se lo ha entendido de esa manera, aún cuando durante el curso del proceso puedan adoptarse medidas cautelares como veremos más adelante.
- 3) Por último se trata de un **procedimiento sumario**, breve como lo indica el texto constitucional, y ello es así porque los elementos que compone el instituto deben surgir en forma clara y manifiesta de tal manera que no requieran mayor debate. De ahí que si se trata de una cuestión que no reviste ese carácter de claridad, la **sumariedad del Amparo no sería apta** para resolver la cuestión.

### III. PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES

De la lectura de la primera parte de la norma constitucional surgen los presupuestos fundamentales de este instituto que si bien son conocidos por los señores magistrados por la experiencia que han tenido, es importante, como he dicho repasarlos para su reflexión. Estos presupuestos son:

- 1) **el acto lesivo**
- 2) **el daño o agravio**
- 3) **los derechos protegidos, y**
- 4) **la ausencia de remedios ordinarios.**

Es importante tener presente que para la procedencia del amparo se requiere la concurrencia de todos y cada uno de los elementos. Por lo tanto, cuando nos refiramos a uno de ellos en particular damos por supuesto que también deben concurrir los demás elementos.

#### 1) EL ACTO LESIVO Ó ACTO VIOLATORIO

La expresión acto debe ser tomada en su **sentido amplio**, vale decir cualquier acto jurídico o no, o cualquier hecho o conducta que puedan producir un daño. El Derecho Meicano lo describe como “cualquier hecho voluntario, consciente, negativo ó positivo, desarrollado por un órgano del Estado, consistente en una decisión ó en una ejecución ó en ambas conjuntamente, que produzcan una afectación en situaciones jurídicas ó fácticas dadas y que se impongan imperativamente”

- **Requisitos del acto lesivo:**

**a) Ilegítimo.**

Carácter manifiesto.

De acuerdo con la Constitución el acto debe ser ilegítimo. Esa ilegitimidad debe surgir en forma manifiesta, tal como lo exige la ley fundamental por lo que no debe requerir un análisis exhaustivo. Debe advertirse que ese carácter manifiesto, debe surgir ya sea al promover la demanda o ya con posterioridad, mediante el aporte de las pruebas pertinentes. Pero lo importante es que la manifiesta ilegitimidad debe presentarse en el momento de dictarse sentencia en el cual debe surgir en forma clara y evidente dicho carácter.

**Ilegitimidad – Ilegalidad**

Se ha distinguido la ilegitimidad de la mera ilegalidad. Son dos conceptos similares aunque no idénticos puesto que un acto puede ser legal pero no

legítimo y viceversa. Por legalidad como Uds. saben se entiende todo aquello que sea conforme al derecho positivo en tanto que por legitimidad se entiende el acto conforme al derecho natural, a la justicia o a la equidad. Se ha expresado que “la legitimidad de cualquier institución es su conformidad con la ley en toda la extensión de la palabra, y por lo tanto, con la ley divina, natural y positiva, y con la humana ya consuetudinaria, ya escrita”. Sin duda, la cuestión está vinculada con la polémica positivismo versus jusnaturalismo, porque como señala Legaz y Lacambra, “el respeto a la dignidad del individuo, implica la inserción de la legalidad en un orden jusnaturalista, realizado en la Constitución, pero

reconocido por ésta como trascendente. De ahí la posibilidad de hablar no ya sólo de anticonstitucionalidad, sino de antijusnaturalidad de una disposición legal.”La legalidad aspira a ser legítima ya que la norma positiva se inspira en la Justicia y en tal sentido debe ser interpretada. La norma positiva tiene la pretensión de legitimidad y a veces la presunción por lo que lo legal sería sinónimo de lo legítimo. Pero puede no ocurrir esa coincidencia. Por ejemplo, siempre en casos hipotéticos, una ley dictada con todas las formalidades requeridas, por un parlamento democrático, que consagrara la esclavitud podría ser considerada una norma legal pero no legítima.

Sin embargo en nuestro derecho no se admite la ley ilegítima dado que ella sería inconstitucional. El deber de asegurar las libertades, los derechos humanos, la justicia insuflan el espíritu de la Constitución y se materializa en normas expresamente consagradas en dicho cuerpo jurídico por lo que todo acto que viole estos principios podría dar lugar al Amparo aunque aquel se funde en una norma legal. Esto está vinculado evidentemente a la inconstitucionalidad de la norma y su posibilidad de declararla dentro del amparo lo cual veremos más adelante.

#### **b) acto subsistente**

Existen otros requisitos para el acto lesivo. Debe tratarse de un acto subsistente, vale decir que no haya cesado ni hayan cesado sus efectos porque en caso contrario el amparo que busca precisamente el restablecimiento de la situación jurídica infringida no tendría objeto. En algunas



legislaciones, se establece expresamente este principio, como la ley mejicana que dispone en su art. 73:” El juicio de amparo es improcedente...XVI. Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado.”

**c) acto no consumado de modo irreparable**

Por la misma razón debe tratarse de un acto no consumado de modo irreparable puesto que si el acto fue consumado y no es posible restablecer el derecho solo cabrán las reparaciones indirectas, de carácter económico o de otra índole como las indemnizaciones que no constituyen el objeto del amparo.

**d) acto no consentido**

Por último debe tratarse de un acto no consentido, ya sea en forma expresa ya tácitamente por la no interposición de recursos o del propio amparo dentro de los plazos establecidos. En este punto sería interesante analizar, la cuestión relativa a ciertos derechos irrenunciables en cuya vigencia está interesado el orden público. En mi opinión no es posible admitir que el derecho a la libertad, en sus múltiples manifestaciones, a la igualdad, al libre tránsito dentro del territorio nacional, a habitar el suelo patrio, a la libertad de conciencia, de pensamiento, de opinión, de expresión y información, de reunión, etc. queden definitivamente conculcados por haberse dejado transcurrir un plazo sin reclamar su restauración. Ellos son derechos permanentes, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles cuya vigencia es independiente de la voluntad de los beneficiarios. Toda manifestación de dicha voluntad, expresa ó tácita, en el sentido de la

renuncia de los derechos ó del consentimiento de la restricción, es nula de nulidad absoluta.

**e) Justiciabilidad**

Sostienen algunos autores que el Amparo no es procedente cuando se trate de actos no justiciables. Debemos recordar que la Corte Suprema en su anterior conformación declaró que no existen actos no justiciables. Debe recordarse que por actos no justiciables se entiende aquellos que por ser realizados en virtud de facultades privativas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por pertenecer a las denominadas “zonas de reserva” están exentos de la autoridad de los jueces por lo que no podrían ser objeto de ningún juzgamiento en ningún tipo de juicio y por lo tanto tampoco a través del Amparo.

La cuestión ha dado lugar a opiniones divergentes en nuestro medio sobretodo en aquellos casos en que se afectaron cuestiones muy sensibles de carácter político especialmente cuando se refería a la revisión judicial de los llamados “actos de gobierno”.

A mi modo de ver la justiciabilidad significa la posibilidad de que un juez examine si la cuestión sometida a su consideración pueda ser objeto de revocación eventual o si debe respetarse la decisión adoptada por el órgano no judicial por ser una cuestión atingente exclusivamente a ese órgano dentro de una zona de reserva.

Como sabemos existen actos que son dictados en ejercicio de facultades discrecionales, facultades que les han sido otorgadas a determinadas autoridades administrativas o legislativas para la adopción, de acuerdo al criterio de esas

autoridades, de determinadas medidas alternativas. Como he dicho la ley somete al criterio de esas autoridades la adopción de una u otra medida y si la revisión de esos actos por el juez pudiera significar la sustitución del criterio de la autoridad administrativa por la del criterio del juez, estaríamos convirtiendo a los jueces en autoridades administrativas y legislativas, convirtiendo al sistema en el gobierno de los jueces o en la dictadura judicial ya que éstos reunirían en sí, todos los poderes. Esto es lo que se quiere evitar cuando se afirma que existen casos no justiciables.

Similar situación se da en el ámbito del Derecho Privado en el que rige el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos o el de la libertad testamentaria en materia de actos de última voluntad. El juez no puede intervenir sustituyendo la voluntad de las partes o la voluntad del testador. Ellos serían actos no justiciables desde ese punto de vista.

Pero sabemos que los actos discrecionales no son ilimitados. Sabemos que la discrecionalidad no es absoluta; que cuando la ley otorga esas facultades discrecionales establece límites a la misma pues en caso contrario sería inconstitucional. Esos límites están establecidos en la Constitución, en las leyes, en los reglamentos. Dichos límites, deben ser respetados por la autoridad a quien se confirió la facultad discrecional. Además de esos límites existe un límite lógico vinculado a la razonabilidad del acto, es decir la proporcionalidad, ya que discrecionalidad no significa facultad para actuar arbitraria y caprichosamente.

Del mismo modo los particulares que contratan de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad no pueden alterar leyes de orden público ni pueden realizar contraprestaciones desproporcionadas que vicien el principio de equilibrio que preserva la teoría de la lesión consagrada en nuestro Derecho Positivo.

Por eso cuando se habla de actos no justiciables ello no significa que los jueces no pueden examinar si las facultades discrecionales no han traspasado los límites establecidos por la Constitución, la ley y el principio de razonabilidad, como asimismo que los jueces no puedan examinar si en esos contratos no se han violado normas de orden público o si el testador no ha afectado por ejemplo la legítima de los herederos forzosos.

En ese sentido podemos afirmar que no existen actos no justiciables porque cuando se plantea una cuestión a un juez cualquiera sea la naturaleza del acto, aquel está obligado a examinar la legitimidad del mismo. Lo que no podrá hacer el juez, una vez constatada la adecuación del acto a las potestades que le han sido conferidas, es reemplazar la decisión de la autoridad, o de las partes en los contratos o del testador, por la suya propia por tener criterios distintos.

Existen casos en la jurisprudencia nacional donde dentro del amparo se examinó la cuestión relativa a la justiciabilidad del supuesto acto lesivo. En un caso se planteó ante la justicia electoral el amparo contra una resolución de la Cámara de Diputados por la que ante el permiso concedido a uno de sus miembros lo sustituyó por el suplente en la lista de la alianza electoral que había sido

electa. Quien planteó el amparo pretendía que el cargo le correspondía en su carácter de suplente del partido que integraba la alianza. Se preguntaba el Tribunal si la cuestión era justiciable o si la sustitución de un parlamentario por el suplente era cuestión privativa de la Cámara. En otro caso se presentó el amparo por un senador suplente que pretendía a través del amparo su incorporación a la Cámara de Senadores bajo apercibimiento de prestar juramento ante la autoridad electoral competente. Entendió el Tribunal que la reunión de los miembros de la Cámara para constituirse en quórum legal es de competencia exclusiva de aquella así como los medios para compeler a sus miembros a concurrir a las sesiones. Consideró que era una cuestión no justiciable.

### **Acto lesivo. (Cont.)**

#### **a- Acto de Autoridades**

En primer lugar el Amparo cabe contra actos de autoridades. Analicemos cuales y de qué autoridades.

##### 1.) Actos del poder administrador.

Con respecto al mismo, el Poder Ejecutivo, cabe contra todo tipo de actos, sean estos actos administrativos o de otra naturaleza, conductas o vías de hecho. Evidentemente en ellos el magistrado debe analizar la legitimidad de dichos actos sin perder de vista las esferas propias de la administración, es decir las zonas de reserva de la administración, aquellas actividades que la Constitución reserva para el Poder Administrador.

## 2.) Actos del Poder Legislativo

Con respecto al Poder Legislativo obviamente cabe el Amparo contra los actos administrativos de dicho poder ó simple vías de hecho provenientes del mismo que lesionan derechos de los particulares.

En cuanto a la actividad legislativa propiamente dicha, el cuestionamiento del típico acto legislativo, la ley, esta muy vinculado a la declaración de inconstitucionalidad dentro del amparo. Pero si la lesión por el acto ilegítimo se produce por la sanción de una ley, violándose un derecho constitucional, vale decir de jerarquía superior y si por las particularidades del caso las vías normales existentes no fueren idóneas para restablecer el derecho violado, el amparo podría ser el medio adecuado para la salvaguarda de ese derecho.

Esta cuestión se presta a mucha reflexión ya que existiría otra vía, la acción de inconstitucionalidad. Por otra parte es necesario distinguir aquellas leyes inmediatamente operativas o autoejecutables que por su sola sanción pueden afectar directamente al quejoso, de aquellas leyes que requieren para ejecución un acto posterior de aplicación para que surja la afectación o el supuesto daño.

Debe recordarse que la Constitución prohíbe promover el amparo en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes. Con anterioridad a la vigencia de nuestra actual Ley Fundamental, un juez pretendió ordenar dentro de un amparo al Presidente de la República que no promulgara una ley.

### 3.) Actos del Poder Judicial

En cuanto a los actos del Poder Judicial la Constitución establece expresamente que el amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales ni contra actos de órganos judiciales. Se ha discutido mucho sobre la procedencia del amparo contra actos del Poder Judicial. No corresponde referirnos extensamente al debate doctrinario suscitado al respecto, pero debemos decir que se cuestionó por unos ó se propició por otros admitió la procedencia del amparo contra actos judiciales, distinguiéndose incluso entre actos jurisdiccionales y actos administrativos. Nuestra Constitución es categórica, prohíbe el Amparo en la tramitación de causas judiciales y concordantemente el Código Procesal Civil lo prohíbe contra resoluciones y providencias dictadas por jueces o Tribunales, lo cual incluye a todos los actos jurisdiccionales. Pero la Ley Fundamental extiende la prohibición al amparo contra actos de órganos judiciales sin distinguir la naturaleza de los mismos por lo que dicho remedio constitucional es improcedente contra cualquier acto del Poder Judicial, sea jurisdiccional o administrativo o simples vías de hecho.

#### **b- Actos de los particulares**

El amparo no solo protege los derechos por violaciones de las autoridades sino también de los particulares. La tutela debe proceder cualquiera sea el origen del acto lesivo.

#### **c- La omisión**

El acto lesivo puede consistir en una conducta o actuación positiva como en una omisión o abstención vale decir un acto negativo.

Cuando la autoridad o los particulares tienen el deber de obrar o de pronunciarse y no lo hacen, la abstención o el silencio pueden causar la violación de un derecho y la Constitución extiende la protección del amparo contra este tipo de conductas.

Relacionado con este tópico se encuentra el tema referente al silencio de la Administración y a lo que se ha dado en llamar “amparo de pronto despacho” con el cual se busca que el autor del acto lesivo revierta su conducta hacia un acto positivo. No debemos olvidar en lo que respecta al silencio de la Administración la disposición del art. 40 de la Constitución que consagra el derecho de petionar a las autoridades y el deber de éstas de dar respuesta a las peticiones, dando un valor al silencio de la autoridad cuando esta no se pronuncia en las condiciones y en los plazos establecidos en la Ley, efecto que dejaría sin sustento el amparo de pronto despacho ya que por imperio de la norma constitucional existiría un pronunciamiento, ficto es cierto, pero un pronunciamiento al fin que es lo que se buscaría con el mencionado amparo. El problema surgiría cuando la Ley no estableciera plazos en los cuales sí el Amparo podría caber para emplazar a la autoridad a pronunciarse, incluso bajo percibimiento de darle un sentido, denegatorio al silencio.

#### **d- La amenaza**



También la amenaza puede dar lugar al Amparo. La Constitución lo autoriza cuando el quejoso se encuentra en peligro inminente de ser lesionado en su derecho. Esa expresión nos revela que debe tratarse de una amenaza seria, el peligro claro de una lesión futura de futuridad inmediata. Deben existir indicios ciertos y no un mero temor hipotético.

e- **Daño o agravio.**

Es el segundo elemento al que nos hemos referido. El acto lesivo o acto violatorio debe producir una afectación, un agravio, una merma en los derechos del quejoso.

- **Daño personal. Intereses difusos.**

Ese daño debe ser personal. La Constitución establece ese requisito para atribuir el amparo a la persona cuyo derecho es violado. No obstante debemos recordar que la propia Constitución convierte al Amparo en Acción Popular en los casos previstos en la Ley y también debemos recordar el art. 38 de la misma Ley Fundamental que confiere el derecho a la defensa de los intereses difusos a toda persona individual o colectivamente. En lo referente a la defensa del Ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor, etc.

- **Daño real y tangible.**

El daño debe ser un daño real y tangible, no un mero daño hipotético. También debe ser grave, vale decir que es un remedio para cuestiones trascendentes y no para cuestiones ligeras. La Constitución habla de lesión grave. Indudablemente la apreciación con respecto a la gravedad del daño, a su entidad corresponde a la persona lesionada lo cual responde mucho a criterios subjetivos. No debe perderse de vista la importancia del caso concreto y las condiciones personales del actor pues lo que es grave para una persona de condición humilde puede no serlo para otra persona. El juez debe recurrir a su sentido de prudencia y a su sabiduría para poder determinar la gravedad de la lesión en el caso concreto.

### 3) Los Derechos protegidos

- Constitucionales o legales: todos los derechos fundados en el ordenamiento jurídico. Se pasa de la protección de los derechos constitucionales a la protección de toda la legalidad.
- Subjetivos públicos o privados.
- Individuales, sociales y políticos. Derechos humanos
- Patrimoniales. En lo que respecta a estos derechos es evidente que ellos se encuentran muy bien protegidos por los medios ordinarios y es casi imposible encontrar algún caso en que aquellos resulten ineficaces. Derecho de propiedad (acción de reivindicación, posesoria, interdictos, medidas cautelares, etc.)
- Derechos explícita e implícitamente consagrados. La protección abarca a todos los derechos tanto a los que se encuentran establecidos explícitamente en la Constitución y en las Leyes como aquellos que están implícitos a los cuales hace referencia el art. 45 de la Constitución cuando establece: “De los derechos y garantías no enunciados.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.”

- Garantías. Aparte de los derechos se encuentran también protegidas las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico tomadas aquellas en su amplio, como seguridades o promesas establecidas en la Constitución.

#### 4) **Ausencia de remedios ordinarios**

Habíamos dicho que el amparo es un remedio de carácter residual, vale decir que sólo es procedente cuando debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria. Este requisito es fundamental y se ha entendido que constituye la llave del amparo. Es importante para que se abra la vía del amparo que no existan otras vías hábiles para restablecer el derecho conculcado o proteger el derecho amenazado. No pretende el sistema superponer la vía del amparo con otras vías para la protección del mismo derecho lo cual acarrearía gravísimas perturbaciones al sistema procesal. Lo que se pretende es que en aquellos casos en que las vías normales y ordinarias sean inadecuadas el derecho conculcado no quede sin reparación y por sea razón se crea la vía extraordinaria o residual del amparo. Cuando la Constitución se refiere a la vía ordinaria no se esta refiriendo sólo al juicio ordinario, sino a todos los remedios que el derecho procesal pone a disposición de los interesados para hacer valer sus derechos.

Vinculados con este tema se encuentran dos principios, el de las vías previas y el de las vías paralelas.

- **El principio de las vías previas.**

De acuerdo al principio de las vías previas el amparo será improcedente si no se han utilizado previamente los remedios o recursos de carácter administrativo de que dispone el quejoso para hacer rever la resolución que considera violatoria. Estas vías deben ser agotadas para lograr que el acto sea definitivo y poder en consecuencia promover el amparo. Si el acto no es definitivo, si existen esos remedios administrativos en trámite, el Amparo no será procedente. Debe recordarse que estos recursos o medios de defensa administrativos rigen no solamente para la Administración Pública sino también en el ámbito privado, en el derecho societario, donde muchas veces se contemplan recursos internos contra las resoluciones dictadas en ese ámbito.

-**El principio de las vías paralelas**

Este principio exige la inexistencia de un medio idóneo de carácter jurisdiccional, ya que de existir ese medio idóneo, es a esa vía ordinaria a la que debe recurrirse y no a la vía extraordinaria del amparo. A diferencia de las vías previas, cuya utilización es requerida para promover con posterioridad el amparo, no se requiere la utilización de las vías paralelas. Al contrario, su mera existencia, haya sido utilizada o no, determina la inviabilidad del amparo.

Y cuando hablamos de las vías paralelas nos referimos a todos los remedios existentes de carácter jurisdiccional: el

juicio ordinario, los juicios especiales, las medidas cautelares, los procedimientos sumarios, el juicio contencioso-administrativo, se encuentran a disposición de los interesados y son en la mayoría de los casos hábiles para proteger los derechos.

**-Ineficacia de las vías existentes**

Dentro de este tópico de las vías ordinarias, que constituye como he dicho la llave del amparo, reviste singular importancia el referente a la eficacia de las vías existentes. Pueden darse casos en que esas vías normales existentes sean ineficaces para reparar o salvaguardar el derecho conculcado en la forma rápida que se requiere. La tardanza puede en algunos casos ocasionar perjuicios graves de carácter irreparable pudiendo lograrse sólo una reparación tardía e insuficiente. En estos casos, a pesar de la existencia de vías paralelas, se abre la vía del amparo para otorgar con prontitud la reparación que se requiere. Ello surge del texto constitucional.

Este tema ha dado lugar a excesos en la utilización del amparo. Muchas veces la necesidad de lograr una reparación rápida o el deseo de no someterse a la duración de los trámites de los procedimientos normales ha llevado a letrados a promover indebidamente el amparo como medio para satisfacer esa necesidad. Debe advertirse que ese perjuicio grave e irreparable que autorice la acción de amparo no obstante la existencia de vías ordinarias no consiste ni puede consistir en la simple dilación que el tránsito por las vías existente implique, dilación a la que se encuentra sometido necesariamente todo litigante.

No pueden sustituirse lisa y llanamente las vías normales por la excepcional del amparo; ello acarrearía el caos procesal. La celeridad en el proceso debe buscarse por otros medios y no por la utilización indiscriminada del amparo. Este es un remedio que sirve para complementar el sistema procesal pero no para sustituirlo.

Pero tampoco puede negarse el remedio ante la mera existencia de las vías normales sin examinar adecuadamente la eficacia o la idoneidad de ellas para la protección del derecho. Por eso es fundamental el equilibrio en la apreciación de las condiciones del amparo y no convertir al amparo ya en un instrumento anarquizante ya en un remedio de uso imposible.

#### **IV. Breves comentarios sobre el procedimiento**

El Código Procesal Civil, siguiendo las pautas constitucionales establece un procedimiento breve, sumario, bilateral, con facultades del juez y deberes de las partes, excluyendo del amparo aquellos casos de restricción de la libertad individual que corresponden al habeas corpus.

El juez competente es cualquier juez de primera instancia donde tuviere efectos el acto lesivo. En materia electoral la Constitución ha otorgado competencia a los jueces de ese fuero.

Para evitar la elección de jueces la Corte Suprema estableció una Mesa de Entrada de Garantías Constitucionales en la jurisdicción de Asunción con un sistema de sorteo de tal manera que pueda recaer en cualquier juez pero no en el que elija el interesado, garantizándose más la imparcialidad.

Admite el Código el rechazo in limine cuando la petición fuera de notoria improcedencia, debiendo por tanto el juez al recibir el amparo realizar un doble examen previo: uno sobre los requisitos formales, y otro sobre las condiciones de admisión.

Un tópico aparte merece el relativo a las medidas cautelares. El amparo admite la adopción de medidas de urgencia como la prohibición de innovar, la realización del acto omitido y cualquier otra medida cautelar compatible.

Pero es preciso que el juez como la adopción de toda medida cautelar extreme las exigencias a fin de evitar la adopción de medidas improcedentes ya que se han cometido abusos con ellas pues los jueces las han otorgado sin analizar adecuadamente los requisitos para su procedencia. No debe olvidarse que como toda medida cautelar se requiere el peligro en la demora, la verosimilitud del derecho y la contracautela adecuada.

En cuanto a los medios de prueba debe señalarse que existe libertad probatoria por lo que debe admitirse toda prueba compatible con la naturaleza sumaria. En cuanto a la prueba confesoria de la autoridad administrativa ella no es admitida en la jurisdicción contencioso-administrativa por las

diversas razones que no vienen al caso mencionar, pero es una restricción que convendría analizar en cuanto a su aplicación en el procedimiento de amparo.

Debe recordarse que la sentencia debe contener aparte de todos los requisitos propios de toda sentencia: el examen de la prueba, de las condiciones de la acción, el principio de congruencia, la disposición referente a la salvaguarda del derecho o garantía o el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida. La demora maliciosa en el cumplimiento de la sentencia o la obstaculización a la substanciación del amparo impone al juez la obligación de pasar los antecedentes al juez del crimen para los fines previstos en el Código Penal. Debemos tener en cuenta que la sentencia no causa estado conforme lo dispone la Constitución y el Código Procesal Civil, vale decir que no hace cosa juzgada material pero sí formal.

La disposición que autoriza la sentencia inmediata sin substanciación ha sido derogada por la Ley 600/95 la cual modificó igualmente el art. 582 del Código Procesal Civil en lo que respecta a la acción de inconstitucionalidad por parte del juez.

Cabe destacar por último la disposición del art. 136 de la Constitución que establece:

“De la competencia y de la responsabilidad de los magistrados.

Ningún magistrado judicial que tenga competencia podrá negarse a entender en las acciones o recursos previstos



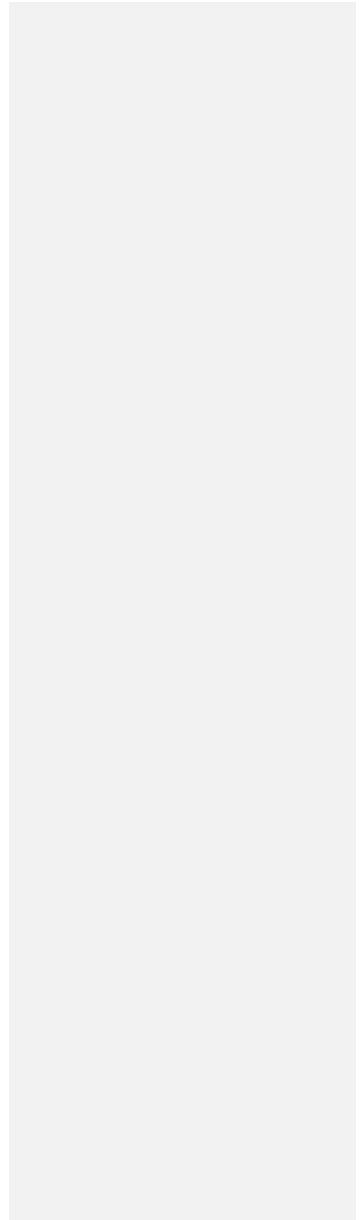
en los artículos anteriores; si lo hiciere injustificadamente, será enjuiciado y, en su caso, removido.

En las decisiones que dicte, el magistrado judicial deberá pronunciarse también sobre las responsabilidades en que hubieran incurrido las autoridades por obra del proceder ilegítimo y, de mediar circunstancias que prima facie evidencien la perpetración de delito, ordenará la detención o suspensión de los responsables, así como toda medida cautelar que sea procedente para la mayor efectividad de dichas responsabilidades. Asimismo, si tuviese competencia, instruirá el sumario pertinente y dará intervención al Ministerio Público; si no la tuviese, pasará los antecedentes al magistrado competente para su prosecución. Ello no significa que el juez deba admitir y dar trámite a todos los amparos que le sean presentados sino que el juez no puede negarse a recibir el escrito de promoción de la acción, debiendo admitirlos si procede ó rechazarlos fundadamente en caso contrario”.

Para finalizar solo me resta señalar que el amparo es un noble instrumento que ha sido puesto al servicio de la ciudadanía para ser utilizado adecuadamente y conforme a su capacidad. La eficacia de este remedio para el goce efectivo de los derechos que conforman las libertades del hombre depende de la probidad y el equilibrio de quienes lo utilizan y fundamentalmente de los magistrados quienes en este caso tienen un amplio poder discrecional para la apreciación de los casos concretos en el que es importante el criterio jurídico y la probidad del juzgador.

**“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD  
DE RESOLUCIONES JUDICIALES”**

EXPOSITOR: DR. LUIS LEZCANO CLAUDE





## **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE RESOLUCIONES JUDICIALES**

DR. LUIS LEZCANO CLAUDE<sup>36</sup>

### **Actos sobre los cuales puede recaer el control de constitucionalidad**

1. A fin de delimitar lo que será objeto de estudio en este trabajo, comenzaremos refiriéndonos a los actos sobre los cuales puede recaer el control de constitucionalidad. Al respecto se pueden distinguir dos grupos: por una parte, los actos normativos, que el Art. 132 de la Constitución llama “normas jurídicas”, y el Art. 260 del mismo cuerpo jurídico, llama “leyes”, “instrumentos normativos”.

Por otra parte tenemos los actos jurisdiccionales que el Art. 132 llama “resoluciones judiciales”, y el Art. 260, “sentencias definitivas o interlocutorias”.

Los problemas relacionados con el control de constitucionalidad se presentan realmente en cuanto a los actos normativos. La cuestión es mucho menos controvertida cuando se trata de actos jurisdiccionales.

---

<sup>36</sup> Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Rca. del Paraguay.

En cuanto a los actos normativos se plantea principalmente el problema de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad: esa larga discusión acerca de si la resolución de la Corte debe tener efectos *inter partes* o limitados, o efectos generales o *erga omnes*.

En este trabajo nos referiremos sólo a los actos jurisdiccionales, es decir, a las resoluciones judiciales.

2. En principio, son actos jurisdiccionales los dictados en un juicio o proceso por órganos del Poder Judicial. Dentro de este concepto estarían incluidas tanto las sentencias definitivas de primera instancia y los acuerdos y sentencias de los tribunales de apelación, como los autos interlocutorios de primera y segunda instancias. Asimismo, las providencias dictadas en ambas instancias, pueden ser objeto del control de constitucionalidad, de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema.

El artículo 556 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

*“La acción procederá contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando:*

- a) por sí mismas sean violatorias de la Constitución; o*
- b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución en los términos del artículo 550 ”.*

Es decir, cuando se presenta alguno de estos casos en relación con actos emanados de órganos del Poder Judicial, se podrá plantear la acción de inconstitucionalidad. Vamos a ver más adelante que esta distinción tiene importancia, especialmente en cuanto a la necesidad de agotar o no los recursos ordinarios. Hasta aquí, no existen mayores dificultades.

3. Una cuestión cuyo estudio resulta inevitable es la referente a ciertas resoluciones que no provienen de órganos del Poder Judicial, pero que deben ser equiparadas a una sentencia judicial.

Tal es el caso, por ejemplo, de las sentencias dictadas por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, órgano que no forma parte del Poder Judicial.

No cabe duda que tales actos pueden ser objeto del control de constitucionalidad. De hecho, la propia Ley N° 1084, “Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados”, admite tal posibilidad (Cfr. Art. 33).

La discusión estaría circunscripta a considerar a las sentencias del Jurado como actos normativos de carácter particular (Art. 551, 2° pfo., del C.P.C.), o a equipararlas a actos jurisdiccionales.

La distinción tiene importancia en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad determine o no la nulidad del acto impugnado, y, en caso de una solución afirmativa, abra la posibilidad del dictamiento de una nueva resolución sobre el caso.

El proceso de enjuiciamiento de magistrados puede culminar con la imposición de una pena o sanción: la destitución o separación del cargo. Por tanto, en el citado caso deben observarse los derechos procesales consagrados en el Art. 17 de la Constitución. Esta circunstancia constituye suficiente fundamento para equiparar las resoluciones dictadas como culminación de tales procedimientos, a actos jurisdiccionales.

### **Vías para provocar el control de constitucionalidad**

1. El control de constitucionalidad se puede provocar por dos vías: a) por *vía directa, de acción o de demanda*, y b) por *vía indirecta, incidental o de excepción*.

En el primer caso, el juicio se inicia ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, y tiene por objeto, en sí mismo, atacar de inconstitucionalidad un acto normativo o jurisdiccional. Es decir, el proceso en este caso se inicia con el fin de lograr la declaración de inconstitucionalidad de un acto determinado.

En el segundo caso, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea en forma incidental, dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la declaración de inconstitucionalidad, sino otro distinto. Esta forma de impugnación puede ser interpuesta en cualquier instancia, y en ese caso se elevarán los antecedentes a la Corte Suprema.

2. Para el control de constitucionalidad de actos jurisdiccionales debe promoverse una acción autónoma ante la Corte Suprema y la declaración de inconstitucionalidad conlleva la  *nulidad de las (sentencias) que resulten contrarias a esta Constitución* (artículo 260, inciso 2). No existe duda en cuanto a que la vía debe ser la acción de inconstitucionalidad y el órgano competente la Corte Suprema de Justicia.

Como se ha visto más arriba, las resoluciones judiciales pueden ser  *por sí mismas sean violatorias de la Constitución* o pueden estar fundadas  *en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución* (Cfr. Art. 556 del C. P. C.).

Atendiendo a las acciones promovidas, se puede afirmar que los motivos que con más frecuencia se alegan para considerar a una sentencia violatoria por sí misma de la Constitución, son los siguientes: inobservancia de las garantías del debido proceso, del derecho a la defensa en juicio o del principio de que toda sentencia debe estar fundada en la Constitución y en la ley, y la arbitrariedad.



Hay que descartar la excepción de inconstitucionalidad en cuanto a los actos jurisdiccionales. Éstos solamente pueden ser atacados por medio de una acción de inconstitucionalidad la cual da origen a un juicio autónomo en cuyo marco la Corte Suprema ejerce el control de constitucionalidad de resoluciones dictadas por órganos judiciales inferiores.

En algunos casos se han impugnado resoluciones judiciales, sosteniendo que se promovía una excepción de inconstitucionalidad. La Corte ha sentado jurisprudencia en el sentido de que si el error consiste nada más que en la denominación, se admite la presentación y se le da el trámite de una acción de inconstitucionalidad.

Debemos aclarar que pueden ser atacados actos jurisdiccionales emanados de juzgados y tribunales, pero no los provenientes de la Corte Suprema. En nuestro sistema, se presume la constitucionalidad de tales resoluciones, de manera que no cabe la acción de inconstitucionalidad contra las mismas. Como dice el Art. 17, parte final, de la Ley N° 609: *“No se admite impugnación de ningún género, incluso las fundadas en la inconstitucionalidad”*. El Art. 564 Código Procesal Civil establece la misma disposición.

En consecuencia, no existe posibilidad de impugnar un acuerdo y sentencia o un auto interlocutorio de la Sala Civil o de la Sala Penal de la Corte Suprema, ante la Sala Constitucional.

### **Control intraórgano y control interórganos**

La distinción entre actos normativos y actos jurisdiccionales permite apreciar también que el control de constitucionalidad tiene dos direcciones muy importantes.

Por una parte se puede hablar de un control interórganos, es decir, aquel que está orientado a la verificación de actos normativos emanados de otros órganos. En este caso se nota con mayor claridad el carácter político de la función de administrar justicia. El control de constitucionalidad constituye el medio más importante por el cual la Corte Suprema pone en ejecución, en lo que le corresponde, el sistema de recíproco control establecido en el artículo 3° de la Constitución. Actos normativos de otros órganos, no son sólo los que dictan el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, sino también los de los llamados órganos extrapoderes. En relación con este tipo de actos reviste particular importancia el carácter de intérprete final de la Constitución que se reconoce a la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, hay un control intraórgano, es decir, orientado hacia el interior del mismo órgano judicial. Se trata de un control de los actos jurisdiccionales, esto es, de los actos que se producen dentro del mismo Poder Judicial. Puede tratarse de sentencias definitivas, autos interlocutorios o providencias emanados de tribunales de apelación, juzgados de primera instancia u otros órganos jurisdiccionales. Se incluyen también las resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia Electoral y

demás órganos de carácter jurisdiccional de la Justicia Electoral.

### **Actuación de la Corte Suprema en pleno y en salas. Ampliación de salas**

La Corte Suprema de Justicia está integrada por nueve miembros, que constituyen el pleno. Se organiza en salas. Por mandato constitucional, una de ellas debe ser la Sala Constitucional. De acuerdo con la ley, las otras son la Sala Civil y Comercial, y la Sala Penal. Cada sala está integrada por tres miembros.

La Corte Suprema funciona en pleno y por salas de acuerdo con la competencia que le asignan la Constitución, la ley y su reglamento interno.<sup>37</sup>

**EN LO QUE RESPECTA AL TEMA QUE ABORDAMOS EN ESTE TRABAJO, EL ART. 259, INC. 5, DE LA CONSTITUCIÓN, MENCIONA ENTRE LAS ATRIBUCIONES DE LA CORTE SUPREMA LA DE “CONOCER Y RESOLVER SOBRE**

---

<sup>37</sup> El Art. 258 de la Constitución dice: “La Corte Suprema de Justicia estará integrada por nueve miembros. Se organizarán en salas, una de las cuales será constitucional...”

El Art. 1º de la Ley N° 609/95 expresa lo siguiente: “La Corte Suprema de Justicia ejerce jurisdicción en toda la República y tiene su sede en la Capital. Funciona en pleno y por salas de acuerdo con la competencia que la asignan la Constitución, la ley y su reglamento interno.

La Corte Suprema de Justicia queda organizada en tres salas, integradas por tres ministros cada una: la Sala Constitucional, la Sala Civil y Comercial, y la Sala Penal; sin perjuicio de lo dispuesto por esta ley sobre la ampliación de salas.”

*inconstitucionalidad*". Se trata, pues, de una atribución del pleno. El artículo 260 confiere la misma atribución a la Sala Constitucional.

En la mayor parte de los casos, en particular cuando el control recae sobre actos jurisdiccionales, solo actúa la Sala Constitucional. Pero en ciertos casos la misma ley impone la obligación de que sean estudiados por el pleno de la Corte Suprema. Así ocurre cuando se trata de acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra resoluciones del Tribunal Superior de Justicia Electoral y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Señalamos ya que las resoluciones emanadas de este último órgano deben ser equiparadas a sentencias judiciales.<sup>38</sup>

El artículo 16 de la Ley N° 609/95 admite la llamada "ampliación de salas". Dicho precepto reza así: *"Cualquier Sala deberá integrarse con la totalidad de los ministros de la Corte Suprema de Justicia para resolver cualquier cuestión de su competencia cuando lo solicite uno cualquiera de los ministros de la Corte Suprema de Justicia. La solicitud deberá formularse dentro de los tres días de ejecutoriada la providencia de autos para resolver, y su cumplimiento será inmediato e inexcusable, sin que pueda alegarse dicha*

---

<sup>38</sup> Cf. Art. 275 de la Constitución; Art. 3°, inc. i, de la Ley N° 609/95 y Art. 5°, ap. 1, de la Ley N° 635/95, en lo que se refiere al Tribunal Superior de Justicia Electoral.

El Art. 33 de la Ley N° 1084/97 dice: "Contra la sentencia definitiva del Jurado podrá interponerse ... la acción de inconstitucionalidad, que será resuelta por el pleno de la Corte".

*solicitud como causal de recusación. La misma se notificará a las partes para que puedan ejercer el derecho de recusación con causa y los Ministros de la Corte podrán, a su vez, excusarse.”*

El texto del artículo que acabamos de transcribir permite afirmar que: a) la facultad de solicitar la ampliación de sala es privativa de los ministros de la Corte Suprema; en consecuencia, las partes no la pueden invocar como un derecho; b) la ampliación es obligatoria una vez formulado el pedido por cualquiera de los ministros; podrá analizarse si el mismo fue presentado dentro del plazo previsto, pero la viabilidad de la ampliación no depende de que la mayoría la apruebe previamente.

En lo que se refiere a la Sala Constitucional, debemos señalar que cuestiones de gran trascendencia en lo político, social, económico, etc. son sometidas a su consideración y decisión. Puede suceder que otro miembro de la Corte estime que los que no integran la Sala Constitucional deben entender también en un asunto determinado dada su relevancia. Asimismo, por esta misma razón, uno de los integrantes de la aludida sala puede considerar que es necesario el tratamiento en pleno a fin de que la responsabilidad relativa a cuestiones a veces muy graves, sea asumida por la totalidad de los miembros del máximo tribunal.

**Necesidad de una causa judicial  
para ejercer el control**

Es necesario que exista una causa o caso judicial para que se pueda ejercer el control de constitucionalidad. No hay posibilidad de un control en abstracto, sino dentro de una causa determinada.

Tratándose de actos de carácter jurisdiccional, evidentemente ha existido un juicio previo tramitado en primera y segunda instancias, y el caso llega a la Corte Suprema al plantearse una acción autónoma.

#### **Petición de parte y actuación de oficio**

Limitando nuestro análisis a la impugnación de actos jurisdiccionales por la vía de la acción, debemos señalar que es necesaria una petición de parte para provocar el control de constitucionalidad.

Sin embargo, en relación con los mencionados actos, el Art. 563 del C.P.C. dispone cuanto sigue: *Cuando correspondiere, la Corte Suprema de Justicia declarará de oficio la inconstitucionalidad de resoluciones, en los procesos que le fueren sometidos en virtud de la ley, cualquiera sea su naturaleza.*

En estos casos la Corte Suprema puede declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de otras resoluciones de carácter jurisdiccional, aún cuando ellas no hubieren sido impugnadas.

### **Finalidad específica de la acción**

La jurisprudencia de la Corte ha sentado el principio de que la acción de inconstitucionalidad no puede ser utilizada como un recurso ordinario más de revisión de fallos dictados en las instancias ordinarias.

Muchas veces se ha intentado usar esta vía como una tercera instancia, pretendiendo que el máximo órgano actúe indebidamente como un tribunal ordinario, cuando en estas circunstancias debe hacer las veces de un tribunal constitucional. Tal ocurre, por ejemplo, en los casos en que el procedimiento prevé dos instancias como en materia laboral, o en otros casos en que aún existiendo la posibilidad de una tres instancias, se haya dictado sentencias coincidentes en primera instancia y en alzada.

La Corte ha rechazado este intento de convertirla indebidamente en un tribunal de tercera instancia. Se considera que la acción de inconstitucionalidad tiene una finalidad específica y limitada a un objeto: el control de constitucionalidad. Esta vía está prevista no para obtener una revisión general de las decisiones adoptadas en las instancias ordinarias, sino para controlar dichas resoluciones en cuanto a su adecuación a las disposiciones de la Ley Suprema.

La Corte sostiene igualmente el criterio de que la simple discrepancia con las opiniones de los jueces de primera instancia o de los magistrados de los tribunales de apelación, no puede ser motivo para declarar la

inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de sus fallos. Puede que la Corte tenga una opinión diferente en un caso, pero si la sentencia ha sido dictada de acuerdo con las disposiciones legales, dentro del marco de una interpretación lógica y razonable, la diferencia de criterio no puede constituir razón o base suficiente para declarar la inconstitucionalidad.

Es cierto que a veces resulta difícil determinar si se trata simplemente una diferencia de criterios aceptable en cuanto a la interpretación de la ley o la valoración de cuestiones fácticas. Hay una zona gris que a veces es difícil delimitar con claridad, particularmente cuando se trata de sentencias que son impugnadas por arbitrariedad. Entonces cuesta un poco determinar hasta dónde se puede avanzar en el estudio de la cuestión de fondo, pero muchas veces ello se hace imprescindible para poder resolver acerca de hacer o no lugar a la acción y declarar o no la nulidad del fallo.

### **El recurso de casación y el control de constitucionalidad**

La disposición constitucional referente al recurso de casación dice así: “*Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: ... conocer y resolver en el recurso de casación, en la forma y medida que establezca la ley*” (Art. 259, inc. 6).

El Código Procesal Penal (Ley N° 1286/98) legisla el “recurso extraordinario de casación”, el cual debe ser



interpuesto ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.<sup>39</sup>

En principio, este recurso sólo puede ser deducido contra sentencias definitivas dictadas por tribunales de apelación en lo penal.

Dos de los tres casos en que el recurso es procedente, son los siguientes: a) *“cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor a diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional”*; y b) *“cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados”* (Art. 478, incs. 1 y 3, del C.P.P.).

En los casos mencionados el recurso de casación coincide plenamente con la acción de inconstitucionalidad dirigida contra actos de carácter jurisdiccional, por violación de normas de máximo rango o por arbitrariedad.

¿Cuál sería el motivo de optar por el recurso de casación o por la acción de inconstitucionalidad? Evidentemente, al redactar el Código Procesal Penal no se tuvo en cuenta que en nuestra legislación existe la acción de

---

<sup>39</sup> Las disposiciones transcritas plantean el problema de si una atribución otorgada por la Constitución a la Corte en pleno, puede ser limitada a la Sala Penal por la ley. Es cierto que existe de todos modos la posibilidad de ampliación de sala.

inconstitucionalidad contra sentencias. Lo que ocurre es que en el ordenamiento jurídico de varios países, el control se ejerce por la vía de la casación y no existe acción de inconstitucionalidad contra sentencias.

La diferencia estaría en que en el recurso entiende la Sala Penal y en la acción, la Sala Constitucional. Debe señalarse que la acción es más amplia en cuanto permite impugnar sentencias presuntamente inconstitucionales sin atender al monto de la pena privativa de libertad.

El Código Procesal Penal admite la posibilidad de interponer directamente el recurso extraordinario de casación contra sentencias de primera instancia cuando se diere alguno de los supuestos que acabamos de mencionar.

Interpuesta la casación directa o planteadas la apelación y la casación directa simultáneamente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidirá si la cuestión se resuelve por la vía de la casación o de la apelación (Cf. Art. 479 del C.P.P.)

Lo señalado precedentemente implica que, en lo que respecta a sentencias de primera instancia en materia penal que “por sí mismas sean violatorias de la Constitución” (Art. 556 del C.P.C.), por la vía de la casación se puede superar eventualmente la obligación de agotar las vías previas, impuesta por el Art. 561 del C.P.C.

Es necesario que estas superposiciones y modificaciones sean aclaradas por vía legislativa o jurisprudencial.<sup>40</sup>

### **Sujetos legitimados para provocar el control de constitucionalidad**

1. De conformidad con el artículo 550 del Código Procesal Civil, *"Toda persona lesionada en sus legítimos derechos por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, los principios o normas de la Constitución, tendrá facultad de promover ante la Corte Suprema de Justicia, la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por las disposiciones de este capítulo"*.

Podemos decir, entonces, en cuanto a la acción de inconstitucionalidad, lo siguiente:

- a) Puede ser promovida por cualquier persona.
- b) Dicha persona debe ser titular de un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado de algún modo.
- c) La lesión debe provenir de actos normativos o jurisdiccionales de carácter inconstitucional.
- d) La acción debe ser promovida ante la Corte Suprema.

---

<sup>40</sup> En relación con este apartado véanse los artículos 477 a 480 del Código Procesal Penal.

2. En materia electoral tienen legitimación activa para promover acciones de inconstitucionalidad:

a) En cuanto a las elecciones internas de los partidos, movimientos políticos y alianzas electorales, los respectivos candidatos o sus apoderados; y

b) En cuanto a las elecciones generales, departamentales y municipales, los respectivos apoderados de los partidos, movimientos políticos y alianzas electorales que participen de las mismas. Los candidatos electos pueden intervenir como terceros coadyuvantes (Cfr. artículos 70 y 41 de la Ley N° 635/95).

### **La demanda**

#### **1. Comparecencia en juicio.**

En cuanto a la promoción de una acción de inconstitucionalidad, se admite que cualquier persona física capaz pueda hacerlo por sí misma, por sus propios derechos, bajo patrocinio de abogado.

Puede igualmente hacerse representar. En este caso, el representante o mandatario, es decir, la persona que se presenta en juicio por un derecho que no sea propio, debe acompañar con su primer escrito los documentos (poder) que acrediten el carácter que inviste. Rige también la obligación del patrocinio profesional.

Las personas jurídicas sólo pueden intervenir mediante mandatario profesional matriculado.<sup>41</sup>

Tratándose la acción de inconstitucionalidad de una acción autónoma, este requisito debe ser cumplido y, en caso de que se impugnen sentencias dictadas en un juicio principal, no basta invocar simplemente la personería que se tiene reconocida en el mismo.

### **2. Constitución de domicilio.**

La persona que litigue por su propio derecho, debe constituir domicilio dentro del radio urbano de la ciudad o pueblo que sea asiento del juzgado o tribunal.

Igualmente, el representante o mandatario debe constituir domicilio en la forma indicada y denunciar el domicilio real de la persona representada.<sup>42</sup>

### **3. Requisitos. Rechazo *in limine*.**

En relación con los actos jurisdiccionales, el artículo 557 del Código Procesal Civil prescribe:

*“Al presentar su escrito de demanda el actor...  
(a) individualizará claramente la resolución impugnada, así*

---

<sup>41</sup> Cf. artículos 46, 57 y 58 del Código Procesal Civil y artículo 87 del Código de Organización Judicial.

<sup>42</sup> Cf. artículos 47 y 57 del Código Procesal Civil.

*como el juicio en que hubiese recaído. (b) Citará además la norma, derecho, exención, garantía o principio constitucional que sostenga haberse infringido, (c) fundando en términos claros y concretos su petición...*

*En todos los casos, la Corte examinará previamente si se hallan satisfechos estos requisitos. En caso contrario, desestimaré sin más trámite la acción”.*

En referencia tanto a actos normativos como jurisdiccionales, el artículo 12 de la Ley N° 609, dispone cuanto sigue:

*“No se dará trámite a la acción de inconstitucionalidad (a) en cuestiones no justiciables, (b) ni a la demanda que no precise la norma constitucional afectada, (c) ni justifique la lesión concreta que le ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria”.*

En los artículos precitados se establecen algunos requisitos que deben ser observados al plantear la acción de inconstitucionalidad.

En primer lugar, la obligación de individualizar claramente la resolución impugnada así como el juicio en que hubiese recaído.

La Corte ha sentado como jurisprudencia que no se puede hacer una invocación general de las resoluciones recaídas en un juicio sin individualizarlas. Es un error bastante frecuente decir “que se impugnan de inconstitucionalidad todas las resoluciones dictadas en el juicio tal”. La Corte entiende que no se cumple el requisito individualizar claramente la resolución impugnada.

En segundo lugar se debe citar la *norma, derecho, exención, garantía o principio constitucional* que el demandante sostenga que se ha infringido. Eso equivale también a lo establecido en el Art. 12 de la Ley N° 609: precisar la norma constitucional afectada.

Se deben mencionar concretamente las normas constitucionales que se estima han sido violadas. Aún cuando se alegue la arbitrariedad de las resoluciones judiciales impugnadas, se deben mencionar las normas constitucionales que han sido conculcadas. La Corte considera que la mera enunciación o mención de los preceptos constitucionales presuntamente violados, no es suficiente. Esto está vinculado con el punto siguiente.

El tercer requisito es el de fundar en términos claros y concretos la petición o justificar la lesión concreta que ocasiona la sentencia definitiva o interlocutoria. El accionante debe mencionar en forma clara de qué manera le afecta esa violación constitucional. No basta la mera mención de la norma. La jurisprudencia de la Corte va en el sentido de rechazar *in limine* las acciones en que solamente se menciona

la norma, pero no se especifica de qué manera la violación de una norma determinada afecta al accionante.

#### **4. Prescripción y extemporaneidad.**

En cuanto a los actos jurisdiccionales, el artículo 557, 2° y 3er párrafos, del Código Procesal Civil, dispone:

*“El plazo para reducir la acción será de nueve días, contados a partir de la notificación de la resolución impugnada, sin perjuicio de la ampliación por razón de la distancia.”<sup>43</sup>*

*En todos los casos, la Corte examinará previamente si se hallan satisfechos estos requisitos. En caso contrario, desestimaré sin más trámite la acción”.*

El artículo 561 del C.P.C. establece una norma complementaria, en los siguientes términos:

*“En el caso de previsto por el inciso a) del artículo 556 (sentencias que por sí mismas sean violatorias de la Constitución), la acción de inconstitucionalidad sólo podrá*

---

<sup>43</sup> Art. 149, C.P.C.: Para toda diligencia que deba practicarse dentro de la República y fuera del lugar del asiento del juzgado o tribunal, quedan ampliados los plazos fijados por este Código a razón de un día por cada cincuenta kilómetros, para la región oriental, y de un día por cada veinticinco, para la región occidental.



*deducirse cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios. El plazo para interponerla, se computará a partir de la notificación de la resolución que causa estado”.*

En materia electoral, “*el plazo para deducir la acción será de cinco días, a partir del conocimiento del instrumento normativo o resolución judicial impugnado*” (Art. 71 de la Ley N° 635/95).

#### **Agotamiento de recursos ordinarios.**

La obligación de agotar los recursos ordinarios, establecida en el Art. 561 del C.P.C., se refiere exclusivamente a actos jurisdiccionales, y en forma específica a las *resoluciones de los jueces o tribunales cuando: a) por sí mismas sean violatorias de la Constitución ...* (Art. 556 del C.P.C.).

Pero esta exigencia no rige en cuanto a las sentencias que *se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución ...* (Art. 556, inc. b, del C.P.C.). En este caso no es necesario agotar los recursos ordinarios.

Por ejemplo, si se tratara de la inobservancia del derecho a la defensa en juicio o de las normas del debido proceso, de arbitrariedad, etc., se deben agotar los recursos previos. Si el caso fuere el de una sentencia fundada en una

ley que se considera inconstitucional, no existe necesidad de agotar dichos recursos.

Pero hay que tener cuidado de que la ley o el acto normativo en el cual el juez funde su sentencia, debe ser una ley o el acto normativo que no haya sido mencionado por las partes como fundamento de sus derechos. Porque si ha sido mencionado por una u otra de las partes, ya sea en su escrito de promoción de la demanda, en su contestación o en otros escritos posteriores, ahí cabría la excepción de inconstitucionalidad. Si no se planteó la excepción de inconstitucionalidad, ya se perdió la oportunidad de impugnar ese acto normativo por la vía de la acción (Cfr. Art. 562 del C.P.C.). Se tiene que tratar de un acto normativo o una ley que el juez menciona por primera vez como fundamento de su sentencia.

En el caso de los interdictos posesorios, los juicios de desalojo y los juicios ejecutivos, la decisión final adoptada no hace cosa juzgada material, sino sólo formal; y se admite la deducción de un juicio posterior.

Esta circunstancia ha llevado a algunos a afirmar que, existiendo la posibilidad de promover un juicio posterior, no se han agotado los recursos ordinarios y, en consecuencia, la acción de inconstitucionalidad promovida contra los fallos dictados en tales juicios, resulta improcedente.

No compartimos este criterio. En el Código Procesal Civil están legislados los interdictos y los juicios mencionados. Está previsto un procedimiento para cada caso y no vemos por qué la inobservancia del mismo no debería ser considerada una violación del debido proceso. Tampoco el simple hecho de que se pueda promover un juicio posterior, justificaría tolerar el menoscabo del derecho a la defensa en juicio o el dictamiento de decisiones arbitrarias.

El criterio de que el agotamiento de las vías previas incluye la promoción del juicio ordinario respectivo cuando éste cabe, deja sin sustento lógico al establecimiento de un procedimiento especial si no se admite que las violaciones de preceptos de rango constitucional producidas en este último, puedan ser impugnadas en forma inmediata.

Debemos mencionar, asimismo, que la Corte ha sentado jurisprudencia en el sentido de que si el recurso de apelación interpuesto, es declarado desierto por falta de fundamentación o por fundamentación insuficiente (Art. 419 C.P.C.), se considera que no han sido agotadas las instancias ordinarias.

### **Efecto suspensivo**

En relación con los actos jurisdiccionales, el Art. 559 del C.P.C. establece: *"La interposición de la demanda tendrá efecto suspensivo cuando se tratare de sentencia definitiva, o de interlocutoria con fuerza de tal. En los demás casos no tendrá ese efecto, salvo que, a petición de parte, la Corte*

*Suprema así lo dispusiere para evitar gravámenes irreparables."*

Cuando se trata de una sentencia definitiva, la simple interposición de la demanda tiene efecto suspensivo, sin necesidad de pronunciamiento sobre el particular. La sola promoción de la acción basta para que queden suspendidos los efectos de esas resoluciones mientras dure la tramitación de la acción de inconstitucionalidad. Igual cosa ocurre cuando se trata de un auto interlocutorio con fuerza de sentencia definitiva, aunque en este caso sería necesaria una resolución que calificara al auto interlocutorio como tal. En cuanto a los demás autos interlocutorios, la decisión del efecto suspensivo depende del criterio de la Corte Suprema.

En lo referente a resoluciones recaídas en juicios de amparo en materia electoral, el artículo 73 de la Ley N° 635/95, dispone lo siguiente: *"La acción de inconstitucionalidad planteada contra resoluciones recaídas en un juicio de amparo no suspenderá el efecto de las mismas, salvo que, a petición de parte, la Corte Suprema de Justicia dispusiera lo contrario para evitar gravámenes irreparables de notoria gravedad que lesionen los intereses generales del país"*.

En principio, en el caso mencionado la simple interposición de la acción no tiene efecto suspensivo, lo cual constituye una excepción a lo establecido en cuanto a las sentencias definitivas. El reconocimiento de tal efecto queda supeditado al criterio de la Corte Suprema, pero debe

destacarse que la ley restringe en extremo tal facultad al admitir la posibilidad de suspensión de efectos sólo para evitar gravámenes irreparables, de notoria gravedad, que lesionen los intereses generales del país.

Dados los términos del Art. 73 de la Ley N° 635/95, resulta prácticamente imposible que puedan suspenderse los efectos de las resoluciones recaídas en un juicio de amparo en materia electoral.

#### **Trámite en la acción de inconstitucionalidad**

En relación con los actos jurisdiccionales, el artículo 558 del C.P.C., establece lo siguiente:

*"Presentada la demanda, la Corte dispondrá que se traiga a la vista el principal y ordenará que se saquen compulsas del mismo, disponiendo la devolución de aquél para su prosecución, salvo que se trate de sentencia definitiva o de resoluciones con fuerza de tal o recaída en un incidente de los que suspenden el juicio.*

*Del escrito de demanda correrá traslado a la otra parte por el plazo de nueve días, y de los presentados por las partes se dará traslado por igual plazo al Fiscal General del Estado.*

*Con los escritos de referencia, o transcurridos los plazos para presentarlos, quedará concluida la causa para definitiva.*

*Se observará además, en lo pertinente, lo dispuesto por este Código para la demanda y su contestación".*

El artículo 560 del C.P.C. dice: *“La Corte Suprema pronunciará su fallo en la forma y en el plazo previstos en el artículo 554”*.

En materia electoral, el artículo 72 de la Ley N° 635/95, prescribe:

*“Presentada la demanda, la Corte Suprema de Justicia, previo traslado por el plazo de cinco días perentorios al Fiscal General del Estado, dictará sentencia en el término de diez días. En todo lo demás, se aplicarán supletoriamente las disposiciones pertinentes de la Ley que Organiza la Corte Suprema de Justicia y el Código Procesal Civil”*.

Este artículo ha sido impugnado de inconstitucionalidad, por considerarlo violatorio del derecho a la defensa en juicio. Tal circunstancia derivaría del hecho de que se corre vista al Fiscal General del Estado, pero no a la otra parte. Por diversos motivos aún no se ha dado la oportunidad de que la Corte se pronuncie al respecto.

#### **Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Reenvío.**

Cuando se trata de *actos jurisdiccionales*, la declaración de inconstitucionalidad produce como efecto la nulidad; las sentencias son declaradas inconstitucionales, y como consecuencia de ello, nulas.

Esto está fundamentado en las siguientes normas jurídicas:

Art. 260, ap. 2, de la Constitución:

*"Son deberes y atribuciones de la sala Constitucional:*

*... 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución".*

Art. 560 del Código Procesal Civil:

*"Si hiciere lugar a la inconstitucionalidad, declarará nula la resolución impugnada, mandando devolver la causa al juez o tribunal que le siga en orden de turno al que dictó la resolución para que sea nuevamente juzgada ....*

*El juez o tribunal a quien fuere remitida la causa, podrá resolverla, si correspondiere, aplicando una norma jurídica diferente a la declarada inconstitucional".*

Los problemas relacionados con la declaración de inconstitucionalidad realmente no se presentan aquí. Se trata de casos concretos y por supuesto la nulidad de las sentencias alcanza a las partes intervinientes en el caso.

La causa es devuelta al juez o tribunal que sigue en orden de turno al que dictó la resolución "para que sea nuevamente juzgada". La expresión precedente debe entenderse no sólo en el sentido de que habrá de dictarse nueva sentencia, sino también en el sentido de que, si fuere

necesario, deberán subsanarse previamente los vicios que determinaron la nulidad del primer fallo.

Por ejemplo, si se trata de un caso en que las resoluciones judiciales han sido declaradas inconstitucionales y nulas, por inobservancia del derecho a la defensa en juicio, evidentemente que no basta con anularlas y remitirlas al juez respectivo, sino que se tiene que subsanar la deficiencia en cuanto al ejercicio de la defensa. La Corte ha entendido que también se deben anular las actuaciones hasta el punto que sea necesario, para que pueda ejercerse el derecho a la defensa, o subsanarse cualquier otra irregularidad que hubiere existido.

En el caso de sentencias del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, cuya inconstitucionalidad y consiguiente nulidad fuere declarada, dicho órgano deberá integrarse con los suplentes a los efectos del reenvío.

La Corte en algunos casos, excepcionalmente, ha procedido a resolver la cuestión de fondo. Son dos casos de amparo.

Con el procedimiento anterior, el juez de primera instancia, podía pronunciarse respecto de cuestiones de constitucionalidad. Los dos casos concretos consistieron en que se plantearon acciones de amparo y los jueces de primera instancia resolvieron la cuestión constitucional y dictaron sentencia.



Las mismas fueron apeladas y los tribunales de alzada las confirmaron. La ley ya había sido modificada, en el sentido de que si surgía una cuestión constitucional se debía remitir el caso a la Corte, pero los jueces por desconocimiento siguieron el procedimiento viejo.

La cuestión llegó a la Corte Suprema por la vía de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los fallos de primera y segunda instancias. El problema era difícil. Si se declaraba la inconstitucionalidad y se anulaban las sentencias, eventualmente podría ser por la mera razón formal de haberse omitido la remisión del expediente a la Corte. Esto significaría que el caso fuera nuevamente a primera instancia, pero el juez tendría que remitirlo de vuelta a la Corte, de acuerdo con lo establecido por el artículo 582, modificado, del C. P. C.

En vista de esto, en el máximo tribunal se optó por cortar por lo sano: estudiar la cuestión de fondo y dar una solución definitiva al litigio.

En el Acuerdo y Sentencia N° 497, del 5 de septiembre de 1997, dictado en la “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Ramón Díaz Benza y Oscar Papalucá por las Fórmulas «Gente Nueva para un Sajonia ideal» y «Sajonia 2000» s/ amparo constitucional”, expresamos lo siguiente:

“En el presente caso, si bien se ha suscitado una cuestión de constitucionalidad, no se ha seguido el procedimiento prescrito en la Ley N° 600/95, y el expediente llega a consideración de esta Corte después de haber concluido el juicio de amparo con el dictamiento de dos sentencias coincidentes. (...)

De conformidad con el artículo 560 del C.P.C., “... si (la Corte Suprema) hiciera lugar a la inconstitucionalidad, declarará nula la resolución impugnada, mandando devolver la causa al juez o tribunal que le siga en orden de turno al que dictó la resolución para que sea nuevamente juzgada ...”. En el caso en estudio, ello significaría eventualmente tener que anular las dos sentencias impugnadas y remitir el expediente a primera instancia. Pero el nuevo juez, por imperio de lo dispuesto en el artículo 582 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 600/95, no tendría otra alternativa que devolverlo al máximo tribunal.

En definitiva, como ya se ha señalado en un caso anterior, todo esto no sería más que una pérdida de tiempo. De modo que, dados los extremos mencionados precedentemente, en este momento carece ya de toda relevancia la cuestión procedimental y no se puede pretender el absurdo de que por un apego excesivo al formalismo, el expediente tenga que descender a primera instancia, cuando en definitiva deberá recalar necesariamente en esta Corte. Por ello, para evitar mayor dilación y a fin de alcanzar una decisión que ponga punto final a este juicio, debemos abocarnos al estudio de la cuestión de fondo”.

En este caso la acción de inconstitucionalidad fue rechazada.

En el Acuerdo y Sentencia N° 208, del 17 de agosto de 1995, dictado en la Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Roberto Leslie Antebi, Néstor Brítez Airaldi, Fernando Villalba y/o Cadelpa s/ amparo”, el Ministro preopinante R. Sapena B. expresó lo siguiente:

“(…) Este es un caso francamente curioso. Hay dos posibilidades (siempre por vía de la acción de inconstitucionalidad): a) Se anula el Acuerdo y Sentencia N° 48 y se reenvía a otro Tribunal. En este caso, como ya lo dijimos, el Tribunal deberá remitir estos autos a la Corte Suprema o b) Se anulan ambos, en cuyo caso el nuevo Juez interviniente deberá igualmente remitir los autos a la Corte, por virtud de una nueva ley ahora vigente. La Ley 600/95 en efecto, derogó la redacción impugnada del Art. 582 y estableció que el juez, en estos casos, debe remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia.

En ambos casos, el expediente vuelve a esta Sala, con un trámite previsible de varios meses para llegar al punto de partida. Esto sería una burla explícita de la urgencia de los trámites de la Acción de Amparo que de hecho ya fueron burlados en estos trámites.

Lo que corresponde hacer en nuestro concepto es estudiar el contenido de la sentencia de Amparo Constitucional con la misma amplitud que si la acción hubiera sido planteada ante la misma Corte. Si el resultado es

idéntico al del Juez de 1ª Instancia, no vale la pena anular su resolución sean cuales fueren sus errores. Si es contrario, ya que existen otros argumentos en ese sentido, corresponde declararlo nulo, por vía de esta acción de inconstitucionalidad, con una salvedad importante. Aunque en ambos casos existirá teóricamente el reenvío –sea a primera o a segunda instancia- el amparo habría concluido, pues esta Corte se habría ya pronunciado sobre el fondo. (...)

... no podemos limitarnos a hacer o no hacer lugar a las acciones de inconstitucionalidad, pues esto conduciría a un ridículo e irrazonable círculo vicioso que se cerraría cuando dentro de un año, volvamos a recibir el mismo expediente para estudiar el mismo caso. (...)

En este caso se hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad y se declaró la nulidad de los fallos impugnados. Pero esta determinación no se basó sólo en cuestiones de forma, sino fundamentalmente en una cuestión de fondo: la Corte no compartió el criterio de los magistrados de las instancias ordinarias en cuanto a considerar inconstitucionales varios artículos de la Ley N° 137/93, Que reglamenta el artículo 195 de la Constitución Nacional, que instituye las Comisiones Conjuntas de Investigación.

Con un interés práctico, vamos a mencionar el caso de la impugnación de una sola de las sentencias.

A veces, en primera y segunda instancias se dictan sentencias en un mismo sentido, pero solo se impugna la del tribunal de apelación. Se ha dicho que en casos como éste, la acción ya no tiene ningún sentido porque el fallo de primera

instancia al no ser impugnado, ya queda firme. En consecuencia, ya no tiene sentido declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del acuerdo y sentencia del tribunal de alzada.

Creemos que no es así. El fallo de primera instancia no ha quedado firme. En efecto, si se declarara la nulidad del acuerdo y sentencia de segunda instancia, esto importaría retrotraer las cosas al momento en que el tribunal tiene que dictar nueva sentencia. Es decir, tendríamos una sentencia de primera instancia apelada, respecto de la cual el tribunal de alzada debe pronunciarse.

### **Casos concretos**

A continuación vamos a referirnos a algunos casos en se plantearon acciones de inconstitucionalidad, a fin de conocer la jurisprudencia de la Corte Suprema.

**Primer caso:** En primera instancia se plantea el caso de un hombre que había privado de la vida a una mujer. Esta circunstancia ya estaba admitida, es decir, no existía discusión en cuanto a que el hombre había sido el autor del hecho.

La cuestión giraba en torno a determinar si entre víctima y victimario existía una relación de marido y mujer. Se discutía acerca de si se trataba de un homicidio simple o

de un uxoricidio, lo implicaba una importante diferencia en cuanto a la pena que pudiera corresponder al autor.

El juicio se desarrolló de acuerdo con el código procesal anterior. La defensa presentó una sentencia definitiva en la cual se declaraba la disolución de la sociedad conyugal entre las personas involucradas en el caso. Sobre esta base sostuvo que el hecho no había ocurrido entre esposos, por lo que debía considerarse homicidio simple.

El juez de primera instancia acogió esta opinión e impuso la pena correspondiente como si se tratara de un homicidio simple. Tal decisión fue confirmada en alzada.

La querrela interpuso una acción de inconstitucionalidad contra las sentencias de primera y segunda instancias. La Corte hizo lugar a la acción y declaró la nulidad de ambas resoluciones sobre la base de la arbitrariedad y de la inobservancia del artículo 256 de la Constitución (“*Toda sentencia debe estar fundada en ... la ley*”). Indudablemente, la disolución de la sociedad conyugal no importa el divorcio. Por tanto, si sólo existe aquella y no éste, la calidad de cónyuges subsiste (Cfr. CSJ, Acuerdo y Sentencia N° 309, del 14 de junio de 1999).

**Segundo caso:** Un abogado inició un juicio invocando la representación de otra persona. Presentó el poder respectivo y entre las peticiones que formuló incluyó,

lógicamente, la del reconocimiento del carácter de su intervención.

El juez proveyó varias de las peticiones formuladas, pero no hizo ningún reconocimiento de la personería en forma expresa. Se realizaron algunas actuaciones posteriores y el juez, respecto de cuestiones suscitadas acerca de ellas, dictó un acto interlocutorio. El mismo fue apelado por el abogado de la parte accionante. El juez concedió la apelación y los autos fueron remitidos al tribunal de apelación. Se dictó la providencia que ordena se expresan agravios.

Cuando el tribunal de alzada estudió el caso, sostuvo que primeramente se debía analizar la intervención del abogado de la parte actora y esto bastaba para declarar mal concedidos los recursos, por el hecho de que en ningún momento se había dado intervención al mismo.

Contra la resolución del tribunal de apelación se interpuso una acción de inconstitucionalidad. La Corte hizo lugar a la acción y declaró la nulidad de la resolución impugnada. Se sostuvo que se trataba de un caso de exceso ritual manifiesto. La personería había quedado reconocida en forma tácita. Basar el rechazo de la apelación solo en la falta de reconocimiento expreso, cuando de hecho se le había dado intervención, se había accedido a los pedidos, se había concedido la apelación, etc., constituye un excesivo ritualismo (Cfr. CSJ, Acuerdo y Sentencia N° 71, del 18 de marzo de 1999).

**Tercer caso:** Se trata de una notificación personal. Una persona estaba interviniendo en un juicio por derecho propio, bajo patrocinio de abogado. Se dictó la sentencia de primera instancia y se presentó esa persona a notificarse por nota. Se llenaron todos los requisitos de la notificación personal, pero el interesado se presentó solo. Además de la notificación, se interpusieron recursos, pero no suscribió la nota ningún abogado patrocinante.

El juez concedió los recursos y el tribunal de apelación dictó la providencia por la cual ordenó se expresen agravios. Posteriormente, cuando el tribunal estudió el caso dijo que los recursos habían sido mal concedidos, porque la notificación era nula, es decir, no producía ningún efecto, porque había sido realizada sin patrocinio de abogado.

Debe aclararse que el escrito de expresión de agravios, fue presentado ya con patrocinio de abogado..

Contra la resolución del tribunal de alzada fue promovida una acción de inconstitucionalidad. La Corte hizo lugar a la misma y declaró la nulidad del acto impugnado, sobre la base de que también en este caso existió exceso ritual manifiesto (Cfr. CSJ, Acuerdo y Sentencia N° 436, del 9 de diciembre de 1998).

**Cuarto caso:** Se trata de una querrela por calumnia y difamación, tramitada de acuerdo con el procedimiento anterior. El querellante promueve la querrela contra un diputado, por las palabras vertidas por éste en una sesión



plenaria de la Cámara de Diputados, celebrada en una fecha determinada.

Evidentemente se trataba de un problema entre ese diputado y un particular. Eran ofensas del diputado contra esa persona y fácilmente se podía ver que no tenían nada que ver con lo que se discutía en la cámara, pero las pronuncia durante una sesión plenaria.

El juez ante el cual se presentó la querrela, dictó el auto respectivo y contra ese auto se interpuso una acción de inconstitucionalidad.

El diputado sostuvo estar protegido por la inmunidad de opinión, por lo que la querrela debió rechazarse *in limine*, sin analizar qué expresiones fueron verdidas y si tenían algo que ver con lo que se estaba discutiendo en la cámara.

La Corte hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad y se declaró nulo el auto interlocutorio dictado por el juez de primera instancia.

La protección que da la inmunidad de opinión es absoluta. Cuando se plantea una querrela por calumnia y difamación contra un miembro del Congreso y el lugar en que fueron vertidas las expresiones, sin duda, está comprendido dentro del ámbito en que rige la protección, no cabe sino el rechazo de plano de la querrela. La Constitución habla de “*opiniones que emita en el desempeño de sus funciones*” (Art. 191). El Código Penal establece que “*los*

*miembros ... del Congreso no serán responsables por los votos emitidos y por sus declaraciones en el órgano legislativo o en sus comisiones ...”* (Art. 35). En consecuencia, un parlamentario está en ejercicio de sus funciones en las sesiones plenarias o en las sesiones de las comisiones, y las opiniones que vierta en tales circunstancias, sin importar en que consistan, están protegidas por la inmunidad.

En nuestra opinión, esta definición legal es un tanto limitada. Creemos que, de acuerdo con el texto constitucional, deben incluirse también los casos en que por mandato de su propia cámara el senador o diputado integra comisiones que actúan fuera del recinto del Congreso.

Lo que se busca con esta inmunidad es que el parlamentario tenga la más absoluta libertad para emitir su opinión y expresar sus ideas, que no deba estar evaluando sus propias palabras, absteniéndose de decir algunas cosas, pensando que se le podría promover una querrela por calumnia y difamación.

Estando en el desempeño de sus funciones, las expresiones de un legislador, en primer lugar, deben ser autoreguladas por la decencia, pero no solo de este modo, sino también por los mecanismos de control interno de la propia cámara. Es decir, el presidente del cuerpo debe llamarlo al orden, pedirle que se exprese utilizando lo que se ha dado en llamar “lenguaje parlamentario”, decirle que se ha salido del tema, etc. En caso de que el problema alcance mayor envergadura, la cámara podrá imponerle las sanciones

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE RESOLUCIONES JUDICIALES

de apercibimiento o suspensión. Esas medidas internas de la cámara son las que deben impedir que un parlamentario ventile sus cuestiones particulares con otra persona, en una sesión plenaria o de comisión..

Pero creemos que sería muy grave sujetar a una decisión judicial las opiniones que se viertan en sesiones de las Cámaras.

### **Bibliografía**

Bidart Campos, Germán J., *Derecho de amparo*, Bs. As., Ed. Ediar, 1961.

Bidart Campos, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, Bs. As., Ed. Ediar, 2 ts., 1967.

Bidart Campos, Germán J., *La Corte Suprema, El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Bs. As., Ed. Ediar, 1984.

Bidart Campos, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Bs. As., Ed. Ediar, 1987.

Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Bs. As., Ed. Ediar, 2 ts., 1988.

Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional mexicano*, México, Edit. Porrúa, 3ª ed., 1979.

Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, U.N.A.M., 1966.

Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, 23 de mayo-25 de agosto de 1967.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La Justicia Constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1994.

Hernández Valle, Rubén, *El Derecho de la Constitución*, San José, Costa Rica, Ed. Juricentro, 1993, Vol. II.

La Roche, Humberto J., "Técnicas de control de constitucionalidad en el derecho comparado", en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1979.

Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, Bs. As., Ed. La Ley S.A., 1967.

Lezcano Claude, Luis, "El control de constitucionalidad en el Derecho paraguayo", en *La Ley, Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, julio-septiembre de 1982, Año 5, No. 3.

Lezcano Claude, Luis, "Los efectos de las sentencias constitucionales sobre los poderes del Estado", *La Ley, Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, octubre-diciembre de 1996, Año 19, No. 4.

Lezcano Claude, Luis, "La aplicación de la Constitución y la función jurisdiccional", en *La Ley, Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, noviembre de 1998, Año 21, N° 8.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, España, Edit. Ariel, 1979.

Mendonça, Daniel y Mendonça Bonnet, Juan Carlos, "La justicia constitucional en Paraguay", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Mendonça, Juan Carlos, "El Control jurisdiccional de la Constitución. La regla en materia de competencia y su excepción", en *La Ley, Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, Paraguay, julio-setiembre de 1978, Año 1, N° 3.

Paciello, Oscar, *Informe para la Segunda Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España*, Asunción, C.S.J., enero de 1998.

Paniagua, Raimundo, "La inconstitucionalidad en el derecho paraguayo", en *La Ley, Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, julio-setiembre de 1978, Año 1, N° 3.

Pérez Guevara, Martín, "Bases normativas del control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela", en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1979.

Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, Bs. As., Ediciones Depalma, 1987.

Sagües, Néstor Pedro, "Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial", en *La Ley argentina*, Bs. As., diario del 25 de septiembre de 1981.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional mexicano*, México, Edit. Porrúa, 1975.

Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1976, 2 ts.

### **Legislación**

Código Procesal Civil.

Código Procesal Penal

Constitución de Costa Rica de 1949.

Constitución del Ecuador de 1998.

Constitución de El Salvador de 1993.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Constitución de Panamá de 1972 (reformada en 1978 y 1983).

Constitución de Venezuela de 1999.

Ley N° 609, Que organiza la Corte Suprema de Justicia, del 23 de junio de 1995.

Ley N° 635, Que reglamenta la Justicia Electoral, del 22 de agosto de 1995.

Ley N° 1084, Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados, del 25 de julio de 1997.

## ÍNDICE GENERAL

### PRIMERA PARTE: SEMINARIO TRANSVERSAL PARAGUAY 2000

Introducción

#### PRIMER MÓDULO:

La Constitución como Norma Suprema .....	19
Debate.....	37
La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina .....	53
Debate.....	77

#### SEGUNDO MÓDULO

Distribución del Poder en el Estado .....	89
Debate.....	101
Descentralización del Poder .....	113
Debate.....	129

#### TERCER MÓDULO

Los Derechos Fundamentales en la perspectiva del Constitucionalismo Iberoamericano .....	143
Debate.....	165
La Garantía del Pluralismo Informativo en una Sociedad Democrática.....	175
Debate.....	187

#### CUARTO MÓDULO

El Desarrollo Transnacional del Estado .....	199
Debate.....	213
Los Procesos de Integración Supranacionales.....	223
Debate.....	237



**SEGUNDA PARTE: CICLO DE CONFERENCIAS PARA  
RELATORES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**Acción de Amparo**

- I. Introducción
- II. Caracteres
- III. Presupuestos fundamentales
  - 1) El acto lesivo o acto violatorio
  - Requisitos del acto lesivo
    - a) Ilegítimo
    - b) Acto subsistente
    - c) Acto no consumado de modo irrisparable
    - d) Acto no consentido
    - e) Justiciabilidad
  - Acto lesivo (cont.)
    - a) Acto de autoridades
      - 1. Actos del Poder Administrador
      - 2. Actos del Poder Legislativo
      - 3. Actos del Poder Judicial
    - b) Actos de los particulares
    - c) La omisión
    - d) La amenaza
    - e) Daño o agravio
      - Daño personal. Intereses difusos
      - Daño real y tangible
  - 2) Los derechos protegidos
  - 3) Ausencia de remedios ordinarios
    - El principio de las vías previas
    - El principio de las vías paralelas
    - Ineficacia de las vías existentes
- IV. Breves comentarios sobre el procedimiento

Control de Constitucionalidad de Resoluciones Judiciales 275  
Actos sobre los cuales puede recaer el control de  
constitucionalidad.....275  
Vías para provocar el control de constitucionalidad ..... 278  
Control

Se termino de imprimir  
En el mes de noviembre de 2001  
En los talleres graficos de la  
EDITORA LITOCOLOR SRL  
Cap. Figari 1115 – Telefax: 213693 – 203741  
Asunción - Paraguay