



**VNiVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



**ESCUELA DE DOCTORADO 'STUDII SALAMANTINI'  
PROGRAMA DE DOCTORADO  
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

**TESIS DOCTORAL**

**LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL DE  
PARAGUAY EN LOS AÑOS 1995-2020**

**Por:**

**Shirley Diana Franco Mancuello,**

Para la obtención del Grado de Doctor por la Universidad de Salamanca

**Director**

**Dr. Agustín Ferraro**

Salamanca, 2021

## **Dedicatoria**

*A quienes aman y tienen fe en la justicia constitucional.*

## **Agradecimientos**

Agradezco a mi familia por apoyarme durante todo este tiempo en que escribí la tesis porque fueron meses y horas intensas que solo los seres queridos pueden soportar.

Así también a mi director de tesis el Dr. Agustín Ferraro quien me supo guiar luego de tantos descarrilamientos y además de su gran corazón. Al colega y amigo que me facilitó algunas sentencias para el análisis. Y finalmente a la Universidad de Salamanca por darme una nueva oportunidad para seguir mi formación académica sobre todo en los años dificultosos que me obstaculizaron para continuar.

<b>LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL DE PARAGUAY EN LOS AÑOS 1995 A 2020 .....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO I. LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>15</b>
1. Origen de la función política del poder judicial.....	15
2. La justicia constitucional en el engranaje de la democracia según los modelos de control constitucional. ....	29
3. La legitimidad democrática del poder judicial: la interpretación de la constitución y la última palabra.....	36
4. El Constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho positivo. ....	58
4.1. La reconfiguración del modelo de juez constitucional. El juez (co)gobernante.....	65
4.2. El juez constitucional como agente de cambio social.....	70
4.3. El juez constitucional como garante de los derechos fundamentales.....	73
<b>CAPITULO II. LA JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS. ....</b>	<b>81</b>
1. La capacidad de la judicatura para administrar conflictos políticos y sociales. El nuevo poder de agenda. ....	83
2. El modelo de judicatura a partir del juez estructural de Owen Fiss. El punto de partida. ....	91
3. La judicialización de políticas. Precisiones conceptuales y factores explicativos.....	93
4. Distinción entre judicialización de políticas y activismo judicial. ....	103
5. Dimensiones analíticas de la judicialización de políticas. ....	106
5.1. Primera dimensión: modificación en la estructura de las instituciones. ....	111
5.2. Segunda dimensión: accesibilidad a la justicia constitucional. ....	112
5.3. Tercera dimensión: utilización del discurso de derechos. ....	113
5.4. Cuarta dimensión: reconocimiento de derechos establecidos en la norma constitucional. ....	113
5.5. Quinta dimensión: cambio en las políticas públicas.....	114

**CAPITULO III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONSTITUCIONALISMO EN PARAGUAY ..... 116**

- 1. Primer periodo constitucional: 13 de marzo de 1844 al 25 de noviembre de 1862..... 121
- 2. Segundo periodo constitucional: 25 de noviembre de 1870 al 10 de julio de 1940. .... 126
- 3. Tercer periodo constitucional: desde el 10 de julio de 1940 al 25 de agosto de 1967..... 134
- 4. Cuarto periodo constitucional: desde el 25 de agosto de 1967 al 20 de junio de 1992. .... 144
- 6. Quinto periodo constitucional: desde el 20 de junio de 1992 a la actualidad..... 151

**CAPITULO IV. EL ROL DEL PODER JUDICIAL PARAGUAYO EN LA CONSTITUCION DE 1992..... 159**

- 1. Los derechos sociales, económicos y culturales en la Constitución. .... 161
  - 1.1. Los derechos de familia. .... 161
  - 1.2. Los derechos de los pueblos indígenas. .... 164
  - 1.3. El derecho a la salud. .... 168
  - 1.4. El derecho de acceso a la educación y a la cultura. .... 171
  - 1.5. El derecho al trabajo y la seguridad social..... 172
  - 1.6. El derecho a la vivienda y la propiedad privada: la cuestión de la tierra y la reforma agraria. .... 175
- 2. Los controles entre poderes políticos y los órganos extra-poderes..... 177
  - 2.1. Funciones de control de los actos del Poder Ejecutivo por el Poder Judicial..... 179
  - 2.2. Funciones de control de los actos del Poder Ejecutivo por el Poder Legislativo. .... 180
  - 2.3. Funciones de control de los actos del Poder Legislativo por el Poder Judicial. .... 181
  - 2.4. Función de control de los actos del Poder Legislativo por el Poder Ejecutivo..... 181
  - 2.5. Funciones de control de los actos del Poder Judicial por el Poder Legislativo. .... 181
  - 2.6. Funciones de control de los actos del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo..... 182
- 3. La justicia constitucional: la función de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia..... 184
  - 3.1. El sistema de control constitucional y el órgano competente. .... 184
  - 3.2. Tipos de control de constitucionalidad según la cuestión sometida a judicialización: 187
    - 3.2.1. Constitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos. .... 187

3.2.2. Constitucionalidad de las actuaciones judiciales, sean sentencias definitivas o interlocutorias. ....	188
3.3. Efectos y alcance de la declaración de inconstitucionalidad. ....	189
3.4. Vías procesales para el control constitucional. ....	190
3.5. Otros mecanismos de acceso a la justicia constitucional. ....	191
3.5.1. La consulta constitucional: ¿un mecanismo de acceso? .....	191
3.5.2. La acción declarativa de certeza constitucional: ¿un mecanismo de acceso? .....	193
<b>CAPÍTULO V. JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN PARAGUAY. ....</b>	<b>195</b>
1. Judicialización por modificación en la estructura de la CSJ. ....	196
2. Judicialización a través del acceso a la justicia constitucional. ....	209
3. Judicialización por reconocimiento de derechos constitucionales. ....	212
<b>CAPITULO VI. EL DESEMPEÑO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CSJ DE PARAGUAY. ....</b>	<b>219</b>
1. Nombramiento de los Ministros de la CSJ, 1995-2020. ....	220
2. Actividad jurisdiccional de la Sala Constitucional de la CSJ. ....	224
3. El desempeño de la Sala Constitucional de la CSJ para la protección de derechos. ....	230
3.1. Metodología .....	230
3.2. Protagonismo judicial: dinámica de su comportamiento. ....	233
3.2.1 Judicialización por acceso a la justicia constitucional. ....	233
3.2.2. Judicialización por utilización del discurso de derechos .....	240
3.2.3. Judicialización por reconocimiento de derechos establecidos en la norma constitucional. ....	243
3.2.4. Judicialización por cambio en las políticas públicas. ....	252
4. Debilidades de la judicialización de políticas en el contexto paraguayo. ....	254
<b>CONCLUSIONES. ....</b>	<b>260</b>
<b>Referencias bibliográficas .....</b>	<b>277</b>
<b>Jurisprudencia. ....</b>	<b>293</b>
<b>Legislación .....</b>	<b>294</b>

## Índice de tablas y gráficos

### Tablas

Tabla 1. Estructura lógica del razonamiento de Marshall.....	30
Tabla 2. Organización del Poder Judicial .....	130
Tabla 3. Miembros del Consejo de la Magistratura desde su primera conformación. Año 1994 .....	154
Tabla 4. Integración de la CSJ, 1995-2020.....	220
Tabla 5. Garantías Constitucionales.....	229

### Gráficos

Gráfico 1. Perfil de la buena justicia.....	206
Gráfico 2. Acceso a la justicia constitucional, años 1995-2003. ....	227
Gráfico 3. Acceso a la justicia constitucional, años 2004 al 2012. ....	228
Gráfico 4. Acceso a la justicia constitucional, años 2013-2020. ....	228

## **Lista de abreviaturas**

CSJ	: Corte Suprema de Justicia
CPC	: Código Procesal Civil
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
PGN	: Presupuesto General de Gastos de la Nación
CGR	: Contraloría General de la República
MH	: Ministerio de Hacienda
TSJE	: Tribunal Superior de Justicia Electoral



# LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL DE PARAGUAY EN LOS AÑOS 1995 A 2020

## INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la función jurisdiccional en las democracias contemporáneas tiene el objetivo de proteger los derechos fundamentales establecidos en la constitución y controlar para esto, si fuera necesario, los actos de otros poderes públicos. Sin embargo, en un amplio debate que afecta las áreas del derecho constitucional y de la teoría política, se ha cuestionado la legitimidad de los magistrados para realizar esa tarea, porque el control de constitucionalidad es ejercido por jueces, que no han sido elegidos mediante el voto de los ciudadanos.

La discusión se centra pues en la legitimidad democrática de las cortes para resolver judicialmente cuestiones de naturaleza política, y de protección de derechos garantizados en la constitución, mediante el control de la ley por el poder judicial. El inicio de esta cuestión no es reciente, por supuesto, pues desde la perspectiva histórica podemos ver que la institución del control judicial de la ley se remonta hasta incluso la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. En efecto, el asunto tiene aquí su génesis y parte de su posterior desarrollo crítico, dentro del constitucionalismo norteamericano. En El Federalista N° 78, uno de sus autores, Hamilton (1788, 395), esbozó que los jueces no tenían superioridad frente a la decisión de los legisladores, sino que, al contrario, se reafirmaba la voluntad del pueblo, la cual se encuentra depositada en su constitución, siendo así, el poder judicial, mediante el control judicial de las leyes únicamente ratificaba la supremacía de la ley fundamental. A su criterio la constitución era en sí misma una “*Bill of Rights*” como lo ha expuesto en El Federalista N° 84 (Hamilton 1788, 434). Recordemos que fueron justamente éstas las bases para el surgimiento de la *judicial review* en Estados Unidos con el caso de Marbury vs. Madison sobre el cual veremos más adelante.

El debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional ha tenido un renovado impulso en tiempos recientes, con importantes críticas al control judicial de los actos de los poderes públicos, como por ejemplo la desarrollada por Bickel (1986, 16-17) en su texto *The Least Dangerous Branch*, a la que dio en llamar “el carácter contramayoritario del Poder Judicial”. Esta crítica representa un importante antecedente para el desarrollo contemporáneo del

debate. Aunque la tesis propuesta por Bickel puede presentarse en distintos enfoques, la que interesa especialmente es aquella en la que muestra una tensión entre la institución del control judicial constitucional de la ley y el autogobierno democrático. Es justamente a partir de aquí que se viene hablando desde hace varias décadas acerca del gobierno de los jueces, haciendo alusión al cuestionamiento sobre la potestad de los jueces de invalidar las leyes, que no son otra cosa que la expresión de las mayorías electas por el pueblo. Bickel toma relativa distancia de los argumentos expuestos por Hamilton en El Federalista N° 78 y de John Marshall en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, para sostener que al momento en que la Suprema Corte declaraba inconstitucional una ley emanada del legislativo o de un funcionario elegido por el pueblo, lo que hacía en realidad era obstaculizar la voluntad de la institución representativa popular y de esa manera no se estaría ejercitando un control en nombre de la mayoría sino en su contra. Agregaba que los jueces tienen un control que prevalece en contra de las mayorías y favorece a las minorías y es el motivo por el cual la revisión judicial puede ser acusada de no democrática. El control judicial de la ley se constituía para Bickel como una institución irregular. No obstante, y a pesar del recelo consideraba que en algunos casos era necesaria la revisión judicial de los actos de los otros poderes porque implicaba un poder de aplicación para satisfacer valiosos ideales y además de perfilar a la constitución en temas muy relevantes en contra el ímpetu de las mayorías legislativas quienes no podían quebrar la decisión del poder judicial.

La cuestión mereció la atención de la doctrina estadounidense dado el contexto específico en donde se desarrolló la *judicial review* y que puso en evidencia que la Suprema Corte podría constituirse en un obstáculo para el buen desarrollo democrático. En efecto, de la problemática también se ha ocupado otra doctrina constitucional emergente denominada “realismo jurídico”,<sup>1</sup> a partir de la primera mitad del siglo veinte, la que se dedicó al estudio del derecho desde la práctica judicial, esto es, de la decisión de los jueces, y que de manera pragmática anuló la total imparcialidad y neutralidad de los aplicadores de la ley (Moreno 2011). Ello no significa, sin embargo, que en otras democracias occidentales no fuera objeto de estudio, sino simplemente que no tuvo tanto desarrollo crítico como en la teoría constitucional norteamericana.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Esta teoría tuvo y sigue teniendo mucha repercusión en el derecho norteamericano. La discusión inicial procedió del juez Oliver Wendell Holmes en su texto *The Path of de Law* de 1897. Abogó por un derecho más basado en la experiencia que en la lógica (Holmes 2012). Para una discusión más contemporánea puede verse Posner (2008).

<sup>2</sup> En Europa, especialmente España, podemos citar los trabajos de García de Enterría (1983), Pérez Royo (1988), Rubio Llorente (1997), Ferreres Comella (1997) y Prieto Sanchís (2003).

Rawls (1993, 219-221) también se ocupó del tema, pero desde la perspectiva de los derechos, enfoque que sería ampliamente desarrollado en la literatura norteamericana por los defensores del control de constitucionalidad. En su obra *Liberalismo Político* asume que una constitución política es necesaria y que las principales instituciones son las que definen los derechos que las cortes pueden dar mayor vitalidad a la razón pública y favorecer a las democracias, pues, sin una instancia de revisión judicial de las normas los derechos se verían desprotegidos o diluidos restándoles la importancia que realmente tienen. Sin la revisión judicial existe un peligro latente de ceder soberanía exclusiva al parlamento. No defiende directamente el control judicial de la ley, lo justifica mostrando peculiaridades del razonamiento judicial, pues, sostiene que, la Suprema Corte es la entidad ejemplar de la razón pública. Su postura principal descansa en que en “en un régimen constitucional en donde existe control del poder judicial la razón pública es la razón de la Suprema Corte. Para ello, expone cinco principios del constitucionalismo: 1) la distinción entre el poder constituyente del pueblo y el poder ordinario de los funcionarios del gobierno, 2) la distinción entre la ley ordinaria y la ley más alta, 3) que una constitución democrática es la expresión más alta del ideal político de un pueblo para gobernarse a sí mismo, 4) que mediante una constitución democráticamente ratificada, la ciudadanía fija los elementos constitucionales esenciales, estos elementos son los derechos y libertades, 5) que en un gobierno constitucional, el poder supremo no puede dejarse en manos del legislativo ni tampoco en la Suprema Corte, pero que ésta es la intérprete judicial de la constitución; el poder más alto y supremo lo ejercen las tres ramas que finalmente responden al pueblo.

En contrapartida abunda la literatura crítica respecto del control de la ley que hacen los jueces. Uno de los doctrinarios que más se ocupado del tema fue Jeremy Waldron, quien sostuvo una postura conteste en sus obras respecto de la protección de los derechos de los ciudadanos, esto es, si quién es el que debe proteger y qué regla habrá de atenderse para ello. En efecto, para este autor la respuesta la tiene la regla de las mayorías porque es el proceso de toma de decisiones de la colectividad más respetuosa para dirimir cuestiones esenciales de la democracia, y que por lo tanto dicha toma final de decisiones no debe ser apropiada por las cortes sino por otro órgano que realmente goza de legitimidad como son los parlamentos (Waldron 2006, 56). Como lo afirma Diego Moreno, sigue siendo un tema controvertido la presencia de las cortes

constitucionales y la legitimidad de sus decisiones en los Estados, como también las atribuciones que tengan dentro de él (Moreno 2011, 21). Asimismo, un elemento dentro de este debate constitucional es si quién tiene la última palabra o quién debe erigirse como intérprete final de la constitución, sobre todo tratándose de derechos en donde no existe un acuerdo absoluto, por el contrario, para el propio Waldron (2014, 153) se habla de desacuerdos en los que habrá de decidir cuestiones importantes de derecho por votación de una mayoría exigua, como lo denominaba a la institución judicial.

A pesar de las críticas, este modelo norteamericano ha sido exportado por distintos países que lo fueron adoptando según la realidad constitucional de cada Estado. América Latina tampoco ha estado ausente de esta circunstancia. Este sistema de *judicial review* es entendido como parte de una función importante de las cortes constitucionales de carácter político.

El rol político del poder judicial se materializa a través de sus sentencias, y es indicador de una nueva forma de hacer justicia para proteger los derechos fundamentales. En palabras de Amaya (2015, 265) la corte no sólo decide en sentido judicial por medio de sus fallos, sino que también ejerce el gobierno, es decir que realiza políticas que nacen a partir de la interpretación de la constitución, y del control de constitucionalidad de los actos de los demás poderes políticos.

La doctrina se ha ocupado del tema, incluyendo las perspectivas de la teoría política y el derecho constitucional, tratando de analizar el ejercicio de la función judicial desde su papel político, sus implicancias y su legitimidad. Cada una de estas disciplinas ha ido formulando terminologías y explicaciones distintas, también debates en distintos niveles. En este trabajo sistematizaré mediante la discusión acerca de la posición de cada uno de los autores, para finalmente hacer una triangulación de los aportes y que luego servirán de soporte teórico para otorgar explicación al caso analizado.

Para algunos autores de derecho constitucional, el actuar judicial es un desafío importante del Estado de Derecho además de otorgarle legitimidad, pues ante la inacción de los órganos públicos legitimados debe darse paso indefectiblemente a lo judicial, y compete a éste definir las cuestiones “políticas” justiciables (*political question*) que, a la inversa, y en constitucionalismos pasados se otorgaba esta potestad con exclusividad al legislativo e irrevisables por el judicial ya que se estaría atentando en contra del principio de división de poderes (Sagües 2008, 74-75). Sin

embargo, también desde la disciplina referida, otros autores, como Manili refiere que asignar un rol institucional o función política a las cortes se estaría nada más que justificando el acompañamiento de mayorías circunstanciales, refiriéndose a mayorías políticas de turno en los gobiernos. Trae a colación el concepto de activismo judicial, término que provoca un actuar de la justicia más innovadora (activismo bueno) o bien, una actuación que convalida acciones de los gobiernos, constituyéndose en un activismo pro-Estado. Otorga al activismo judicial ciertas características cuando sigue Augusto Morello en tanto significa: que las sentencias sean creativas, que los jueces tengan un protagonismo y una adecuación del servicio a los criterios de justicia; y, finalmente lo define agregando que una sentencia será considerada activista cuando los jueces solucionan los conflictos jurídicos sometidos a su jurisdicción y emiten señales novedosas a los otros poderes públicos, a los magistrados de inferior jerarquía y a la comunidad, para provocar cambios en las leyes y en las sentencias, o en las costumbres (Manilli 2006).

Amaya (2015) discrepa de Manili (2006) en tanto al rol de la corte, y afirma que está persuadido de que las cortes tienen un rol institucional que deben cumplir y que deriva del principio de división de poderes que formularon los estadounidenses basados en la idea de Montesquieu,<sup>3</sup> y que este rol se ejerce mediante el control de constitucionalidad. Como se ve, posiciones distintas para un mismo fenómeno. En la doctrina constitucional las interpretaciones varían desde el concepto mismo que se tiene del control constitucional y de su ejercicio por las cortes. En efecto, el control judicial de ley o control constitucional que tuvo sus inicios en Estados Unidos con la exposición del *chief justice* Marshall en el caso “Marbury vs Madison” y desarrollada ampliamente por la jurisprudencia se apoya en el sistema de pesos y contrapesos ideado para limitar al gobierno, y garantizar la protección de las minorías. En esta tesitura, las cortes se encuentran legitimadas para el ejercicio de la función política, en tanto, la posición contraria, que es la “dificultad u objeción contramayoritaria” se funda en la debilidad de su legitimación.

---

<sup>3</sup> Los padres de la Constitución norteamericana tenían el mismo entendimiento con la idea de Montesquieu de que el poder legislativo y el ejecutivo debían ser distintos al poder judicial. Montesquieu pensaba que unir los poderes legislativo y judicial en uno solo, era finalmente una “tiranía”, con lo cual advertía de normas arbitrarias, cuyas circunstancias el juez/legislador podría simplemente darle forma y decidir para el caso, en tanto y en cuanto la toma de decisiones en ningún caso se guiaría por principios y tampoco contrarias a la ley y no predecibles. Tenía muy poca preocupación por cómo establecer de manera adecuada la separación institucional (Ferejohn 2002, 21)

En cuanto al problema interpretativo de la constitución, para los defensores del control constitucional de la ley como atribución judicial, la interpretación no genera mayores problemas, pues el juez nada más debe realizar su tarea en forma automática, en otras palabras, decir lo que la constitución dice. Sin embargo, este argumento sobre la interpretación reconoce debilidades ya que existen varios dilemas que no están resueltos expresamente por la ley fundamental, razón por la que los jueces tienen la tarea de desentrañar tales dilemas o resolver los “casos difíciles”, como por ejemplo en materia de política abortista, en donde se reemplaza la tarea del legislador y se decide en nombre de la ciudadanía. También pueden darse casos en donde la constitución haga clara referencia a una solución normativa pero no sabemos exactamente cómo se la debe interpretar (Gargarella 1996, 60).

El enfoque interpretativo del derecho y la práctica legal es y ha sido un tema inquietante tanto en el ámbito jurídico como en la sociedad misma. La interpretación no es una tarea exclusiva que compete sólo a los jueces, sino que también lo pueden hacer los demás poderes políticos e incluso los propios ciudadanos. Ahora bien, la cuestión está si cuándo un determinado tema deba requerir una interpretación judicial, y así surgen distintas interrogantes como las siguientes: ¿cómo interpretan los jueces las normas y en especial la constitucional?, ¿qué teorías interpretativas utilizan para argumentar sus sentencias?, ¿cuáles son las técnicas en las que se basan?, y principalmente si: ¿cuál es la eficacia de la interpretación judicial constitucional para erigirse en garante de la protección de los derechos en las democracias?

Para algunos autores como Rodolfo Vigo toda tarea interpretativa es consecuencia de un texto y su concreción del derecho se remite a la explicación de un texto legal escrito. La interpretación literal de la legislación plantea una comprensión lingüística del texto jurídico, pero que además reconoce la existencia de problemas para determinar el significado de dicho texto (Vigo 2004, 14 y 28). En el mismo sentido Juan Carlos Mendonca se inclina más hacia una interpretación literal de la constitución y asume que ella es una condición privilegiada (Mendonca 2016, 28).

No obstante, la actividad judicial en general y la constitucional en particular, forman parte de una práctica judicial que requiere de una adecuación legal de los hechos. Pero ¿cómo se puede saber si la decisión justa es la mejor decisión?, o ¿si la decisión injusta es aquella que, de acuerdo con el derecho positivo es la que mejor responde en el sistema jurídico, y que, en

definitiva, es la que satisface la protección de los derechos? En ambos casos, la existencia de desacuerdos abre una discusión teórica sobre lo que es el derecho – su concepto - y los jueces, cuando entran en esa discusión, desarrollan una teoría operativa sobre la mejor interpretación posible de sus responsabilidades legales. Esta postura fue desarrollada ampliamente por el ilustre profesor de la Universidad de Harvard, Ronald Dworkin en su libro *Law's Empire* en 1986, en el que otorgó una explicación al efecto señalando que ello se trata de un desacuerdo “teórico” sobre el derecho y su adjudicación formal (Dworkin 1986, 22).

En este camino transitan continuamente aquellos denominados “casos difíciles”, donde los jueces recurren a la interpretación para poder tomar la mejor decisión o quizás la decisión más justa. El mismo autor Ronald Dworkin en su libro *Taking Rights Seriously* (1977, 146) ya había desarrollado su teoría de la respuesta correcta. Los casos difíciles son aquellos en donde existe incerteza del derecho, ya sea por la existencia de diversas normas que condicionan sentencias distintas, por la contrariedad entre normas de la misma jerarquía, o bien, por inexistencia de una norma aplicable al caso en concreto. Este doctrinario norteamericano sustentó su tesis más que nada en los problemas difíciles que ha resuelto la Corte Constitucional norteamericana, y rebatió enfáticamente la tesis positivista defendida por Hart (1961) por un lado y la utilitarista benthamiana del derecho por otro; esencialmente señaló que los principios informan las normas jurídicas cuya literalidad puede no ser entendida por un juez cuando se vulnera un principio que para el caso en particular se considera significativo; lo cual se contrapone con la corriente positivista de Hart (1961, 117), quien en su obra *The concept of Law* desarrolló la doctrina de “la discreción judicial” que obliga a un juez a que decida en forma discrecional ante la presencia de lagunas legales. Herbert L. A. Hart fue uno de los máximos exponentes pos-Bentham del positivismo, que ha utilizado como criterio de identificación de los sistemas jurídicos a “la regla de reconocimiento” (rule of recognition), en el cual cada sistema de normas establece una regla o sistema de reglas e identifica por sus rasgos positivos las normas que pertenecen al sistema, con independencia de sus contenidos, es decir que la validez de la norma depende de criterios prácticos e institucionales. Esta discusión teórica doctrinaria entre ambas corrientes es clave para comprender los alcances y los límites de la actividad judicial interpretativa y su protección de los derechos de los ciudadanos.

Con relación a los temas que he propuesto anteriormente, es conocida apropiadamente en el sistema continental europeo la teoría propuesta por Hans Kelsen inicialmente en el año 1928 y que luego sería su tesis principal a lo largo de su prolífera vida académica. Este doctrinario positivista sostiene que todos los actos jurídicos son a la vez de creación y de aplicación del derecho, actividad en donde el legislador aplica la constitución con la creación de normas para la generalidad, y el magistrado es quien realiza la aplicación de la ley mediante sus fallos, existiendo simplemente una distinción cuantitativa entre la función del poder legislativo y la del poder judicial en la creación del derecho, siendo un poco más limitativa la del judicial, pero los dos participan en la creación del derecho siempre dentro de lo establecido por la ley superior, es decir la constitución. En efecto, para Kelsen, el legislador adecua su función a la ley fundamental, en tanto el juez al dictar una sentencia crea una norma individual (Kelsen 1928, cit. en García Belaunde 2011, 254-255).

Cuando los jueces constitucionales deben resolver los conflictos de esa naturaleza han tenido que aprender a realizar su función de acuerdo con nuevos elementos interpretativos, a partir de los cuales el razonamiento se torna mucho más complejo como también la argumentación de sus sentencias. En otras palabras, se apropian de distintas teorías, técnicas y reglas de interpretación según los principios constitucionales que consideran aplicable al caso concreto. Estos jueces deben decidir en aquellos casos que, en especial, requieran de la protección de derechos fundamentales debido a que el legislador ha elaborado una norma vaga o incierta que impide la concreción del derecho.

Dworkin (1996, 2), al respecto, propone que la constitución debe ser objeto de una particular técnica de interpretación sobre aquellas cláusulas abstractas, a la cual denomina “lectura moral de la constitución”, que implica que tanto jueces, profesionales del derecho y ciudadanos interpretan dichas cláusulas de acuerdo a principios de la moral sobre temas que guardan relación con el actuar de la política y de la justicia, es decir, que pone fin al distanciamiento entre la disciplina jurídico positiva y la moral política. Mendonca Bonet (2000, 153-154) en su texto *Claves del Derecho*, señala que Dworkin asume que el juez crea el derecho al interpretar los textos jurídicos y adecuarlo al caso concreto; en tanto que, para Hart, el precedente y la jurisprudencia establece límites a la interpretación jurídica. Estos doctrinarios tienen posturas bastante antagónicas sobre las que el intérprete puede optar al momento de



aplicar la norma. De ahí surgen otras interrogantes a saber: ¿Cuándo una interpretación es justa o injusta?, ¿los jueces se rigen por valores morales cuando aplican la ley? ¿El apelar a los valores morales otorga al juez una discrecionalidad que se contrapone al derecho? Esta encrucijada es preocupación constante en el debate doctrinario constitucional y que aún no ha sido zanjado. Tampoco pretendo encontrar solución en esta tesis sino para señalar y concretar la problemática interpretativa como labor judicial sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales que requieren de protección efectiva.

Para algunos autores la interpretación constitucional tiene sus especificidades, y dependerá del concepto que se tenga de la constitución, es decir, al existir tipologías de constitución, habrá modelos de constitución, y por ende su interpretación será consecuente con ello (Comanducci 2003). Dicha especificidad podría depender de tres factores: a) los que realizan la interpretación, b) los métodos de interpretación, c) los inconvenientes de interpretación (Guastini 2003). Asimismo, al momento de decidir se plantean problemas de interpretación constitucional como necesarios y no contingentes, y que derivan de factores como: a) la naturaleza del objeto presentado, b) la función peculiar del intérprete, 3) las consecuencias de la actividad interpretativa. De esta manera, la interpretación constitucional tiene sus propias técnicas (Prieto Sanchís 2003). En esencia, la actividad interpretativa del juez constitucional se encuentra entre la de un juez ordinario y la decisión política del legislador, por esta razón, la influencia que pueda tener sobre el sistema jurídico es mucho más determinante, y más aún sobre la vida de los ciudadanos que excitan al órgano judicial para obtener justicia (Carbonell 2003).

No está demás decir que el juez asume un nuevo rol desde la aparición de los Estados constitucionales y el surgimiento de los tribunales constitucionales en la segunda posguerra en Europa y en América Latina, ya que se implementaron en casi todos los países democráticos. El constitucionalismo de esa manera emerge como nuevo paradigma del derecho positivo. Los jueces constitucionales son más predispuestos a asumir un papel más activo en las democracias actuales mediante una actividad interpretativa más creadora, es decir que han ido cambiando la práctica jurisprudencial en estos últimos tiempos (Ferrajoli 2003). Asimismo, Nino apuesta a la discrecionalidad de los jueces para definir los casos sin el control de las leyes; el propio autor cuestiona después sobre cómo los jueces deben ejercer esa discreción, y las distintas soluciones propuestas desde el ámbito continental europeo (Nino 1973, 432).

Hasta aquí hemos visto un bosquejo preliminar de cómo se ha ocupado el derecho constitucional con la temática de la dificultad contramayoritaria del control constitucional. En tanto que, para un campo semejante de problemas, la teoría política o de la ciencia política ha ensayado sus propios puntos de vista y perspectivas metodológicas, además de otorgarle otra denominación a la problemática, que en este caso se presenta bajo el concepto de judicialización de la política. Se trata de campos semejantes de problemas, como se dijo, también con sus diferencias de énfasis y de perspectivas. Esta dualidad de abordajes resulta muy significativa para el presente trabajo, pues se intenta aquí un análisis normativo de la problemática de la justicia constitucional y la democracia en Paraguay, combinando diversos elementos de ambas perspectivas.

Con carácter introductorio y para definir la segunda de las perspectivas que mencionamos arriba, diremos entonces que, bajo la denominación de judicialización de políticas, una serie de fenómenos se han venido discutiendo para los diferentes casos nacionales de América Latina, durante aproximadamente los últimos veinte años. La judicialización de la política significa, en primer término, un incremento importante del actuar judicial en conflictos de naturaleza política o social, ya que son resueltos con mayor frecuencia en los órganos de justicia. Es un proceso en el que distintos actores consideran que tendrán mejor protección de derechos en los estrados judiciales. Por ello, los jueces cuentan así con más poder político. Las estrategias jurídicas utilizadas para requerir la protección de derechos importan, además, la legitimación de los Estados democráticos en el cumplimiento de sus responsabilidades. La judicialización de la política concierne un empoderamiento de los jueces y un mayor grado de involucramiento en la realización de políticas públicas con el fin de hacer efectivos los derechos constitucionales de los ciudadanos sean éstos, civiles y políticos, sociales, culturales o económicos, en aras de la formulación de mecanismos o estrategias de desarrollo y en respuesta a la necesidad de una presencia del Estado y consolidación del Estado de Derecho (Domingo 2004, 107-108). En ambos casos se trata de la función de las cortes y su ejercicio dentro del juego democrático que ha ido cambiando a través de los años, es decir, el eterno debate y no menos controversial de los límites entre el derecho y la política, y en donde más se acentúa la tensión es en la interpretación que dan los jueces a la norma constitucional.

Estas transformaciones se dan a partir del surgimiento de los tribunales o cortes constitucionales que se han instalado principalmente después de la segunda posguerra mundial, en casi todos los Estados con regímenes democráticos. América Latina no estuvo ausente. Las democracias recientes fueron proclives para la instalación de estas instituciones desde los setenta u ochenta, luego de un periodo largo de regímenes no democráticos (Feoli 2012; Basch 2010).

En esta investigación no propongo cerrar un debate doctrinal que es recurrente en el derecho constitucional, en la teoría política y en la ciencia política sobre la legitimidad democrática del poder judicial, sino más bien mi intención es contribuir a este debate desde una metodología de análisis de caso que permita observar y analizar, a partir del contexto discutido definido en el trabajo, cómo actúa una determinada Corte Suprema con relación a la dimensión política que le compete. Dicho en otras palabras, analizar una casuística proporcionará una elaboración específica en el estudio del comportamiento de las cortes y la judicialización de políticas para el caso nacional considerado. Los estudios respecto del impacto que han tenido los tribunales constitucionales latinoamericanos en sus países se han concentrado sobre todo en los casos nacionales con mayores tradiciones constitucionales y aportes doctrinarios, entre los que no se encuentra Paraguay, de modo que el estudio de la legitimidad democrática de la justicia constitucional y el fenómeno paralelo de la judicialización de la política para este último caso se encuentra, en mi opinión, plenamente justificado, debido a las deficiencias de la literatura académica. Así, la doctrina se ha ocupado del estudio de países como Colombia, Argentina, Costa Rica y Brasil y han concluido sobre su actuar, es por lo que, indagar el caso de Paraguay será relevante dado que la judicatura experimentó un giro en su modelo a partir de la Constitución Nacional de 1992, instrumento jurídico que introdujo una serie de derechos fundamentales y sus garantías de protección efectiva y que permitió el empoderamiento de los jueces. El cambio significó sobre todo que el poder judicial abandone su posición de mero garante para constituirse en actor clave y agente de cambio social. De esta manera, dicho poder del Estado se encuentra en un pie de igualdad con los otros poderes con el objetivo de trazar políticas públicas, convirtiéndose en una institución que no se limita a la interpretación de las normas jurídicas, sino que construye el derecho y lo innova.

El contexto histórico de Paraguay, marcado por una vida de regímenes militares dictatoriales, está experimentado esta novedosa forma de comportamiento judicial a partir del

nuevo diseño institucional introducido en la constitución. Asimismo, será de mucho valor la investigación porque se carece de un estudio profundo del comportamiento judicial y de la transformación que ha ido teniendo desde que fuera implementado efectivamente el sistema democrático de gobierno a partir del año 1989 con la caída del Gral. Alfredo Stroessner, quien estuvo al frente del poder ejecutivo durante treinta y cinco años. Es así como, desde la visión del constitucionalismo, asistimos a la creación de un órgano especial que atiende las demandas de control de constitucionalidad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) que, si bien, forma parte del poder judicial se constituye en una sala autónoma con decisión exclusiva en materia de constitucionalidad. Sin embargo, la propia Constitución paraguaya ofrece otros mecanismos de protección de derechos, esto es, se trata de garantías constitucionales como: el amparo, el habeas corpus y el habeas data, que juntamente con la acción de inconstitucionalidad forman parte de las herramientas de protección de los derechos de los ciudadanos. Así también, por la jurisprudencia de la Sala Constitucional se crearon otros mecanismos de acceso a la justicia constitucional como lo son: “la consulta constitucional” y “las acciones declarativas de certeza constitucional” que, si bien, no están expresamente definidas en la carta magna, están establecidas en una ley inferior, el Código Procesal Civil (CPC), normativa que dispone el procedimiento para las acciones de inconstitucionalidad.

Con este trabajo me propongo demostrar que la judicialización de políticas contribuye a ampliar los mecanismos de participación ciudadana en el proceso de política pública y así también contribuye a incrementar la calidad de la democracia y consolidar el Estado de Derecho en Paraguay. Para lograr la hipótesis se establecen como objetivos: explorar la legitimidad de los jueces de la Sala Constitucional de la CSJ para definir conflictos de naturaleza política y social mediante el control constitucional, caracterizar la judicialización de las políticas en el caso estudiado a partir de las dimensiones analíticas y determinar si la judicialización de políticas contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho. Para la concreción de los objetivos, la metodología optada es un diseño de investigación documental y de campo, siguiendo al autor Arias (2006) combinado con un tipo de investigación aplicada teniendo en cuenta de que se analizan documentos además de la incorporación de entrevistas a informantes clave. El enfoque es totalmente cualitativo en el afán de obtener respuestas a profundidad sobre el fenómeno observado. En el primer capítulo realizo la revisión de la literatura a partir de fuentes

bibliográficas del derecho constitucional y la ciencia política respecto de las teorías que explican la función de las cortes en democracia, su legitimidad para la decisión de conflictos de naturaleza política, los argumentos a favor y en contra respecto de la legitimidad; y posteriormente el nuevo paradigma del constitucionalismo en el que se reconfigura el modelo de juez y su función de garante en la protección de derechos. En el segundo capítulo expongo sobre la judicialización de políticas y la justiciabilidad de los derechos para comprender el protagonismo creciente del poder judicial. Asimismo, exploro los conceptos y sus elementos característicos con el fin de diferenciarlo con el activismo judicial, para luego establecer los indicadores de medición a los efectos del análisis del caso. En el capítulo tercero analizo la casuística del Poder Judicial paraguayo, la evolución histórica de la justicia constitucional en este país sudamericano, y finalmente en los restantes capítulos visibilizo el desempeño de la Sala Constitucional de la CSJ mediante el análisis de contenido de las entrevistas realizadas a informantes clave y de las sentencias judiciales de acuerdo con las dimensiones de la judicialización. En este caso son entrevistados ex magistrados de la CSJ de Paraguay mediante una guía de preguntas abiertas, instrumento que fuera validado por los profesores: Dra. Viviana Jiménez, Dr. Herib Caballero Campos y Dra. Myriam Sugasti, expertos del área metodológica. Para el criterio de selección de las entrevistas a los ex Ministros consideré conveniente aplicar a aquellos que ya no están en el ejercicio del cargo. Esta selección es intencional porque al no encontrarse dentro de la estructura judicial, se tiene menos posibilidades de que los ex magistrados se sientan condicionados por su propia institución para responder a las preguntas, de tal manera que la información que brinden esté menos contaminada. De la integración inicial del año 1995 hago la entrevista a dos ex Ministros, uno de la Sala Constitucional: el Dr. Luis Lezcano Claude; y otro de la Sala Civil: el Dr. Enrique Sosa Elizeche, teniendo en cuenta de que otros ya han fallecido. Asimismo, otras dos entrevistas a ex Ministros de la siguiente CSJ, aquella que correspondió al periodo constitucional de gobierno 2003-2008, en la que se procedió la renovación de la institución judicial en el año 2004, específicamente a los Dres. Víctor Manuel Núñez Rodríguez y José Vicente Altamirano.

En cuanto a la selección de la muestra jurisprudencial, es intencional debido a que se trata de un estudio cualitativo de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional entre los años 1995 y 2020, incluyendo algunos fallos del pleno de la CSJ. En ese sentido, las unidades de análisis

son las jurisprudencias que son categorizadas de acuerdo con los tres mecanismos de acceso a la justicia constitucional: acciones de inconstitucionalidad, consulta constitucional y acciones declarativas de certeza constitucional. Frente a la alternativa de hacer un estudio cuantitativo que supone obtener resultados más generales consideré preferible la primera opción señalada en el entendimiento de que este enfoque permite un mejor análisis sobre los rasgos y el desempeño de la justicia constitucional en Paraguay. El universo de resoluciones judiciales tomadas para el objeto de estudio del periodo 1995-2020, es la cantidad total de 16.674 sentencias definitivas. Éstas fueron dictadas por la Sala Constitucional de la CSJ, sin embargo, son seleccionadas a partir de lo que se ha denominado en esta investigación como “*sentencias representativas*”, definida como aquellas dictadas en el marco de las acciones de inconstitucionalidad, consultas constitucionales y acciones declarativas de certeza constitucional, en las que se ejerce el control constitucional de actos normativos, se ordenan la protección de derechos sociales y económicos o la definición de políticas públicas y se deciden cuestiones de naturaleza política e institucional. Se excluyen los fallos referentes a la interpretación sobre derechos políticos. De esta manera, son identificadas: 13 sentencias en consultas constitucionales, 10 sentencias en declaraciones de certeza constitucional y 8 sentencias de acciones de inconstitucionalidad, de acuerdo con la conceptualización indicada.

La decisión metodológica se restringe al estudio de las sentencias mencionadas por la función histórica de las cortes constitucionales de Latinoamérica, herederas del modelo concentrado austríaco. Indagar este punto proporcionará los insumos necesarios para conocer el desempeño de la Sala Constitucional de la CSJ de Paraguay.

Las sentencias son recabadas de la página web del Poder Judicial paraguayo. Para el análisis de los datos presentados, utilizo la técnica del análisis de contenido tanto de las entrevistas como para las sentencias de la Sala Constitucional. Las categorías analíticas son codificadas en relaciones temáticas de acuerdo con las informaciones brindadas por los entrevistados y las dimensiones analíticas de la judicialización.

## **CAPITULO I. LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES.**

### **1. Origen de la función política del poder judicial.**

El constitucionalismo y la democracia son dos sistemas que unidos entre sí llevan la denominación de “democracia constitucional”<sup>4</sup>. La concepción de democracia reducida a la omnipotencia de las mayorías fue superada porque la esencia del constitucionalismo reside principalmente en los límites impuestos por las constituciones al poder y la garantía de los derechos fundamentales. “La democracia constitucional es un modelo de democracia fruto de un cambio radical de paradigma acerca del papel del derecho producido en estos últimos cincuenta años” (Ferrajoli 2008, 27). Esta combinación constituye para muchos autores un matrimonio feliz entre dos inestimables ideales, en donde la “democracia constitucional” es bastante superior a otras formas de gobierno como lo sería una democracia a secas o incluso a un régimen no democrático, pero bajo el yugo constitucional.

No obstante, esta unión no es fácil y mucho menos sencilla, porque persisten tensiones cuando el desarrollo del constitucionalismo lleva a la debilidad de la democracia, o también cuando la consolidación del ideario constitucional se transforma en un obstáculo para el proceso de la democracia. Esta relación tensional no es sencilla de identificar porque dependerá de los modelos que se tenga de democracia y del -no menos controversial- concepto de constitucionalismo o el valor que se dé a la democracia en un determinado contexto constitucional. El vínculo entre democracia y constitucionalismo se subordina especialmente a la

---

<sup>4</sup> En la doctrina encontramos distintas acepciones al constitucionalismo. Como menciona Prieto Sanchís, se identifican cuatro acepciones consideradas las principales. Primeramente, el constitucionalismo puede significar una cierta especie de Estado de Derecho dependiendo cuál sea el sistema de organización política. Asimismo, el constitucionalismo puede ser una corriente teórica del derecho, capaz para describir o analizar las características del modelo de organización. Un tercer término, entendiendo al constitucionalismo como ideología. Y, por último, también el constitucionalismo se encamina hacia la filosofía jurídica porque trata de conceptos y métodos acerca de la definición del derecho, la posición que asume dentro del conocimiento o la función de abogado. Esto es, cuestiones atinentes a conexión entre derecho y moral (Prieto Sanchís 2009, 101-102). Para este trabajo también sigo a este autor, sobre cuyas preocupaciones me adscribo.

interpretación constitucional (Nino 1997, 15). En esta tensión surge la interrogante: ¿Quién o qué poder es el que debe defender la constitución y con qué formas?” (Amaya 2010, 2).

Veamos entonces en párrafos siguientes cómo se fue delineando el valor de la democracia dentro de la historia del constitucionalismo para poder comprender el origen de la función política del poder judicial, o al menos la que se le ha ido otorgando. Es decir, la relación entre democracia, constitución y poder judicial. Esto nos hará reflexionar sobre los argumentos tanto a favor como en contra acerca del peso de la constitución en la decisión de los conflictos. Es por ello, que debemos explorar desde sus inicios con el debate entre Madison y Jefferson, para luego pasar a otros debates que fueron surgiendo a partir del constitucionalismo moderno hasta llegar a lo que es hoy día la justicia constitucional.

En el moderno constitucionalismo, fue James Madison (1787) quien encabezó su desarrollo y se encontró con un dilema respecto del peso de la constitución frente a aquéllos que propugnaban el valor del autogobierno.<sup>5</sup> En efecto, advirtió que el argumento de la democracia no podía ser defendido con posiciones extremas o radicales. Intentó demostrar la equivocación del autogobierno colectivo defendido principalmente por Thomas Jefferson,<sup>6</sup> para quien el poder político no sería legítimo si no derivaba de otra fuente que no haya gozado de apoyo en la población. La discusión entre Madison y Jefferson apareció cuando éste último sugirió que, para la resolución de disputas constitucionales, de resolver los problemas constitucionales más básicos, especialmente la situación de conflicto entre los diversos poderes sea resuelto a través del uso de la “regla mayoritaria”. Jefferson (1787) pretendía debilitar el espacio político para el triunfo de la voluntad de las mayorías, de las que debería depender el destino del proceso

---

<sup>5</sup> El antecedente inmediato de lo que iba a ser el desarrollo de su teoría en *El Federalista*, lo encontramos en una carta dirigida a James Monroe, 5 de octubre de 1786, y citada en su trabajo (Madison 1975, vol. 9, p. 140-02) “*Vices of de Political System*” y ya en este trabajo señalaba los peores vicios del poder legislativo que creaban leyes alterables y carentes de contenido de justicia. De acuerdo con el autor: “No hay máxima, en mi opinión, que esté más expuesta a ser aplicada incorrectamente, y que por lo tanto más necesite elucidación que la corriente consistente en que el interés de la mayoría es el estándar político de lo correcto e incorrecto. Sería el interés de la mayoría en cada comunidad expropiar y esclavizar a las minorías de individuos; y, en una comunidad federal, hacer un sacrificio similar de la minoría de los Estados que la componen” (Gargarella 2007, 20).

<sup>6</sup> Hacia finales del siglo XVIII cuando James Madison sugirió que el principal propósito del constitucionalismo era detener y ejercer control a la violencia de las facciones, moldeando la constitución con ese fin, también encontramos que a mediados del siglo XIX el jurista y político argentino Juan Bautista Alberdi propuso organizar a la constitución para confrontar el atraso económico promoviendo las libertades civiles más que las políticas en la ley fundamental de Argentina de 1852. Así también, a principios del siglo XX, los revolucionarios mexicanos propusieron una nueva constitución dedicada a atender especialmente la cuestión social, la que se plasmó en la Constitución de 1917 (Gargarella 2019).



legislativo. Es decir, que fue desde este momento en que iniciaron los debates públicos acerca de los conceptos de democracia y constitucionalismo que tiene su punto álgido de inflexión en los Estados Unidos mediante el diálogo entre ambos, y luego desarrollado con intensidad por John Stuart Mill en su texto *On liberty* publicado en 1859.

En la democracia madisoniana, concluía Robert Dahl que ella no es definida como un poder absoluto de las mayorías, sino que como un compromiso constitucional de protección de derechos de las minorías y que involucra nuevamente un grupo de límites a las instituciones y a la soberanía mayoritaria (Dahl 1956). Existe pues, una obligación natural de proteger a las minorías quienes también tienen derechos al igual que las mayorías pero que no son visibilizadas o no son garantizadas de forma igualitaria. Es decir que, descansa en el principio de igualdad sin el cual no puede concebirse una democracia, pero esta igualdad entendida como el ejercicio real e igualitario a los derechos. Ya se notaba en el periodo revolucionario norteamericano esta idea de que en una sociedad igualitaria se deben evitar las injusticias, mediante la creación de una comunidad con voluntad independiente de las mayorías es decir de la sociedad misma. De hecho, el Poder Judicial norteamericano tuvo como objetivo en los comienzos de su vida independiente el de proteger a las minorías y a los sectores socialmente desaventajados (Cárdenas 2008).

En El Federalista N° 10, Madison (1787, 43-44) expresó sus ideas respecto a la voluntad de las mayorías. Siguiendo el debate iniciado por Hamilton acerca del control de las facciones y la conveniencia de evitar que las mayorías aplastaran los intereses de las minorías, expuso una definición de lo que entiende por facciones para luego realizar la distinción entre república y democracia.<sup>7</sup> Su preocupación partió de los reclamos de los ciudadanos por la inestabilidad de sus gobiernos y de que las decisiones hechas con mucha frecuencia no son tomadas de acuerdo con las reglas de la justicia, sino por la superioridad de una mayoría dominante. Propuso dos estrategias para “curar los males de la facción: uno, eliminando sus causas; el otro, controlando sus efectos”. A partir de allí identifica nuevamente dos métodos para destruir las causas de la facción. En primer lugar, habría que destruir la libertad que es vital para su existencia, y, en segundo lugar, dando a todos los ciudadanos “las mismas opiniones, las mismas pasiones y los

---

<sup>7</sup> Por facción refiere a “un número de ciudadanos, ya sea la mayoría o la minoría del conjunto, que están unidos y movidos por algún impulso común de pasión, o de interés, adverso a los derechos de otros ciudadanos, o de la intereses permanentes y agregados de la comunidad” (Madison 1787, 43).

mismos intereses”. Pero concluyó al respecto que, ambos métodos son errados, pues concebía la idea de que es natural en el hombre el hecho de faccionarse en una sociedad civil y de diferentes maneras. La única forma de combatir el espíritu faccioso era teniendo en vista sus efectos. De esta manera, si una facción se compone de menos de una mayoría, entonces la solución proviene del principio republicano. Argumentó que es en una república, definida como un gobierno con efectos en el sistema de representación, y no en una democracia pura en la que se evitará ese espíritu sectario. Podemos decir que Madison relacionó la supremacía de las mayorías con la supremacía de la voluntad de las facciones y la supremacía de éstas con los intereses del legislador hacia determinadas materias sin que exista equilibrio. En El Federalista N° 49 (Madison 1788, 255) admitió que en apariencia hay mucha fuerza en el razonamiento acerca de la necesidad de recurrir a la fuente originaria o a una convención popular para decidir sobre los asuntos públicos. Es más, afirmaba que debe permitirse probar que un camino constitucional hacia la decisión del pueblo debe trazarse y mantenerse abierto, para ciertas grandes y extraordinarias ocasiones. Sin embargo, existen insuperables objeciones contra la propuesta de recurrencia al pueblo, como disposición en todos los casos para mantener los distintos departamentos del poder dentro de sus límites constitucionales. La mayor dificultad era que las decisiones que probablemente resultarían de las apelaciones al pueblo no responderían al propósito de mantener el equilibrio constitucional del gobierno porque la tendencia de los gobiernos republicanos era el engrandecimiento del legislativo a expensas de los demás departamentos.

Los argumentos de Madison (1787) podemos resumir así: 1) recurrir al pueblo sería irrazonable pues, si éste se encuentra representado mayormente en la cámara legislativa dado que se trataba de la rama más popular, el final era previsible porque el pueblo tendría tendencia a optar a favor de la facción que más favorecía a sus intereses; 2) la convocatoria al pueblo pondría en peligro a la estabilidad del gobierno democrático, pues, las convocatorias asiduas a la ciudadanía deslegitimaban al gobierno; y 3) la existencia de un riesgo de encender “las pasiones populares” pues en momentos donde todavía se vivía una debilidad institucional, debido a la recién constitucionalización, podría favorecer al levantamiento de disputas, malestares y divisiones en una sociedad (Gargarella 2015).

Para Madison (1787, 44), nada más por medio de la constitución se podría contrarrestar a las “facciones”, indicando que el diseño de las instituciones o departamentos, basado en el principio de división de poderes mediante el sistema de frenos y contrapesos, era el único modo de frenar o controlar eficientemente al legislativo, lugar originario de la representación del pueblo, a fin de evitar los abusos de las mayorías por encima de los derechos de las minorías. Esto lo ha plasmado en El Federalista N° 47, cuando aclaraba el pensamiento de Montesquieu sobre el principio de la división de poderes, no quiso decir que estos departamentos no debieran tener una agencia parcial o ningún control sobre los actos de los demás, sino que en él se sustentan los preceptos fundamentales de una constitución libre (Madison 1788, 243-244). La misma tesis fue complementada en El Federalista N° 48, al afirmar que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial no requieren estar totalmente desconectados entre sí, por el contrario, deben estar tan conectados y combinados como para dar a cada uno un control constitucional sobre los demás, mediante un sistema adecuado e indispensable para los miembros más débiles (Madison 1788, 250).

El sistema de frenos y contrapesos o *checks and balances* comenzó a cobrar fuerza para fundamentar el principio de división de poderes, con el objetivo de frenar posibles abusos de poder de los órganos del Estado. Montesquieu señalaba esto como parte de su teoría expresada en su libro *Del espíritu de las leyes* publicado en 1748 y cuyos elementos integradores sirvieron –como he señalado- a los Federalistas para construir un gobierno con instituciones políticas democráticas, basadas en la idea de representación. Así, han desarrollado las ventajas de una democracia representativa en oposición a la democracia directa y llevaron a adoptar mecanismos de control y contrapeso para equilibrar los poderes. Si bien, Jefferson (1781, 225-227) admitió de cierta forma el esquema tripartito de división, reiteraba su apoyo contra cualquier tipo de despotismo, aun cuando algunos tomen forma electiva.<sup>8</sup> De acuerdo con la filosofía política de Jefferson, la defensa de la participación política popular es la forma más clara y objetiva para asegurar las libertades individuales frente a la intervención de los gobiernos tiránicos.

El núcleo de la concepción republicana de Jefferson se reflejaba en un gobierno ejercido por sus ciudadanos en masa, actuando directa y personalmente, según las reglas establecidas por

---

<sup>8</sup> El pensamiento de Thomas Jefferson es dada a partir de la interpretación de sus escritos realizados comúnmente mediante cartas, de las que resalta *Notes on the State of Virginia*, el que tuvo como respuesta de parte de Madison en el ensayo N° 49 de El Federalista.

la mayoría. En esta construcción del concepto de república nos dice que el ejercicio directo del poder era una condición indispensable. Madison (1787), por su parte, como vimos en párrafos precedentes, nos mostraba una diferencia entre democracia y república, en donde por el primero entendía precisamente lo que Jefferson entendía por república, teniendo como centro de la cuestión a la participación directa. Asimismo, Jefferson (1816, 254) en una carta dirigida a John Taylor dijo que el gobierno republicano puede ocupar un lugar exclusivamente en la medida en que encarne la voluntad del pueblo y lo ejecute. Esta afirmación depara uno de los puntos neurálgicos de su pensamiento pues proponer igualdad de representación para la época era una necesidad que lejos estaba de ser cumplida ya que el voto era privilegio de unos pocos, especialmente de los propietarios o de aquellos pertenecientes a la élite política.

Con respecto a la democracia madisoniana y a la democracia populista propuesta por Jefferson nos decía Dahl (1956, 78-79) en su análisis que, para estructurar una teoría de la democracia a partir de ambas, es necesario maximizar los objetivos de tal manera a que pueda definirse en función de los procesos gubernamentales. Para este autor ninguna de las dos democracias podía explicar convenientemente “el mundo real” en el que deben considerarse esencialmente los requisitos sociales pues no debían detenerse sólo en la formalidad como pretendía sobre todo la democracia populista. Habría que atender sobre todo a ese mundo real.

En ese mismo tren de tensiones entre dos posturas antagónicas a finales del siglo XVIII en Estados Unidos, encontramos a la función judicial como tema no menos controversial en la esfera de la división de poderes propugnado por los padres de la Constitución norteamericana. En El Federalista N° 78 se fundamenta la premisa principal en la que se asienta el poder judicial, cuya independencia completa de los demás poderes es esencial para conservar el equilibrio de los poderes. Asimismo, que una constitución restringida dentro de un gobierno republicano apunta a una en donde existen restricciones concretas al legislativo y que puede realizarse solamente con tribunales de justicia con el deber de declarar nulos todos aquellos actos contrarios a la constitución. Para Madison (1788, 397) era fundamental el papel que le correspondía al poder judicial en defensa de la ley suprema, y de los derechos y libertades garantizados en la constitución. Los tribunales de justicia independientes serían los guardianes de los derechos que fueren incorporados en la constitución. Las cortes serían impenetrables ante cualquier abuso por parte de otras ramas o agencias del Estado, y resistirían naturalmente a cada usurpación de

derechos insertos en la constitución (Padover 1953). El poder judicial debe ser independiente para que los jueces sean capaces de ejercer su trabajo como guardianes de la constitución.

De Tocqueville (2010) adjudicó una importancia decisiva del nuevo papel constitucional del poder judicial en la democracia americana y que se basaron en El Federalista. A su juicio, los tribunales tienen la virtud y la obligación de corregir las desviaciones de la democracia y sin interrumpir jamás los desplazamientos de la mayoría, logran detenerlos y dirigirlos. Mencionó además que los americanos han instituido un “Poder Judicial como contrapeso y barrera al Poder Legislativo”. Así, los jueces están revestidos de un poder político de primer orden que los demás no tienen.

Sobre la labor del poder judicial, Ackerman (1993) en la “concepción dualista de la política” considera que el sistema defendido por los federalistas y adoptado por los constituyentes de Filadelfia, se comprende si entendemos desde dos niveles: uno desde una visión de política constitucional, que sucede cuando los ciudadanos se expresan mediante movilizaciones y debates; en tanto que desde una visión de política normal cuando la gente no se expresa de manera directa sino a través de sus representantes, y en ese momento donde puede ser controvertible ya que la posibilidad de divergir entre lo que quiere el pueblo y lo expresado por sus representantes, debilita la política y por ende tiene una legitimidad menor. Es aquí, mediante el control judicial de constitucionalidad, a los jueces les corresponde preservar la voluntad y voz del pueblo.

La función judicial constitucional tiene su origen en la democracia liberal, apoyada por Madison y los Federalistas, quienes justificaban las ventajas de la democracia representativa y sustentada en la idea de división de poderes propuesta por Montesquieu. Afirmaban que el sistema representativo al que denominaron “República”, era un sistema nuevo que no sólo permitía aumentar el volumen de las democracias a extensos territorios, además, era un mejor sistema que la democracia directa (Baños 2006). En efecto, Madison advirtió que la separación de poderes generaba un mecanismo de freno entre los departamentos, esto es, entre los poderes, en el que el departamento o poder judicial es quien tenía derecho a declarar la nulidad de todos los actos que sean opuestos a la constitución porque ningún acto legislativo que se encuentra en contra de la constitución puede tener validez. No es pues, que el poder judicial tenga superioridad al poder legislativo, sino que es la voluntad popular quien es superior a ambos. He

aquí que la independencia judicial es condición ineludible para proteger la constitución y los derechos de las personas, y crear así un mecanismo de frenos para el poder legislativo (Vargas Cisternas 2012). Sin embargo, debemos destacar el fuerte sistema de control constitucional que ejercen funcionarios no electos y que da lugar a amplias interpretaciones de cláusulas constitucionales vagas referidas a derechos individuales. La gran virtud de la democracia liberal o constitucional es que previene que cualquier grupo o facción monopolice el poder, además de que, si existe una división de poderes efectiva, el equilibrio de poderes puede ser logrado ya que uno de los grupos podrá controlar solamente uno de los centros de poder (Nino 1997).

El concepto de democracia funcionaba mediante una delegación de poder a un sistema representativo, en el que el poder judicial formaba parte del equilibrio y freno contra posibles abusos de los demás poderes. Esta distribución y a su vez limitación emana de la constitución, cuerpo normativo al que le dieron superioridad mediante la interpretación judicial. Baños (2006 40) señala la priorización de elementos liberales y republicanos en el diseño de las instituciones políticas y que explica la preocupación de los Federalistas, quienes condujeron la adopción de una serie de mecanismos para ejercer el control y el contrapeso.

Dentro de la vertiente de la democracia liberal un aporte sumamente importante fue la de John Stuart Mill quien nos muestra una posición contramayoritaria porque reconoce que ningún miembro de la comunidad y menos aún quien tenga autoridad institucional puede imponer modelos de conducta aún el supuesto de que sería beneficioso para él. La razón aquí no parte de un bienestar físico ni moral sino sobre la soberanía del individuo, su autonomía, su libertad de decidir sobre sí mismo, y esto no puede ser desconocido por los gobernantes aun cuando el poder de la mayoría y su voluntad general se encuentre inserto en la ley. Este autor se convierte en un promotor del ejercicio efectivo de los derechos y defensor del gobierno representativo, y que conecta con la idea de una ciudadanía más participativa (Mill 1859). En sus palabras:

“Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo[...] La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano” (Mill 1859, 80).

Tales derechos individuales propugnados por Stuart Mill nos llevan a pensar en distintas interrogantes respecto de las mayorías y las minorías en las democracias. La protección de la libertad individual frente a la protección de la colectividad y si ésta debiera primar si asumimos una postura conservadora, o, bien, si debe respetarse al individuo en su autodeterminación. Asimismo, dentro de un estado constitucional o una democracia constitucional como lo denominaba Dworkin (1986) la regla de la mayoría ya no puede ser vista en una estimación meramente numérica porque pasó a convertirse en una regla de protección, tanto a mayorías como a minorías. En efecto, en ese argumento descansa el control judicial de constitucionalidad que contiene valor democrático porque asume que es la manera en que los jueces aplican una constitución, producto de la soberanía popular, y de este modo no hacen otra cosa más que cumplir con ella. Es una forma entonces de proteger los derechos de las minorías y los derechos individuales que no siempre coinciden con los de la mayoría.

Con respecto a la autonomía individual, Nino, apunta que “la discusión y las decisiones democráticas, que legitiman una imposición coercitiva, no tienen ningún valor epistémico cuando se refieren a ideales personales, porque el reconocimiento de la imparcialidad sobre el cual ese valor epistémico está basado no es relevante para su validez” (Nino 1997, 76). La capacidad del ejercicio del poder estatal no puede estar legitimada para obrar sobre las libertades individuales. Lo que se encuentra en la esfera interior del individuo y el proceso de toma de decisiones sólo incumbe a este individuo, razón por la que cualquier valor que pueda darse a esa coerción carece de validez. En este sentido coincide con Mill (1859).

El respeto de los derechos consagrados en una constitución, en el que se establecen derechos y garantías para todos los ciudadanos, se edifica sobre el principio de la igualdad. Igualmente surgen distintas controversias e interrogantes en el debate constitucional respecto de las implicancias de la regla de las mayorías. Amaya por ejemplo cuestiona si: ¿cuál es el límite de dicho poder?, ¿cuáles son las cuestiones de la sociedad no en los que no deciden las mayorías?, ¿cuáles son las minorías que tienen relevancia constitucional y finalmente si cuáles son los derechos que se conceden a las minorías? (Amaya 2010).

Siguiendo el hilo de este razonamiento, en las democracias liberales la protección de los derechos individuales y sus garantías son establecidas en un cuerpo normativo denominado

constitución, la que tiene un peso importante en el valor de la democracia que implica respeto tanto a las mayorías como a las minorías. Esta constitución es una ley fundamental que contiene dos aspectos característicos.

Como nos señala Roberto Gargarella, los sistemas políticos liberales se caracterizan por ser gobiernos representativos y que están instituidos mediante una constitución, la cual es reconocida como ley suprema. En su mayoría, estas constituciones contienen dos partes, una que dispone sobre la organización del Estado y otra que establece la defensa de los derechos humanos. En la primera parte es en donde se estipula un sistema de frenos y contrapesos mediante una legislativa bicameral, el veto del poder ejecutivo y un poder judicial con función de velar por la supremacía constitucional. La característica esencial de las constituciones liberales demuestra la gran importancia que los liberales otorgaron al control sobre los posibles excesos de los poderes políticos. Es por lo que el sistema de frenos y contrapesos se propone evitar que se adopten decisiones arbitrarias, dictadas por la sola voluntad y capricho del legislador, en tanto que la declaración de derechos fundamentales protege los intereses de los individuos por sobre los deseos momentáneos de las mayorías (Gargarella 2007).

¿Cómo se podría evitar el exceso o abuso del poder? Para responder a esta interrogante, previamente debemos enseñar dos niveles de control: uno exógeno y otro endógeno. En principio sería importante robustecer los controles exógenos para debilitar los deseos del engrandecimiento de las legislaturas, sin embargo, Gargarella reconoce que este mismo argumento mostraría una debilidad y puede no ser tomada como verdad absoluta, porque aún podría fundamentarse en contra de esta preferencia hacia los controles exógenos que a los endógenos, porque podrían ser inútiles como medio para prevenir los abusos de las mayorías por sobre los derechos de las minorías (Gargarella 2007). Finalmente nos hace razonar si en verdad puede confiarse en las mayorías el carácter de guardián de los derechos de las minorías. Los controles internos justifican su existencia para garantizar estos derechos.

La existencia de una constitución como ley suprema nos indica además que ella forma parte de la corriente denominada constitucionalismo, la cual tiene relevancia teórica y práctica por tratarse de un sistema robusto, que “reclama no sólo la existencia de normas que organizan el poder” sino además de reglas procedimentales; características propias y definitorias de una democracia liberal que nacen de dos ideales que a menudo se cree en tensión permanente, esto



es, una dimensión democrática en el que el ideario de un proceso político participativo se caracteriza por el derecho de expresar opinión que tienen todas las personas afectadas en el proceso de toma de decisiones; y además el ideal de un gobierno limitado en el que la voluntad de una mayoría no puede vulnerar los derechos de las minorías, lo cual refleja una dinámica libertaria, y por tanto perteneciente a una democracia liberal (Nino 1997).

Por ello, conjugar constitucionalismo con democracia no es una tarea sencilla, por el contrario, desde el momento en que los componentes del constitucionalismo son los derechos y la democracia, requiere de una identificación previa de normativas congruentes con estos dos ideales. En efecto, la democracia supone la regla de la mayoría, en tanto que constitucionalismo significa que las decisiones tomadas acerca de los derechos individuales son realizadas por funcionarios no electos democráticamente, como los jueces y otras instituciones minoritarias. Ambos ideales requieren además respetar la constitución histórica y el sistema jurídico que deriva de ella, la cual coincide con el respeto de los derechos. La democracia pues, es una dimensión del constitucionalismo en su aspecto ideal, en tanto que los derechos y la Constitución normativa reflejan la dimensión histórica del constitucionalismo (Nino 1997). Una idea de norma superior - constitución - que establece límites a las reglas de las mayorías es parte ineludible del modelo democrático, que cuando quiebra quizás hasta por decisión de la propia mayoría, la democracia se debilita (Prieto Sanchís 2009).

Existen dos posiciones absolutamente contrapuestas en la justificación de la democracia y su relación con el constitucionalismo, las que debemos atender porque guarda relación con la protección de derechos individuales y que están vinculados a la incorporación o no de “la moral” para explicar y justificar a la democracia, y consecuentemente acerca del rol que le compete al judicial. Una familia de la teoría de la democracia reserva un ámbito de ejercicio de la política democrática dentro de la cual las cuestiones morales no entrarían en juego. Para partidarios de esta justificación se considera un hecho que la gente actúa en base a sus intereses y preferencias, aun cuando sean reprochables desde la moral, pero la democracia no interviene para modificarlas, sino que promueve una dinámica de acción colectiva produciendo resultados moralmente aceptables. Este enfoque pesimista presupone una concepción de las facciones como auto interesadas y como una amenaza contra los derechos individuales, pero que mediante el establecimiento de mecanismos que generan resultados favorables a los derechos individuales el

poder de estas facciones puede ser neutralizado por la democracia. La segunda familia de teorías, en cambio, adopta una postura totalmente contrapuesta porque introduce el proceso democrático dentro de la moral, y por el contrario de la primera, incorpora mecanismos sociales que pueden alterar las preferencias y los intereses de la gente, esto es, moralizando dichas preferencias y también al individuo mismo, acorde a dichos valores (Nino 1997, 102-103).

En ambas teorías de justificaciones de la democracia, el tema relevante es en cuanto al reconocimiento de los derechos liberales. La primera simpatiza con el reconocimiento de los derechos liberales siempre que el modelo democrático no obstruya la autoridad de la moral compuesta por esos derechos. En efecto, los defensores de esta postura han acuñado la expresión “democracia liberal”, “democracia constitucional” o “democracia representativa” para indicar esta forma de gobierno, y sostienen como argumento central de que éste “es el único tipo de democracia que reconoce el peso de constitución histórica en el reconocimiento de los derechos”; elementos que forman parte del constitucionalismo también llamados dimensiones del constitucionalismo. Sin embargo, en la segunda teoría, es vista como antiliberal o no liberal, y es considerada como “democracia populista”, “democracia social” o “democracia participativa”; y dentro de ella se reduce fuertemente el reconocimiento de derechos y la constitución histórica porque se oponen a la democracia (Nino 1997).

En la contribución al debate teórico también estuvo presente Robert Dahl con su concepción de democracia, a la que denominó *Poliarquía* para distinguirlo de otros tipos de democracia, especialmente la populista. Se refiere pues a un tipo de régimen en donde se gobiernan naciones o Estados en el que la autoridad y el poder se distribuye entre las organizaciones que son autónomas entre sí y muchas veces con el gobierno. La idea principal de Dahl era lograr una democracia más participativa superando la regla de la mayoría y que se aproxime a una sociedad más igualitaria. Sugiere que las elecciones y las interrelaciones son cruciales para que los líderes políticos respondan a las preferencias de algunos ciudadanos ordinarios. Pero ambas, no aseguran que las decisiones tomadas estarán de acuerdo con las preferencias de las mayorías de los votantes. Es por ello, que no podemos describir correctamente el funcionamiento actual de las sociedades democráticas en términos de contrastes entre mayorías y minorías, sino discutir diferentes tipos y dimensiones de grupos que logran sus objetivos a expensas de otros. Las elecciones y la competencia política no legitiman las

mayorías, sino que robustecen las minorías en dimensión, número y variedad, de tal manera que sus preferencias también sean consideradas por los líderes políticos (Dahl 1956, 131-133).

Otra teoría que justifica la democracia basada en el consentimiento hipotético es la teoría de la Justicia Social de John Rawls, quien sostiene que la existencia de las instituciones en la sociedad se edifica en los principios de justicia y que serían aceptados unánimemente por todos en una situación ideal a la que denominó “posición originaria”. Este doctrinario supone que grupos de individuos morales en condiciones de libertad e igualdad tienen la capacidad de elegir estilos de vida de acuerdo con las circunstancias de justicia, quienes buscan satisfacer sus necesidades primarias, pero se encuentran sujetos a un “velo de ignorancia” que les obstaculiza dimensionar cuáles son sus circunstancias personales y de la sociedad en que viven. Estos individuos tendrán que elegir tomando en cuenta dos principios: el de libertad política y el de igualdad de recursos sociales y económicos (Rawls 1971, 136-137). Una posición importante asumida por él es cuando considera que los límites constitucionales a la regla de las mayorías, tales como el control judicial de constitucionalidad basado en ciertos derechos constitucionales, pueden ser justificados si resultan aceptables para todos los ciudadanos que forman parte de una convención constituyente ideal como la forma más segura de lograr ciertas libertades, importando más esto que cualquier pérdida a la que se vea afectado el principio de igual participación. Y sostiene que no hay nada que demuestre que la voluntad de las mayorías es correcta (Rawls 1971, 356). En un sistema en el que la regla de las mayorías vale únicamente para lo discrecional y condicionada a ella es inválida porque la democracia constitucional supone la presencia de los derechos de libertad que ninguna persona o mayoría puede vulnerar y los derechos sociales que la mayoría está obligada a satisfacer en virtud del principio de igualdad. Esto es precisamente su sustancia pues trata de un sistema complejo de reglas que redefine el principio de división de poderes (Ferrajoli 2008, 27).

En el desarrollo de los conceptos de democracia, encontramos el de “la democracia deliberativa”, caracterizada por procurar la garantía y efectividad de los derechos individuales y la presencia del diálogo en toda la sociedad. Esta propuesta pretende la existencia de la autonomía en la comunidad, es decir, conservar el equilibrio entre lo público y lo privado; e incorporar las posibilidades del diálogo a todos los miembros de la población (Amaya 2015, 12).

En la democracia deliberativa el diálogo es el mecanismo en virtud del cual se transforman las preferencias y los intereses de las personas. Este tipo de concepción de la democracia fue propuesto por Nino (1997, 154). En esencia, sustenta que el valor de la democracia reside en su naturaleza epistémica, con respecto a la moralidad social. No obstante, reconoce que el desafío es respecto de las objeciones que se le hacen a su teoría dadas las características positivas de las sociedades contemporáneas, en las que se sostiene que no existe ningún diseño institucional posible que pueda satisfacer las condiciones subyacentes al valor epistémico de la democracia. En contraposición a la postura pluralista, considera que el sistema representativo es un mal necesario, y que la democracia directa se impone imperativamente siempre que sea factible para que incremente la calidad epistémica de la democracia y colabore en conseguir que la constitución histórica se acerque a la constitución ideal. El fin del proceso democrático debe ser el alcanzar que todos los ciudadanos participen, caso contrario, el contenido epistémico del proceso democrático continuará debilitado y no podrá concretarse la constitución democrática.

La función de las cortes en la democracia por lo tanto dependerá del tipo de democracia que se tenga y del peso que se le otorgue a la constitución. Podemos decir que el rol del poder judicial en las democracias, en especial, el de las cortes y tribunales constitucionales será determinante siempre que tanto los actores políticos como los ciudadanos le otorguen un carácter importante, ya sea mediante la ley suprema o por la aceptación de sus sentencias como argumento justificativo.

Dentro de la teoría constitucional y política se introduce así un nuevo matiz que va tomando nota sobre las realidades y por la que se pretende demostrar que las cortes – además de su rol contramayoritario cuando invalidan actos de otros poderes – tiene otros dos roles: el representativo cuando satisfacen demandas no satisfechas por las instancias políticas, y el ocasionalmente iluminista, cuando promueven ciertos avances sociales que aún no han obtenido una adhesión mayoritaria pero que son una imposición del proceso civilizatorio, independientemente de las mayorías políticas circunstanciales (Barroso 2019).

En efecto, la jurisdicción constitucional puede no ser un componente esencial en el constitucionalismo, pero ha servido bien a la causa, pues es un espacio para la legitimación discursiva o argumentativa de las decisiones políticas, que coexisten con la legitimación

mayoritaria. Es así, que las constituciones contemporáneas juegan dos roles fundamentales: “a) expresar las decisiones políticas esenciales en las que se basa una sociedad determinada, incluyendo y sobre todo con respeto a los derechos fundamentales; y 2) disciplinar el proceso democrático proporcionando un gobierno mayoritario y alternancia en el poder” (Barroso 2019, 17-18).

## **2. La justicia constitucional en el engranaje de la democracia según los modelos de control constitucional.**

El poder de los tribunales para decidir sobre la constitucionalidad de los actos normativos derivados de los poderes ejecutivo y legislativo, poderes considerados democráticos o con legitimidad democrática, es una de las características principales de los Estados constitucionales. De hecho, dos de las primeras constituciones escritas en el mundo como la estadounidense de 1787 y la francesa de 1791 dieron nacimiento a dos modelos diferentes de constitucionalismo y, por tanto, modelos distintos de control judicial. El modelo norteamericano se caracterizó por el reconocimiento de una dimensión jurídica de la constitución con la eventualidad de que sea aplicada directa e inmediatamente por los jueces; en tanto que, en el modelo francés, que fue extendido por la Europa continental, la constitución era política porque no implicaba su aplicación directa e inmediata por parte del poder judicial (Barroso 2019).

El surgimiento del control judicial de la ley se fundamenta en la decisión del Juez de la Corte norteamericana *chief justice* Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*,<sup>9</sup> quien desarrolló distintos conceptos sobre la validez de las normas que, mucho tiempo después, fueron extendidos en el entorno europeo como también en América Latina. En la tradición jurídica europea fue Hans Kelsen quien introdujo el control constitucional, en tanto que en América Latina cada país fue adoptando de acuerdo con su contexto social y político.

---

<sup>9</sup> Roberto Gargarella sostiene que el origen de esta revisión judicial ocurrida en los Estados Unidos del Siglo XVIII, es el resultado de las presiones que habría sufrido la legislatura por parte de los deudores que eran grupos mayoritarios y se enfrentaban a sus acreedores en juicios por el reclamo del pago, lo cual tuvo como consecuencia el inicio de un gran movimiento en contra del poder judicial que se difundió en varios Estados. Tan grande fue dicho movimiento y la presión ejercida, que hizo que las legislaturas de los estados locales procedan a expedir leyes para autorizar el uso papel moneda para el pago de sus deudas. “El éxito de las mayorías deudoras sobre las minorías acreedoras produjo un cambio en las leyes y con ello una tensión natural, porque las mayorías habían logrado su objetivo por medios legítimos” (Gargarella 1996).

A partir de este caso del año 1803 se dio origen a la doctrina de la supremacía constitucional (control constitucional), la cual supuso inicialmente un debate importante entre los defensores del gobierno federal fuerte y los defensores de los derechos que tenían los Estados confederados; o la tensión entre democracia y autogobierno. Así surgió el concepto de facciones denominado así por Madison (1787) para indicar que las asambleas de las mayorías eran movidas por la pasión y no por la razón.<sup>10</sup>

La función judicial constitucional fue delineada por este caso jurisprudencial, y, más allá de los cuestionamientos que puedan hacerse, en ella se encuentra basada parte importante de la filosofía del constitucionalismo moderno, esto es: la supremacía de la constitución, la normatividad, la rigidez de la norma constitucional, y, que el custodio de la constitución es la Suprema Corte. El argumento se basa en que el control constitucional sustenta a la judicatura en su capacidad de no otorgarle validez a una norma emanada del legislativo, y que en ningún caso eso implicaría que los jueces sean superiores a los legisladores, sino que reafirma la voluntad popular, porque justamente la constitución es el reflejo de la voluntad del pueblo (Amaya 2010).

En la siguiente tabla podemos apreciar la estructura de razonamiento de Marshall en el caso emblemático.

**Tabla 1. Estructura lógica del razonamiento de Marshall**

<b>Proposiciones</b>	<b>Argumentos</b>
Proposición 1	El poder judicial tiene la obligación de aplicar la ley
Proposición 2	Ante la existencia de dos leyes contradictorias, la aplicación de una ley excluye a la otra.
Proposición 3	La constitución es la ley suprema. Es ella la que define cuando las normas son contrarias a sus disposiciones.
Proposición 4	La supremacía de la constitución importa que cuando ella está en

<sup>10</sup> El contexto político y social de la época es fundamental para comprender los pormenores de la situación conflictiva. En efecto, pasados los años luego del final de la guerra de independencia de 1776, la cuestión fue empeorando porque las líneas de crédito que tenían los grandes propietarios de tierras americanos con sus pares ingleses decayeron exigiéndosele el pago de las deudas en forma inmediata en moneda dura además de que no sean utilizadas las rutas comerciales que anteriormente usaban. Esto implicó que la exigencia de pago se trasladara a pequeños deudores internos quienes no aceptaron y provocó a su vez levantamientos sociales. En la época el poder judicial impartía “justicia” en favor de los terratenientes quienes formaban parte de la misma casta social, lo que hizo que la ciudadanía resistiera a las órdenes judiciales. Así también reaccionaron algunos sectores conservadores que cuestionaron la intromisión de las mayorías en los asuntos de gobierno (Amaya 2010, 8-9).

	controversia con una norma emanada del legislador, ésta no tiene validez.
Proposición 5	Si consideramos que la cuarta premisa fuera falsa, entonces la legislatura podría modificar la constitución mediante de una ley y, de este modo la constitución no podría servir de contrapeso a la legislatura.
Proposición 6	La función del órgano legislativo está limitada por la ley suprema.
Proposición 7	Cuando una norma no es válida, entonces carece de obligatoriedad.

Fuente: (Nino 1997, 261-262)

A través de esta serie de razonamientos lógicos expuestos por Marshall, podemos concluir que si una ley está en contra de lo estipulado por la constitución debe ser declarada inválida y por lo tanto no puede ser aplicada por el poder judicial. En el modelo estadounidense de revisión judicial todos los jueces que conforman el sistema pueden declarar inválida una ley y los actos normativos que le son requeridos de constitucionalidad, y por lo tanto se lo denomina control difuso de constitucionalidad, es decir, que puede ser realizado por cualquier juez de la federación en casos concretos siendo su carácter vinculante mediante la regla *stare decisis*. Los conflictos entre la ley y la constitución no se envían directamente a la corte suprema, sino que llegan a ella a través de los órganos inferiores del sistema judicial. La corte no mantiene la exclusividad de la interpretación porque se distribuye esa autoridad en los demás niveles en un sistema que se denomina descentralizado.

En lo que refiere al modelo europeo de revisión judicial,<sup>11</sup> de origen kelseniano, el control lo realiza en forma exclusiva una corte constitucional, con autoridad por sí misma para juzgar la ley por medio de una acción directa, esto es, no hay ningún otro órgano del poder judicial que pueda llevar a cabo la revisión judicial de forma descentralizada. El sistema austríaco es también denominado “concentrado” e intentaba suplir las deficiencias del modelo estadounidense en el que la descentralización del control judicial de constitucionalidad y el alto nivel de aislamiento de los magistrados desembocaban erróneamente en un “gobierno de los jueces”.

---

<sup>11</sup> El enfoque continental europeo fue cambiando recién luego de concluida la I Guerra Mundial en lo que refiere al control de constitucionalidad cuando se instalaron primeramente los tribunales ad hoc encargados de ejercer el control de la legislación. La primera ola de leyes supremas inició con una constitución fue la de Checoslovaquia de 1920 e inmediatamente la austríaca promovida por Hans Kelsen en el mismo año y luego la española de 1931 (Nino 2013).

El sistema concentrado buscaba un mejor equilibrio entre la función liberal de la revisión judicial y la preservación de la voluntad de la mayoría política, incrementando la politización de la composición de las cortes constitucionales, y limitando el número de actores autorizados a entablar demandas ante la corte, entonces el monopolio para declarar la invalidez de las leyes por contrariar la constitución, la composición de las cortes y las restricciones a la justicia constitucional reducen las oportunidades para el activismo judicial y con ello se limita la función de la revisión judicial (Arantes 2011).

En efecto, estas preocupaciones por el activismo judicial y por lograr interpretaciones fieles a la constitución ya se encontraban presentes en El Federalista, documento en el cual se expresaba que el juez “no posee ni debe poseer fuerza ni voluntad sino únicamente discernimiento”, y, la nulidad de la ley sólo puede ser viable cuando está en sentido contrario del texto normativo de la constitución, es decir, el juez ha de subsumir reglas y no ponderar principios. También en la concepción kelseniana vemos que la justicia constitucional había de diseñarse de tal manera que la actuación de los jueces estuviera alejada de la esfera discrecional del legislador. Es por ello que se justificaba encomendar la labor a un tribunal que no forme parte ni del poder judicial ni del poder político, y en donde el control de la ley se conciba como una interpretación en abstracto. Ciertamente, hoy día, ninguna de las propuestas es viable, pues el desarrollo histórico del constitucionalismo ha dado paso a constituciones revalorizadas tanto desde el punto de vista semántico como del procedimental, llena de valores, principios y reglas (Prieto Sanchís 2009).

La justicia constitucional tuvo y sigue teniendo una tensión entre derecho y democracia. Las posiciones que se inclinan a favor de la democracia tienden a rechazar cualquier control judicial de la ley, sobre todo porque sigue con fervor la doctrina de la discreción judicial y de la autolimitación. De ello hemos visto en el apartado anterior. Por supuesto que una actuación deferente de los jueces hacia el legislativo podría verse como una señal a la sensibilidad democrática de las mayorías en cuestiones de expansión de derechos sociales constitucionales; y de esa manera la autorrestricción estaría justificada no sólo por una eventual adecuación a las políticas, sino porque las mayorías democráticamente elegidas ostentan el papel de intérpretes calificados de la constitución. Pero, por otra parte, ese argumento de deferencia o *self-restraint* podría convertirse en una receta de adecuación funcional contraria a los principios del Estado de



Derecho, y allí la justicia constitucional correría el riesgo de presentarse no ya como instrumento de interpretación constitucional y de control de los poderes políticos, sino como “brazo tonto de la ley” (Pisarello 2000, 130).

La postura contraria a la autolimitación opta por el uso del control judicial de la ley o *judicial review* para fortalecer la representación política. En este caso, por ejemplo, podemos citar a John Hart Ely, quien en su libro *Democracy and Distrust* de 1980 prestó especial atención al tribunal constitucional al que dio un lugar preponderante como promotor de la democracia republicana. En ese sentido, expuso que la revisión judicial puede darse solo en dos circunstancias: primero que la justicia constitucional actúa como un poder de antimonopolio en el proceso político a fin de evitar que aquellos que se encuentren en el poder modifiquen las reglas de juego y que le resulten favorables finalmente; y, segundo para asegurar que determinados grupos sociales puedan requerir demandas que sean introducidas en su agenda de tal manera a obtener representación política (Ely 1980, 45).

Debemos reconocer que existen otras posiciones más conciliadoras desde el argumento democrático en donde la idea de los derechos fundamentales juega un rol importante como exigencia de moralidad y límite a la decisión política, pero que también observa cierto escepticismo a la revisión judicial. Esta sería la posición de Habermas (1992), quien de entrada muestra poco entusiasmo a la justicia constitucional y se ubica en un lugar más alejado de los conceptos de democracia liberal, en la que se opta por el establecimiento de restricciones a la voluntad de las mayorías. Este doctrinario está más bien vinculado a subrayar el sistema democrático de las leyes postergando los sistemas de control.

La tensión entre la democracia y las garantías constitucionales pretende ser así cancelada: los jueces no tienen la función de enmendar la ley, o para suplir la labor del legislador, sino para garantizar que éste sea democrático (Prieto Sanchís 2009).

En el desarrollo del constitucionalismo, a mediados del siglo pasado, la presencia de las cortes o tribunales constitucionales facultados para ejercer el control de actos de los otros poderes era una rareza. Esto cambia radicalmente luego de la segunda guerra mundial donde el modelo estadounidense prevaleció mayormente en los países democráticos. Según los datos ofrecidos, hoy día, más del 80% de los Estados en el mundo atribuyen a los tribunales constitucionales el poder de invalidar una legislación incompatible con la constitución, y que se

establecen en la propia normativa fundamental a la cual otorgan supremacía. Se establecen en los documentos constitucionales una marcada división de poderes, la constitucionalización de los derechos fundamentales, y finalmente otorgan entidad a los tribunales constitucionales para ejercer el poder de control constitucional (Barroso 2019). En ese sentido Ginsburg (2003) y Ferrajoli (2008) coinciden en que la introducción de regímenes democráticos en los países de Europa oriental, África y América Latina,<sup>12</sup> trajo consigo la inauguración de mecanismos de control judicial de la constitución, en el convencimiento de que ello sometería a los poderes públicos al imperio de la ley, a las reglas del derecho.

En términos de gobernanza, la revisión judicial de la ley se aparta un poco de ese debate polarizado en el que las disputas están enmarcadas en cuestiones de poder de las cortes para contrarrestar los resultados de un proceso legislativo, o bien, en términos de los mandatos de los derechos de las minorías que siempre son vulnerables a los derechos de las mayorías. El debate se centra entonces, en la estructura de la gobernanza democrática y en la experiencia acerca del rol de las cortes constitucionales, especialmente cuando en tiempos de crisis de las instituciones políticas, las cortes se presentan como frenos potenciales a las políticas de inmediatez. Esta lectura se da partir de las casuísticas, es decir, de realidades a partir de las cuales se pueden concluir el rol de las cortes en tiempo de estrés sistémico (Issacharoff 2019). Esta visión o discusión es relevante porque cuando se estudian a los países latinoamericanos se analiza la

---

<sup>12</sup> Al terminar la década de los ochenta y principalmente durante el desarrollo de los noventa, varios países experimentaron un cambio en su sistema político, pues han establecido democracias electorales luego de convivir con largos periodos de regímenes dictatoriales. Samuel Huntington (1996), lo denominó “la tercera ola de la democracia”, y utiliza este concepto referido a un proceso de instalación de regímenes democráticos en el periodo 1974 y 1990. Durante este periodo, una gran cantidad de países han iniciado la transición democrática, aproximadamente 30 Estados o más. Desde la posición de Huntington, podemos decir que a inicios del siglo XIX surgió la primera “larga ola” democrática, caracterizada por la aplicación del sufragio en muchos estados federales dentro de los Estados Unidos, que se extendió hasta 1926, alcanzando la cantidad de 29 procesos democráticos electorales. En cuanto a la “segunda ola democrática”, surgió luego de concluida la segunda guerra mundial hasta 1966, al registrarse 36 sistemas democráticos en todo el mundo (Cousso 2004). No obstante, a pesar del establecimiento de “democracias electorales”, muchos países a pesar de tener el título de “democráticos” –en realidad- se constituían en verdaderas dictaduras disfrazadas. Pero ello dependerá del concepto que se tenga de democracia. Sobre este debate existe mucha literatura, sin embargo, se citan algunos como Schumpeter (1942), Diamond y Platter (1993) Handelman y Tessler (1999:3), O’Donnell et al. (1999) Karl y Schmitter (1996), Linz y Stepan (1996) Rogoswky (1998), entre otros. Estos procesos de transición y cambio de democracia electoral a otra de corte liberal dieron lugar además a la necesidad de crear mecanismos de control entre poderes. De hecho, el poder judicial mediante su sistema de control constitucional ejerce de contrapeso a los demás poderes. O’Donnell (1998) señala que un elemento característico de una democracia liberal es la presencia de instituciones de control o *institutions of horizontal accountability* como mecanismos de control de los abusos de las autoridades elegidas por el pueblo, a lo que Cousso (2004, 35) afirma que “Su terminología, sin embargo, puede ser sustituida por otras más clásicas, como “Estado de derecho” o “constitucionalismo”.

jurisdicción constitucional según se trate de democracias débiles o democracias consolidadas, de allí la importancia del trabajo jurisprudencial de las cortes o tribunales constitucionales para comprender y justificar su existencia.

En América Latina se ha extendido el modelo estadounidense de control constitucional en mayor o menor ajuste, en el que los tribunales son la institución a la que se recurre para detener o provocar la acción de las mayorías democráticas, cuando su acción o inacción afecta un derecho o viola un procedimiento democrático establecido en la constitución. Aquí los jueces deciden sobre los límites que son impuestos a la política por la constitución, y por ende son responsables de aplicar dichos límites al accionar de la política. “Cuanto más robusto es el límite constitucional, cuantos más derechos, procedimientos y contenidos han sido atrincherados constitucionalmente, mayor es el ámbito de decisión de estos jueces” (Saba 2019, 292-293).

Asimismo, en materia de tribunales y justicia constitucional, América Latina ofrece un impresionante panorama, marcado por la diversidad de soluciones institucionales, muchas de ellas de naturaleza híbrida, cuando se las contempla desde ambos modelos, tanto norteamericano como europeo continental, además de la presencia de singulares rasgos como la existencia -en casi todos los países- de las vías de amparo o tutela para la protección preferente de los derechos fundamentales. En efecto, estos rasgos regionales de identidad son la conjunción de ambos sistemas, difuso y concentrado, y la existencia de un marco pluralista en las altas cortes, en cuanto a tipo y número, sistema de nombramientos y responsabilidades. En la identidad y número de integrantes, en algunos países las constituciones han implementado el esquema de inspiración kelseniana de cortes constitucionales especializadas, mientras que otros han conservado una corte suprema única a la que se ha agregado la función, tal es el caso de una sala constitucional. Países como Argentina, Brasil o México, una única corte condensa gran cantidad de funciones y responsabilidades, mientras que otros, el mismo cúmulo de responsabilidades se distribuye entre un esquema plural de instituciones judiciales como ocurre en Colombia y Perú (Pou Giménez 2019).

### **3. La legitimidad democrática del poder judicial: la interpretación de la constitución y la última palabra.**

Las cortes constitucionales no gozan de un origen democrático porque no fueron electas de manera popular, mediante voto del pueblo, sino que sus miembros son designados a través de mecanismos insertos en la constitución normativa, y no tienen una renovación periódica. En la doctrina constitucional sigue siendo un tema inacabado tanto en la teoría como en la práctica, es decir, la función de las cortes y su legitimidad para la interpretación constitucional en democracia ha sido una cuestión de notable interés y desarrollo.

En ese sentido, en la teoría constitucional se han debatido algunos aspectos que hacen relación al rol de la justicia constitucional, sobre todo en cuanto a su legitimidad en las democracias contemporáneas para ejercer el control constitucional de los actos de los otros poderes públicos. Los críticos de la justicia constitucional cuestionaron el sistema de pesos y contrapesos ya desde sus inicios en los Estados Unidos a finales de Siglo XVIII por la tradición liberal representada por Paine y Jefferson (Ferraro 2005). De hecho, ya desde los inicios del constitucionalismo moderno, en la corte madisoniana la legitimidad democrática del poder judicial era indirecta o derivada, cuyos integrantes eran designados por otro poder del Estado, el ejecutivo, y que nadie podía poner en duda que un nombramiento realizado por el presidente de los Estados Unidos con aval del senado no estuviera dotado de legitimidad democrática por la forma de la designación. A todo lo cual se suma la trayectoria profesional de los candidatos, su conducta personal, experiencia en el ámbito jurídico además del apoyo político. En esto se basaba el sistema de legitimidad. El poder judicial fue siempre muy cuestionado en el sentido de la poca extracción democrática, lo que nos lleva a considerar la evolución que han tenido en las primeras revoluciones liberales. Ya desde El Federalista se consideraba que el poder judicial era uno de los tres poderes más débiles (Jiménez Asensio 2019).<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> No obstante, en El Federalista existen textos que procuran justificar la labor del poder judicial basado en la constitución. Madison (1788, 257), en El Federalista N° 49 ha expuesto su argumento respecto de los jueces quienes “por la modalidad de su designación, así como por la naturaleza y permanencia de la misma, están demasiado alejados del pueblo como para compartir mucho de sus preferencias”. Por su parte, en El Federalista N° 78, también Hamilton (1788, 393), desarrolló un poco más el argumento sobre la forma de nombramiento de los jueces y la necesidad de su independencia de los otros poderes. Reconoce que el departamento judicial es el más débil, pero es esencial su completa independencia y que ella se encuentre en una constitución, ley fundamental en la cual deben fundar sus decisiones.

Por supuesto, esta aparente legitimidad se fue diluyendo a medida que iba pasando el tiempo y evolucionando el derecho constitucional norteamericano, sobre todo porque los Estados fueron adoptando otros mecanismos de acceso a la judicatura que se diferenciaban de la Federación, pues habían decidido que los cargos debían ser elegibles, es decir, a través de la competencia electoral. Esto trajo muchas objeciones, entre ellas podemos identificar varios, como por ejemplo que los jueces eran designados por tiempo limitado, nada garantizaba que realmente tenían preparación en el ámbito jurídico, ni que fueran imparciales en sus decisiones, y que además no se podía garantizar que la política no contaminara esas elecciones; tampoco por supuesto, que los intereses económicos pudieran interferir en la función judicial. No fue sino hasta 1940 con el Plan Missouri que se establecieron determinadas reglas para elegir a los jueces mediante la creación de una serie de filtros institucionales. Con esto, los candidatos tendrían una legitimidad directa desde el momento en que acreditaban previamente su buena conducta y formación profesional (Jiménez Asensio 2019).

En efecto, este debate se traslada al ámbito académico en la teoría política, siendo uno de los pioneros y principales exponentes Alexander Bickel (1962, 16-17), quien apuntara su tesis relativa al tema, en cuya opinión la revisión judicial implica que los jueces no solo apliquen la ley, sino que además a través de la interpretación que hagan de la constitución le pueden dar forma y contenido. Los jueces pueden utilizar esta interpretación incluso en contra de las decisiones del congreso que fue elegido por el pueblo, cuando declaran inaplicable una ley. De esta manera, la revisión judicial no está tan conforme con el concepto de democracia, lo que constituye la “dificultad contramayoritaria de la institución”. La posición más crítica es la tesis desarrollada por Waldron (2006, 56), quien supone que es la regla de las mayorías y no la constitución la que representa el parámetro más idóneo para aceptar las decisiones de la colectividad, incluso las que se refieran a los derechos fundamentales. Y señalaba que “el control judicial de la legislación es inapropiado como última instancia dentro del proceso de toma de decisiones en una sociedad libre y democrática”.

Esta “dificultad contramayoritaria” referida al rol significativo de los jueces desafía a la concepción tradicional del principio de división de poderes. Se asume la teoría de la revisión judicial fuerte, pero restringe la actuación de los jueces a la doctrina constitucional, pues hay temas de política que no están sujetas a un control judicial y cuestiones relacionadas con los

derechos constitucionales, en las que los tribunales fueron autorizados a actuar. Pero dentro del espacio de los derechos se estima que los jueces dependen de técnicas especiales denominadas principios, cuya aplicación sólo puede ser efectuada por abogados especialistas más que los legisladores (Tushnet 2014).

La dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional no es un asunto sencillo de abordar porque en un nuevo Estado constitucional posibilita una redefinición del concepto de democracia que se sustenta en la regla de la mayoría, habida cuenta de que, en este nuevo estado de cosas constitucional, la democracia supone además el respeto y la garantía del goce de los derechos humanos tanto de mayorías como de las minorías. En efecto, se ha pretendido afrontar la dificultad contramayoritaria atendiendo a varias teorías interpretativas de la constitución, unas con pesimismo evidente y otras que intentan conciliar la labor de los jueces con las democracias (Cárdenas 2008).

La crítica de Bickel sobre el sistema estadounidense ha sido desarrollada y ampliada por muchos otros autores como Bruce Ackerman y John Hart Ely.

En una posición elocuente Ely (1980, 67, 72-104) concibe al poder judicial como *referee* del proceso democrático, cuya labor esencial es la de custodiar el cumplimiento de las reglas de ese proceso de tal manera a que los debates y sus resultados sean satisfechos. Argumenta que la revisión judicial debe tomar la forma fuerte porque se encuentra justificada en los casos de existencia de leyes limitantes de la democracia. En efecto, la idea misma del autogobierno democrático se encuentra sustentada en supuestos que implican tener elecciones regulares y razonablemente abiertas, en donde todos los intereses en juego puedan tener acceso razonable a la legislatura mediante el voto y la libre expresión. Embargo, en ocasiones, los legisladores promulgan leyes que restringen severamente el proceso democrático, y es ahí donde se justifica una revisión judicial fuerte. Para este doctrinario norteamericano el legislador tiene la última palabra para decidir sobre los derechos. Es la mayoría parlamentaria y no el juez constitucional quien tiene dicha potestad. Los jueces pueden invalidar leyes aprobadas por el parlamento sólo en caso de esa mayoría haya atentado contra los derechos de participación política y afecte a las minorías, y es ahí donde se sustenta el control judicial.

Ely (1980, 42) afirmaba que la constitución tiene dos aspectos principales, esto es, valores sustantivos, por un lado, y del procedimiento de participación en el gobierno

representativo, por el otro. En esencia, su crítica apuntaba a que la corte suprema aspire instaurar valores fundamentales de la vida política mediante la interpretación la constitución, los que únicamente pueden surgir de una amplia participación ciudadana, por lo que la corte suprema debe abstenerse de realizar una interpretación relativa a dichos valores fundamentales, y su rol legítimo no es más que la de un árbitro en los procedimientos de participación política, debiendo mantenerse abierto para otorgar especial protección a las minorías. No obstante, procuró demostrar la compatibilidad entre la justicia constitucional y la democracia. Así analizó la función de los jueces en el proceso de revisión judicial constitucional de las leyes, a quienes atribuyó un papel primordial pero limitado a la posibilidad de que asuman el lugar de los legisladores.

Asimismo, el citado doctrinario rescata la tradición radical no populista en el sentido de que por un lado confirma la premisa de la mayoría pero también de que dicha mayoría puede fallar, y por ello es necesario reparar esa falla mediante su propuesta de una democracia deliberativa, en cuya concepción la democracia es un sistema político inestimable desde que impulsa la toma de decisiones imparciales, entendiéndose por éstas, las que no resulten soslayadas en favor de persona determinada, sino que trata a todos con igualdad. Esta práctica deliberativa de la democracia es la promotora de un diálogo entre el gobierno y la sociedad, facilitando el debate y la corrección de errores o convicciones que prevalecen en la sociedad, y ayudando a la eliminación de prejuicios para la toma de decisiones imparciales (Ely 1980, 99).

Por su parte Ackerman (1991, 16-33) sustentó su posición en que en una democracia debe ser el pueblo quien decida acerca de los temas fundamentales en lo que respecta a su organización política, como lo son las cuestiones atinentes a la constitución, no siendo atribución de un grupo de élite como la corte suprema o el poder judicial en su conjunto. De esta manera, el autor diferencia dos tipos de decisiones que puede asumir el pueblo en democracia. Por una parte, las decisiones que se llaman “superiores o constitucionales”, las cuales requieren de una movilización previa y un extenso debate de los ciudadanos, como lo es la constitucional al momento de dictarse en condiciones ideales. Dentro de este tipo de decisiones propone la incorporación de la idea de “activismo estatal” en la totalidad de los principios fundamentales de organización política de los Estados Unidos, que fue el resultado del New Deal y que vino a sustituir a la doctrina del *laissez faire*, la que hasta entonces era reconocida por la Corte Suprema

norteamericana como un principio de nivel constitucional, aun cuando ninguno haya sido mencionado en el texto de la constitución. En cuanto al segundo tipo de decisiones, refiere que es la más corriente y son aquellas que los ciudadanos asumen por medio de sus representantes sin movilización ni debates previos. Dicha transformación política tan fundamental en los EEUU, fue el resultado de un largo proceso que tuvo como protagonista principal una amplia movilización ciudadana, acompañada de extensos debates sobre la vida colectiva, la solidaridad social y el rol del Estado en la economía.

Ackerman y Rosenkrantz (1991,18) en el ensayo *Tres concepciones de la democracia constitucional*, desde una visión dualista, consideran que es sumamente importante la distinción previa entre las decisiones. Entre aquellas que son emanadas directamente del pueblo y las decisiones del gobierno, pues es la única manera en que se podría establecer los deberes del poder judicial y la corte suprema de justicia para ejercer el control de constitucionalidad. De esta manera se separan tanto de los originalistas como de los textualistas, y formulan una postura intermedia, tratando de hallar la mejor solución posible en esta situación dicotómica. En esencia, el dualismo asume una teoría de la adjudicación constitucional y señalan que las cortes supremas tienen el deber principal de preservar las decisiones políticas tomadas por el pueblo e impedir que dichas decisiones sean erosionadas por legislaturas, justificando así la existencia de un cuerpo judicial que defienda la expresión de soberanía que se refleja en la ley suprema y en decisiones constitucionales posteriores a los embates de la política diaria exteriorizada en las cambiantes mayorías legislativas. Finalmente hay que decir que para estos autores las decisiones del congreso tienen importancia fundamental o constitucional porque expresan un amplio consenso o movilización política, independientemente del formalismo del texto constitucional, con el cual, por lo general, se quiere justificar el papel elitista de las cortes constitucionales.

Dworkin (1986), en tanto, estima que la justicia constitucional es necesaria porque son los jueces los confiados de velar por las precondiciones de la democracia. Es decir que, el juez constitucional tiene la responsabilidad de la decisión más correcta para subsanar el costo democrático que representa la anulación de una ley del congreso. El autor acepta la posibilidad de error de los jueces, pero afirma que lo hacen en menor medida que los legisladores. En la misma línea nos expone Nino (2013, 680) un argumento a favor (aunque sostiene que contiene un error conceptual acerca de lo que es el derecho y ya adelanta su desacuerdo) del control



constitucional de índole lógica pues una de las funciones centrales de la ley suprema es el reconocimiento de los derechos y su protección, y si no existiera control judicial no se reconocerían estos derechos. Así pues, el papel fundamental de los jueces se da a partir de la revisión judicial fuerte de las decisiones de las mayorías. Para este autor, sin embargo, tal argumento es una falacia porque los derechos reconocidos en la constitución de ninguna manera pueden ser consideradas barreras a los poderes de las mayorías porque ese análisis es meramente desde la moral y lo fáctico, pero no está determinada por la lógica de los conceptos.

Por otra parte, el profesor de derecho Ferrajoli (2008, 31) sostiene la importancia y la necesidad de la institución del control constitucional de las leyes por parte de los tribunales constitucionales porque ello se funda en el cambio de paradigma que hizo posible el papel de las constituciones en la garantía de la división de poderes y los derechos fundamentales. Esa es la verdadera innovación.

No obstante, habrá que advertir que la función constitucional de las cortes o tribunales constitucionales en democracia incluye dos tipologías de actuación: una contramayoritaria y otra representativa. Por la primera se entiende cuando la actuación invalida los actos de los poderes ejecutivo y legislativo; en tanto que, por la segunda, la decisión por parte de los tribunales en sus sentencias es el reflejo de la voluntad popular y mayoritaria que se traduce mediante argumentos robustos que las personas han de aceptar, es decir, las actuaciones del órgano judiciales tienden a inclinarse hacia las posturas mayoritarias de la comunidad (Barroso 2016). Concuera esta postura con la idea ya desarrollada por Alexy (2006, 14) en el sentido de que un modelo adecuado de democracia debe incluir no sólo decisiones políticas sino además la “argumentación”, y hace un paralelismo entre decisiones del parlamento y decisiones judiciales, en tanto que la relación entre el parlamento y el pueblo no se reduce únicamente a los momentos electorales, sino que además a las argumentaciones expuestas en el proceso de formación de las leyes; al igual que los tribunales constitucionales en el que la representación del pueblo es puramente argumentativa. Alterio (2017) explica este argumento diciendo que un primer nivel se requiere que los razonamientos constitucionales se puedan diferenciar entre sí, de tal manera a identificar su calidad para que el control de constitucionalidad no admita todo, sino que se base en un fundamento razonable y objetivo. En un segundo nivel es necesario que se cuente con una cantidad suficiente de personas que acepte estos argumentos.

En ambas teorías a favor del principio mayoritario de decisión de las cortes constitucionales, la legitimidad proviene de la argumentación de los jueces en sus sentencias, traducida en una legitimidad de ejercicio. Los jueces son personas versadas en derecho, formadas y capacitadas de acuerdo con un sistema de ingreso selectivo y profesional que hace a los mismos la fortaleza en la toma de decisiones. La argumentación es la delegación de la representación otorgada por el pueblo soberano, proyectando la voluntad popular. En la teoría alexyana, sin embargo, es indispensable una convalidación posterior de la argumentación de las decisiones judiciales como condición *sine qua nom* de la representatividad.

Una hipótesis similar sostiene Courtis (2005, 37) cuando considera la existencia de herramientas que contribuyen a lograr la legitimidad de la justicia constitucional. Elementos como “la transparencia y la publicidad” de la actuación de los jueces, la calidad de los argumentos de las sentencias, la independencia, el desarrollo de los precedentes sobre derechos humanos y la sabiduría de su postura frente a temas controvertidos que generen el debate en los ciudadanos. La legitimidad del poder judicial está dada por la aceptación de sus resultados por la ciudadanía. El hecho de que los jueces no sean designados mediante elecciones no puede ser un obstáculo para obtener legitimidad de ejercicio. Así dadas las cosas, el poder judicial no precisamente pronuncia valores contramayoritarios en sus sentencias.

Miguel Carbonell señala que desde sus inicios el constitucionalismo se caracterizó en buena medida por ser un instrumento *contramayoritario*, en el sentido de que “los textos constitucionales establecen una limitación de poder de las mayorías parlamentarias para tomar decisiones, en los siguientes casos: a) para regular una serie de derechos fundamentales que no pueden ser alterados por la voluntad de las eventuales mayorías que dominen el poder legislativo ordinario; y, b) a través del control de constitucionalidad sobre la producción legislativa de esas mismas mayorías” (Carbonell 2000, 250-251). Este cambio significó el reconocimiento de la importancia de un poder judicial robusto e independiente como parte esencial de las democracias, así como para la protección de los derechos fundamentales y la vigencia del Estado de Derecho; a lo cual se puede agregar además un factor político que consiste en la desilusión con la política mayoritaria de los actores institucionales para llegar a un consenso sobre temas controvertidos (Barroso 2019). Como lo expresó convenientemente Prieto Sanchís, el constitucionalismo, en términos de la filosofía política, se presenta como “la mejor forma de

gobierno para hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias” (Prieto Sanchís 2009, 102).

Sin embargo, en los Estados Unidos no puede negarse la larga objeción antimayoritaria a la revisión judicial, pues en la historia constitucional norteamericana observamos grandes cambios a la interpretación realizada por las distintas cortes sobre temas similares, que se explican como alteraciones en las actitudes de los jueces de la suprema corte hacia las políticas sociales y económicas. Verbigracia, la Corte Warren – 1953-1966 – que inició con el fallo de 1954 en el caso *Brown c. Board of Education*<sup>14</sup> y concluyó en 1973 con el caso “*Roe Wade c. Texas*”.<sup>15</sup> Esto supuso un nuevo capítulo para derecho constitucional norteamericano ya que implicó un cambio en la jurisprudencia. Pero hay que aclarar que hubo otros cambios antes de la Corte Warren, con el caso conocido “*Lochner c. New York*”,<sup>16</sup> pero esto coincidió con la concurrencia de muchos profesores de tiempo completo de las universidades cuya labor era precisamente aportar al debate reflexivo sobre los fallos de la Corte. Este fallo fue revocado por otra interpretación en “*West Coast Hotel c. Parrish*”,<sup>17</sup> de 1937 (Hoog y Bushell 2014).

Hay otros enfoques, además de los ya mencionados, que también intentan dar una explicación o justificación por así decirlo al principio de la mayoría o regla de la mayoría. *El*

---

<sup>14</sup> En este fallo la Corte Suprema de los Estados Unidos cambió su parecer respecto a la doctrina de separados pero iguales que había sido establecida con anterioridad en la jurisprudencia con el caso “*Plessy vs. Ferguson*”, y llega a la conclusión de que carece de sentido la aplicación de esta doctrina a los escolares y estudiantes de la secundaria. La separación de otros niños de la misma edad o de privaciones de derechos semejantes con el argumento de la raza provoca en ellos un sentimiento de inferioridad respecto de la posición que tienen en su comunidad, lo cual puede afectar en su salud y que quizás nunca pueda ser reparado. Concluye que, en el sector de la educación, la doctrina de las razas conocida como “*separados pero iguales*” no tiene cabida. 347 U.S. 483 (1954)

<sup>15</sup> En el caso *Roe Wade vs. Texas* en Estados Unidos, se generó el debate sobre la libertad individual de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo y si esa decisión era constitucional considerando que el Estado de Texas prohibía el aborto. La Corte interpretó la XIV Enmienda sobre de la libertad personal y las restricciones a la acción de los Estados, para llegar a la conclusión de que el derecho a decidir sobre el cuerpo implica además la decisión de la mujer de dar continuidad o no a su embarazo. Asimismo, estableció que ese derecho tampoco era absoluto porque el Estado puede establecer normas para defender intereses importantes para proteger la salud y la vida potencial. En ese momento aún no había consenso acerca del momento en que comienza la vida. 410 U.S. 113 (1973)

<sup>16</sup> En *Locher vs. New York*, la Suprema Corte norteamericana declaró inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que establecía límites a la jornada laboral en las panaderías a un máximo de 10 horas diarias o 60 horas semanales. 198 U.S.45 (1905).

<sup>17</sup> En la sentencia se avaló la constitucionalidad de una legislación social referente al salario mínimo del trabajador. Los antecedentes dan cuenta de la demanda presentada por Elsie Parrish, una empleada de la firma West Coast Hotel, percibía su salario por debajo del mínimo establecido en la legislación estatal, razón por la que demandó por reclamación de la diferencia económica entre el salario cobrado y la cantidad legalmente establecida. El caso llega a la Corte Suprema en donde la cuestión jurídica a dilucidar era respecto de la vulneración de la libertad contractual por parte de la legislación estatal, y por ende la XIV Enmienda. 300 U.S.379 (1937)

*enfoque utilitarista*: el cual obvia la regla de la mayoría y se apoya en la eventualidad de conseguir un determinado valor social como por ejemplo el bienestar general, aun cuando este valor se obtenga como resultado del autointerés de los individuos. La regla de la mayoría solo es atendible cuando se maximiza la utilidad social, pues la mayoría satisface sus preferencias a través de ella. La utilidad social máxima, de acuerdo con esta perspectiva, no puede ser asegurada por ningún otro sistema que permita que las preferencias de la minoría predominen sobre la de las mayorías (Nino 1997, 107).

Carlos Nino hace un serio cuestionamiento a este enfoque demostrando sus debilidades, y dice que por sí misma la regla de la mayoría no satisface el principio utilitarista porque para maximizar las preferencias de los individuos deben ser valoradas sus intensidades, es decir, que si los intereses de la mayoría son muchos menos intensos que los de la minoría puede tener resultados totalmente anti utilitaristas. Este enfoque deberá buscar mecanismos menos ortodoxos para solucionar este problema como pluralidad de votos o mecanismos de veto para minorías con intereses intensos (Nino 1997, 109-111).

En su *Teoría de la Justicia*, Rawls (1971) se distancia críticamente del utilitarismo o del principio de utilidad sosteniendo la idea kantiana de que el hombre no es un medio sino un fin en sí mismo y que como tal debe ser tratado en base al principio de igualdad a la que denominó la “posición original”. No admite subordinación alguna que pueda llevar a una persona a ser un medio y que, en efecto, cada sociedad además de estar organizada para el bien común debe estar regulada de forma eficaz por un entendimiento común acerca de la justicia, entendida como equidad, y la cual se fundamenta en la dignidad humana.

El concepto de justicia como equidad implica la combinación de dos tradiciones políticas de la modernidad: el principio de igualdad de Locke, y el principio de libertad de Rousseau. Desarrolla además el concepto de autonomía de la persona, y siguiendo en ese sentido a Kant, la autonomía se puede entender de dos maneras, “la autonomía racional y la autonomía plena”; que se relaciona con las características del hombre racional y razonable (Osorio 2010).

En cambio, para la teoría del *análisis económico de la democracia* en tanto como una variante del enfoque utilitarista, la democracia funciona como el mercado, sobre las bases de las leyes de la oferta y la demanda, en el que existen productores de bienes en este caso los políticos y sus políticas, y los consumidores representados por los ciudadanos electores. Los consumidores

negocian con los productores con el objetivo de alcanzar un punto de encuentro entre sus exigencias. Desde un enfoque más normativo, podríamos decir que para que haya equilibrio óptimo en una democracia de mercado es necesaria que tanto productores como consumidores sean beneficiados, para lo que no importa identificar las preferencias o intereses de los participantes, consecuentemente la justificación de la democracia desde el punto de vista económico descansa en la idea de la existencia de una mano invisible. En este enfoque, la regla de las mayorías cede su lugar a la “unanimitad” lo que para James Buchanan y Gordon Tullock debe ser entendida como una regla de consentimiento unánime, donde se crearía una dinámica de negociación entre una minoría de preferencias intensas y una mayoría con preferencias opuestas pero más débiles, de tal forma que surgiría un proceso de negociación de votos o de intercambio de favores políticos sobre distintos asuntos (Nino 1997, 113).

Otros autores analizan la objeción contramayoritaria desde el tipo de constitución que se tiene. Este elemento podría reducir considerablemente la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional. El estudio se basa en la tipología de constitución, para lo cual se considera tanto el contenido gramatical como los problemas que enfrenta la al momento de ser interpretada y aplicada por los jueces (Enríquez Soto 2015, 139). En ese aspecto, Ely (1980, 75-77) articuló una justificación procedimental en donde se erigiera un modelo fuerte de control judicial en el que las mayorías no pondrían en peligro la funcionalidad del proceso. Así, la *judicial review* tendría la finalidad de salvaguardar el orden democrático. En suma, hablaba de una concepción procedimental de las normas constitucionales o constitución procedimental, basándose -en forma recurrente en su obra- en la nota al pie del juez Harlan Fiske Stone en el caso conocido como *United States vs. Carolene Products Co.* (304 U.S. 144, 1938). Es decir que, para él, el diseño institucional de la constitución estadounidense en realidad tenía directa relación con un diseño estructural absolutamente procedimental. Ferreres Comella (1997, 53-54) en el mismo sentido explica que en algunos casos se halla totalmente justificado que un juez declare invalidada una ley decidida por mayoría parlamentaria acerca de los derechos y libertades cuando esta decisión esté atentando en contra de los derechos de representación porque si es el propio parlamento el que los vulnera entonces soslaya su propia legitimidad democrática.

En el modelo continental europeo, en tanto, fue bastante diferente respecto de la legitimidad de los jueces. Si partimos de un documento constitucional podemos advertir que, en

Inglaterra, cuya tradición deriva del *commow law*, los jueces ingleses adquirieron la inamovilidad a través del *Act of Settlement* del 12 de junio de 1701, y así salvaguardaron el principio de independencia judicial. En este instrumento normativo los jueces eran nombrados por el poder ejecutivo y removidos sólo por el parlamento. Fue una inspiración concreta en el modelo *checks and balances* del principio de división de poderes. Esta configuración de poder judicial que otorga un equilibrio entre poderes y actúa como una barrera frente al poder arbitrario mediante las herramientas de independencia e imparcialidad (Jiménez Asensio 2019).

En Alemania, se suscitó el interés crítico de la justicia constitucional, es así pues que hay que destacar un antecedente de gran interés: el debate durante la década de los treinta, entre Kelsen (1931) y Schmitt (1931), el cual influyó de manera decisiva entorno a la justicia constitucional prácticamente hasta nuestros días (Ferraro 2005). Es conocida la polémica europea respecto de la interpretación y la defensa de la constitución entre Kelsen y Schmitt, durante la primera mitad del siglo XX sobre si quién debe erigirse en defensor de la constitución. Para Schmitt (1931) existe una desconfianza hacia el parlamento y a los tribunales constitucionales, por ello depositaba toda su postura en el presidente del Reich y sostuvo que, en el caso del parlamento es por su falta de capacidad de representación y su débil legitimidad democrática. En tanto que en referencia a los tribunales constitucionales su ilegitimidad es mucho más evidente porque un tribunal de justicia sólo puede ser guardián de la constitución en un Estado judicialista que someta la vida política al control de los jueces; en suma, un tribunal que concentre y monopolice la constitución acarrearía una judicialización de la justicia y la política. Kelsen (1931), en tanto, abogaba por un control jurisdiccional de la constitución en el sentido de sostener que es incorrecto admitir al parlamento como único órgano político capaz de crear el derecho. Un tribunal constitucional cuando anula las leyes actúa como legislador negativo, pero esos poderes de interpretación son muy limitados, y rechazó cualquier interpretación abstracta basada en principios. A decir de Cárdenas (2008) su posición estuvo basada principalmente en reglas.

Dentro del debate europeo aparecen otros de gran importancia como Habermas (1992) y Peter Häberle. De gran importancia, este último en su libro *La sociedad abierta a los intérpretes constitucionales* de 1975, obra en la que sostuvo que la interpretación de texto constitucional, que es formalmente depositada a un conjunto de especialistas del tribunal constitucional,

constituye, en realidad un proceso abierto de debate democrático, en el que toda la sociedad participa a través de distintos mecanismos, y así propuso lo que dio en llamar “una democracia de ciudadanos”, pero que en ningún caso debe afirmarse que la majestad unitaria del pueblo emana únicamente el día de las elecciones, sino que también proporciona legitimación en el proceso de interpretación de las normas constitucionales. Además, planteó una revisión judicial mucho menos rigurosa de los jueces, como una suerte de control estricto de los legisladores cuando estos no se ocupan de promover el debate público (cit. en Ferraro 2005).

En Latinoamérica, la crítica también se hizo presente mediante los trabajos de Carlos Nino de 1984 y 1989. En el segundo trabajo propuso un constructivismo epistémico que rechaza por principios la institución del control constitucional de normas, y aseguró que este tipo de control solo sería admisible si fuera realizado por una institución política sometida al proceso democrático, pero no por jueces. Otro crítico de la justicia constitucional lo fue Ernesto Garzón Valdéz, en su *Fundamentación racional y objetiva de las normas morales*, aduciendo que se puede encomiar la legitimidad de un político cuando su comportamiento coincide con las normas de la moral y la ética. Aquí más bien traslada al ámbito ético y filosófico para explicar la falta de legitimidad de los tribunales constitucionales. Por otra parte, Farrel (1998) niega el carácter democrático de la justicia constitucional, pero afirma su racionalidad para cualquier sujeto que tenga un auto interés esclarecido, pues nadie podría querer arriesgarse a que sus derechos fundamentales sean desconocidos por las mayorías democráticas (cit. en Ferraro 2005).

Surgieron, en efecto, otras soluciones para aminorar el debate. En ese sentido, Gargarella (1996) en su libro *La justicia frente al gobierno*, desarrolla aquellas expuestas por la doctrina para justificar la legitimidad democrática de la justicia constitucional y los clasifica de la siguiente manera: 1) conservadurismo y elitismo, 2) soluciones populistas, 3) soluciones intermedias, 4) la solución radical no populista: la democracia deliberativa. En el conservadurismo y elitismo, que es una corriente con inspiración en ciertas ideas de John Locke en su obra *Tratado del Gobierno* en el que se sustentaba en dos argumentos principales: primero, la existencia de verdades morales comprensibles por la razón, y, en segundo lugar, en que no todos contaban con capacidades para llegar a esas verdades. Se sustenta la teoría en que las mayorías no del todo se comportan fundadas en la razón, sino que se ven constantemente influenciadas en sus decisiones afectando a su objetividad. Hamilton (1788) en *El Federalista* es

uno de los que se posiciona en esta corriente de teoría política. En lo que refiere a las “soluciones populistas”, toma una posición inversa a la anterior, sustentando su tesis en la capacidad de las personas basadas en la razón y como tal también están dotadas de capacidad para argumentar cuestiones moralmente fundamentales. A esto se lo denominó “populismo moral” haciendo alusión al pensamiento en el que la mayoría se considera que tiene el derecho de decir a los demás cómo vivir. Para el populismo basta la voluntad general o popular al que tendrá que recurrirse cada vez que se requiera tomar una decisión sobre una moral básica, y en la que los jueces tienen nula participación y por ende no tendrían la facultad de anular las leyes. En la última, respecto de “soluciones intermedias”, indica que se encuentra entre el conservadurismo elitista y el populismo, en la que se destacan por ejemplo soluciones como: la presencia de grupos de presión que sustentan a los menos favorecidos, con lo cual se procura acercar a la ciudadanía al litigio judicial; la introducción de jueces por “jurados y jueces legos”, en donde la intervención de los ciudadanos es más directa y contribuye a democratizar la justicia; la forma de designación de los jueces, con la introducción de mecanismos de selección más democráticos; el tribunal como legislador negativo, cuando se dota al tribunal constitucional de facultades de decisión con criterios más allá de los puramente técnicos. En la doctrina de la “solución radical no populista” se parte del reconocimiento de la igualdad de todas las personas ante la ley y que por tal razón se encuentran unidas de razón. A esta solución es la que Gargarella se asocia y desarrolla su fundamentación, diciendo además que lo que se debe es mejorar el proceso de toma de decisiones sin necesidad de desechar ni la preocupación por el derecho de las minorías ni el abandono de la creencia en la falibilidad de la mayoría.

Conviene retomar el punto inicial acerca de la legitimidad judicial en ambos modelos de sistemas constitucionales. En principio la legitimidad democrática del poder judicial para los jueces continentales europeos partía de la constitución normativa, es decir, de que nace de la propia constitución, y que los jueces recibían su legitimidad efectiva por el sistema de ingreso a la carrera judicial, lo que se diferenciaba del modelo anglosajón que se asentaba sobre un sistema de puestos. Esto implicaba que el juez era nombrado para determinado lugar o función que debía ocupar; en tanto que en el europeo continental, un modelo burocrático, el juez iba escalando de posición mediante la superación de los concursos hasta llegar a ocupar funciones de mayor exigencia (Jiménez Asensio 2019). La cuestión se debió en gran medida a que los



revolucionarios franceses tenían una profunda desconfianza hacia los jueces, uno porque esos funcionarios no recibían su legitimidad a través del voto popular y por tanto no tenía potestad para alguna para modificar o dejar de aplicar una decisión tomada por el parlamento; y otro porque el cambio de régimen no implicó la sustitución de los funcionarios judiciales, razón por la que los revolucionarios no podían confiar en aquellos del antiguo régimen. De esta manera les estaba vedado a los jueces decidir por su propio juicio, y estaban nada más que circunscriptos a la aplicación de la ley que además es voluntad del pueblo, cualquier decisión que no se limitara a esta labor sería percibida como carente de legitimidad. Los jueces europeo-continetales eran considerados burócratas de carácter especializado e inhibidos de efectuar cualquier decisión por su propio raciocinio (Saba 2019).

En ambos sistemas, no obstante, se otorgaba suma importancia a la interpretación de la norma constitucional que difería según se trate de modelos constitucionales o distinciones ideológicas y las discrepancias propias de los diferentes tribunales. “Como es bien sabido, la interpretación jurídica está influenciada decisivamente por la historia, la religión, la cultura y el sistema legal de cada país, lo que dificulta el acuerdo universal sobre los valores constitucionales y los derechos fundamentales” (Barroso 2019, 7).<sup>18</sup> Mark Tushnet destaca que dentro de la interpretación constitucional la dimensión política juega un rol fundamental, sobre todo ante la presencia de múltiples controversias constitucionales, y corresponde saber si esta interpretación le pertenece al pueblo tal como está diseñado a través de los años, que la consagró como organización política. Dicho, en otros términos, la implicancia política de una discusión constitucional termina evidenciando la forma en la que el pueblo exterioriza su voluntad para dar sentido a esa identidad creada históricamente, determinando a su vez el criterio interpretativo que, finalmente no tiene que ver con el agente. De ahí que la supremacía judicial resulta injustificable. Este autor nos permite considerar una interpretación popular de la constitución o el carácter popular de la interpretación constitucional, y permite problematizar la relación entre el pueblo y la regla de las mayorías (Tushnet 2006).

---

<sup>18</sup> Como vimos en el punto anterior sobre la Corte Warren en que la interpretación judicial de la constitución estuvo marcada por una sustancial modificación de ella, mediante la apelación a principios generales y neutrales que derivan de la constitución. La doctrina constitucional norteamericana se caracterizó por dos posiciones respecto de la interpretación constitucional, por un lado, encontramos al originalismo y por otro al interpretativismo. Allí se distinguieron dos cortes, la Corte Warren y la Corte Burger. En la Corte Warren el juez llevó al límite la interpretación de la constitución, pero lo hizo dentro de los cánones del texto fundamental, en tanto que la Corte Burger tomó el lugar del legislador en las decisiones sociales sustantivas (Cárdenas 2008).

Las objeciones que se hacen a la interpretación de la constitución no son menos vagas ni menos imprecisas, porque lo cierto es que propia la constitución es redactada con un lenguaje vago o ambiguo que, muchas de las veces, requiere de ser interpretada llegando así a los tribunales. En consecuencia, los jueces tienen un gran margen al interpretarla y el proceso de interpretación de un modo rehace la constitución a gusto de los jueces (Hoog y Bushell 2014). El carácter antidemocrático de la justicia constitucional basada en su incapacidad para declarar la invalidez de la norma emanada del legislativo no se fundamenta solamente en que sus decisiones recojan o no la voluntad popular, sino además en lo que respecta a la interpretación del texto constitucional controvertida con la ley que se pretende anular, es decir, el grado de indeterminaciones constitucionales lleva a los jueces cuentan con un alto poder de discreción judicial para determinar la constitucionalidad de la ley (Enríquez Soto 2015). Y más aún porque ha habido poca preocupación desde las críticas hacia el constitucionalismo, como lo mencionó Prieto Sanchís, en cuanto a la “naturaleza antidemocrática de la interpretación constitucional” y su prolongación a la interpretación legal, se cuestiona acerca de la posibilidad de que los jueces constitucionales también puedan inventar la ley ya que lo hacen con el texto constitucional. El peligro para la democracia no proviene de la constitución, sino de unos jueces dispuestos a hacer prevalecer sus decisiones sobre las del legislador, pero ello tanto con constitución como sin ella. (Prieto Sanchís 2009, 163-164).

Las cortes o tribunales constitucionales pueden jugar un rol central, pero a la vez ese rol central perversamente aumenta las disputas políticas sobre quién controla las cortes, sobre lo cual existen varios ejemplos (Issacharoff 2019). Esto constituye una consecuencia paradójica, y es que la judicialización de las políticas ha llevado a la politización de la judicatura. La cuestión es si ese papel que juegan las cortes alrededor del mundo puede ser sostenido exitosamente para proteger procesos democráticos (Ginsburg 2018).

Eso nos lleva a pensar nuevamente respecto de la capacidad de la judicatura como institución que juega un rol de administradora de la integridad democrática, y surge la duda de si efectivamente posee la habilidad requerida para ser una institución amortiguadora contra las corrientes democráticas. Hay, sin embargo, algunas razones para considerar que las cortes sean baluartes institucionales de los procesos democráticos por ser los lugares establecidos para la resolución de conflictos que se apoyan argumentos públicos y sentencias razonadas (Issacharoff

2019). En efecto, ya no podemos ver a los jueces como simples intérpretes “boca muda de la constitución” y situarnos en ese extremo, sino que además como garantes de la constitución y de los derechos fundamentales derivados del principio de supremacía. En la medida que nos posicionemos en uno u otro estaremos aceptando la ilegitimidad democrática en el control constitucional de las leyes, por un lado; y por otro, en la medida que reconozcamos la supremacía constitucional, concederemos a los jueces un espacio de actuación, no ya de garantes de libertades en abstracto, sino que los únicos garantes de nuestros derechos en concreto (Prieto Sanchís 2000).

Para Nino (1997), el control constitucional del juez solo estaría justificado y legitimado al mismo tiempo en tres situaciones: que se revise un determinado procedimiento sea para ampliarlo o perfeccionarlo, siguiendo a Ely (1980); la anulación de las leyes basadas en razones perfeccionistas, y, la consideración de una práctica aceptable desde la moral. Pretende este doctrinario la remisión o reenvío al legislador la decisión a fin de incentivar el propósito de deliberación democrática y proteger la representatividad del parlamento, digamos una suerte de veto de la sentencia de la corte por parte del legislador.

Una propuesta más actual y alternativa a las demás, es la de *la justicia dialógica* como promotora de la deliberación democrática que ya mencionara en párrafos precedentes propuesto por Gargarella. Este autor primeramente aborda la misma problemática respecto del modo en que se lleva adelante la revisión judicial, basado en tres preguntas disparadoras: 1) ¿por qué los jueces y no los legisladores quedan a cargo de la función principal en materia de interpretación constitucional?; 2) ¿podemos aceptar en el marco de una democracia que los jueces tengan “la última palabra” para decidir sobre los conflictos semánticos del texto constitucional?; y, 3) ¿por qué hemos adoptado un sistema constitucional tan estricto, en el cual las relaciones entre los poderes sean tan toscas como si los problemas sean del “todo o nada”? La justicia dialógica se presenta como una alternativa intermedia a esta polarización. En efecto, el constitucionalismo dialógico nos lleva a una práctica desarrollada gradualmente desde los años 80, e impulsado en muchos casos por el poder judicial. Las soluciones dialógicas en este caso prometen dar fin a las clásicas objeciones democráticas a la teoría revisión judicial fundadas en la debilidad democrática del poder judicial. La justicia dialógica además elude el problema de la “última palabra” y en cambio puede dar lugar a que la política pase a tener un espacio preponderante en

la toma de decisiones. Así también, el dialogo constitucional al estar enmarcado en el sistema de frenos y contrapesos, las soluciones que plantea la justicia dialógica tienen dificultades para consolidar como prácticas novedosas y sus efectos a veces tienen a verse limitados o debilitados. El constitucionalismo dialógico afirma que aquellos asuntos constitucionales trascendentales tienden a ser resueltos a través de una conversación desarrollada en el tiempo y que debe envolver a los distintos poderes y también a la ciudadanía. Es decir, que puede dar lugar a distintas formas de respuestas a los requerimientos y que impiden realizar una categorización o elaboración de una respuesta única (Gargarella 2014).

En el mismo sentido, ya lo expresaba Mark Tushnet, pues lo denominó “revisión judicial dialógica” y que nació con la Carta Canadiense de Derechos y libertades de 1982. En el caso de la carta canadiense no supone ninguna intervención de la corte, porque el diálogo parte de dos disposiciones, una sustantiva y otra procedimental. La primera es una cláusula de limitación general que se aplica a todos los derechos constitucionales y que están subordinados a restricciones provenientes de la ley y que tuvieron su fundamento en la existencia de una sociedad libre y democrática. Mientras que la segunda, es la denominada “*cláusula no obstante o anulación*” - “*notwithstanding clause o overriding clause*” - de la sección 33, que faculta a la legislatura sea provincial o nacional a tornar efectiva sus leyes por el plazo de cinco años, aun cuando esto pueda generar una imposibilidad de certeza sobre la comprensión por ciertos tribunales y que lo consideren inconsistente (Tushnet 2014).

El diálogo funciona cuando la decisión democrática tiene lugar si la decisión de invalidar una ley por la corte puede ser revocada, modificada o anulada por el proceso legislativo ordinario. El legislativo sigue a veces la sugerencia de la corte porque ella puede indicar cómo deben hacerse las modificaciones a los efectos resolver los problemas del texto constitucional, o bien, presenta una ley diferente que evita las barreras constitucionales (Hoog y Bushell 2014). La revisión dialógica tiene características atractivas desde el punto de vista del constitucionalismo democrático porque en su mayor parte, los individuos consideran que es menos probable que legislaturas, a diferencia de las cortes, tengan en cuenta los límites que el constitucionalismo le impone al autogobierno democrático. “La revisión dialógica capitaliza la ventaja institucional que tienen las cortes, en el marco del foro legislativo, para centrar la atención en valores constitucionales conectados con problemas específicos”. De esta manera se promueve el valor

constitucional de las limitaciones al autogobierno democrático y recién una vez que la legislatura toma partido respecto de los problemas podemos endilgar el valor de dicho autogobierno, dejando la decisión final a la legislatura (Tushnet 2014). En el diálogo constitucional entre cortes y legislaturas se da paso a un constitucionalismo cooperativo que reconoce la totalidad del potencial y los límites de las respuestas judiciales y legislativas al proceso de interpretación y satisfacción de los derechos insertos en la constitución.

Pero “[...] a diferencia de lo que ocurre en las otras teorías del constitucionalismo corporativo, en el marco de una concepción dialógica se considera que los tribunales tienen una capacidad mucho mayor (y, en ocasiones una responsabilidad directa) para contrarrestar la obstrucción del proceso legislativo en lo que hace a la concreción de los derechos constitucionales [...] pero también se advierte que el desempeño de esta función se ve restringido por los límites de competencia y capacidad de acción en virtud de los cuales los tribunales deberían evitar el abordaje *puro y fuerte* que algunos académicos parecen propugnar en la materia ” (Dixon 2014, 54).

Conrado Hübner Mendes ha caracterizado la revisión constitucional como un veto temporario y también como una herramienta que permite refinar la conversación interinstitucional, en la que la interacción implica un paso de la teoría defensiva de la división de poderes clásica a una comprensión deliberativa. Esto indica que el patrón de legitimidad de las instituciones dependerá del ideal de interacción. Y lo aborda desde la vieja tensión entre las dos variables clásicas de legitimidad: forma y sustancia, su relación con el concepto deliberativo y éste como medio útil para reflexionar sobre la legitimidad de cada institución contextualmente *ex post* (Mendes 2014).

En esencia,

[...] las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas de la revisión judicial basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o en el riesgo de que al imponer la última palabra afecte al sentido y el objeto de la democracia constitucional, según la cual, las mayorías deben estar en el centro de la creación normativa. En este sentido, las soluciones dialógicas eluden el problema de la última palabra y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente en el proceso de la toma de decisiones (Gargarella 2014).

Sin embargo, en contextos de democracias deliberativas débiles como lo son en América Latina, el reto para los jueces es confrontar las dificultades. En la posición originaria de Nino (1997), de la democracia deliberativa, por ejemplo, si la mayoría a menudo infringe los

derechos de las minorías, no ve por qué lo harían los jueces o que se vean tentados a hacerlo, salvo que sus intereses armonicen con los de las minorías, pues cuando los jueces no tienen un origen democrático sus sentencias no satisfacen el valor epistémico, característica de todo proceso democrático.

A pesar de las resistencias teóricas ocasionales, el papel contramayoritario de las cortes ha sido aceptado en la mayoría de los países y la legitimidad de la jurisdicción constitucional se ha basado en dos argumentos principales: “1) la protección de los derechos fundamentales, la que no puede ser afectada por la política mayoritaria, y, 2) la protección de las reglas de juego democrático y los canales de participación política de todos”. Muchos países han otorgado un papel de centinela a los tribunales o cortes constitucionales como una especie de guardián de la constitución en contra del riesgo de la tiranía de las mayorías, y es esto precisamente lo que impide tergiversar el proceso democrático u oprimir a las minorías. Dada la evolución de las democracias y los debates doctrinarios podemos afirmar que hay un consenso razonable de que el concepto de democracia va más allá de la idea de gobierno representativo y requiere de la incorporación de derechos individuales que exige el respeto en igualdad de condiciones, y que cada individuo sea tratado con la misma consideración en sus opiniones e intereses (Barroso 2019).

En muchas democracias, se concede a aquellas instituciones que no expresan la voluntad mayoritaria, la responsabilidad de custodiar por el respeto de los derechos establecidos en las constituciones. Este control contramayoritario debe actuar como límite a las mayorías y también a las minorías cuando sean éstas quienes conforman eventualmente la mayoría parlamentaria. Y dependiendo de cada sistema político jurídico en particular el control contramayoritario será de un juez en forma individual o de un órgano colegiado, sean cortes o tribunales constitucionales, es decir, que dependerá del modelo de control constitucional adoptado por cada país inspirado en el modelo estadounidense o el europeo continental (Saba 2019).

En la mayoría de los países que han adoptado los sistemas de control judicial de constitucionalidad –americano o europeo- se han generado fricciones y dudas sobre por qué el poder judicial debería tener la “última palabra” en decidir acerca de los alcances de los derechos individuales, definir los conflictos que se generan entre los poderes políticos e interpretar las reglas que hacen al juego democrático. Los jueces quienes no son elegidos democráticamente

para ocupar sus cargos son investidos del poder de invalidar leyes que fueron creadas por los representantes del pueblo elegidos por éste. Cabe así una pregunta, siguiendo a Prieto Sanchís (2009, 17) “¿Por qué han de ser los jueces, unos funcionarios no elegidos democráticamente quienes deban decidir en forma discrecional el significado de cuestiones especialmente controvertidas, pronunciando la última palabra frente al legislador?”

Sostiene Waldron (2018) que la existencia de un catálogo de derechos fundamentales no significa que éstos deban ser amparados por un tribunal constitucional y tampoco que ya en la constitución se establezcan limitaciones centrales a la función del legislador que cuenta con origen democrático; lo que indica es que, en la fijación de los derechos, un procedimiento reemplaza a otro, el legislativo por el jurisdiccional. Esto es, en lugar de que sea el legislativo quien diga sobre los derechos, es un tribunal constitucional quien lo hace, siendo así, esta restricción no viene desde la propia constitución sino de los tribunales constitucionales, con la particularidad además de que las indeterminaciones constitucionales hacen que la interpretación de la norma constitucional sea una labor fundamentalmente discrecional.

A esto, Gargarella (1996, 59) lo ha denominado “brecha interpretativa”, porque al final son los jueces quienes toman el lugar que le corresponde en realidad a la voluntad popular. Bayón, siguiendo a Waldron, expresa así: “la supremacía constitucional no significa que la mayoría decide mientras no vulnere los derechos fundamentales; lo que significa es que decide siempre que no se vulnere aquello que los jueces constitucionales consideran es el contenido de los derechos fundamentales” (cit. en Prieto Sanchís 2009, 157). Ya habíamos visto una posición intermedia de Ely (1980, 82) en la que pregonaba unos jueces árbitros en la toma de decisiones imparciales para que se respete el proceso democrático capaces de proteger a las minorías discretas y aisladas, siendo que la voluntad de las mayorías no es ilimitada, deben tomarse en cuenta a estas minorías, quienes no pueden defenderse por sí mismas y ese es el éxito de las democracias. El juez constitucional no tiene la última palabra, pero tampoco se puede prescindir de su interpretación cuando ocurre un conflicto entre intereses entre mayorías y minorías.

La historia constitucional nos muestra que a la Suprema Corte de los Estados Unidos se le dio la última palabra en un gran número de temas de mucha importancia para dicho país y para sus ciudadanos, es por ello que las posibilidades y los límites de la Suprema Corte han estado frecuentemente en el centro de la controversia, justamente debido a la tensión entre el derecho y

la política. La Corte de los Estados Unidos de los años 1920 y 1930 y su oposición sistemática a las políticas desarrolladas por el gobierno de Franklin Roosevelt (1933-1936) fueron producto de duras críticas pues se sostenía que las acciones de la corte habrían distorsionado el principio de división de poderes y degenerado en un gobierno de los jueces. Sin embargo, tal cuestión aparece bastante diferente en el continente europeo, por ejemplo, el sistema británico es un ejemplo de que no es necesario un control judicial de constitucionalidad para mantener un régimen democrático. La transformación del gobierno de Gran Bretaña del absolutismo a la democracia liberal fue la supremacía del parlamento, en el que las decisiones legislativas no requerían ser revisadas por otro cuerpo político en base a una ley superior. Recordemos que en Inglaterra no existía ni hasta ahora una ley superior o constitución. Pero esto tuvo un cambio significativo en otros países de Europa luego de la segunda guerra mundial cuando se restablecieron los regímenes democráticos y la adopción liberal del control judicial de constitucionalidad (Arantes 2011).

Para comprender la interacción entre las cortes constitucionales y el parlamento, Mendes (2014) sugiere atender a una perspectiva matizada del principio de división de poderes, en el que entra en juego también la constitución, la que no puede regular de manera estricta la división de poderes, pues no es posible regular en la ley fundamental si cuándo una institución y no otra tendrá mayor legitimidad social a la hora de tomar grandes decisiones. Atribuirle a determinada institución o agencia supone una decisión difícil, lo cual dependerá del tipo de equilibrio que nos parezca más deseable y del grado de resistencia al cambio que queramos otorgar a esa agencia. Se cuestiona si importa la última palabra, y la respuesta es “sí”, pero menos de lo que se suele considerar sobre todo en cuanto hace a la legitimidad democrática. Importa sólo en los casos en que la toma de decisiones sea válida para todos o con cierta pretensión de durabilidad. Pero ¿cuál sería el criterio para determinar si qué institución posee las características de esta última palabra?, sobre todo si una es comparativamente menos democrática que la otra.

Muy alejado de la verdad es que un sistema en donde no exista el control constitucional de la ley niegue la supremacía constitucional pues la revisión es necesaria pero no precisamente tiene que hacerlo el órgano judicial. “El poder del control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una Constitución suprema” (Nino 1997, 269). Según Rawls (1993, 220) la corte puede dar mayor vitalidad a la razón pública y fomentar un



tipo de razonamiento moral que la democracia no debería desalentar. En caso de no existir la instancia de la revisión judicial, los derechos correrían el riesgo de diluirse como si fueran una razón entre otros sin ningún tipo de dignidad especial. Si no existe la revisión judicial se corre el riesgo además de estimular una cultura de soberanía parlamentaria que carezca de los recursos necesarios para defenderse a sí misma de las conocidas vulnerabilidades que aquejan al modo de toma de decisiones propio del parlamento.

Álvarez Ugarte (2014) abordó la pregunta desde el punto de vista teórico: ¿puede tener la corte la última palabra para interpretar la constitución? Concluyó que, en sentido relevante, no puede tenerla, para lo cual recurrió a distintos trabajos que buscan recuperar el lugar del pueblo en la interpretación constitucional, pero principalmente a la distinción hecha por Cover (2002) entre el derecho como significado y como herramienta de control social, porque ayuda a comprender la capacidad creadora que tiene la ciudadanía para crear derecho. La capacidad creadora de la ciudadanía se vincula con el primer concepto que, de acuerdo con él, tanto funcionarios, jueces y ciudadanos somos capaces de leer la constitución de la forma que consideremos más apropiada, y en ese sentido, la invitación a conocer nuevos mundos que no consiste en tener presentes desacuerdos y controversias sino en respetar esas visiones y rechazar el camino fácil de imponerse por la fuerza. Este doctrinario reconoce la existencia de desacuerdos normativos respecto de la interpretación constitucional y la necesidad de generar diálogos significativos, en el sentido de crear mecanismos institucionales capaces de recibir y procesar reclamos de los ciudadanos. Esta clase de diálogo lleva a interacciones capaces de producir cambios en las preferencias de los actores involucrados.

Linares asume una posición nítida en cuanto a quién debe tener la última palabra: el parlamento. No obstante, reconoce la existencia de dos vías para fomentar el diálogo asumiendo que la constitución posee un modelo robusto de justicia constitucional. La primera es de naturaleza no dialéctica, que puede emerger bajo el denominado “litigio de reforma estructural” desarrollado por Owen Fiss, y otro, de naturaleza dialéctica, que consiste en las llamadas “respuestas legislativas”. En el litigio de reforma estructural los jueces tienen el “poder de agenda política”, lo cual implica que los jueces pueden obligar a las autoridades con representación popular a que solucionen determinados problemas, pero en principio no imponen una decisión particular a las autoridades representativas. Durante el desarrollo de este litigio, la

corte puede cumplir las exigencias de un genuino diálogo democrático mediante mecanismos dialógicos continuados con las autoridades representativas antes, durante, y después de la toma de decisiones. En tanto que, en las respuestas legislativas, señala que es constitucionalmente deseable que se deje al legislador una nueva respuesta mediante la aprobación de una ley de contenido parecido o mismo siendo idéntico al que fue invalidado por el tribunal constitucional. Un recaudo apropiado sería un mecanismo participativo popular mediante consulta a asambleas de ciudadanos antes de volver a aprobar la ley que se quiere revalidar (Linares 2008 y 2014).

#### **4. El Constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho positivo.**

En este apartado propongo contribuir al debate teórico político entre las ideologías positivista y constitucional para la interpretación del derecho y su aplicación por parte de los jueces. En este entramado de ideologías, se otorga una visión de la administración de justicia a través del rostro visible del juez constitucional. El tema se centra en la confrontación con el positivismo jurídico y de cómo esta ideología radicaliza la división entre derecho y moral, y reafirma la tesis de la norma omnipotente. Posteriormente dedicaré un espacio para explicar la transformación de la función del juez constitucional tomando como punto de partida los modelos constitucionales norteamericano y europeo continental (*common law and civil law*), porque ello permitirá comprender el modelo de justicia constitucional de los países latinoamericanos, como también es posible detectar el comportamiento de muchos tribunales alrededor del mundo en las últimas décadas y muy especialmente el caso analizado, el de Paraguay. En el último apartado, se expondrá sobre la función de interpretación del juez en las doctrinas positivista y constitucional, como agente normativo y como agente de cambio social; esto llevará a definir el perfil del juez en cada una de esas teorías de derecho, y la comprensión posterior de los conceptos a ser desarrollados en el capítulo siguiente, la judicialización de políticas y el activismo judicial.

El constitucionalismo es un fenómeno en constante evolución histórica y teórica que aparece con el surgimiento de los nuevos Estados constitucionales a partir de un cuerpo jurídico denominado constitución, que incorpora los derechos del ser humano, nuclea aquellas normas fundamentales para la protección de esos derechos y diseña orgánicamente al Estado y su funcionamiento. La constitución entonces se constituye en un instrumento político y formal, y asume especial relevancia en la concepción de un Estado de Derecho.

La constitucionalización de los derechos es producto de un cambio estructural en el ámbito jurídico, concepto propio de un Estado constitucional moderno que se sustenta en el positivismo jurídico, doctrina que apunta a la ley como único fundamento para la interpretación y la aplicación del derecho. La constitucionalización de los derechos supone no solo la aparición de códigos políticos, sino que implica un conjunto de causas, como “la perdurabilidad de la conciencia constitucional, la buena fe y la honestidad, en la carta magna, la redefinición de su naturaleza y funciones, con sujeción a los derechos inalienables de la persona, a cuyo servicio deben estar el Estado y el Orden internacional” (Cea Egaña 1996, 12-13).

La llamada constitucionalización de los derechos – en esencia - supone la positivización de los derechos en una constitución. Diversos países en Europa como Alemania, Francia, España e Italia introdujeron cambios importantes en sus ordenamientos jurídicos a partir de la creación de los tribunales constitucionales.<sup>19</sup> Comanducci (2009, 86) señala que se trata de “un proceso al término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución”.

La corriente jurídica dominante del Estado constitucional en sus inicios fue el positivismo jurídico, para el cual el derecho es justo, y “sirve en su máxima existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de sus fines deseables tales como la orden, la paz, la certeza, y, en general, la justicia legal” (Bobbio 1992, 47). El mismo autor hizo una distinción de la expresión “positivismo jurídico” en tres sentidos: 1) conceptual, como teoría del derecho; 2) metodológico, como enfoque o modo de acercarse al estudio del derecho; y, 3) ideológico, el positivismo como ideología. Es en este último sentido cuando trata de explicar al positivismo que servía de sustento al Estado constitucional moderno. En efecto, para esta corriente, la ley es el principal argumento, que no tiene en cuenta su contenido, sino

---

<sup>19</sup> En Europa ocurre una mundialización de la justicia constitucional, cuyo proceso ocurrió en tres momentos históricos: la primera ola entre las dos guerras mundiales cuando ven la luz los tribunales de Checoslovaquia en 1920, Austria en 1920, Liechtenstein en 1921, que tiene además la particularidad de ser el único tribunal que se ha mantenido vigente permanentemente, lo que lo convierte en el más antiguo de Europa dado que en el caso de Austria y Checoslovaquia su funcionamiento fue irregular en atención a distintos acontecimientos ocurridos durante la primera mitad del siglo XX, y España en 1931; mientras que la segunda ola comienza al término de la segunda guerra mundial y concluye en la década de los sesenta, en ella toma nota de la reinstauración del Tribunal Constitucional de Austria en 1945, la creación de otros, como los tribunales constitucionales de Italia en 1948 y de Alemania Federal en 1949, de Francia en 1959, de Turquía en 1961 y de la antigua Yugoslavia en 1963. Luego a lo que denomina la tercera ola, en los principios de la década de los 70 y 80, se da la creación de los tribunales constitucionales de Portugal en 1976, España en 1978, Bélgica en 1983 y Polonia en 1985 (Nogueira cit. en Aragon 2009).

que considera a la norma un fin en sí misma, y debido a su existencia debe ser interpretada y aplicada por la judicatura.<sup>20</sup>

El positivismo jurídico entendido como ciencia de la legislación positiva, pone en punto de unión al derecho con el principio de legalidad, la cual presupone que toda la producción del derecho se concentra en una sola instancia constitucional, la que proviene de la legislativa. Esto significa que estamos en presencia de un Estado de Derecho, frente al cual todos somos iguales ante la ley y toda actividad debe estar conforme a ella, y en el cual la actividad de los juristas también debe ser concebido como un servicio a la ley (Zagrebelsky 1995, 33).

El positivismo jurídico sustentaba pues a un constitucionalismo rígido basado en constituciones rígidas, con un cuerpo de normas inmutables. Sin embargo, en la segunda posguerra el cambio de paradigma de un constitucionalismo liberal basado en libertades individuales se transforma en uno abierto a los derechos sociales, políticos y económicos. De esta manera se habla de un Constitucionalismo contemporáneo que, a decir de algunos autores, es la vertiente política de este nuevo Estado constitucional que procura superar el positivismo característico del Estado moderno (Copetti y Santi 2013).

La 2da Guerra Mundial y la derrota del nacionalsocialismo crearon el clima propicio para el surgimiento del Estado constitucional actual. La Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Constitución italiana de 1948 y la Constitución de la República Federal de Alemania de 1948, dieron un valor sustancial a la Constitución como cuerpo normativo capaz de proteger los derechos fundamentales de todos, y, basado en el principio de división de poderes. Ambos principios que fueron rechazados absolutamente por el nazi-fascismo y que precisamente se constituyen en la negación de éste. Por dicho motivo se produjo un cambio en la naturaleza positivista de los Estados constitucionales porque la norma ya no podría ser considerada como una condicionante si carece de contenido, es precisamente éste el que fundamenta su legalidad (Ferrajoli 2008, 28).

---

<sup>20</sup> Esto ocurría dentro de un Estado liberal, una sujeción de la administración y de la jurisdicción a la ley. Se afirmaba un estado legislativo mediante el principio de legalidad, el cual expresaba a la ley como acto normativo supremo al que no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento, ni siquiera “la no aplicación por parte de los jueces o la resistencia de los ciudadanos, en nombre de un derecho más fuerte (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales). La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime*. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho” (Zagrebelsky 1995, 24).

El movimiento constitucional suscitado luego de las dos guerras mundiales presenta críticas a modelo dominante, y se acoge una perspectiva diferente, en donde el derecho y la moral hallan conexiones más frecuentes en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Surge entonces una nueva corriente bautizada con el nombre de “neoconstitucionalismo” que encamina a una unión del derecho y la moral, en contraposición a la postura de separación sostenida por la corriente positivista (Alvarez 2014).

El término “neoconstitucionalismo” es una etiqueta utilizada por algunos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho, en este caso Susana Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci, quienes comenzaron a hacer críticas a ciertas tendencias post-positivistas de la Filosofía Jurídica contemporánea, multiplicándose después a Europa y toda Latinoamérica (Comanducci, Ahumada y González Lagier 2009, 132).

Ahora bien, el neoconstitucionalismo habría surgido en los años sesenta como movimiento iusfilosófico para luego fortalecerse en los setenta cuando sucede el debate académico con cierta polémica entre Ronald Dworkin y John H. Hart. A partir de ese momento el neoconstitucionalismo fue ganando espacio apoyado por la creciente constitucionalización del derecho (Ahumada 2009).

El neoconstitucionalismo es fruto del proceso de la constitucionalización de los derechos al cual procura prevalecer, y de alguna manera reemplazar al positivismo jurídico como también al naturalismo. Comanducci (2009, 89) hace una distinción entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. El primero fue una corriente ideológica dirigida principalmente para limitar el poder y defender las libertades individuales; mientras que intenta una clasificación tripartita del neoconstitucionalismo, en: teórico, metodológico e ideológico, similar a la realizada por Bobbio (1992) respecto del positivismo; y realiza una explicación de cada uno de ellos. El neoconstitucionalismo no es solo una ideología con metodología específica, sino que además es una teoría concomitante a la positivista, que pone en primer lugar la finalidad es la de garantizar los derechos fundamentales.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Prieto Sanchís (2010, 463-464) entiende de que el neoconstitucionalismo es más bien una forma de organización política que se va fortaleciendo en Europa desde la década de los cincuenta del siglo XX, que representa una forma diferente, no nueva, de comprender el estado de cosas constitucional. Es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han ido por caminos separados: la que concibe a la Constitución como regla de juego de competencias mínimas para asegurar la autonomía de los individuos o principio de las mayorías y la que entiende a la Constitución como protectora de derechos.

No obstante, presenta ciertos rasgos del constitucionalismo liberal en el sentido de que toma la idea de garantía de jurisdicción y desconfianza hacia el legislativo, es decir, que para el neoconstitucionalismo el poder constituyente es más liberal que democrático porque traduce la presencia de limitaciones frente a las decisiones de las mayorías, no precisamente en el apoderamiento de esas mayorías, sino que abre camino al ejercicio popular de la soberanía representativa. Así también presenta rasgos de la tradición continental, en el sentido de que asume un programa normativo ambicioso que va más allá de las simples reglas de juego, dicho mejor y resumidamente, “[...] una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediabilmente la última palabra se encomienda a los jueces” (Prieto Sanchís 2009, 110).

“Como teoría, el neoconstitucionalismo constituye por lo tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta ya no refleje la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles” (Comanducci, Ahumada, y González Lagier 2009, 92)

El neoconstitucionalismo se forja sobre estos grandes elementos: “la teoría de las fuentes”, la cual ya no puede seguir siendo sustentada por el legalismo, que promueve al parlamento como único órgano capaz de pronunciar la última palabra, aun cuando reconozca, por el contrario habrá que sustentar la existencia de una constitución y de una jurisdicción constitucional también dotado de la misma capacidad; “la teoría de la norma”, que da lugar a nuevas tipologías de derechos antes no contempladas o no atendidas convenientemente; “la teoría del sistema u ordenamiento”, que replantea los problemas de plenitud y coherencia; y “la teoría de la interpretación”, que recibe con mucho agrado la argumentación de las decisiones que nunca antes fueron exploradas por el positivismo (Prieto Sanchís 2009, 118).

En efecto, el positivismo jurídico ahora es incapaz de servir como herramienta dentro de la nueva realidad del Estado constitucional, porque existen juicios de valor subyacentes a las directivas de los sistemas jurídicos. El enfatizar casi con exclusividad la dimensión impositiva de las normas jurídicas tiene como consecuencia que quede desoída, o al menos entendida como subordinada su dimensión valorativa. “Los conflictos entre principios de derecho constitucional

se resuelven necesariamente más allá de lo que el constituyente ha ordenado y no pueden hallarse en otro lugar más que las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en los juicios de valor que subyacen a las mismas” (Atienza y Manero 2007, 25). El positivismo jurídico es una teoría de derecho sin argumentación, en la que la indeterminación relativa de la norma se resolvía mediante la discrecionalidad o libertad política del legislador en primer lugar y, sometido a éste, la discrecionalidad del juez. Es por ello que el Tribunal Constitucional de origen kelseniano siempre fue respetuoso del legislador (Prieto Sanchís 2009, 131).

El constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX ha cambiado hacia un nuevo constitucionalismo que apoya un estado constitucional democrático de derecho que poco a poco se va difundiendo en todo occidente. Puede decirse que la característica principal de esta ideología es la tutela de los derechos humanos, que en un sistema de pesos y contrapesos *checks and balances* sirve de control sobre posibles cercenamientos de esos derechos. Además, exige a los poderes legislativo y judicial, acciones tendientes a garantizar la protección de los derechos fundamentales establecidos en la constitución.

De ahí la importancia en señalar al neoconstitucionalismo como ideología y no reducirla simplemente a un debate dentro de la teoría del derecho. La discusión significativa se realiza desde el punto de vista de la filosofía del derecho, y es precisamente en este, que resaltan la posición de Alexy (1994), Dworkin (1986), Nino (1985) y Zagreblesky (2008), quienes afirman que no debe sostenerse de que exista nítida separación entre el derecho y la moral, pues ambas proveen de fundamentos al derecho constitucional.<sup>22</sup> En tanto Raz (1991) y Alchourron y Bulygin (1991) niegan la conexión entre ambos. Mientras que algunos tienen una posición

---

<sup>22</sup> Nos expone Prieto Sanchis que: “el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, es ahí donde cabe sostener una conexión entre la moral y el derecho”. Sin embargo esta afirmación tiene varias consecuencias: uno que la validez de las normas ya no depende de su mera existencia u origen social sino que se fundamenta en su adecuación formal y sustantiva a la constitución, y más aún en su horizonte de moralidad que fundamenta la argumentación constitucional; dos, que puede llamarse de constitucionalismo dogmático porque implica una nueva visión interpretativa del derecho, propugnando una actitud comprometida por parte del jurista y no meramente descriptiva por parte del científico del derecho; y una tercera derivación relativa al problema de la obediencia, que si el derecho importa pautas morales entonces bien puede postularse la obligación de la obediencia moral a las normas jurídicas. El autor, no cree, sin embargo, que este modelo de Estado constitucional ni ningún otro modelo obligue a cambiar nuestras creencias, ni de la perspectiva de la obediencia del derecho, pero reconoce ejemplos notables de en los planteamientos de los autores como R. Dworkin, J. Habermas, R. Alexy, C.S. Nino o G. Zagrebelsky (Prieto Sanchís 2009, 103).

contingente; aquí se encuentran Hart (1961), Carrió (1986), Moreso (2004) y Prieto Sanchís<sup>23</sup> (1997), que afirman la conexión no necesaria entre ellas, pero subsistentes.

Los cambios en la literatura constitucional no son menores, pues sucede un giro radical en la teoría del derecho. Anteriormente, en un Estado constitucional moderno, o por así decirlo en un Estado constitucional rígido, los derechos fundamentales tenían valor en la medida en que eran reconocidos por las leyes. Hoy en día, las leyes y las normas jurídicas valen tanto en cuanto respeten el contenido esencial de los Derechos Humanos (Aguila Grados 2013, 1382).

Dworkin (1977;1986) expuso en su tesis de la solución correcta, que el derecho está conformado no sólo por reglas, sino además incluye a los principios fundamentales, que a su vez reposan en una moral objetiva, y pueden llegar a ser absolutamente determinados. De acuerdo con este autor, los principios sustentan las normas jurídicas de tal manera que la expresión literal en ella contenidas puede no ser atendida por los jueces cuando se vulnera cualquier principio que para el caso concreto se considere relevante. El modelo propuesto por el positivismo ahora es incapaz de decir correctamente el derecho porque cuando los jueces ante un caso de difícil decisión deben ponderar los principios y optar por aquél de mayor prevalencia. Se habla entonces de la función garantizadora del juez, no creadora, de esta manera se utiliza la teoría como criterio de solución de conflictos sociales.

Zagrebelsky (2008) coincide con la decadencia del positivismo jurídico, sin embargo, reconoce la existencia de resabios de esta ideología en la actitud de la judicatura, y si todavía no ha sido abandonada es por la inercia de las enormes concepciones jurídicas, que continúan existiendo, incluso cuando carecen de vitalidad porque cesaron las causas que dieron origen a los fundamentos.

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo en contraste con el positivismo, define al derecho como práctica social compleja porque decide los casos, y no la reduce a una simple interpretación de normas sin contenido.

---

<sup>23</sup> Este autor propone que la relación entre derecho y moral no sucede de norma a norma, sino que se da en el centro del ordenamiento jurídico a través de la constitución, cuyos principios con contenido moral impregnan ese ordenamiento mediante el control constitucional y su aplicabilidad a través de la labor interpretativa de los jueces. A esto señala como simbiosis entre constitución y jurisdicción.



#### 4.1. La reconfiguración del modelo de juez constitucional. El juez (co)gobernante.

Si para el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX las decisiones eran discrecionales y limitadas,<sup>24</sup> en la que las constituciones solo pretendían un equilibrio de poderes, ya en el constitucionalismo del siglo venidero y más especialmente de éste, se produce una transformación del rol de las constituciones no solo en el ámbito jurídico, sino sobre todo en lo político y socioeconómico.<sup>25</sup>

La visión del juez constitucional también se transforma en la medida en que las tradiciones jurídicas constitucionales cambian. Es aquí donde tiene mucha relevancia el desarrollo de los modelos norteamericano y británico – *common law* - y el europeo continental – *civil law* - dependiendo de la ideología adoptada por cada uno de estos modelos.<sup>26</sup> Estas formas clásicas contribuyen a explicar por qué la judicatura ha sido forjada según unas características específicas que hacen que su papel en el entramado democrático pueda favorecer o no ciertos perfiles y que las transformaciones, de haberlas, traigan consigo un impacto distinto (Feoli 2012).

---

<sup>24</sup> Un interesante aporte realizado por Zagrebelsky (1995, 131-150) permite entender el funcionamiento de los Estados donde imperaba el principio de legalidad, en la que los jueces estaban subordinados a la ley, pues se pretendía sancionar en forma definitiva degradación de los órganos judiciales a meros aplicadores de la ley y la eliminación de cualquier función de contrapeso.

<sup>25</sup> En la historia del derecho constitucional, el llamado constitucionalismo clásico, propio de los siglos XVIII y XIX entró en crisis, porque entró en crisis el modelo del estado liberal o el liberalismo, y de cuya consecuencia también entró en crisis el principio de legalidad del positivismo que definía a la ley como deber ser objetivo, inmutable, formal e impersonal. Frente a este enfoque surge el constitucionalismo social, mediante la concepción socialista del Estado desarrollada inicialmente por Engels, y luego por Marx, quien ejerció mayor influencia con su interpretación económica de la historia dado a conocer con su *Manifiesto Comunista* de 1848. Concomitante a ella, la otra corriente que influye notoriamente en la formación del constitucionalismo social es “la doctrina social católica” que, con la Encíclica *Renun Novarum* (De las cosas nuevas) del Papa León XIII de 1891, llamada La Carta Magna de los Trabajadores, y que fuera complementada por la Encíclica *Quadragesimo Anno* del Papa Pio X, que condena la lucha de clases, otorga una función primordial general al Estado en la consecución del bienestar general y establece los derechos fundamentales del trabajador. En esta línea del constitucionalismo social se destacan las constituciones de México de 1917, República de Weimar de 1919, Polonia de 1921, Austria de 1920, España 1931, Perú 1933, Brasil de 1934 1937, Paraguay y Cuba de 1940, entre otras (Feoli 2012).

<sup>26</sup> No se hará una profundización de ambas vertientes jurídicas. Tampoco interesa su evolución histórica, sino simplemente importa la posición que ha sido dada al juez y a la conceptualización del derecho. Feoli (2012) expone al respecto que el *civil law* tiene su origen en el derecho romano, influenciado a su vez por el derecho canónico. El *civil law* tuvo un papel preponderante para el desarrollo de *ius civilis* y el proceso de codificación de las normas. En efecto, varios países de Europa y América Latina adoptaron este sistema en sus ordenamientos. En lo que respecta al *common law* tiene su nacimiento durante el siglo XI en Inglaterra, y se caracteriza en que la creación de las normas son basadas en las costumbres y los precedentes judiciales. En esta tradición jurídica, se encuentran los sistemas del Reino Unido y países que reconocen a su monarca, los Estados Unidos de América, y países de África y Oceanía que forman parte de la *Commonwealth*.

Estas dos familias de tradiciones jurídicas o modelos de justicia conceptualizan de manera distinta al derecho y a las relaciones entre los actores institucionales, entre los actores políticos, o dicho de otra forma, entre los poderes. De hecho, también inciden en el comportamiento de los jueces ante los planteamientos de los conflictos de naturaleza política y social. Es medianamente imposible tener una visión homogeneizada de la justicia porque la aplicación y la interpretación del derecho puede variar de una democracia a otra, de un país a otro, y tiene que ver en esencia por el tipo de justicia que adopta.

En la tradición jurídica del *common law* los jueces se caracterizan por poseer más autonomía, lo que permite que el actuar judicial sea más incisivo en cuanto a sus decisiones sobre temas controversiales y de interés de la ciudadanía. Es así que el derecho cuenta con un peso significativo que se fundamenta en los precedentes jurisprudenciales (Feoli 2012).

Desde la tradición del *civil law*, la actuación judicial fue menos incisiva. El poder judicial estaba subordinado en sus inicios a las instituciones políticas representativas, u otros poderes del Estado denominados poderes políticos, y a las normas que estos dictaban. Se basaban en que la división de poderes era tal que no permitía siquiera una relación de equilibrio y mucho menos de control (Autel Barros 1998). El rol de los jueces tenía una fuerte influencia del ideario de la Revolución Francesa sobre la teoría de la democracia, en donde se le reconoce a los poderes ejecutivo y legislativo la facultad exclusiva de tomar las decisiones políticas dada su legitimidad en la voluntad popular, es decir, mediante el autogobierno representativo. La tradición civilista continental se refuerza desde la perspectiva teórico jurídica marcada además por la visión napoleónica del derecho que se trasladó después a la codificación, y, mediante la cual entiende que el derecho limita su existencia a las normas expresadas en el Código Civil que fuera decidido por el Parlamento, lo que otorga al juez un rol supuestamente apolítico (Saba 2019).

Ejemplos característicos del *common law* son el británico y el norteamericano, mientras que del *civil law* se tiene a los de Europa continental. En efecto, en el sistema constitucional británico no hay control constitucional, es decir, que ningún órgano dependiente del judicial ni siquiera el supremo tribunal formado por la Cámara de los Lores puede declarar inválida una ley emitida por el parlamento (Amaya 2010).

Autel Barros (1998, 45) aborda con extremada precisión ambas tradiciones, exponiendo que los países de tradición europea continental contaban con una administración de justicia de

varios funcionarios, sin mucha preparación académica pero con bastantes responsabilidades, y además con una escasa participación del pueblo. Sus sistemas jurídicos eran sumamente detallados y rígidos. En tanto que en lo referente a los países de tradición jurídica anglosajona, contaban con poca cantidad de jueces pero gozaban de mucha independencia, en algunos casos la autoridad judicial se originaba en mecanismos de elección popular. Estaban basados en la costumbre y el precedente judicial. Estas diferencias pueden de sobremanera incidir en la definición de dos modelos de jueces.

Conocer el tipo de juez en cada de una de las tradiciones permitirá comprender el comportamiento de aquél. La distinción hecha precedentemente no es casual pues se dirige a visualizar al juez en ambos paradigmas. Un juez constitucional tradicionalmente del *common law* quizás sea más independiente; una independencia entendida en el sentido de alejamiento de influencias políticas de instituciones representativas, pero con una autoestima jurisprudencial suficiente que lo habilita a inmiscuirse en cuestiones que para otras tradiciones están vedadas. Por otra parte, un juez de raigambre en el derecho civil o *civil law* tendrá muy en cuenta la absoluta separación de poderes y con cierto temor para entender en conflictos sociales porque su legitimidad puede ser bastante cuestionada.

Esto se explica en gran parte desde presupuestos filosóficos distintos. El *common law* es visto como un derecho de los jueces incluso llevando a extremos cuando hablamos de “supremacía judicial”, en particular en Estados Unidos, que también se conserva en esta tradición jurídica. Aquí el juez es “héroe de la cultura” a partir de cuya decisión el derecho se edifica o se construye que luego obliga a una generación siguiente de jueces mediante la doctrina del *stare decisis* (Amaya 2010, 4).

En los países que han adoptado el sistema jurídico anglosajón el juez está legitimado por la sociedad y de esta manera tiene amplio margen para decidir sobre los asuntos. La actuación judicial no es simplemente un ejercicio positivista o legalista, no se limita a la simple aplicación de la ley sino procura definir los conflictos teniendo en cuenta el concepto de justicia, pero sin aislarse de las normas jurídicas. Sin embargo, es muy distinta la visión que se tiene del juez en la familia de tradición continental europea en la cual su actuar debe ceñirse a lo estipulado en la ley de la cual no puede apartarse. Existe rechazo a cualquier desplazamiento, por más pequeño que sea, al terreno de lo metajurídico. A diferencia del *common law*, aquí el juez es

un burócrata con participación limitada en el funcionamiento de la democracia porque solo debe aplicar la ley en forma automática (Autel Barros 1998, 303-305).

Tal parece que un sistema donde el derecho consuetudinario o de los precedentes es el que reina, se tendería a idealizar este modelo porque quizás parezca que congenia mejor con la satisfacción de las necesidades sociales o porque la lógica de los precedentes judiciales llevaría a la administración de justicia a una coherencia tal que ningún ciudadano o jurista podría cuestionar una decisión. Pero también lleva a un grado de incerteza en la uniformidad del precedente judicial sobre todo al ser relativamente bajo (Autel Barros 1998, 315).

El juez de la tradición continental europea con base en una serie de elementos – institucionales, culturales, históricos y políticos- fue concebido como un funcionario público que resolvía conflictos, especialmente entre particulares, y cuya tarea quedaba cumplida al aplicar a un supuesto fáctico el contenido de las normas jurídicas que le venían dadas por los otros poderes públicos. Estaba fuertemente controlado por factores externos e internos de la propia estructura judicial. El margen para que, mediante sus pronunciamientos, se incidiera a un nivel más general, más allá de casos concretos, fue más bien escaso. El juez del sistema del *civil law* ha sido visto como un ente pasivo y huidizo que no impactó en los tipos de sociedad en los que se desarrollaba. Ha estado encerrado en un aparato judicial que lo constreñía a subsumir simplemente hechos en normas formales (Feoli 2012).

Pero surge la interrogante del por qué sucede esto. Y quizás la respuesta tenga un poco que ver con el tipo de juez que se tenga, de la tradición jurídica a la que se acoge el sistema constitucional del Estado, del sistema de acceso al cargo o de selección de los jueces y de las garantías de independencia que estos poseen de las posibles interferencias en su actuar, principalmente las influencias externas.

Las diferencias en los modelos constitucionales, sea el británico, el norteamericano o el europeo continental, contribuyen a aclarar el perfil que adopta la judicatura, y principalmente puede notarse el europeo continental, del cual heredan los países latinoamericanos.

No podemos dejar de observar que, de acuerdo con la teoría de la división de poderes propugnada por Montesquieu,<sup>27</sup> lo que se pretendía era que un poder sirva de contrapeso al otro,

---

<sup>27</sup> En este punto vale aclarar que la separación de poderes no fue idea originaria ni de Montesquieu en Francia, ni de Locke en el Reino Unido, sino que de Aristóteles en su obra “La política”, en la que refiere que el: “En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse, ante todo, arreglándolos

de tal manera a que ninguno de ellos ostente el poder público. En el mismo sentido, y en el Constitucionalismo británico, basado en las ideas forjadas por John Locke e inspirada en la doctrina liberal, el parlamento, poco a poco, fue volviéndose fuerte en la creencia de limitar el poder absoluto del monarca,<sup>28</sup> el cual supone una evolución sin rupturas en el Reino Unido del Siglo XVII. En cuanto a la magistratura norteamericana se fue forjando con problemas propios de un Estado en formación. Trae las ideas de Montesquieu, pero en contrapartida, otorga mayor preponderancia a un poder judicial ante posibles excesos de los otros poderes, principalmente del legislativo (Jiménez Asensio 2005).

Entre finales del siglo diecinueve y principios del siglo veinte el poder judicial adquirió un protagonismo sin precedentes que se intensificó con la llegada de Franklin D. Roosevelt al poder. El presidente encontró una férrea oposición de la judicatura en los planes de promover una serie de políticas progresistas y de corte social. La situación, conocida como el *New Deal* logró resolverse con la amenaza formulada por el gobernante de aumentar el número de jueces, con lo cual garantizaría una mayoría afín a sus intereses. Ante la amenaza, la jurisprudencia, hasta entonces beligerante y contraria a los intereses del ejecutivo, fue notoriamente más benevolente y la mayoría de las leyes logró superar el escrutinio de las cortes (Jiménez Asensio 2005).

El constitucionalismo europeo continental, con sustento en las ideas de la Revolución Francesa, se aleja de lo visto en las otras dos tradiciones constitucionales. A diferencia de Reino Unido, en el caso de Francia se observó un período de ruptura. Para finales del siglo XVIII continuaba funcionando una monarquía absoluta que de alguna manera explica esa fractura violenta y revolucionaria que marca el proceso constitucional francés que, en un principio estuvo lleno de errores e indefiniciones conceptuales, diez constituciones en pocos años son sólo prueba de ello. Algunos propugnaban por la supremacía constitucional y por un reposicionamiento más importante de los jueces. Pero preponderó un *legicentrismo*, es decir, una deferencia total y

---

debidamente. Una vez bien organizadas estas tres partes, el Estado todo resultará bien organizado; y los Estados no pueden realmente diferenciarse sino debido a la organización diferente de estos tres elementos. El primero de estos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el cuerpo judicial” (Barrios González 2013, 27)

<sup>28</sup> Esta teoría de separación de poderes fue incorporada a los textos constitucionales, constituyéndose en la base de la estructura del Estado y su organización, con un efecto palpable en la disminución del modelo absolutista en Europa, que logró a su vez la creación de gobiernos más liberales encaminados en la proclama del respeto a las garantías individuales, aunque no se hicieran efectivas (Barrios González 2013).

absoluta en la labor del legislador, reduciendo al juez a un mero aplicador de las leyes emitidas por el parlamento (Jiménez Asensio 2005).

El modelo francés contribuyó de sobremanera para el debilitamiento de la judicatura en cierta forma, porque luego de la Revolución Francesa perdió su influencia política, siendo que en su función no debía tocar el desempeño de los otros actores políticos (Autel Barros 1998). Otra característica fue el desmembramiento del poder judicial en varios fueros, o sea la división del trabajo judicial por materias, sea civil, laboral, penal o administrativo; de tal manera a debilitarlo y reducir su labor al cumplimiento de las normas emanadas del legislativo, con lo cual el parlamento se vuelve más fuerte (Garapón 2004).

El juez continental era un funcionario público que se limitaba a resolver conflictos solo entre particulares, mediante la adecuación de los hechos a la norma aplicable que le venían dadas por los otros poderes públicos. Estaba fuertemente controlado por factores externos e internos de la propia estructura judicial. El margen para que, mediante sus pronunciamientos, se incidiera a un nivel más general, más allá de casos concretos, fue más bien escaso (Feoli 2012).

#### **4.2. El juez constitucional como agente de cambio social.**

Las transformaciones que ha ido sufriendo la justicia constitucional no se limitan al texto legal, pues esencialmente tienen que ver con el accionar de la judicatura, traducida en la labor de los jueces. En ese sentido, es interesante la división efectuada por Sagüés (2011, 528-529) en el concepto de “agente”,<sup>29</sup> una es como *convalidante* y otra como *promotor*. En el primero, es decir, como agente convalidante, el juez constitucional solo convalida los hechos, no modifica. Tal es el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos en la década del 30 con los casos del *New Deal*. En éste, La alta corte modifica su posición y admite las políticas como constitucionales, lo que desembocó en un sesgo político y social que permitió una mayor intervención del Estado en la regulación del área económica. Adopta una postura consecuente con los intereses de los otros actores políticos, o más bien de acompañamiento o confirmación constitucional.

---

<sup>29</sup> Esta distinción surge a partir de la inquietud motivada cuando Willian Koski, docente e investigador de la Universidad de Stanford, visitó Buenos Aires, quien sustentaba en forma contundente que el sistema de administración de Justicia puede y debe generar cambios sociales, cuando aquellos llamados u obligados a hacerlo, no lo hacen (Sagüés 2011).

En el segundo ocurre como *agente de promotor* del cambio social. Los jueces constitucionales actúan como actores principales, pues adoptan un activismo mucho más manifiesto. Estos cambios sociales se refieren no solo a aquellos de naturaleza económica, sino política, cultural, educativa, religiosa, etc. (Sagüés, 2011). El juez constitucional no es un aplicador automático del derecho, porque debe considerar las frecuentes repercusiones políticas, económicas, sociales y culturales que sus resoluciones tendrán en la sociedad. El derecho constitucional no puede distanciarse de la política,<sup>30</sup> no puede abstraerse de esa realidad, por lo tanto, los jueces constitucionales tienen una relevante dimensión política (Solís 1999).

La actividad del profesional del derecho o del juez es substancialmente lógica porque el derecho no se presenta como una simple realidad cuya existencia es anterior. No se espera del jurista una actividad reducida a lo puramente teórico sino es necesario que participe y contribuya en el desarrollo del derecho (Atienza y Manero 2007).

Sin embargo, el propio Sagüés (2011, 529) reconoce la renuencia a este rol de la jurisdicción constitucional como agente de cambio social. Uno de los argumentos es justamente la legitimidad de la justicia para decir más de aquello que la ley propone, más allá de la tesis de Montesquieu sobre los jueces, como mero aplicador de la ley, casi técnico y robótico, una suerte de “operador tribunalicio”. En palabras del autor “Disponer un cambio social sería un asunto “político”, propio del Parlamento y del Poder Ejecutivo, ajeno al quehacer “jurídico” de los tribunales”.

La doctrina negativista y que sostiene al juez mero aplicador de la ley, es la doctrina llamada de “las cuestiones políticas no justiciables”.<sup>31</sup> Para ésta, hay cuestiones que no pueden salir del ámbito político, y están reservadas únicamente a ellas, no están sometidas al escrutinio judicial de constitucionalidad.<sup>32</sup> En fin, son asuntos políticos y no jurídicos.

---

<sup>30</sup> Este concepto está totalmente alejado de lo que Kelsen (1986) construyó en el sentido de que el análisis jurídico no debe estar contaminado por aspectos políticos, ideológicos o valorativos (Solís 1999).

<sup>31</sup> La tesis de la *political questions* tiene su origen en la célebre sentencia a partir del caso Marbury vs. Madison, en la que el *Chief Justice* John Marshal enfáticamente señaló respecto de la competencia de la Corte respecto de la protección de los derechos individuales en cambio para aquellas de naturaleza política le estaba vedado.

<sup>32</sup> En América Latina en particular, se ha mirado con atención al modelo constitucional estadounidense de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, la que se funda en la premisa de que, en el marco de un sistema republicano de división de poderes, le compete al poder legislativo tomar las decisiones políticas, órgano que se halla investido de legitimidad por la voluntad popular de representación, y que son implementadas por el poder ejecutivo a través de las agencias técnicas. En ese contexto, el juez es responsable de aplicar la ley a los casos

Como agentes de cambio social, las cortes, tribunales o salas constitucionales tienen su propio arsenal argumentativo. Véanse algunos. En primer lugar, el retroceso de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, porque consagra la impunidad institucional de los actores políticos y niega el derecho de acceso de la justicia a quienes son víctimas de los actos políticos. En segundo lugar, es el reconocimiento del rol político que asume la jurisdicción constitucional como órgano de control de los poderes políticos. Tercero, es la fuerte presión de la sociedad en general para que se cumpla lo estatuido en la constitución en cuanto a garantía de derechos, especialmente de índole económico y social. La demanda de la ciudadanía en cuanto a su protección es cada vez mayor en la jurisdicción constitucional, a la cual se le hace difícil su rechazo por el solo pretexto de tratarse de una cuestión no justiciable. Y cuarto, cuando la justicia constitucional actúa como promotor legislativo, siguiendo a la tesis de la inconstitucionalidad por omisión, en la que las cortes constitucionales se convierten en verdaderos agentes de cambio al esbozar soluciones concretas ante el silencio del órgano legislativo intimándolo a sancionar la normativa faltante en el ordenamiento jurídico (Sagüés, 2011).

Con esta visión acerca del rol político de los jueces constitucionales, se podría ensayar una suerte de perfil del juez promotor de cambios sociales. Muñoz Alvarado (2014, 125-132) propone la denominación del *juez humanista*, a partir de la experiencia mexicana. Para identificar a este tipo de juez, lo caracteriza de la siguiente manera:

- a) Intérprete sistemático y conforme de la normatividad: no solo acude a la interpretación sistemática o normativa, sino que aplica la norma desde la óptica de los derechos humanos y el principio interpretación conforme”.<sup>33</sup>
- b) el juez humanista no reduce su interpretación a la normatividad nacional, sino que y sobre todo atiende a los principios de los derechos humanos fundamentales de orden internacional.
- c) su argumentación es innovadora, pues requiere que se superen los formulismos o rigorismos técnicos establecidos en la legislación, y sobre este argumento jurídico innovador han desplazado

---

sometidos a su jurisdicción, pero sólo de la óptica de la ley, evitando decidir sobre la ley que ya decidió a la cual deben ajustarse sin crear una nueva ley (Saba 2019).

<sup>33</sup> En palabras de Ferrer Mac-Gregor (2012, 123) se trata de una: “Técnica hermenéutica para armonizar los derechos constitucionales, con los valores, principios y normas de los tratados internacionales de Derechos Humanos, signados por los Estados, así como con la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.



a esquemas tradicionales para el acceso efectivo a derechos de parte de los ciudadanos a la jurisdicción constitucional.

d) tiene actitud creativa-humanista: innova la norma, haciendo uso de nuevas herramientas hermenéuticas facilitadas por el derecho constitucional. Los jueces se vuelven no solo en defensores de los derechos fundamentales, sino en sus promotores y realizadores de aplicación.

e) su actualización es permanente, pues requieren de una capacitación constante. La inversión en el conocimiento le hará comprender que los asuntos referentes a un tema similar pueden tener distintas alternativas de resolución.

f) es actor académico: es de suma importancia que el juez se involucre en la función académica porque guarda relación con el compromiso social de la judicatura. De ahí la importancia fundamental de los consejos de la judicatura en la formación de los profesionales de la judicatura.

g) desempeña su función con valentía: el juez no debe tener temor al momento de decidir sobre los conflictos que son requeridos para su juzgamiento.

El rol de la justicia constitucional está determinado por el perfil del juez que, como agente promotor de cambio social, tutela los derechos fundamentales e inaugura una nueva forma de comprender la constitución, por lo que su labor impacta en la sociedad en su conjunto.

### **4.3. El juez constitucional como garante de los derechos fundamentales.**

Un dilema importante que se presenta en los estados constitucionales es respecto de la protección de los derechos y si quién o qué órgano debe ser el encargado de otorgarle protección y además de garantizar su efectividad.<sup>34</sup> Si bien acerca de este tema se ha analizado en el capítulo precedente, ahora es importe referirnos a aquellos derechos que requieren de una acción operativa del Estado porque es ahí en donde la cuestión se torna un poco más compleja. Nos referimos pues a los derechos sociales o prestacionales para vincularlo al mismo tiempo con las

---

<sup>34</sup> En cuanto a los derechos humanos, Comanducci, recuerda que los derechos humanos liberales fueron consagrados en las primeras cartas de derechos de los siglos XVIII y fueron reconocidos por prácticamente todas las constituciones o cartas fundamentales. De lo que expresa por ejemplo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, “[...]se trata principalmente del meta-derecho de igual goce de los derechos fundamentales sin discriminación alguna basada en la raza, color de piel, sexo, lengua, etc., de los derechos a la vida, la libertad, a la seguridad, a la igualdad frente a la ley, a las garantías procedimentales, a la libertad religiosa, de conciencia, de asociación, a participar activamente en la vida política”. Ya posterior a las guerras mundiales aparecieron los derechos “sociales y culturales” en las constituciones (Comanducci 2000, 200-201).

minorías, debido a que los derechos fundamentales incorporados en las constituciones deben ser satisfechos en igualdad de condiciones a toda la población. Desde luego, no hay ninguna discusión en cuanto a mayorías ya que sus derechos tanto colectivos como individuales – por lo general - coinciden con los valores representados por las élites políticas de los gobiernos.

Los derechos fundamentales siempre se han afirmado como “la ley del más débil” que es vista como alternativa a la “ley del más fuerte”, es decir un criterio axiológico determinado por la desigualdad que debe ser superada con la finalidad de hacerlos accesibles en la sociedad (Ferrajoli 2008, 43).

Para ello primeramente es necesario establecer la definición de qué se entiende por derechos sociales. De acuerdo con la exposición dada por Juan Cruz Parceró, coexisten distintos criterios que suelen utilizarse para definir a los derechos sociales, pero él se inclina al igual que otros autores, a denominarlo *derechos prestacionales*. Estos “son aquellos que, en lugar de satisfacerse por el sujeto obligado, en este caso el Estado, requiere una acción positiva que se convierte en la prestación de un bien o servicio”. Otorga un valor prestacional a los derechos porque resalta el carácter económico por la exigencia de concesión de recursos de los más ricos a los más pobres, y que ocasiona fuertes resistencias a quienes deseen garantizarlos mediante mecanismos jurídicos. Afirma que se trata de un problema de redistribución de los derechos. En efecto, los derechos sociales son normas jurídicas que vinculan a todos los poderes públicos y capaces de ser exigibles en cualquier instancia jurisdiccional (Cruz Parceró 2000, 90).

En una democracia constitucional se debe garantizar la protección tanto de las mayorías como de las minorías, sin embargo, como hemos visto, existe una dificultad para determinar sobre el órgano encargado de tal labor, más aun tratándose de derechos fundamentales sociales que se encuentran establecidos en las constituciones pero que requieren de cierta operatividad para su concreción, y es por ello que lo incluyo como derecho de las minorías. Ya Luis Prieto Sanchís advertía que la legitimidad democrática se sustenta y se edifica sobre la libertad de los individuos, así también descansa en el principio de soberanía popular y a partir de allí en la regla de las mayorías para la creación de normas jurídicas y la toma de decisión, con la expresa aclaración de que no es un criterio absoluto. De esta manera, la noción de mayorías lleva implícita el concepto contrario, el de las minorías, “[...] y con ello el problema a la obediencia a las normas y decisiones por parte de quienes no han prestado su consentimiento y eventualmente

las consideraciones injustas, e, incluso más, el problema de la mera existencia de las minorías como grupos diferenciados” (Prieto Sanchís 1994, 357).

Con frecuencia se asocia a que serían minorías los niños, las mujeres, los ancianos, los indígenas, personas excarceladas, entre otros; pero que en realidad la presunta mayoría resulta una exigua minoría. Podemos decir que no existe un elemento único que defina el concepto de minoría, es decir, “no existe una minoría singular sino muchas minorías en plural”. El problema quizá no radica en la ambigüedad del término ni en los múltiples criterios para definir, sino cuando se lo conecta con el principio de igualdad. Las minorías exigen que no sean vulnerados sus derechos en lo individual o dentro de la colectividad porque sus diferencias deben ser entendidas como parte esencial del principio de no discriminación, y en ese sentido reclaman el trato diferenciado que se traduce en la exoneración de un deber jurídico o la prestación efectiva de bienes y servicios (Prieto Sanchís 1994, 367-368).

Carbonell señala que: “El constitucionalismo en las últimas décadas se ha caracterizado por tutelar no solamente una igualdad formal, sino que ha querido avanzar hacia una igualdad real o igualdad sustancial”. De hecho, una de las labores fundamentales del constitucionalismo fue la regulación de las mayorías para que éstos no desplacen a las minorías ni se ejerza poder sobre ellas; lo cual no implica una situación de privilegio de las minorías, sino que basado en el principio de igualdad se ha ido incorporando en los distintos cuerpos constitucionales de los países en la segunda posguerra (Carbonell 2000, 251).

Conviene pues aproximarnos a algunas definiciones de las minorías. Paolo Comanducci sostiene dos tipos de minorías, *by force* y *by will*. A las que se encuentran en el primer grupo lo denomina *minorías políticas* para referirse a “los conjuntos de individuos que, dependiendo del voto, se encuentran en una contingencia de inferioridad numérica respecto a otros conjuntos de individuos [...]. Dichas minorías están tuteladas jurídicamente en los sistemas democráticos, mediante los mecanismos del constitucionalismo moderno, contra el poder excesivo de la mayoría”. En este mismo grupo ingresan *las minorías culturales* que se refieren a “conjuntos de individuos que, aunque sean menos numerosos se encuentran en condición de desventaja respecto de otros, sean por razones históricas, políticas, económicas, etc. La tutela jurídica que tienen estas minorías culturales se encuentra en reglas sustanciales de rango constitucional, contra la igualdad de trato, la discriminación y la exclusión, por parte de la mayoría”

(Comanducci 2000, 194-195). En efecto, una forma de avanzar hacia la protección de los derechos de las minorías y sin producir graves alteraciones en los sistemas de representación política de los Estados se puede dar al momento de establecerse la conformación de los distritos electorales de tal manera a que se garantice la participación de dichas minorías. Tenemos varios ejemplos de la subrepresentación de las minorías, el caso de las mujeres que en la mayoría de los países no participan en igualdad de condiciones respecto de los hombres, siendo que las mujeres quizás puedan constituirse en mayoría dentro de la población. Para ello se pueden mejorar los mecanismos representativos, en los partidos políticos mediante su democratización interna, rendición de cuentas o *accountability* para los representantes del pueblo, fiscalización de gastos de las campañas políticas, entre otras medidas, que beneficiarían no solamente a las minorías o grupos culturalmente desplazados de la representación, sino que además a toda la sociedad (Carbonell 2000).

Para una definición concreta de minorías, Luis Prieto Sanchís nos remite a lo dispuesto en el art. 27 del Pacto de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos, el que establece cuanto sigue: “En los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se les negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultura, a practicar y profesar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Nos otorga además los rasgos característicos de las minorías: a) son un grupo diferenciado en una colectividad dentro del espacio territorial de un Estado, con presunción de ser un número minoritario, y, por supuesto, no goza de una posición predominante; b) el concepto de minoría aparentemente tiene sustento en características no modificables, y, que no dependen de la voluntad individual; c) se trata de una cultura más o menos diferenciada, cuyos elementos pueden estar en contraposición con los de la mayoría dominante (Prieto Sanchís 1994, 368).

Así también el mismo autor extiende el concepto de minoría dada su heterogeneidad e incluye a aquellas minorías cuyos rasgos giran en torno a elementos económicos o a carencias identificables en términos económicos, verbigracia, las mujeres, los niños, los ancianos, los minusválidos, pobres en general, etc. La cuestión en común con los otros grupos de minorías de rasgos culturales es que presentan una situación de desventaja de hecho frente al conjunto de la población, o de las mayorías, y que puede ser paliada o superada mediante la intervención social

o económica. Se plantea pues un problema de igualdad de hecho o sustancial o de discriminación inversa (Prieto Sanchís 1994).

Nos preguntamos entonces ¿cuáles derechos y qué derechos deben ser protegidos por los órganos constitucionales? y ¿quiénes son los que deben proteger, a través de qué mecanismos son exigibles? Para intentar dar una respuesta, Nino propone establecer categorías de derechos, en primer lugar, se encuentran los derechos *a priori* porque son condición de validez de ese proceso democrático cuyo valor está presupuestado por éste. Su respeto es una condición necesaria para que los demás derechos funcionen. Luego tenemos los derechos *a posteriori* que son establecidos por el proceso democrático, pero no es fácil determinarlos o individualarlos. Hay algunos derechos *a priori* que son básicos por ejemplo la libertad de expresión porque es central para un contenido mínimo de proceso democrático; y entrarían además los derechos políticos para garantizar la participación. Sin embargo, existen otros derechos que podrían generar más debate, esto son los derechos sociales y económicos, o llamados de bienestar y serían una extensión de aquellos. Esta extensión, empero, puede traer cuestionamientos respecto a si quién los debe proteger, en ese sentido, la dificultad contramayoritaria del control judicial de constitucionalidad se hace mucho más dramática porque las decisiones pueden afectar un derecho en particular. Aun así, los derechos sociales deberían constituirse como derechos *a priori* porque su no satisfacción podría dañar el proceso democrático y su calidad epistémica (Nino 1997, 194-195).

En una sociedad confluyen tantos derechos individuales (liberales) y los derechos colectivos (culturales) los cuales deben ser protegidos en igualdad de condiciones. Sin embargo, surge la duda sobre su protección cuando estos derechos de igual jerarquía entran en conflicto. En este sentido, Comanducci ofrece una solución – aunque él mismo confiesa su debilidad argumentativa – que no cabe duda de que es el derecho individual el que goza de protección porque el individuo es único e irrepetible dotado de autonomía y voluntad, en tanto que los derechos culturales pertenecen a veces directamente a la cultura de la minoría y debe ceder a los derechos liberales (Comanducci 2000, 206).

Alexy (2000, 73) expone que si el objetivo de los derechos fundamentales es el libre desarrollo de la personalidad humana – libertades fácticas – también debe apuntar a asegurar los presupuestos del uso de las libertades jurídicas. Esto implica que además de que los derechos

fundamentales sean establecidos en el ordenamiento jurídico deben hacerse posibles o efectivos. Pero el tema es si esta afirmación tiene apoyo adicional en los principios del Estado Social y de igualdad jurídica, teniendo presente dos argumentos en contra: uno formal y otro material.

En la primera objeción de carácter formal se argumenta que se produce un desplazamiento de la política social desde el parlamento hacia el tribunal constitucional cuando los derechos sociales son considerados vinculantes; en tanto si no lo fueran, conducen a la vulneración de la ley fundamental. No hay justiciabilidad de los derechos sociales y si existiera, lo sería en una medida muy reducida dado que la mayoría de los derechos fundamentales sociales son muy imprecisos. Los tribunales constitucionales sólo pueden decidir en el terreno de los derechos sociales cuando el legislador ya haya decidido. Esta intervención de un tribunal constitucional ocasionaría un desplazamiento económico del presupuesto del Estado en detrimento de otros por los costos financieros relacionados con la efectividad de los derechos sociales, lo cual conduciría a que el presupuesto de gastos sea determinado de cierta manera por el derecho constitucional. En la segunda objeción, de carácter material, se alega que los derechos sociales fundamentales son incompatibles con disposiciones constitucionales materiales o al menos colisionan. Existe colisión entre derechos sociales de unos y el derecho a la libertad de otros, y siendo los derechos sociales muy costosos para el Estado, éste puede distribuir sólo aquello que ha ingresado como parte de los tributos. Bajo este mismo supuesto en contra hay colisión además entre derechos fundamentales sociales y otros de la misma naturaleza, y entre éstos y los bienes colectivos. La solución que plantea Alexy ante estos dos supuestos en contra es que se tomen en cuenta tanto los argumentos en pro y en contra, “[...] los derechos sociales fundamentales de la Ley Fundamental son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria” (Alexy 2000, 78).

Presenta un modelo de ponderación de derechos fundamentales. Este modelo no especifica los derechos sociales que en definitiva tienen los individuos, pero determina cuáles tienen prevalencia en cuanto a su existencia y contenido. Hay derechos fundamentales sociales que requieren de protección y más allá de sus efectos financieros no significan que ellos no existan. La competencia presupuestaria del legislativo es limitada. En efecto los derechos individuales pueden pesar más que cualquier razón financiera y política. Todos los derechos

fundamentales limitan la competencia del legislador y se acentúa en tiempo de crisis económica porque se acrecienta el reclamo para el cumplimiento de los derechos sociales, y es por ello que se hace indispensable su protección, aunque sea mínima. En cuanto a la justiciabilidad o exigencia de los derechos a los tribunales constitucionales no hay razones de competencia ni de procedimiento que pueda apoyar la tesis contraria porque – como lo ha demostrado el Tribunal Constitucional Federal – de ninguna manera el Tribunal Constitucional es incapaz ante un legislador ineficiente (Alexy 2000, 81).

De todas maneras, para que haya efectividad de derechos de las minorías se requiere del respeto y la aprobación de las diferencias. “Es necesario un modelo pluralista que proteja por igual las distintas concepciones, éticas o religiosas, que acepte indistintamente la variedad de creencias y proyectos de vida, considerándolos incluso como un elemento enriquecedor que facilita el ejercicio de la libertad” (Prieto Sanchís 1994, 373). Pero persisten problemas para identificar posibles obstáculos que están impidiendo la obtención de la igualdad real o efectiva de las minorías socioeconómicas o de rasgos económicos. En efecto, conocer por ejemplo si cuáles serían las pretensiones concretas inmediatamente exigibles de esas minorías, debido a que la igualdad de hecho o de *iure* puede tener diversas interpretaciones y definiciones sin que la ley suprema contenga un programa específico de distribución ni una prelación precisa de las necesidades de los individuos. De ahí a que la articulación jurisdiccional o su exigibilidad judicial – a pesar de que tropiece con dificultades - puede ser posible mediante una tarea positiva del Tribunal que sustituye al legislador convirtiéndose en legislador negativo, y que puede identificarse en tres situaciones: a) cuando la igualdad real es sustentada por un derecho fundamental prestacional directamente exigible,<sup>35</sup> b) cuando la exigencia de igualdad material es concurrente con otro derecho de igual jerarquía, y por tanto requiere de tutela efectiva; c) cuando una pretensión de igualdad sustancial es sostenida por una exigencia de una igualdad formal (Prieto Sanchís 1994). Así pues, la jurisdicción ordinaria no puede garantizar los derechos subjetivos que no han sido previstas por el legislador, pero nada obsta a que la tutela de dichos derechos sea articulada por el tribunal constitucional (Prieto Sanchís 2000).

---

<sup>35</sup> Sobre los derechos prestacionales, el mismo Prieto Sanchís en un ensayo posterior mencionó que este derecho puede ser reclamado por medio de dos caminos excluyentes: el primero mediante la invocación de una norma constitucional que proteja de modo singular una pretensión de cierto bien o servicio, por ejemplo el trabajo, la vivienda o la cultura; y el segundo, supone apelar a la igualdad en el sentido inverso, tratar de modo desigual las situaciones de hecho diferentes (Prieto Sanchís 2000).

Además de la exposición teórica precedente, desde el punto de vista de la práctica judicial y de las políticas públicas se ofrece otra perspectiva. A pesar de que la argumentación en contra de la judicialización de derechos sustentado en el prototipo clásico de las cortes y el modelo clásico de ejecución judicial de los derechos humanos; estudios realizados por Brinks y Varun, sobre la exigibilidad de los derechos sociales fundamentales, en especial el derecho a la educación, a la salud y a la atención a la salud en Brasil, India, Indonesia, Nigeria y Sudrfrica; a menudo los tribunales eluden ese escepticismo negándose a permanecer dentro de esos modelos y prototipos, y adoptan un enfoque distinto al modelo tradicional de protección de derechos. Los tribunales con frecuencia encuentran que las obligaciones sobre los derechos humanos pueden recaer también sobre particulares, esto es, no siempre es el Estado el responsable primario en esta materia. Tampoco los jueces necesariamente imponen una obligación al Estado de proveer determinado bien, no presentan una solución dicotómica al conflicto sino basado en un enfoque dialógico que permita modificar las condiciones bajo las cuales los individuos pueden satisfacer sus derechos (Brinks y Varun 2014).

Las cortes pueden constituirse en un espacio transformador respecto del debate de políticas públicas a partir de las normas en donde se de prioridad a los derechos constitucionales, pues cuando los tribunales tienen un comportamiento judicial de tal magnitud no excluyen ni controlan el debate sino que lo enriquecen y profundizan en un contexto democrático deliberativo, para la realización de los compromisos fundamentales que se ven reflejados en los derechos constitucionales (Brinks y Varun 2014).

De hecho, en muchos casos se ha avanzado en la protección de los derechos de las minorías, por ejemplo, de las personas afrodescendientes, las mujeres, los homosexuales, incluidos los derechos económicos y sociales, mediante el actuar judicial. En algunos países, podemos decir, que el poder judicial es más progresista que el poder legislativo (Barroso 2019).



## **CAPITULO II. LA JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS.**

En este capítulo abordaré respecto del nuevo poder de agenda del poder judicial que se erige como contralor y garante de los derechos humanos en tanto éstos se encuentren catalogados en la constitución. Su exigibilidad por parte de los ciudadanos no es de larga data, sobre todo cuando realizan mediante la utilización de recursos o instrumentos para excitar y exigir a lo judicial la toma de decisiones en ese sentido que permitan el acceso efectivo a los derechos. La explicación a la utilización de estos recursos se conoce como judicialización de políticas.

En los últimos tiempos hemos asistido a un papel político más importante de las cortes constitucionales, en especial, en América Latina, a través de una redefinición de las políticas públicas decididas por los órganos políticos representativos. Así también, los ciudadanos están utilizando las normas jurídicas y el discurso de derechos como estrategias políticas para promover demandas ante la justicia, y para regular interacciones sociales cotidianas que antes se resolvían con cooperativismos o parentescos. En la literatura política se aborda el análisis desde el fenómeno de la judicialización de la política, en el que los doctrinarios coinciden en que el proceso involucra la expansión y el dominio de las cortes supremas o tribunales constitucionales, además de los jueces y los litigantes. Algunos estudios destacan el impacto político no democrático de las cortes basado en que no gozan de representatividad, otros en las implicancias democráticas del creciente uso de la ley como instrumento de petición por parte de los ciudadanos; otros señalan las consecuencias deletéreas que la judicialización de las relaciones interpersonales y cotidianas tienen en la vida social. En efecto, todos estos enfoques analíticos no son excluyentes mutuamente, porque, en realidad, pueden ocurrir simultáneamente con consecuencias de evaluaciones confusas y ambiguas del proceso de judicialización (Smulovitz 2011, 175-177).

La expansión del sistema judicial ocurre con la instalación de regímenes liberales democráticos del siglo XX, a través de la protección de las libertades y la promoción de la igualdad, sobre todo en lo que respecta a la igualdad real y protección de los desventajados. De esta manera la transformación judicial funciona como un mecanismo para garantizar los derechos

sociales y colectivos, en especial en la segunda mitad del siglo de referencia. Hay dos enfoques que tratan explicar esta expansión. El primer enfoque es sociológico y el segundo es jurídico. El enfoque sociológico vincula la expansión judicial y sus dificultades actuales con el desarrollo y la crisis del Estado de bienestar durante el siglo XX. Buenaventura de Souza (cit. en Arantes 2011) explica que el desarrollo de este Estado de bienestar en la segunda posguerra introdujo cambios significativos tanto en el derecho como en la justicia, mediante la promulgación de leyes más sustantivas, entre las que se destacan los derechos sociales y económicos (a la salud, a la educación, a la seguridad social, entre otros), lo que llevó al poder judicial a asumir un nuevo desempeño, y el aumento exponencial de los litigios en los campos de derecho laboral, civil, administrativo y de la seguridad social, pero aun así con poca capacidad de respuesta del sistema judicial. El segundo enfoque vincula la expansión del sistema judicial con la ampliación del acceso a la justicia para casos colectivos, en particular desde los años setenta. Refiere a los cambios derivados del desarrollo de nuevos derechos y nuevas formas de acceso a la justicia. Hubo una apertura legal para la defensa de los derechos difusos y colectivos, mediante el reconocimiento legal de dichos derechos dejando de lado el individualismo liberal para dar espacio a la acción colectiva.

Si bien, es importante aclarar y esbozar la crítica realizada desde una parte de la literatura de la teoría democrática que reluce un cierto escepticismo por la judicialización de la política, que reconozco en este trabajo de investigación, pero que, sin embargo, me suscribo a la que aboga por una protección de derechos mediante la judicialización y que ello contribuye a fortalecer el Estado de derecho.

Algunas teorías constitucionales escépticas depositan gran confianza en la sabiduría de la voluntad mayoritaria, porque ven al rol del juez como parecido a un árbitro de partido de fútbol encargado de velar por las reglas de juego democrático en lugar de comprenderlo como un actor clave y facultado a la toma de decisiones políticas o de políticas públicas que sólo el pueblo puede tomar en virtud de su soberanía popular. Estas son denominadas también democrático radicales porque ven con suma sospecha y fuertes críticas a cualquier avance de los jueces en sus atribuciones que serían privativas de las mayorías democráticas (Saba 2019). También se encuentra una crítica democrática intermedia al decir que algunos temas por ser complejos e involucrar problemas o dilemas morales requieren de la intervención de un amplio consenso en

la ciudadanía mediante una deliberación pública que no puede ser desplazada o impedida por la decisión judicial. Dado que el control judicial de constitucionalidad requiere de una interpretación del texto constitucional, algunas teorías adscriptas al denominado constitucionalismo democrático, esa interpretación debe darse en los órganos deliberativos de gobierno o en la opinión pública en general. Ejemplos serían temas como la despenalización del aborto que subyace un gran dilema ético y moral (Waldron 2018).

Otra crítica encuentra su fundamento en la incapacidad técnica o estructural de los jueces para tomar decisiones relacionadas con las políticas públicas. Esa incapacidad puede fundarse en dos motivos: por un lado, la falta de *expertise* de los jueces para conocer, criticar y decidir sobre temas de políticas públicas, y por otro, que el juez se encuentra incapacitado de dar una respuesta sistémica dado que toman decisiones en casos puntuales que llegan a los estrados. Frente a esas críticas, los tribunales optan por ordenar a la parte que ha perdido el juicio de activar ese remedio, de tal manera a que, en lugar de ser una política pública, la orden es que se generen los mecanismos por parte del Estado para cumplir con las disposiciones constitucionales. Finalmente, otra objeción se encuentra fundada en la incapacidad para ejecutar las decisiones judiciales que impactan sobre la política. Esto indicaría que los jueces no cuentan con las herramientas necesarias para hacer forzar el cumplimiento de su decisión (Saba 2019).

Más allá de las críticas, seguidamente en este capítulo expongo argumentos más a favor que en contra de la judicialización que justifican el actuar de los jueces constitucionales, y que además es una de las características de las democracias modernas (Domingo 2011, 39). Asimismo, y a los efectos de clarificar conceptos se hará una distinción precisa entre activismo judicial y judicialización. La importancia de esta diferenciación radica en que es necesario dirigir el encuadre analítico de los posteriores capítulos cuando se examine el desempeño de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay.

## **1. La capacidad de la judicatura para administrar conflictos políticos y sociales. El nuevo poder de agenda.**

El discurso de los derechos humanos fundamentales introducido por las democracias contemporáneas pone al tapete la incorporación de un nuevo elemento dentro del Estado democrático de derecho como lo es la función de las cortes. En este contexto, las cortes son

protagonistas del quehacer político, dado su creciente importancia en ese campo en contraposición a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. Los tribunales constitucionales tienen el poder de definir los valores constitucionales ejerciendo el control judicial de las leyes como agentes sociales de cambio por una parte, y por otro, se constituyen en una herramienta institucional importante para los ciudadanos para ejercer sus reclamos ante el incumplimiento de los deberes del Estado en la defensa de los derechos humanos.

Las democracias constitucionales que reconocen al juez la potestad de dejar sin efecto una norma impuesta por las mayorías, cuando ellas violan derechos fundamentales merece ser consideradas válidas, porque si una nueva decisión deba tomarse para que la constitución sea respetada o si una decisión en particular debería reemplazar a la invalidada, esta tarea consecuentemente es necesaria. La antigua presunción de escindir al derecho de la justicia parece diluirse y encuentra serios inconvenientes para subsistir. En la experiencia de América Latina, esa división no es tan clara ni los dominios son muy delimitados porque el propio proceso interpretativo de la constitución abre la puerta a un debate valorativo sobre lo político. Los casos por ejemplo de los remedios estructurales que fueron surgiendo a raíz de las violaciones a los derechos humanos en donde se observa que la acción de la justicia no puede dejar de influir sobre una decisión que se creía privativa de la política (Saba 2019). Ya lo destacaba Alexis de Tocqueville cuando señalaba que los tribunales sirven para corregir extravío de las democracias, es decir, que dado que nos encontramos en un espacio de grandes transformaciones sociales y políticas, se ha venido ampliando el papel del control jurisdiccional sobre los poderes públicos que se traduce finalmente en una extensión de las funciones propias del Estado social de derecho que estipula la protección de los derechos (De Tocqueville 2010).

El poder judicial interviene en la satisfacción de un derecho mediante el control de constitucionalidad ante la inacción de los poderes políticos. Esta intervención puede tener diferentes respuestas. De hecho, diferentes vulneraciones constitucionales requieren distintas maneras de intervención judicial. “Las mayores dificultades no aparecen cuando el gobierno es demandado por haber violado un derecho a través de una acción específica, sino en los casos en que la acción se entabla por la omisión de planear o reformar una cierta política necesaria para el disfrute del derecho en juego” (Basch 2010).

El judicial es llamado a intervenir cuando el gobierno no cumple con la exigencia de satisfacer el acceso mínimo a los derechos sociales que, en este caso, para que se satisfaga, el gobierno deberá llevar a cabo una política en particular, que implica que el poder judicial implícitamente sea activado para que le imponga al gobierno diseñar e implementar una política nueva (Basch 2010). La necesidad de reformas públicas esta ligada a la satisfacción de derechos sociales y esto se debe quizás a que históricamente fueron satisfechos los derechos civiles y políticos, y en menor medida los sociales y económicos. Con lo cual, el juez no hace política ni decide sobre cuestiones políticas en el sentido de política democrática sino que es llamado a intervenir para que la política no rompa el dique constitucional, por ejemplo, decidiendo por mayoría y democráticamente, luego de un proceso deliberativo (Saba 2019, 293).

Esta forma de litigio fue definida de distintas maneras a lo largo de su desarrollo como doctrina explicativa. La intervención de la justicia constitucional ocurre no solamente para interpretar las normas, sino que esencialmente para proteger los derechos fundamentales que se encuentran amparados por las constituciones de los Estados. La judicialización de políticas implica además de la protección de derechos sociales, el establecimiento de remedios estructurales que garanticen el ejercicio efectivo de esos derechos por parte de los ciudadanos.<sup>36</sup>

La utilización de procedimientos judiciales para proteger derechos sociales es una actividad legal que permite a los ciudadanos activar los poderes coercitivos del Estado para materializar sus intereses, además de ser una forma paradigmática de participación política. Es decir que, se trata de una forma de control social para la satisfacción de derechos que puede ser incoada por un individuo o un colectivo (Smulovitz 2001, 4). Es necesario que el órgano judicial –tribunal constitucional- sea excitado para pueda decidir la controversia que surge entre el Estado y la sociedad. Esto se explica por la naturaleza de la función del poder judicial cuya acción es directamente en relación con los requerimientos de los ciudadanos. Una postura o teoría positiva al respecto, nos dice John Ferejohn que la judicialización presagiaría que las cortes van a tener la capacidad de elaborar políticas públicas que se conserven al amparo de determinadas circunstancias políticas. Pero esta política judicial debe ser en cierta manera

---

<sup>36</sup> La referencia a remedios estructurales se hace para aludir a la respuesta del poder judicial a las demandas que los ciudadanos presentan ante la judicatura con el fin de modificar el *status quo* en que se encuentran sus derechos. Para este trabajo se sigue la conceptualización dada por Basch (2010) que se centra en las reparaciones propias del modelo de justicia bilateral tradicional para distinguirla de otras como por ejemplo las medidas dialógicas o justicia dialógica entre Estado-Sociedad.

diferente a la que sostiene a las otras ramas del poder (Ferejohn 2002, 19-20). En ese sentido, las cortes son una herramienta fundamental para controlar al poder político y garantizar la supremacía constitucional, consolidar la democracia y realizar los derechos fundamentales (Brewer-Carías 1996).

La expansión judicial que fue incrementándose en los últimos años mediante la intervención de los jueces en la política, requiere necesariamente una actitud proactiva de los magistrados que estén dispuestos a tomar decisiones con implicancias políticas, las que, sin embargo, dependerán de las características particulares de cada Estado y sociedad. En efecto, el poder judicial es percibido como una institución conservadora, y con mucha razón dada la experiencia latinoamericana, en el sentido de innovar o generar decisiones. Sin embargo, esa tendencia de auto marginarse y de no querer modificar o interferir en el poder político en los siglos XIX y XX, fue cambiando para abrir paso a actuaciones más incisivas de la judicatura. Para Guarnieri y Pederzoli (1999) estas diferencias podrían atender a algunas variables como: el nivel de reclutamiento o sistema de selección de jueces, el sistema judicial en el que actúan, es decir, su estructura, y el nivel de las características del sistema político.

En ese orden de ideas, el poder judicial como poder contramayoritario en un Estado de derecho tiene esencialmente una función política. Más allá de decir puramente el derecho, tiene a su cargo la construcción de principios fundamentales sobre los que se sustenta la organización del sistema democrático.

La creciente importancia de la actividad judicial promueve un cambio importante hacia la forma en que el poder judicial incide en la administración de conflictos políticos. En otras palabras, si antes la preocupación era “la dependencia del Poder Judicial del poder político, la balanza ha comenzado a inclinarse hacia la preocupación por la dependencia del poder político de las decisiones judiciales” (Ansolabehere 2005, 39). Dentro del juego democrático y sobre todo en democracias jóvenes y débiles, las cortes pueden tener un rol importante pues ciertamente el ámbito legislativo decrece en la efectividad de sus políticas sociales perdiendo competencia estatal para dar respuestas a las sociedades democráticas y empuja a las cortes hacia áreas de responsabilidad estatal reservadas para las ramas políticas. Bien lo señala Issacharoff, que “[...] cuando la pérdida de competencia se junta con la erosión de la legitimidad de las políticas democráticas, la tentación para la acción parece inescapable. El desprestigio de la

totalidad de la clase política brasileña, para tomar un ejemplo dramático reciente, invita a la desolación sobre las capacidades institucionales de que el gobierno democrático cumpla su mandato social más básico” (Issacharoff 2019, 152).

El papel que juegan las supremas cortes de justicia es esencialmente un empoderamiento tal que incorporan las cuestiones políticas dentro de su jurisdicción, alejándose de la doctrina que propugnaba su no justiciabilidad. Dicho de otro modo, las atribuciones de los poderes judiciales son ampliadas de forma más concurrente para actuar como árbitro en el conflicto entre poderes, y al mismo tiempo para dirimir conflictos entre el poder político y ciudadanía, así como para controlar la compatibilidad de las decisiones políticas con la constitución (Ansolabehere 2005, 40).

Para la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables la frontera entre la política y el derecho se hallan absolutamente delimitadas. Con ello se quiere significar que a cada ámbito cada hecho o circunstancia, y que, el derecho no puede ni debe inmiscuirse en conflictos de naturaleza política. La incursión paulatina y ascendente en cuestiones políticas de los jueces presupone analizar este nuevo rol activo que de una actividad menor o distante evolucionó a uno más activista, lo que para algunos autores implicó el traspaso de esa frontera entre derecho y política, y han incursionado con sus decisiones en territorio que le es propio a la democracia o a la política (Saba 2019). La tensión entre derecho y política se vuelve más candente si se analiza judicializar los casos políticos en donde la decisión judicial se realiza a través del control de constitucionalidad. De hecho, el establecimiento de la frontera entre ambas doctrinas ha sido tema de discusión tanto para juristas como para politólogos. Boscán (2010) señala que el control de constitucionalidad realizado por los jueces sobre los actos políticos ha sido materia inagotable en las disciplinas jurídica y política, pues la cuestión de que los jueces ejerzan el control acerca de la compatibilidad de las leyes con la constitución de los Estados era conocida únicamente en los Estados Unidos mediante la *judicial review* hasta la segunda mitad del siglo XIX.

Los jueces, a pesar de esa tradición política y jurídica, han mutado su rol para convertirse en actores claves en el proceso democrático hacia finales del siglo XX, han abandonado esa actitud pasiva injustificada, para asumir el rol que les correspondía incursionando así en la llamada judicialización de la política, razón por la cual ha abonado su auto marginación de la esfera de lo político (Saba 2019). Un argumento similar a este fue

desarrollado por McCann (2004; 2006) quien observa entusiasmado a la judicialización dada su importancia en la reconfiguración de la relación entre la legislación y los ciudadanos, especialmente en lo que refiere al derecho de las minorías que han conseguido un innegable empoderamiento mediante la instrumentación de la norma jurídica. Es así como adopta una postura interpretativa del derecho en donde lo esencial no es la ley, ni los funcionarios de la justicia, ni las conductas, sino que esencialmente el “discurso jurídico” que expresan amplias formaciones ideológicas en la sociedad, dentro del cual las organizaciones de la sociedad civil tienen un papel preponderante y constitutivo del derecho, el cual es entendido entonces como práctica social y no como norma.

Además de administrar conflictos políticos, en doctrina de la ciencia política se debate acerca de un nuevo *poder de agenda* de la judicatura (Linares 2008).<sup>37</sup> Progresivamente se asiste a una intervención judicial en la que dirimir litigios no se reduce a esferas privadas, sino que, a arbitrar disputas respecto de los derechos sociales, económicos y culturales, llamados en la ciencia jurídica los derechos de segunda generación por su aparición posterior a los civiles y políticos. Una resolución de litigios no se reduce a los derechos políticos sino también a los derechos sociales.

La creación de los tribunales constitucionales sumado al incremento de las demandas políticas y sociales ante dichas cortes ha permitido que el poder judicial se muestre más dispuesto a ejercer un contrapeso a los poderes ejecutivo y legislativo (Sieder, Schjolden y Angell 2011). Alrededor del mundo existen muchos ejemplos sobre cortes o tribunales constitucionales que han ejercido un papel más incisivo en la política social.<sup>38</sup> Los casos del Supremo Tribunal Federal de Brasil que ordena el acceso a medicamentos financiados por el Estado, de la Corte Colombiana que dirige la provisión mínima de agua para los ciudadanos, o la

---

<sup>37</sup> El argumento que sostiene Linares para mencionar este nuevo poder de agenda necesariamente implica un diálogo entre las Cortes y las instituciones representativas, el Congreso, como una vía alternativa para incentivar la deliberación pública (Linares 2008).

<sup>38</sup> En el caso *Gobierno de Sudrúfica vs. Grootboom* la Corte Constitucional, además de garantizar los derechos de los reclamantes, esgrimió las políticas a desarrollarse para la concreción de dichos derechos. El litigio consistió en una apropiación de terrenos por parte de unos aviadores que reclamaban la falta de respuesta del Estado para su necesidad de tener una vivienda. La corte reconoció un amplio rango de derechos que debían ser protegidos mediante una serie de medidas a adoptarse por el Estado para cumplir con su obligación, y condenó al gobierno por su completa inacción por “no haber provisto alguna forma de alivio para aquellos que desesperadamente necesitan el acceso a la vivienda”. Así, el enfoque sudafricano impuso a la agenda legislativa un compromiso más transparente con el reclamo de los derechos en riesgo por el descuido político (Issacharoff 2019).



Corte de India que asume la responsabilidad de cómo deben administrarse los servicios de saneamiento. De esta manera, las cortes se acercan más a una actuación positiva en favor de los grupos menos favorecidos (Issacharoff 2019). En Latinoamérica, especialmente luego de la restauración de los regímenes democráticos hubo una especie de redefinición del rol del Estado que también se observa en los movimientos sociales, pues apelan al discurso jurídico para legitimar su intervención en política y recurren a la justicia para garantizar la efectividad de ciertos derechos individuales, cuyos efectos se extienden a nivel colectivo, de tal manera a que “los ejes de la judicialización” pasen por el cedazo de los derechos humanos” (Álvarez 2015).

En efecto, desde los años ochenta, las cortes constitucionales y tribunales inferiores juegan un rol mucho más importante en la esfera política latinoamericana. Han sido actores políticos importantes en algunos países durante periodos de conflicto en el siglo XX, reconociéndose funciones progresistas y conservadoras. Tal es el caso de Argentina, en donde las decisiones judiciales ampliaron derechos de los trabajadores anticipándose a una aprobación legislativa en materia laboral, en tanto que la Corte Suprema de Chile le cupo un papel trascendente cuando dispuso el bloqueo del proyecto de Unidad Popular a inicios de los setenta. Es indudable el cambio considerable de la participación de la judicatura en temas de interés público desde la década de los ochenta, y el aumento del acercamiento de los ciudadanos a los tribunales para requerir la protección de derechos, que sin duda es una característica de las democracias contemporáneas de la región. En posteriores décadas como en los noventa, el control judicial de constitucionalidad se volvió más importante pues las cortes supremas han sido más activas para equilibrar las acciones del poder ejecutivo y del congreso. A esto se suma el hecho de que existan debilidades institucionales para hacer efectivos los derechos de la ciudadanía, y factores como la inseguridad, las dificultades derivadas de las crisis económicas y las políticas neoliberales adoptadas por distintos países que ocasionó el fracaso económico y el aumento de los niveles de pobreza, llevando a las personas a concurrir a los tribunales para reivindicar sus derechos (Sieder, Schjolden y Angell 2011).

Por ello es importante comprender el actuar judicial desde la óptica de los derechos sociales. Las altas cortes latinoamericanas, mediante su relación con la ciudadanía y en armonía con el mandato transformador de las constituciones de la última ola, se dejaron llevar por el impulso activista que se encuentra implícito en el diseño constitucional, además del amplio

abánico de acceso a ellas fortalecieron su relación con la ciudadanía y permitió la cooperación entre poderes sin que haya un enfrentamiento en el marco de modalidades débiles o dialógicas de control de constitucionalidad. Este tipo de sucesos ha dejado importante contribución en la garantía de los derechos sociales, en particular, por ejemplo, los derechos sexuales y reproductivos, derechos ambientales, derechos de las comunidades indígenas, lo cual es favorecido por la judicialización de las pretensiones y gran parte movidos por la sociedad civil. Nada de ello hubiera sido posible sin el activismo socio jurídico transnacional, tanto en los tribunales nacionales como ante los órganos del sistema interamericanos. En definitiva, las cortes constitucionales latinoamericanas han puesto sobre la mesa democrática de la vida institucional de los últimos años, tanto en términos sustantivos como procedimentales, el debate sobre si su actuación ha sido realmente eficaz y transformadora, grande y relevante. La región ha aportado al debate académico importantes perspectivas sobre la relación entre el derecho y el cambio social (Pou Giménez 2019).

Aunque se asuma que el poder judicial sigue siendo un instrumento para que los ciudadanos reclamen sus derechos y logren reivindicarlos, las causas y los efectos de la judicialización no siempre son sanos para la democracia y eso habrá que reconocerlo. La evidencia presentada sobre América Latina indica que debido a que los derechos no son garantizados por los poderes políticos – ejecutivo y legislativo – son cada vez más los tribunales quienes intervienen para ello. Sin embargo, esta tendencia de política judicializada también plantea problemas respecto del balance de poderes adecuados en un ejercicio representativo democrático porque los tribunales constitucionales van aumentando sus decisiones sobre interpretación constitucional con profundas implicancias para la naturaleza política y de las políticas públicas (Sieder, Schjolden y Angell 2011).

A continuamos veremos el surgimiento del concepto de “la judicialización de políticas”, para lo cual partimos de la definición del “juez estructural” desarrollado por el profesor de derecho de la Universidad de Yale, Owen Fiss en 1979, y la construcción de ese modelo de la judicatura desde los fallos jurisprudenciales que fueron ejecutándose en la justicia norteamericana inicialmente, y algunos elementos que se extrapolan a América Latina, lo que permitirá caracterizar este tipo de actuación judicial y diferenciarlo del “activismo judicial”.

## 2. El modelo de judicatura a partir del juez estructural de Owen Fiss. El punto de partida.

Owen Fiss (1979), luego de una serie de fallos emitidos por la Corte norteamericana, se planteó cuál podría ser la contribución de la judicatura en la definición de los valores que se encuentran contenidos en una constitución política. Dicho en otras palabras, si cuál es el papel de los jueces en las democracias constitucionales. Lo hizo a través de un artículo *The forms of justice*, el cual, varios años después, sigue dando algunas pistas acerca de las consecuencias del empoderamiento de los jueces en ámbitos que superan la simple resolución de los conflictos entre dos partes en litigio, porque pasan a decidir cuestiones mucho más complejas y de orden colectivo.

El trabajo del profesor Fiss constituye el primer aporte acerca de la construcción de un nuevo modelo de judicatura, y en establecer las primeras teorías acerca del tema de la judicialización de los derechos y los conceptos que guardan relación con él. Con esto, Fiss, espera que los jueces instalen valores que sean compatibles con los Estados constitucionales. La judicialización, como hemos visto en el punto anterior, es un fenómeno que puede ser multifacético o expresar distintas formas.

Fiss señala en su trabajo que esta nueva forma de litigio nace a partir de distintas decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos en los 50' y 60', presidida por el Juez Warren, llamada por algunos la Corte Warren,<sup>39</sup> llamada así por quien fuera su presidente (*Chief Justice*) Earl Warren. El punto de partida es el caso *Brown vs. Board Education*.<sup>40</sup> En este caso, hubo dos decisiones asumidas por la Corte de Warren; en la primera, conocida como Brown I – sentencia 347 US 483, del 17 de mayo de 1954 - declarándose que toda la política racial segregacionista hasta ese entonces propugnada por el gobierno estadounidense era inconstitucional, y violatoria de derechos. En la segunda decisión, conocida como Brown II – sentencia 349 US 294 - un año después en 1955, la Corte Suprema, en el entendimiento de que

---

<sup>39</sup> En el capítulo uno se ha dado los argumentos a favor y en contra desde el punto de vista ideológico con relación al rol político de las cortes constitucionales. En efecto, las obras de Hart (1961) y Dworkin (1986) puntualizan a la Corte Warren como la que introdujera el sistema de revisión judicial de los actos políticos y le dan una interpretación desde el punto de vista de los valores dentro de un Estado de derecho.

<sup>40</sup> En este caso se pretendió garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la educación en igualdad de condiciones, y principalmente la de obtener igual protección de la legislación pues sucedía que se venían violando en forma sistemática con la implementación de las políticas de segregación racial efectuadas en el sistema educacional de Estados Unidos (Basch 2010)

era insuficiente la simple declaración de inconstitucionalidad, ordenó a los encargados de los asuntos públicos la realización de reformas necesarias para el cumplimiento del mandato constitucional, y ordenó, además, a los jueces la supervisión de esas reformas.

Los casos mencionados fueron producto de un esfuerzo de los tribunales para transformar radicalmente el *status quo* y reconstruir la realidad social. Se trata de una reforma estructural que se basa en la creencia de que los valores constitucionales no pueden ser plenamente garantizados sin efectuar cambios básicos en las estructuras de las organizaciones. La modificación de la doctrina “iguales pero separados” se convirtió en una oportunidad de vital importancia para las innovaciones procesales substantivas.<sup>41</sup> El proceso de transformación se extrapoló a otros contextos de protección de derechos fundamentales como la seguridad de la persona, la protección de los abusos policiales y del trato humano en las cárceles, entre otros (Fiss 1979, 2-3).

Si bien el juez estructural de Fiss que explica un papel judicial activo, el propio autor plantea nuevas y distintas cuestiones respecto de la legitimidad de estos jueces. Estas cuestiones surgen del marco organizativo de la demanda estructural, del hecho de que el juez está respondiendo a una amenaza mediante la reestructuración de la organización, en donde la víctima ya no es un individuo-persona sino un grupo, un colectivo. No lo denomina judicialización, pero lo llama adjudicación judicial constitucional queriendo significar un proceso en el que los actores son los jueces y quienes deben dar un significado a los valores insertos en la constitución. De acuerdo con la propuesta del profesor Fiss (1979) podemos decir entonces que diseña un modelo de reforma estructural que se caracteriza por el origen constitucional de los principios y los valores, en cuyo proceso el juez tiene la labor de generar cambios en la estructura pública mediante la interpretación del contenido de la constitución a fin de eliminar las malas prácticas que constituyen una amenaza para la realización de los valores establecidos en ella. Existe pues una necesidad constitucional de darle significado para que

---

<sup>41</sup> Esta doctrina fue desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso: *Plessy v. Ferguson*”, mediante la sentencia 163 U.S. 537 del año 1896. El caso: *Plessy* era un ciudadano norteamericano de raza negra, residente en el Estado de Lousiana, quien pago un billete de primera clase para viajar en el ferrocarril del East Lousiana de New Orleans a Covington en el mismo Estado. Abordó el tren de pasajeros y se sentó en un asiento vacío en un vagón reservado para los pasajeros de raza blanca. El mismo fue expulsado de dicho vagón y fue encarcelado. En ese momento se encontraba en vigencia una Ley de la Asamblea General del Estado de Lousiana aprobada el 10 de julio de 1890, elaborada para ese efecto. *Plessy* acudió por constitucionalidad a la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuya sentencia estableció que la ley cuestionada no estaba en contra de la Constitución, resolviendo en forma desfavorable al planteamiento del accionante (Grau y Martínez 2011).

dichos valores sean operativos y que, en casos de conflicto, se establezcan las prioridades. Los jueces no tienen ese monopolio, pero tampoco pueden ni deben guardar silencio. La decisión judicial es el medio por el cual se transmiten las directivas tendientes a la reconstrucción.

El punto de partida para explicar esta forma novedosa de intervención judicial fue la obra de Fiss, la que tiene su antecedente complementario con Chayes (1976) quien en este debate lo denomina litigio de derecho público, respecto de la legitimidad del rol del juez, y cuya principal característica era que los litigios no se generaban entre particulares acerca de sus derechos privados, sino que el objeto del litigio era la reivindicación de políticas constitucionales y legales. Para este autor, la discusión no pasaba por el arreglo de disputas, sino más bien, si una política de gobierno podía ser llevada adelante. Posteriormente, Fiss consideró que la denominación dada por Chayes era sobreabarcadora, entonces propuso otra nomenclatura y escogió una más específica “litigio de reforma estructural” (Fiss 2007, 39).

### **3. La judicialización de políticas. Precisiones conceptuales y factores explicativos.**

Hay una vasta literatura en el debate político sobre la judicialización de políticas en contextos de democracia consolidada y de democracia emergente. Esto lleva a la necesidad de precisar su concepto e identificar ciertos factores que contribuyen a la caracterización del fenómeno estudiado,<sup>42</sup> para que posteriormente indagemos respecto de su existencia a partir de la evidencia de los estudios de caso en América Latina, y específicamente del caso nacional considerado (Paraguay). Se parte de los estudios realizados por Glendon (1991), Tate (1995), Tate y Vallinder (1995), Guarnieri y Pederzoli (1999), Epp (1998), Holland (1991), Shapiro y Stone Sweet (1994), y Kagan (1995), para luego seguir específicamente a autores que han explicado el fenómeno en democracias emergentes y en especial en América Latina, como Domingo (2004; 2011), Couso (2004,) Sieder, Schjolden y Angell (2011), y Saba (2019).

De acuerdo con Glendon (1991) la expresión “judicialización de la política o de políticas” hace referencia a la relevancia de las cortes de justicia en la esfera política. De esta manera los

---

<sup>42</sup> Una postura crítica y muy acertada también, la de Roberto Saba, quien señala que la llamada judicialización de la política en el contexto de una democracia constitucional puede ser negativa y perniciosa si afecta a la política democrática, pero al mismo tiempo puede también ser deseada y requerida la intervención judicial en el proceso político de identificación del límite constitucional, es decir, entre derechos y procedimientos democráticos (Saba 2019, 286).

conflictos que antes eran privativos de los poderes públicos –ejecutivo y legislativo–son ahora dirimidos en la instancia judicial, por diferentes tribunales, utilizando el lenguaje de los derechos.<sup>43</sup> La autora señala que este concepto no es el del todo adecuado pues también fue utilizado para señalar la creciente actividad judicial en los casos de corrupción pública tal como lo señala Guarnieri (1992) para explicar el caso italiano de la década de los noventa.

Tate y Vallinder (1995) indican dos definiciones a la judicialización. En primer lugar, que, trata de un proceso en el que los jueces de las cortes constitucionales inciden en mayor medida en la elaboración de políticas públicas que antes eran creadas por otros poderes del Estado, como son el parlamento y el ejecutivo. Sumado a ello, cuando los argumentos se sostienen en normas jurídicas dentro del proceso político como consecuencia de decisiones judiciales relevantes, las esferas políticas se asocian más con el accionar judicial. La segunda definición indica que es el proceso mediante el cual los espacios de negociación y toma de decisiones están predominados por normas y mecanismos cuasi judiciales. Couso (2011) señala que ambas definiciones abarcan aspectos muy distintos de la judicialización que vale la pena distinguir para el análisis, porque mientras la primera definición alude a los cambios sociales que realizan las cortes constitucionales; la segunda refiere a los asuntos o temas que en momentos anteriores se resolvían informalmente y ahora en forma gradual llegan a ser resueltos de manera formal o legal, es decir, mediante normas.

Asimismo, un enfoque desde un estudio comparado sobre los factores nos proporciona Epp (1998, 2), cuando otorga una definición de la judicialización de políticas como “el proceso en virtud del cual una corte constitucional crea o expande el número de derechos constitucionales”. Al ocurrir esto, se producen las *rights revolutions* o revoluciones de derechos. Esto se da a partir de la actividad judicial creciente en la protección de los derechos de los individuos mediante el dinamismo de las instituciones de la sociedad civil que promueven la defensa de derechos, las demandas de los abogados litigantes y la financiación para el sostenimiento de la movilización socio legal. La judicialización involucra la ampliación de

---

<sup>43</sup> La descripción de la judicialización de la política no enfatiza lo suficiente aquello que en teoría constitucional y jurídica identifican como política, por ello se generan confusiones cuando se lo engloba simplemente en *la política* a secas. Desde la teoría constitucional, en una democracia existen dos tipos de acción política: la *política democrática*, esto es el autogobierno ciudadano ejercido mediante representación; y la *política constitucional* referida a la confrontación entre la sociedad civil y las instituciones de la democracia constitucional teniendo a lograr la efectiva vigencia de los derechos, y que en su mayoría son liderados por movimientos sociales y en contraposición al autogobierno ciudadano (Saba 2019).

derechos cuyo análisis se realiza no desde la actuación de la judicatura, sino que desde la movilización y organización social. Sin embargo, como mencionan Sieder, Schjolden y Angell (2011) esta “revolución de derechos” concretada mediante la interpretación de las Constituciones como plantea Epp es cuestionable en lo que respecta a América Latina, pues depende mucho del grado de desarrollo del proceso de judicialización asociado a la instauración de nuevos derechos, porque muchas veces las demandas se centran en la exigibilidad de los derechos reconocidos en las normas y es en ese momento en donde dichos derechos son incumplidos, a pesar de que en los cuerpos normativos constitucionales hayan sido incluidos amplios derechos, sobre todo sociales y económicos. En suma, la judicialización de políticas puede incluir la creación de nuevos derechos que se concretan con una reinterpretación del texto constitucional o sencillamente puede enunciar la forma más efectiva para el cumplimiento de los derechos sustantivos reconocidos.

Couso (2004, 30) define de la siguiente manera: “la judicialización de la política es un fenómeno multifacético y que reviste distintas significaciones, dependiendo de la modalidad de que se trate”. Las variaciones se dan si se trata de democracias consolidadas o democracias emergentes. En efecto, el caso de los Estados Unidos a partir de la Corte Warren ha sido el ejemplo más característico de este tipo de participación política de la judicatura en una democracia consolidada. Sin embargo, cuando extrapolamos el concepto y la experiencia hacia América Latina, este fenómeno surge tan solo en la última década.

Pilar Domingo señala que la judicialización de la política significa una incidencia importante de la actividad judicial en las esferas política y social; y de que los conflictos de la misma naturaleza, o aquellos que se susciten entre el Estado y la sociedad son resueltos en mayor medida ante los tribunales. Asimismo, la judicialización es producto de un proceso en el que distintos actores consideran que existe una ventaja acudir a las instancias judiciales para proteger sus derechos o hacerlos efectivos. La movilización de las estrategias legales da cierto poder en los procesos de toma de decisiones, e indica la tendencia a percibir que la legitimidad del sistema político está cada vez más ligada a la capacidad del Estado de cumplir con su función, en cuanto a los derechos, al debido proceso y a la rendición de cuentas. “La judicialización de la política indica, entonces, una mayor participación de los jueces en la formulación de las leyes y en el control social” (Domingo 2011, 40). La judicialización significa que los asuntos que son de

relevancia política social o moral están siendo decididos por el Poder Judicial e implica una transferencia de poder a los órganos judiciales, en detrimento de las instancias políticas tradicionales que son la legislativa y la ejecutiva. La judicialización es un hecho ineludible porque surge del diseño institucional adoptado por la mayoría de los países latinoamericanos como un acuerdo que incluye el acceso a la justicia, la definición constitucional de los derechos fundamentales y la existencia de tribunales constitucionales con la función de hacer efectivo esos derechos (Barroso 2019).

La judicialización de la política indica una mayor participación de los jueces en la vida política de los Estados, en la formulación de las leyes y en el control social. Para que exista, los gobernantes tienen que permitir que ocurra, y en algunos casos puede ser que las reformas institucionales hayan aumentado el poder de los jueces, ya sea como árbitros o para dictar leyes, para lo cual también los gobernantes deben ver algún beneficio en la delegación de poderes a los jueces. Es posible también que los mismos jueces puedan llevar el replanteamiento de las relaciones institucionales, pero al mismo tiempo puede ser una tentación para quienes detentan el poder para controlar la función judicial, incluso diseñando una corte a la medida. La judicialización también puede ser vista desde el discurso de la legitimación del Estado de derecho y la democracia basada en los derechos, es decir, en el discurso de los derechos humanos. Usualmente en épocas de crisis políticas, la judicialización puede ser una estrategia útil para reforzar la legitimidad, pues cuando se percibe que las otras ramas del poder político son deficientes o carecen de credibilidad otorga paso a que el público formule su adhesión. La definición de judicialización aquí expresada refiere no sólo a la nueva posición de las cortes frente al ejecutivo ni solo a la redefinición del equilibrio de poderes entre el sistema judicial y otras ramas del Estado, sino que al cambio de posición de los tribunales en relación con la sociedad (Domingo 2011, 41).

Para la concurrencia de la judicialización de políticas, se deben detectar ciertos factores, institucionales y culturales, como: la existencia de un sistema democrático, la instalación de un sistema frenos y contrapesos, una cultura democrática que implica la efectividad de los derechos y la presencia de una debilidad de los partidos políticos o coaliciones de gobierno frágiles; es decir, cuando “el Poder Ejecutivo no puede gobernar mediante partidos políticos disciplinados capaces de producir mayorías legislativas sólidas, será difícil que pueda desarrollar políticas



públicas capaces de resistir el embate del uso opositor de los tribunales; y, por último, la delegación a las Cortes de autoridad para tomar decisiones en ciertas áreas de las políticas públicas y además una cultura de derechos” (Tate 1995, 29-33). Pero puede no concretarse la judicialización de la política, porque aún en “(...) condiciones favorables que la faciliten, el desarrollo real de la judicialización de la política requiere que los jueces tengan las actitudes personales apropiadas, y preferencias fuertes acerca del rol que desempeñan los otros poderes del Estado” (Tate y Vallinder 1995).

Guarnieri y Pederzoli (1999) consideran que el factor principal se debe al papel que cumple en la judicialización la conformación del sistema político, lo cual se mide por las mayorías democráticas. Como plantean, en los sistemas representativos mayoritarios hay una menor tendencia para la judicialización de la política, pues dependerá de la capacidad de respuesta que tenga el legislador a las decisiones adversas de las cortes lo que reduciría la posibilidad de maniobra por parte de la instancia judicial. A la inversa, los tribunales constitucionales desempeñarían un papel político mucho más significativo en los sistemas políticos menos representativos o no mayoritarios, debido a la dispersión del poder político como consecuencia de un sistema federalista robusto, la separación de poderes, o la representación proporcional. En el mismo sentido señala Álvarez (2015) que en el caso latinoamericano los cambios ocurridos en las constituciones permitieron redefinir el rol del Estado de derecho y la protección de las minorías, que presenta un mayor dinamismo en el reclamo de los derechos de la colectividad minoritaria eternamente relegada.

Holland (1991, 7) afirma que se requieren ciertas condiciones estructurales e intelectuales para un activismo judicial. En este caso, este autor señala que tanto judicialización y activismo son lo mismo, lo cual veremos más adelante las diferencias a los efectos del análisis en esta tesis. Así menciona que algunas condiciones pueden ser: el sistema federal, una ley suprema escrita, la independencia judicial, la falta de instituciones judiciales administrativas en el mismo nivel que las cortes y separadas de ella, un sistema de partidos competitivos, y la participación de los ciudadanos en el proceso de selección de los miembros de las cortes constitucionales. Además, algunas tradiciones jurídicas pertenecientes al derecho común, la idea sobre el autogobierno, y una importante autoestima del juez. En el mismo sentido, Shapiro y Stone (1994, 408), han argumentado que el sistema federal contribuye a legitimar el activismo judicial debido

a que las cortes cumplen una valiosa función para preservar estos sistemas. De esta manera se convierten en colaboradores del gobierno central en la labor de mantener equilibrado a todos los Estados.

Kagan (1995, 88-118) en tanto da mayor relevancia al contexto político en donde se desarrolla la judicialización de políticas, al que denominó “legalismo adversarial”, el que sucede en los Estados Unidos. En este país existe un alto grado de activismo judicial, y que explica por factores institucionales, históricos, políticos y culturales propios, y que por lo tanto difícilmente pueda replicarse a otros Estados. Da a conocer además algunos factores que contribuyeron a la labor destacada que desempeñan los jueces en la realización de políticas públicas, tales como: “1) un alto grado de fragmentación política del sistema político, 2) un régimen federal fuerte, 3) un sistema presidencial de gobierno, y 4) partidos políticos relativamente débiles”.

Los factores descritos señalan especialmente a lo que hace al protagonismo judicial de Estados Unidos, dado que los primeros estudios académicos han explorado el quehacer de la judicatura en ese país norteamericano. En tanto que si nos remitimos al contexto latinoamericano, podríamos advertir de otros elementos que Sieder, Schjolden y Angell (2005) atribuyen al caso, tales como: la debilidad en el ejercicio efectivo de los derechos de ciudadanía, las incertidumbres y los obstáculos producidos por las crisis económicas, el fracaso de las políticas neoliberales para reducir la pobreza, circunstancias éstas que pudieron ocasionar el impulso al reclamo de derechos de los ciudadanos ante los tribunales de justicia constitucional.

La judicialización también puede explicarse desde dos causas generales: la fragmentación del poder o hipótesis de fragmentación, y la hipótesis de derechos. La primera se da cuando las ramas políticas no pueden actuar para responder a las necesidades de la gente, entonces, esta gente busca resolver sus conflictos hacia instituciones que le den soluciones y a los tribunales, los cuales a menudo lo ofrecen. En esta hipótesis la cuestión es que los órganos judiciales o tribunales constitucionales pueden intervenir solo para dar forma a las políticas públicas cuando las instituciones representativas están muy fragmentadas para contenerlas. La segunda causa, se da cuando los tribunales son potencialmente creíbles para defender una extensa categoría de

valores frente a un potencial abuso de poder político. Ambos datos pueden ser evaluados mediante datos de la realidad práctica (Ferejohn 2002).<sup>44</sup>

Podríamos decir que la judicialización de la política es aquella que se relaciona con las siguientes cinco situaciones (Saba 2019, 302-310):

a) *Conflictos de competencias entre el poder central y los poderes estatales en sistemas federales de gobierno*: en el caso de los Estados federados en los que el poder judicial se inmiscuye para dirimir conflictos entre los poderes central y estatal se ha visto como una injerencia indebida, sin embargo, en el mismo sentido que Ackerman (1999) sostiene que la Constitución de Estados Unidos, es en parte, un acuerdo preexistente entre Estados que decidieron formar una federación, y que el poder judicial es percibido inicialmente como un árbitro para resolver las controversias de competencia entre el poder central y los poderes locales.

b) *Conflictos electorales*: estos conflictos de naturaleza electoral que antes estaba reservada a la esfera política poco a poco se van judicializando y los jueces van asumiendo la toma de decisiones. Aquí sigue a Domingo (2007) quien expone sobre el ejemplo de México en donde durante siete décadas de hegemonía del PRI (Partido Revolucionario Institucional) y hasta los 80, los jueces eran condescendientes al poder político, sin embargo, a partir de la transición, el poder judicial fue asumiendo un rol de árbitro en el sistema democrático de elección de representantes.

c) *Casos de control de corrupción gubernamental*: se refiere a prácticas políticas corruptas o rechazadas por la población.

d) *Violaciones de derechos constitucionales por medio de una norma o práctica pública o privada que requieren de un no hacer estatal*: generalmente en las constituciones se establecen los derechos que deben ser respetados por los gobiernos y los ciudadanos, y si

---

<sup>44</sup> El autor refiere que los datos y la información comparativa se puede observar tanto en la experiencia americana como europea. En la hipótesis de derechos, por ejemplo el súbito crecimiento de los tribunales constitucionales a partir de la posguerra, lo cual puede explicar la hipótesis de protección de derechos a partir de la expansión de derechos, principalmente en Italia; claro que la manera en que pudo persuadirse a los detractores de la revisión judicial de la instalación de los tribunales constitucionales en Europa fue dado en parte porque en los nombramientos de sus miembros tuvieron participación ambas facciones, tanto derecho como izquierda. En la experiencia americana también puede ser explicada pues la historia más común acerca de los tribunales anteriores al *New Deal* que tendían hacer valer el derecho a la propiedad, para 1940 la Corte ya había iniciado con la labor de protección de un conjunto distinto de derechos fundado en la supremacía constitucional (Ferejohn 2002, 35).

una decisión o práctica del gobierno conlleva a la violación de un derecho constitucional, los jueces disponen el cese de la acción estatal que produce la afectación.

e) *Violaciones estructurales de derechos constitucionales por medio de una norma o práctica estatal, o por su ausencia, que requieren de una acción del Estado para su cese:* existen violaciones que tienen su origen en la implementación de una política pública contraria al derecho en cuestión, o, en la ausencia de una política pública tendiente a asegurar este derecho. En este caso corresponde una obligación estatal, de *hacer*, y puede darse específicamente en los derechos sociales, económicos y culturales, por ejemplo, el derecho a la salud, la educación, etc.

Entre las causas que dieron origen a la judicialización de políticas el jurista Roberto Saba las revisó convenientemente de forma acertada. Ya ha advertido que la judicialización presupone que los jueces han comenzado a tomar decisiones respecto de materias que de acuerdo con las perspectivas críticas no deberían tomar, pero que podrían impactar favorablemente en las democracias dependiendo del contexto político.

La primera causa – *judicialización promovida por el poder político* - estaría relacionada con la necesidad de la dirigencia política de enviar señales a una ciudadanía descreída, desconfiada en sus representantes y escéptica en su accionar, por lo que los líderes políticos muestran su confianza hacia los jueces y confianza en sus decisiones. Este actuar judicial generó lo que algunos autores denominan *accountability* horizontal, esto es, la rendición de cuentas de las instituciones políticas y de sus actores frente a otros actores estatales, en este caso los jueces. La segunda causa corresponde a aquella en donde la judicialización es promovida por las *organizaciones de la sociedad civil* que plantearon sus demandas en defensa de la colectividad y de la protección de los derechos fundamentales para su efectiva vigencia, denominado litigio de interés público y que tiene como objetivo introducir cambios sociales mediante las acciones colectivas en los tribunales en casos paradigmáticos. La otra fuente de promoción de la judicialización son *los propios jueces* por diferentes razones, una de ellas puede ser en la percepción de que la comunidad política necesita la canalización de los reclamos de justicia que otras instituciones no están respondiendo (Saba 2019).

Es necesario además que coexistan distintas condiciones para el surgimiento de la judicialización de la política. Por ejemplo, el control de constitucionalidad es una herramienta trascendental que fuera adoptado por varios países latinoamericanos a partir del modelo

norteamericano madisoniano, fundado en la desconfianza hacia de la voluntad política de las mayorías y la aspiración de proteger el derecho de las minorías que podrían ser afectados por aquellas. Hoy día casi todos los países lo han instalado y cuentan con un tribunal o una corte constitucional que se encarga del control de la ley, lo que implica un incentivo para los activistas de la sociedad civil a que impulsen iniciativas de protección de derechos. Cuando estas sentencias son emitidas por tribunales superiores y aun cuando no contengan un valor normativo de aplicación inmediata por todos los demás jueces, tiene un valor de precedente tanto para los actores de la sociedad civil como para los jueces inferiores, quienes deben seguir la línea establecida por el superior jerárquico. Asimismo, refuerza el surgimiento de observatorios judiciales que hacen *accountable* las sentencias dictadas y permiten a la ciudadanía su comprensión en lenguaje amigable. La prensa ha sido también otro mecanismo informal. Y finalmente la posibilidad de decidir en abstracto sobre los derechos fundamentales es un clima propicio que favorece a la judicialización (Saba 2019).

Una condición además de la referida, y, relevante para el proceso de la judicialización de la política ha sido la creación de instrumentos legales que permitieron a los actores de la sociedad civil excitar la justicia, y a los magistrados de tomar decisiones de impacto colectivo sobre las personas, o bien, declarando la inconstitucionalidad de las normas en términos generales y no solamente para el caso concreto. Individualizamos dos instrumentos: la declaración abstracta de inconstitucionalidad y la tutela o amparo, la cual puede variar de denominación según el país, y que además puede plantearse colectivamente como por ejemplo en Argentina y Brasil. En cuanto al control de constitucionalidad cada país ha adoptado un sistema propio que en su mayoría es semejante al modelo norteamericano, con algunas variantes, en unos un modelo difuso, otros un modelo concentrado, con efectos erga omnes o inter-partes, es decir, de alcance concreto o de alcance general. Argentina por ejemplo es idéntico al de Estados Unidos, con un control difuso en el que todos los jueces de la Nación pueden ejercer el control de constitucionalidad. Así también los casos de acciones de tutela en Colombia, el amparo colectivo en Argentina, la acción constitucional en México, y la acción popular en Brasil. Esto ha generado que las organizaciones de la sociedad civil mediante amparos o acciones de tutela hayan conseguido la igualdad de acceso a servicios públicos, a la educación, a un ambiente saludable, incluso a controlar el funcionamiento de los órganos del Estado. Existe además una

cierta confianza de la ciudadanía en el poder judicial y una desconfianza en los poderes políticos de representación tradicional que favorece a la utilización de las herramientas legales (Saba 2019).

Otra explicación señala que la judicialización puede ser vista de formas disímiles, por ejemplo, en cuanto a la virtualidad y la eficacia, según si uno adopta una visión instrumental o una visión constitutiva de la relación entre derecho y sociedad. En efecto, desde una visión constitutiva, el derecho adquiere preeminencia de innumerables maneras distintas a las registradas desde los paradigmas tradicionales, y los efectos indirectos o incluso simbólicos de las sentencias que cobran protagonismo. En tanto si observamos desde su eficacia, no solamente cobra relevancia el estudio de la implementación de los fallos, sino también de qué manera la acción judicial contribuye al diseño o la consolidación de las agendas públicas, pudiendo impactar de distintas formas en las dinámicas democráticas (Pou Giménez 2019).

Asimismo, la judicialización de la política, en términos de resultados, o impactos, puede ser bastante diverso. El impacto en el Estado de Derecho cuando mejora las condiciones de igualdad, o bien cuando las debilita. En ciertas condiciones puede mejorar la rendición de cuentas horizontal y limitar el poder, puede contribuir a dar un poder legal efectivo a la sociedad civil frente a quienes detentan el poder, y especialmente en aquellas democracias jóvenes en donde se observa un Estado de derecho débil, el fenómeno de la judicialización de la política puede dar lugar incluso a la politización de la justicia cuyos efectos van en detrimento de la democracia (Domingo 2011). Asimismo, el impacto puede ser diverso como también sus características dependiendo de cada país y a su contexto institucional. Nos señalan Gisburg (2003) y Landau (2010) que el caso de Estados Unidos contiene características determinadas que no siempre pueden ser extrapoladas a otros países. Para este último autor con relación a democracias recientes o débiles esta dificultad es más visible debido a distintas causas como por ejemplo que las discusiones en torno al caso norteamericano se centran en la legitimidad democrática del poder judicial, en tanto que en democracias en desarrollo el debate no se circunscribe a lo teórico; otro aspecto trata de la cultura constitucional estadounidense que se da por su texto fundamental el cual es bastante escueto a diferencia de muchas constituciones que tienen un catálogo importante de derechos insertos en ellas; además tiene un sistema de partidos

disciplinados caracterizado por un bipartidismo fuerte que ofrece mayores posibilidades de participación ciudadana en los procesos de discusión legislativa.

Indiscutiblemente, Estados Unidos fue el país que originalmente tuvo un quehacer judicial notorio dado por la capacidad de su corte suprema de instalarse en igualdad de posición con los otros poderes e incluso revertir sus decisiones. En efecto, su tradición jurídica representada por el *common law* es propicia para el desarrollo de este protoganismo que, a diferencia de otras que siguieron a la tradición del *civil law* como son los países de latinoamérica pueden tener sus particulares y explicaciones propias del fenómeno.

En efecto, para que la judicialización de la política tenga lugar debemos advertir que necesariamente se requiere de la intervención del poder judicial, en especial de la justicia constitucional, en donde las cortes constitucionales tienen gran preeminencia con la herramienta de control judicial de constitucionalidad, esto es, el poder que tiene que dejar sin efecto una norma que ha sido dictada por el congreso o por el poder ejecutivo por estar en conflicto con la constitución, cuya importancia reside en que le otorga el privilegio para definir terminantemente el significado de la constitución sin importar lo que piensen las demás ramas del gobierno.

Para que el control constitucional funcione como un proceso de creación de derechos o diseño de políticas públicas orientados del Poder Judicial, es necesario que las cortes dotadas del poder de control constitucional lo utilicen realmente de manera efectiva (Cousso 2011).

#### **4. Distinción entre judicialización de políticas y activismo judicial.**

Es importante distinguir entre activismo y judicialización porque hay varios autores que otorgan la misma dimensión a ambos conceptos. De hecho, la judicialización y el activismo no son la misma figura, aunque provienen de la misma familia tienen orígenes y causas inmediatas diversas. Hemos visto que a partir del estudio realizado por Fiss (1979) sobre el juez estructural se ha venido desarrollando distintas explicaciones para los cambios que se fueron dando en la actividad judicial sobre todo en su reposicionamiento en las democracias constitucionales. Así se ha hablado de activismo judicial y de judicialización de políticas para referirse específicamente a la función de las cortes constitucionales o en suma a la justicia constitucional y su capacidad para ejercer el control judicial de las leyes.

El activismo judicial es un término acuñado en Estados Unidos para calificar a la Corte Suprema presidida por Earl Warren (1954-1969) o Corte Warren en cuyo periodo se produjo una revolución profunda y silenciosa sobre innumerables prácticas políticas impulsada por la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre los derechos fundamentales, en forma exclusiva, y sin intervención del legislativo ni del ejecutivo. Sin embargo, debido a una intensa reacción conservadora en contra de la actividad judicial en Estados Unidos, el término se volvió peyorativo al punto de equipararlo con ejercicio inadecuado del poder judicial (Barroso 2019). La Corte de los Estados Unidos es sin duda el ejemplo más categórico de un protagonismo judicial importante y con efectos determinantes en múltiples sectores (Jiménez Asensio 2019)

Algunos autores hablan de activismo judicial para referirse a la expansión judicial. En ese sentido, para el derecho estadounidense, fue William Wayne quien ha hecho uso del término para describir dos situaciones específicas: cuando las cortes protegen a los grupos más vulnerables y cuando con sus decisiones, las cortes traspasan las competencias de los otros poderes (Wayne 1992, 113). En tanto que el juez israelí Barak (2006, 271) denomina activismo judicial a aquella capacidad para obtener un equilibrio en el conflicto social creando una nueva norma o ley a través de la interpretación que se haga de la constitución.

En ese mismo tren, para Guastini (2008, 59-61) el activismo judicial es una forma de comprender la interpretación constitucional que hacen los jueces, en la cual se encuentran las formas dinámicas y estáticas de interpretación. Este debate no es nuevo pues tanto el activismo como la auto restricción son temas ampliamente analizados desde la teoría constitucional. La tesis contraria al activismo es la moderación judicial la cual estipula la auto restricción por parte del poder judicial y que busca la poca interferencia en las acciones de los otros poderes. Así, si observamos desde la forma dinámica la interpretación requiere la adopción a las nuevas circunstancias del contexto social y la modificación del significado de la constitución de acuerdo a los valores de la sociedad del momento. En tanto que desde la forma estática se debe respetar la voluntad del constituyente. De esta manera, para este jurista, el activismo judicial es una forma de interpretación que se encuentre libre de cualquier vínculo textual y que favorece a la creación del derecho por los jueces a fin de



adecuar los contenidos de la constitución a las necesidades actuales de la sociedad, los que serán reconocidos por el sentimiento de justicia de los jueces. Para Barroso (2019, 13) el activismo es una actitud de la proactividad de los jueces al interpretar la constitución cuando amplían su significado y alcance, y se instala por lo general en situaciones de retracción del poder legislativo

Así también, Manilli (2006) sostiene que una sentencia será activista cuando los jueces además de resolver el caso concreto “envía señales innovadoras a los demás poderes”, a toda la judicatura y a la sociedad, con la finalidad de producir un cambio en la ley, en la jurisprudencia, o en las costumbres. Estas señales son los rasgos característicos de un activismo, para los que identifica la creación de derechos, la ampliación de garantías de procedimiento o el catálogo de derechos fundamentales con el fin de protegerlos mediante la interpretación constitucional. Asimismo, aquellas indicaciones al legislativo para que realicen las reformas legales necesarias, que se articulen mecanismos para aprobar las acciones del gobierno mediante el salto de instancias, la convalidación de leyes que restrinjan derechos y abusos de poder.

Los rasgos característicos esbozados por Manilli (2006) fueron realizados a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina, y que versaron sobre aspectos esenciales de la actividad judicial. En principio se señaló la existencia de dos tipos de activismos, uno bueno y otro malo, pero luego de examinar minuciosamente las sentencias de la corte demostró que no puede catalogarse al activismo como bueno o malo. El activismo es un concepto adjetivo desligado de los resultados acerca de la vigencia del texto constitucional y las convenciones internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad. De esta manera es el resultado de dicho ejercicio el que puede ser evaluado como bueno o malo. Así, será malo cuando el activismo judicial se utilice para validar los actos del poder político contrarios la constitución, porque se está utilizando la interpretación de las normas para extender el poder del Estado. En cambio, será bueno cuando se lo ejerza para garantizar los derechos de todos aquellos que requieren de su materialización.

Para el profesor Pásara (2007, 20) el activismo judicial es parte del papel protagónico que asumen los jueces en el proceso de cambio social, el cual puede expresarse a través de tres maneras: cuando los jueces al interpretar la norma no se restringen a su literalidad, cuando la interpretación trasciende la propia norma, y además el esmero de los

jueces en resolver el caso más allá del conflicto mediante el diseño de políticas públicas que no fueron establecidas por los poderes ejecutivo y legislativo.

Como pudimos notar, el concepto de activismo más bien involucra a un actuar judicial que no implica exclusivamente la protección de derechos fundamentales, sino que es más abarcativo en el sentido de que los jueces mediante sus sentencias pueden convalidar actos contrarios a la constitución. Es por lo que se asocia a una mayor interferencia del poder judicial en los actos de los otros poderes, constituyéndose en una especie de intromisión indebida en la que prevalece la decisión de los jueces y en el que buscan imponer sus preferencias. Sin embargo, la judicialización de políticas es una cuestión de diseño institucional para garantizar la efectividad de derechos. En ese sentido, en esta tesis se sigue a Domingo (2004; 2011) quien señala que la judicialización de políticas es un fenómeno un poco más complejo que reducirlo a un simple activismo judicial porque implica que los poderes judiciales, en especial las cortes tienen un poder político fundamental para la realización de derechos, sean para su creación o para la protección de los existentes. La novedad radica en el replanteamiento del principio de división de poderes porque se observa un desplazamiento extraordinario hacia el poder judicial sobre cuestiones que anteriormente le estaban vedadas, pero ese desplazamiento por lo general se realiza dentro del discurso de derechos y su protección.

Habrá judicialización siempre y cuando exista vulneración de derechos constitucionales. El fenómeno de la judicialización de las políticas es un proceso que nace en los tribunales, proyectándose hacia los otros poderes públicos y hacia la sociedad misma. Es una herramienta valiosa para la sociedad que a través de ella desarrolla discursos de reivindicación de derechos.

## **5. Dimensiones analíticas de la judicialización de políticas.**

Para el análisis de la judicialización y su comportamiento es necesario establecer las categorías o patrones a fin de distinguir su dinámica. Es importante conocer de qué manera podemos identificar su presencia y desarrollo en un determinado país, para lo cual debemos establecer las dimensiones analíticas que nos permitan evaluar el desempeño de las cortes constitucionales. Estas dimensiones están dadas por su concepto, los factores explicativos de sus

causas y las doctrinas que la teorizan, y que nos delimitará los aspectos para tener en cuenta a la hora de revisar el desempeño de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay en los siguientes capítulos. Los estudios comparativos en relación con el fenómeno de la judicialización examinado en el libro de Sieder, Schjolden y Angell (2011) cuya primera versión en inglés fue del año 2005, nos muestra que cada país en particular tuvo su forma de expresar la judicialización y que puede desarrollarse de distintas maneras. De acuerdo con lo mencionado por Domingo (2004) este fenómeno puede tener lugar a pesar de la fragilidad del Estado de derecho en los Estados y con impactos diversos en el proceso democrático.

Una de las propuestas más relevantes es la elaborada por Domingo (2004) que en su trabajo ha tomado las líneas de Epp (1998) como también de Guarnieri y Pederzoli (1999). La autora sostiene que para examinar la presencia de la judicialización deben revisarse previamente los factores que han surgido para fortalecer el protagonismo político y social de los jueces. Señala tres grupos de factores: procesos gubernamentales, factores sociales y factores internacionales.

a) En el primer grupo la judicialización de políticas responde en cierta manera a la debilidad democrática, es decir, debido a la crisis de representación, credibilidad e incluso legitimidad de las instituciones democráticas.

b) El segundo grupo está vinculado al cambio de actitudes de los ciudadanos hacia la ley y el uso de la legalidad. En otras palabras, a la utilización del discurso del derecho como herramienta de reivindicación.

c) En el tercer grupo se encuentran las agencias internacionales que han servido para exigir a los Estados el cumplimiento de sus responsabilidades con relación a los derechos humanos. El papel político de los jueces se vuelve más importante en estas condiciones y plantea cuestiones relevantes sobre las disputas en relación a dilemas que se presentan con frecuencia en la democracia constitucional.

Otros autores que realizan una aportación importante en la misma línea son Sieder, Schjolden y Angell (2011). Sugieren tres modalidades de realización de la judicialización de políticas: “desde arriba”, “desde abajo” y “desde afuera”.

a) *Desde arriba*: se produce cuando el impulso de las políticas esta manejado desde las élites o los grupos de poder,<sup>45</sup> como también aquellas reformas constitucionales que se produjeron en América Latina en las últimas dos décadas, como la creación de consejos judiciales para controlar el nombramiento y remoción de los jueces. Estas transformaciones se produjeron en varios Estados, luego de los cambios de regímenes dictatoriales a democráticos a finales de la década del ochenta y a inicios de la década del noventa, que dieron lugar a nuevas constituciones, producto de la necesidad de ir profundizando y fortaleciendo las democracias. Las reformas referentes tanto a la introducción de tribunales constitucionales como los consejos de la judicatura fueron realizadas para fortalecer el poder judicial y principalmente procurar la independencia de los jueces.

b) *Desde abajo*: se produce “desde abajo”, cuando el impulso es ejercido por los ciudadanos con amplia conciencia de derechos de ciudadanía quienes se han movilizado para obtener respuestas a sus demandas; dicho, en otros términos, los ciudadanos accionan ante las cortes constitucionales para solicitar la protección de sus derechos o para conseguir amparo de otros que están en peligro de ser vulnerados, a efectos de la creación de precedentes que sirvan con posterioridad para su exigencia. Cuando la judicialización se impulsa desde abajo se consideran varios procesos de movilización socio legal y del uso frecuente de los derechos y los discursos legales de parte de distintos actores sociales. En este proceso de judicialización de la política ciertos sectores de la sociedad crean mayor conciencia de sus derechos y los ciudadanos entonces adoptan estrategias de movilización sea para exigir el cumplimiento de los derechos existentes o para promover nuevos derechos que aún no se encuentran con protección legislativa.

En este punto podemos mencionar también Peruzzoti y Smulovitz (2003) cuando la judicialización que se activa desde la sociedad tiene que ver con la rendición de cuentas social (*societal accountability*) desarrollado y consiste en una forma de control vertical y no electoral que incluye estrategias de movilización legal y puede contribuir a elevar el perfil público y político del juez, sea para bien o para mal. La rendición de cuentas social puede activar las funciones de supervisión y protección de los derechos, siendo el juez una especie de “perro

---

<sup>45</sup> (Boscán 2010) advierte que esta modalidad es el caso de los países donde los magistrados de las cortes constitucionales muestran una marcada tendencia para controlar la constitucionalidad de los actos legislativos y las practicas gubernamentales, lo que define un activismo judicial; o bien, donde sus políticos, sean oficialistas u opositores, recurren ante los tribunales para cambiar o bloquear ciertas políticas, a lo que llama politización.

guardián” y aun cuando sus características sean difusas o no estructuradas pueden llevar incluso a forma públicas de rendición o de supervisión de las propias actuaciones judiciales. En el caso de que los jueces no cumplan con las expectativas sobre la protección de derechos quedarán definitivamente desacreditados, lo que puede generar costos de reputación tanto para jueces como para gobernantes (cit. en Domingo 2011).

c) *Desde afuera*: cuando se concurre a demandas ante el sistema interamericano de Derechos Humanos. Es decir que la articulación de estrategias se realiza en un nivel supranacional cuando la violación de derechos procede desde el propio Estado.

A estas modalidades que explican la presencia de la judicialización de políticas agregan otros elementos que han de servir para el análisis. Así identifican los siguientes:

a) El *primer* elemento de análisis es el diseño institucional y los cambios dentro de las propias instituciones, que incluye el carácter de los textos constitucionales y el catálogo de derechos individuales y colectivos que se insertan en ellos, sean civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y ambientales. En ese sentido, algunas constituciones son restrictivas como la Constitución de Chile de 1980, en tanto que otras, la de Brasil que es extremadamente expansiva. A esto se agregan otros factores como la naturaleza y alcances del control judicial de constitucionalidad y la introducción de nuevas instituciones cuasi judiciales, como la reestructuración del Ministerio Público en Brasil que tiene amplia competencia para promover la defensa de los derechos ambientales, la incorporación de la figura del defensor del pueblo en Centroamérica y Perú. En lo que respecta a los Estados federales influye el grado de la apelación a los tribunales sub nacionales para la elaboración de los patrones de judicialización, y que sería otro rasgo de comparación determinante; las reformas judiciales llevadas a cabo desde los noventa con la creación de instituciones de selección de jueces como instrumentos para garantizar la independencia judicial; el incremento de asignaciones al presupuesto de la rama judicial hizo que los niveles de acceso a la justicia también hayan ido aumentando mediante la creación de más juzgados de paz, y foros no judiciales para la solución alternativa de los conflictos.

b) El *segundo* elemento expresado por los autores, es la “cultura legal”; término muy utilizado por Friedman y Pérez Perdomo (2003, 2) para referirse al “conjunto de actitudes, ideas, expectativas y valores de las personas acerca de su sistema legal, sus instituciones legales y sus

normas legales”. En ella distingue una cultura legal interna y otra externa. La cultura legal interna referida a las normas, actitudes y prácticas de los juristas, en la que guarda relevancia la formación misma de los litigantes, de los jueces y de los fiscales.

c) En tanto que la cultura legal externa –*tercer* elemento- trata de las percepciones de la sociedad, a las estructuras de la movilización socio legal, lo que significa detenerse, en particular, en los actores que conducen dichos procesos desde abajo o desde arriba.

d) El *cuarto* factor o elemento es el acceso a la justicia constitucional, que es particularmente crítico pues habrá que conocer si quienes se encuentran habilitados para entablar las demandas, sus costos, qué tipos derechos son cubiertos por los instrumentos de reclamo, sean amparo, tutela judicial efectiva o recursos de protección, y, cuál es la instancia a la cual se puede recurrir. En algunos países, solo las cortes supremas o cortes constitucionales tienen la potestad exclusiva del control judicial de constitucionalidad, en tanto que otros, como Brasil, Colombia y Costa Rica que se caracterizan por tener mecanismos más accesibles a la justicia constitucional; no es el caso de Chile que por su conservadurismo tiene mayor grado de sensibilidad al sistema político.

e) El *quinto* elemento refiere a la dimensión transnacional o internacionalización de la judicialización, traducido en demandas basadas en normas legales internacionales y regionales, dentro de una estructura de oportunidades que permiten el reclamo ante las cortes supranacionales que constituye un instrumento esencial para las organizaciones de derechos humanos y al mismo tiempo un modo para presionar a sus gobiernos.

f) El *sexto* factor que debe ser tenido en consideración para comparar el fenómeno de la judicialización es el sistema político en su conjunto, pues mientras en algunos países las reglas de juego establecidas entre los poderes políticos pueden impedir que las élites apelen a la judicialización de arriba hacia abajo, otros países quizás la alienten. Además, la presencia o ausencia de la judicialización puede ser explicada por el grado de acuerdo o conflicto en el sistema de partidos.

En las propuestas de análisis realizadas por Domingo (2004) y Sieder, Schjolden y Angell (2011), vemos que hay gran coincidencia en cuanto a los factores que indican la presencia de la judicialización de políticas. A lo que Domingo denomina factores los otros autores lo llaman modalidades de acción. Si bien le otorgan nominaciones distintas pretenden significar o explicar

las razones de la judicialización. Asimismo, han desarrollado otros elementos que caracterizan al mismo fenómeno.

Para poder cumplir con el objetivo de la tesis, en el apartado que sigue estableceré las dimensiones analíticas de la judicialización, tomando como base el diseño de las autoras y el autor mencionados pues me permitirán identificar cuándo se está en presencia de la judicialización en el caso paraguayo. A continuación expondré cada uno de ellos como propuesta analítica de este trabajo de investigación y sobre la que descansará la tesis.

### **5.1. Primera dimensión: modificación en la estructura de las instituciones.**

A la primera dimensión designaré como modificación en la estructura de las instituciones para hacer referencia a los cambios realizados en el diseño de los órganos del poder político, incluyendo necesariamente al poder judicial, focalizado a las distintas reformas judiciales realizadas a partir de las nuevas constituciones que fueron surgiendo a finales de las décadas del ochenta y principio de los noventa, una vez que hayan caído los regímenes dictatoriales en la mayoría de los países de la región latinoamericana. Esta nueva concepción de democracia y su desarrollo indican la apertura hacia una distribución de funciones más equitativa y equilibrada entre los poderes.

Los mecanismos de fortalecimiento de la independencia judicial incluidas en las reformas judiciales, por ejemplo, un acceso más burocrático para el nombramiento de los jueces, la creación de órganos separados del poder judicial para intentar una menos politización de la justicia. Tal es el caso de los consejos de la judicatura o magistratura y el jurado de enjuiciamiento de magistrados que participan en el sistema de selección de jueces y en la remoción. Así también la creación de defensorías del pueblo para atender a las demandas ciudadanas de intereses difusos y la reingeniería de funciones del ministerio público que pasó a tener mayor protagonismo en la defensa de las acciones colectivas. Con esto se fue modificando la estructura de oportunidades de la sociedad para la defensa de sus derechos.

El reposicionamiento del poder judicial debido a las crisis de las instituciones mayoritarias permitió el desplazamiento de la canalización de reclamos de la ciudadanía hacia el judicial, es decir, una expansión de los niveles de acción hacia los jueces. Esto en contexto de

democracias débiles en donde, a pesar de la poca extracción democrática del poder judicial, parecería que hay una inclinación importante para que las decisiones de los conflictos de naturaleza política y social fueran resueltas en los tribunales. Las instituciones representativas en general están pasando por una crisis de representación que se agudiza en aquellos países en donde colabora su sistema electoral.

## **5.2. Segunda dimensión: accesibilidad a la justicia constitucional.**

Considero oportuno definir como segunda dimensión de análisis a las condiciones de accesibilidad a la justicia constitucional que además implica la modificación de la estructura de oportunidades señalada en la primera dimensión. El instrumento esencial para el acceso es el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, función de las cortes supremas o de alguna de las salas dependiendo del diseño constitucional. En cuanto a las funciones de los jueces en la democracia nos señala Domingo (2004, 2) que: “El Poder judicial cumple cuatro funciones básicas en las democracias constitucionales: resolver disputas, revisión judicial, administración de justicia penal y protección de derechos”.

El ejercicio del control constitucional depende del sistema elegido, es decir, si es difuso o concentrado, si se sigue al modelo norteamericano o al europeo continental. Será concentrado cuando la tarea es atribuida a un solo órgano, en tanto que será difuso cuando dicho control también lo realizan los jueces de otras instancias y no sólo la suprema corte.

Además del mecanismo de control judicial constitucional de la ley se encuentran otras formas para tutelar los derechos fundamentales. Algunos lo denominan amparos, otros como tutela judicial efectiva, pero tienen la misma finalidad. Se le agregan el habeas corpus y el habeas data según se trate del tipo de derecho en conflicto. Cada uno de estos instrumentos tiene un procedimiento especial que puede estar establecido en la propia constitución o en la legislación ordinaria. En lo que respecta al impacto que pueda tener el control de constitucionalidad ello dependerá de sus efectos, si es sólo para el caso concreto y o si tiene la finalidad de extraer a la norma declarada inválida del ordenamiento jurídico.

Un dato importante es que a través de la jurisprudencia de las cortes se fueron creando otros instrumentos de garantía de derechos dentro de la justicia constitucional, por ejemplo, en la Sala Constitucional de Paraguay fueron incorporadas la consulta y la declaración de certeza



como herramientas de acceso, los que serán analizados en base a estas dimensiones en capítulos siguientes.

### **5.3. Tercera dimensión: utilización del discurso de derechos.**

La dimensión de utilización del discurso de derechos es particularmente importante para identificar la presencia de la judicialización de políticas porque la movilización de la sociedad en el reclamo o reivindicación de derechos ha ido evolucionando en las democracias constitucionales, y por sobre todo en las sociedades en transición en donde existe la obligación al menos mínima de cumplir con los estándares de un Estado de derecho, es decir, de la imperatividad de la ley. Por esta razón sostengo que ésta deba ser la tercera dimensión analítica.

El cambio de actitudes hacia la ley y el uso de la legalidad fueron proclives para la judicialización de los conflictos, incluso en sociedades con sistemas judiciales con mala reputación pública el crecimiento de los litigios fue significativo (Domingo 2004). La justicia constitucional desempeña un rol político más relevante en los sistemas políticos menos representativos y se produce ese desplazamiento de reclamos ante la judicatura (Guarnieri y Pederzoli 1999). Esto permite que se abogue por un discurso de derechos, es decir, predominado por normas y mecanismos cuasi judiciales en donde hay mayores posibilidades de obtener un espacio de negociación y toma de decisiones (Tate y Vallinder 1995).

En efecto, aquí se produce un descubrimiento de la ciudadanía respecto del derecho que desembocó en el aumento de la actividad jurisdiccional. Es decir que los ciudadanos han recurrido mayormente al sistema de justicia para la decisión de los litigios que guardan relación con los derechos fundamentales y su realización por parte del Estado como obligación de hacer. De esta manera se legitiman los procesos políticos basados en la ciudadanía democrática y los derechos humanos (Domingo 2009).

### **5.4. Cuarta dimensión: reconocimiento de derechos establecidos en la norma constitucional.**

Los derechos se encuentran determinados en las constituciones normativas. En ellas se establecen los tipos de derechos y su clasificación. Dentro de la teoría constitucional encontramos que muchos de ellos no tienen operatividad directa, sino que requieren de una

obligación estatal de promover políticas para su efectividad. Estas normas son denominadas programáticas referidas a la mera elaboración de programas, pero no tienen incidencia directa para garantizar los derechos de los ciudadanos. En este grupo se encuentran los derechos sociales, económicos y culturales de amplio reconocimiento formal, pero poca operatividad.

Esta dimensión analítica supone la existencia de violación a los derechos constitucionales por el incumplimiento de los órganos representativos y la intervención judicial necesaria ante esta omisión mediante la interpretación constitucional. Como nos señala Fiss (2007, 23) “Aunque los jueces no tienen el monopolio de la tarea de significado a los valores públicos plasmados en la Constitución, ello no significa que deban permanecer en silencio. Por el contrario, ellos también pueden contribuir al debate público”.

Hay un distanciamiento importante entre la constitución y la realidad. En términos prácticos el reconocimiento de derechos se da mediante la intervención de los jueces constitucionales y la interpretación que hagan de la disposición constitucional. Otorgarle significado a la constitución indica un robustecimiento de la judicatura y que los jueces han comprendido su función real en las democracias constitucionales, dando preeminencia al imperio de la ley y dejando de lado sus preferencias.

### **5.5. Quinta dimensión: cambio en las políticas públicas.**

En la quinta y última dimensión de análisis tenemos el cambio en las políticas públicas que son generadas desde la acción judicial a través de la cual podemos identificar la presencia de la judicialización. Para ello se hace necesario establecer lo que se entiende por política pública a los efectos de esta investigación.

La noción de política pública es asociada por de pronto a aquellas estrategias realizadas por el gobierno para satisfacer las demandas de los ciudadanos en las distintas áreas de actuación. No hay una única definición de lo que es política pública.<sup>46</sup> Dye (1984) resume la definición diciendo que “es lo que el gobierno elige hacer o no hacer”. En una conceptualización similar expresa Ferraro (2009, 105) que la política pública puede ser definida como “cualquier cosa que un gobierno decide hacer o dejar de hacer”. Otra definición más ampliada es la de

---

<sup>46</sup> Así también existen varios modelos o formas de analizar las políticas públicas (Souza 2006). Sobre análisis y gestión de políticas públicas puede verse (Subirats, y otros 2008)

Peters (1986), siguiendo la misma línea, señala que la política pública es el conjunto de actividades de los gobiernos que actúan directamente o en forma delegada y que influyen en la vida de los ciudadanos.

Podemos decir entonces que por lo general se asocia política pública con las estrategias u acciones que implementan los gobiernos en la labor cotidiana para dar respuesta a una gran variedad de áreas, problemas y situaciones en la población. Las políticas públicas forman la agenda de los gobiernos. Bien lo señala Ferraro (2005) que la administración pública es el instrumento principal de la política pública.

Es un proceso en el que pueden intervenir varios actores como la legislatura, el poder ejecutivo, una agencia independiente de gobierno o un tribunal.

Se pueden encontrar a la par distintas conceptualizaciones de política pública, pero para esta dimensión se entenderá simplemente como conjunto de acciones del gobierno tendientes a cubrir las necesidades de la población. De esta manera, habrá definición de una política pública desde un tribunal o corte constitucional cuando este órgano a través de sus sentencias envía directrices a los otros poderes del Estado o simplemente envía señales sobre la necesidad de generar acciones para cubrir algunas necesidades en distintos ámbitos como la salud, la educación, la diversidad, la vida, etc.

No podemos dejar de observar que el juez en su papel tradicional se abstenía en participar en la determinación de las políticas públicas porque se creía que esto sólo cabía a otros actores, sin embargo, esta visión se fue transformando y es razón suficiente para poder analizar desde este punto el desempeño de los jueces para la protección de derechos y la judicialización de las políticas.

### **CAPITULO III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONSTITUCIONALISMO EN PARAGUAY**

Paraguay, al igual que otros países de la región y que forman parte especialmente de la región del Río de la Plata, tuvo influencia marcada para su independencia de la corona española, por la Revolución Francesa, la cual provocó una intensa conmoción popular. Si bien las autoridades extremaron cuidados para impedir “el contagio revolucionario” sobre todo respecto de la concepción de soberanía popular, las ideas repercutieron en el Paraguay nada menos que en el Real Seminario de San Carlos, lo que movió a la Corona a adoptar severas medidas en el año 1810, previo mismo a la independencia paraguaya, las autoridades mantuvieron sobre vigilancia a las personas tildadas de “francesistas o afrancesadas”. Sin embargo, sobrevenida la revolución en Buenos Aires, y la noticia de la vacancia en el poder real en España, hicieron que el 14 y 15 de mayo de 1811 Paraguay asumiera su real independencia, y de esta manera se ponga en práctica la doctrina de la “soberanía popular”. Fue así como, una vez liberados del yugo español y de las invitaciones “obligatorias” rechazadas para formar parte del gobierno de Buenos Aires, se creó un primer órgano de gobierno provisorio al sólo efecto de convocar a un congreso para convenir la forma definitiva del gobierno y el problema de las relaciones con Buenos Aires. El nuevo Congreso se reunió del 17 al 21 de junio de 1811 y se determinó constituir una Junta Gubernativa, cuyos líderes debían concurrir al Congreso de las Provincias convocado por Buenos Aires, pero en la inteligencia de que cualquier constitución aprobada no se obligaría al Paraguay mientras no fuera ratificado por sus habitantes, con lo cual se negaba rotundamente de formar parte de una especie de confederación. Ésta ya era la idea de gobierno del nuevo Estado que se estaba gestando a partir de la independencia de la corona (Cardozo 1985).

En las siguientes palabras se resume la doctrina de la revolución paraguaya y que esboza los principios fundamentales de las sociedades políticas de la época, expresada en el discurso inaugural del Congreso de 1811:

“Todos los hombres tienen una inclinación invencible a la solicitud de su felicidad, y la formación de las sociedades y el establecimiento de los gobiernos no han sido con otro objeto que el de conseguirlo mediante la reunión de sus esfuerzos. La naturaleza ha criado a los hombres esencialmente sujetos al yugo perpetuo de ninguna autoridad civil, antes bien hizo a todos iguales y libres de pleno derecho. Si cedieron su natural independencia, creando sus jefes y magistrados, y sometándose a ellos para los fines de su propia felicidad y seguridad, esta autoridad debe considerarse de vuelta, o más

bien permanente en el pueblo, siempre que esos mismos fines lo exijan loas armas y la fuerza pueden muy bien sofocar y tener como ahogados estos derechos, pero no extinguirlos; porque los derechos naturales son imprescriptibles, especialmente por unos medios violentos opresivos. Todo hombre nace libre, y la historia de todos los tiempos siempre probará que sólo vive violentamente sujeto, mientras su debilidad no le permita entrar a gozar los derechos de aquella independencia con que la dotó el Ser Supremo al tiempo de su creación. Aún son más urgentes las circunstancias en que nos hallamos. La soberanía ha desaparecido en la nación” (Cardozo 1985, 180).

Las bases fundamentales de la construcción de una filosofía política liberal es el resultado de una simbiosis de las ideas de Rosseau y Locke, pero además y esencialmente la verdadera filiación ideológica se encuentra en la Revolución de los Comuneros que mucho antes ya había proclamado la doctrina fundamental de la soberanía del pueblo.<sup>47</sup> Las enseñanzas de los pensadores españoles traducidas en la experiencia de las provincias en 1544 y hecha al grito ¡Libertad! ¡Libertad! de los siglos XVI y XVII, eran una vivencia para Paraguay más allá de una simple teoría llegaban “vestidas de elegancia, claridad y lógica propias del genio francés”. Las luchas comuneras se resumían en dos ideas “libertad y buen gobierno” (Cardozo 1985, 181). Esa generación de 1811 que trae la emancipación paraguaya, por primera vez contenía un sentido claro de futuridad en donde el poder público se impuso a las energías colectivas y aglutinó a la realización de una empresa magna que consistió en la afirmación y defensa de la soberanía (Mendonca y Mendonca 2011).

La organización del Estado estaba inicialmente formada por la Junta Gubernativa, que fue provista de funciones políticas y judiciales que correspondían a los antiguos gobernadores. Aún no se tenía en ese momento una visión hacia la división de poderes porque lo naturalmente viable era el reclamo de la libertad emancipadora. En el nuevo Estado la máxima autoridad en términos representativos era el “Congreso” porque en él radicaba la soberanía del pueblo, a quienes los pobladores reconocían como poder superior e inapelable, y solicitaban su convocatoria cada vez

---

<sup>47</sup> El Paraguay tuvo su propia revolución comunera que duró hasta mediados del siglo XVIII, de los que resultan tres acontecimientos bien determinados: la salida de Alvar Núñez Cabeza de Vaca producida en el año 1544, como también la de Felipe de Cáceres en 1572 y la resistencia del Obispo-Gobernador Fray Bernardino de Cárdenas, con el Cabildo de Asunción y el apoyo determinante del pueblo, contra un ejército armado en las reducciones jesuíticas por orden del Virrey del Perú. A causa de estos hechos hubo una división de la población paraguaya en dos bandos. Este último acontecimiento ocurrido en 1649 reviste importancia dentro de la revolución comunera del Paraguay por el uso que se ha hecho de la Cédula Real del 12 de setiembre de 1537 y por la resistencia armada efectuada al Virreinato, constituyéndose en el más subversivo de los movimientos. Los paraguayos constantemente se iban alzando en contra de sus gobernadores cuando no se satisface el deseo de libertad y buen gobierno (Velázquez 1999)

que se confrontaban puntos de capital interés. No era un cuerpo permanente porque sus miembros eran elegidos para cada reunión. Durante el tiempo en que no funcionaba, era el Cabildo el que asumía la representación del país. En tanto que la Junta Gubernativa actuaba como un poder colegiado pues en sus manos estaba la dirección de la administración, las decisiones legales y también la justicia de apelación. Es decir que, conjugaban en la Junta las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. Hasta ese momento, y a pesar de la independencia eran las leyes españolas las que seguían rigiendo en el orden civil, pues se las citaban en las sentencias y en las cuestiones administrativas. El 19 de enero de 1812 la Junta solicitó al gobierno de Buenos Aires la remesa de los tomos de la “Novísima Recopilación de las leyes de España”, promulgada en 1805, como también la de “Autos acordados”, a fin de decidir sobre las causas y los negocios que tenían en sus manos. A pesar de que desde Buenos Aires no les fue enviado, la Junta ya utilizaba la edición de 1779, y que sobre la base del reconocimiento de la legislación española la Junta tomó importantes decisiones legales modificándola y aun derogando sus estipulaciones, en la que se destaca la de declarar a los indios libres del pago de tributos (Cardozo 1985).

Dos años después del Primer Congreso Nacional, se estableció el Segundo Congreso Nacional, que abrió sus sesiones el 30 del mes de septiembre de 1813, con la asistencia de mil diputados y bajo la presidencia de uno de los próceres de la independencia, el capitán Pedro Juan Caballero. Para la convocatoria del primer Congreso se implantó un método de “sufragio universal y proporcional” mucho más democrático que el utilizado en esa época. En este Congreso y por voto unánime, el 12 de octubre de 1813 se proclamó la “República”, rompiéndose lazos definitivamente con Buenos Aires. Paraguay fue la primera república de América del Sur, cuyo republicanismo ya venía desde los tiempos de la conquista, en el que un documento denominó “República” a la comunidad; también el Cabildo se denominaba tradicionalmente República, inclusive el más alto honor que se otorgaba a los huéspedes ilustres era el de “republicanos”. Durante sus sesiones el Congreso dispuso la creación de un Consulado como órgano de gobierno, un colegiado compuesto por dos miembros en igualdad de jerarquía y distribución de tropas (Cardozo 1985).

En el curso de sus deliberaciones, el Congreso recomendó a sus dos cónsules – José Gaspar Rodríguez de Francia (Dr. Francia) y Pedro Juan Caballero – la redacción de un proyecto

documental, que fue presentado ese 12 de octubre, el cual tomó forma de “Reglamento de Gobierno”, con solamente 17 artículos. Este documento es el primero que fue establecido como ley fundamental en los albores del Paraguay independiente y redactado por paraguayos. Al Dr. Francia se le atribuye finalmente su escritura. El Reglamento de Gobierno de 1813 proclamó una nueva forma gubernativa a la que denominó República, pero como lo afirman Juan Carlos Mendonca y Daniel Mendonca, este Reglamento de Gobierno, de acuerdo con el tecnicismo constitucional y político si bien no asume una organización republicana, no se le puede negar una fuerte inclinación hacia ese ideal, y operó como instrumento fundacional del orden jurídico paraguayo (Mendonca y Mendonca 2011).

El valor que tiene este Reglamento de Gobierno es innegable pues desde la denominación de República, el Paraguay adoptó un nuevo modelo de gobierno, siguiendo a la antigua república romana, instaló el consulado a cargo de dos ciudadanos que serían denominados cónsules, quienes gobernarían conjuntamente mediante turno de cuatro meses. Esta República era democrática y representativa en el orden interno, un gobierno temporal, no vitalicio, ni hereditario y aristocrático, sin familias, clases ni partidos privilegiados y con libre acceso de todos los ciudadanos a los poderes del Estado. Se basaba entonces en una *democracia* entendida como expresión de la voluntad popular que ejercía su soberanía a través de sus representantes. Se mantenía el máximo poder en el Congreso que debía decidir las cuestiones fundamentales, además de asegurársele autonomía y libre expresión. En tanto que para la designación de los diputados se estableció el sufragio universal y la representación proporcional del número de representantes en relación con el número de lectores (Cardozo 1985).

Lo distintivo además es en cuanto a la creación de un Tribunal de Recursos para reorganizar la administración judicial, pero que se dejaba al arbitrio y la prudencia de los cónsules su funcionamiento. No se observa en quién recaería este tribunal si al mismo consulado o a personas externas. Finalmente, este tribunal nunca se constituyó porque al año siguiente, 1814, el Dr. Francia asumió como Dictador de la República. El Artículo 12 del Reglamento de Gobierno de 1813 quedó establecido de la siguiente manera:

“Artículo 12. Se deja al arbitrio y prudencia de los dos cónsules el arreglar de común acuerdo y conformidad todo lo concerniente al mejor despacho y expediente de todos los negocios de gobierno en todos sus ramos; así como la conservación de uno ó dos secretarios, y del mismo modo la creación de un tribunal superior de recurso, que

deberá conocer y juzgar en última instancia conforme á las leyes, según la naturaleza de los casos y juicios que se dejase á su conocimiento” (MRE 2013).

El 3 octubre de 1814, se reunió de nuevo el Congreso, el Tercer Congreso Nacional, en cuyo frente estaba el Dr. Francia y la asistencia de mil diputados. Aquél recomendó un gobierno unipersonal para mejorar la defensa de la República, y se lo eligió al propio Dr. Francia como Dictador Supremo de la República por un periodo de cinco años, tiempo que no concluyó, sino únicamente dos, de 1814 a 1816, año en que inició la dictadura perpetua hasta 1840. Con la instalación de la Dictadura del Dr. Francia en 1814 se sepultaba el esbozo constitucional de 1813, así la voluntad del dictador fue la única ley efectivamente imperante, que muy raras veces se traducía en normas de carácter general (Mendonca y Mendonca 2011). Los grandes ideales hasta entonces impulsados se desvanecieron y comenzó un largo periodo de concentración de poderes en la persona del dictador supremo.

A la muerte del Dr. Francia en 1840, ocurre un periodo de transición hasta que se establece un Segundo Consulado desde el 12 de marzo de 1841 al 13 de marzo de 1844, instalado por el Congreso Nacional que no se había reunido desde 1816. Reunido el Congreso el 12 de marzo de 1841, fue presidida por Don Carlos Antonio López (Don Carlos), figura prominente que luego sería el primer presidente constitucional de Paraguay, quien aconsejó entregar la autoridad del gobierno a dos ciudadanos en carácter de cónsules, quienes ejercerían sus poderes por tres años. El diputado Juan Bautista Rivarola, quien fuera protagonista de la independencia, se opuso a esta manera precipitada de parte de Don Carlos en constituir el gobierno, argumentando que era necesario que el Paraguay cuente con una constitución democrática y se instale efectivamente un régimen de libertad. Al término de su intervención, Rivarola fue abruptamente interrumpido por Don Carlos quien hizo alusión a las situaciones ocurridas en el Paraguay y que por dichas razones se hacía imposible dar nacimiento a una constitución liberal, pues era preciso instalar un gobierno fuerte y enérgico capaz de conservar la tranquilidad y seguridad de la nueva república. En ese sentido refieren Mendonca y Mendonca, que Juan Bautista Rivarola intentó presentar una constitución de corte republicana, inclusive liberal, pero se estrelló en contra de la férrea voluntad de Don Carlos quien tenía en mente otros planes constitucionales para el Paraguay, aquellos más cercanos a Simón Bolívar y Juan Bautista Alberdi. El trabajo que enfrentaba el nuevo gobierno era penoso sobre todo en materia



institucional, y así la posibilidad de que el nuevo Estado fuera dotado de un instrumento constitucional quedó explícitamente declarada en el Congreso de 1841 (Mendonca y Mendonca 2011).

Con el Segundo Consulado se dio cumplimiento a la resolución de los dos primeros congresos sobre la creación de los tribunales superiores, independientes del Poder Ejecutivo. Se establecía de esta manera una “autonomía de la función judicial” – independencia - que ya no recaería en un solo poder. Fue así como se estableció otro documento normativo denominado “Estatuto Provisorio de la Administración de Justicia” en el año 1842, que organizó por primera vez los juzgados de paz, civil y criminal, además se creó el cargo de Juez de Apelaciones. Aunque el gobierno (ejecutivo) continuó siendo el juez privativo en las causas de traición a la república y de las conjuraciones del orden público (Cardozo 1985). Este estatuto sin duda tiene el mérito de organizar el poder judicial, siendo la primera ley orgánica de los tribunales dictada en el país, sin embargo, la implementación de un tribunal independiente en el orden interno iba a hacerse esperar. En palabras de Juan José Soler: “la última instancia [...] estaba a cargo del Juez Superior de Apelaciones, reemplazando más tarde, y en cada causa, por un Juez de Segunda Instancia. En ese estado llegó la guerra. No tuvimos pues, en este periodo ningún Tribunal de Justicia, y menos, un Tribunal independiente del Poder Ejecutivo, tal como lo anhelaron nuestros próceres, hasta 1870, en que lo creó la Constitución de ese año, mejor dicho, hasta el momento en que el Triunvirato lo organizó en forma provisoria” (Centurión 2011, 133).

Hasta ese entonces la idea de constitución estaba ausente. El Reglamento de Gobierno de 1813 simplemente fue un esbozo que ni siquiera fue reconocido como estatuto legal por el Dictador Francia durante el largo periodo que le cupo en el gobierno. Posteriormente a su muerte, a pesar de los intentos del diputado Juan Bautista Rivarola en el año 1841 de que Paraguay tenga una constitución de corte liberal, Don Carlos se encargó de sepultarlo porque tenía otras intenciones u otro tipo de constitución en mente en el que promulgaría sus ideas.

### **1. Primer periodo constitucional: 13 de marzo de 1844 al 25 de noviembre de 1862.**

A la muerte del dictador Francia, acaecida en 1840, surgió indiscutiblemente la figura de liderazgo de Don Carlos, quien debió encargarse el mismo de la transición de una sombría dictadura francista a un régimen menos severo (Mendonca y Mendonca 2011). Don Carlos

asumió el Segundo Consulado juntamente con Mariano Antonio Molas, y debe igualmente reconocerse que el mismo se preparaba para proyectar una constitución de acuerdo con sus ideas.

Pero igualmente tuvieron que pasar tres años del primer intento en la elaboración de un documento constitucional atribuido a Juan Bautista Rivarola, hasta el Congreso de 1844 en el que se estableció *La Ley de Administración Política de la República del Paraguay*. En efecto, las obras desarrolladas durante el gobierno consular otorgaron gran prestigio a Don Carlos quien mostró sus aptitudes para ser un excelente administrador del país, en tanto que el Cónsul Mariano Roque Alonso dedicó sus labores en mayor medida a las cuestiones castrenses. A partir de allí Don Carlos decidió que era el momento de convocar a otro Congreso Nacional para decidir el rumbo del gobierno del Paraguay. De esta manera, el 13 de octubre de 1844 durante las sesiones de la magna asamblea, se adoptó la que es considerada la primera constitución de la república. Este cuerpo normativo fue redactado por el propio Don Carlos en colaboración con Juan Andrés Gill, quien en ese momento se desempeñaba como secretario de gobierno (Cardozo 1985). El prestigio y la autoridad de Don Carlos en el ejercicio del Consulado hicieron que la constitución fuese aprobada sin dilación ni discusión por el Congreso, siendo elegido Don Carlos “Primer Presidente Constitucional de la República” por el mismo Congreso, promulgando la Constitución el 16 de marzo de 1844 (Mendonca y Mendonca 2011).

A este documento fundamental se le denominó *La Constitución de 1844*. Poco tenía en común con las demás constituciones que en ese momento regían en los demás países hispanoamericanos, pues era un texto provisorio, según lo definió el propio autor, Don Carlos: “*para comenzar a introducir algún orden en la administración de los negocios públicos, demasiado embarazosa por la excesiva centralización*” (Cardozo 1985, 233). La ley fundamental estableció el principio de división de poderes y su limitación, lo que significaba un repudio a la dictadura perpetua que acababa de concluir. Se creó por primera vez el cargo de Presidente de la República. En su exposición ante el Congreso de 1844, Don Carlos se expresó en contra de la dictadura:

“Por la concentración desmedida que estableció en la administración, no había establecimiento ni institución alguna de las que en todas partes del mundo sirven a la administración y ayudan a la acción del Gobierno. Así es que no habían sino meros escribientes, ni se había podido formar capacidades administrativas, judiciales, policiales, que pudiesen segundar las miras y trabajos del Gobierno. No había establecimiento alguno de educación, instrucción elemental, moral y religiosa: había

algunas escuelas primarias de particulares mal montadas y el tiempo había reducido el clero a un número muy diminuto de sacerdotes” (Fundación cultural republicana, cit. por Mendonca y Mendonca 2011, 10)

La administración general de la República (art. 1) estaba expedida por el Congreso o legislatura Nacional de Diputados Representantes de la República; por un Presidente en quien reside el Supremo Poder Ejecutivo y por los Tribunales y Jueces establecidos por ley del Soberano Congreso Extraordinario de 25 de Noviembre de 1842. Es decir, por primera vez se estableció la división en tres poderes, el Poder Legislativo por una legislatura nacional de diputados; el poder ejecutivo – un Supremo - por un presidente; y, el poder judicial por los tribunales y juzgados que fueran designados por este mismo Congreso. La palabra “supremo” le da un cierto carácter de superioridad al poder ejecutivo, y tenemos que reconocer que para el momento político e histórico que viviera la república constituía una decisión trascendente.

La administración política de la república se dividió en tres poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Adoptó para su gobierno, una república unitaria, democrática y representativa. El presidente de la república era nombrado por las cámaras del congreso con una duración de cuatro años en sus funciones. En cuanto a la conformación del poder legislativo y sus cámaras, cada 6000 habitantes y toda fracción que pase de 3000 en cada distrito le corresponde un diputado; en tanto que por cada 12000 habitantes y toda fracción que pase de 8000 le corresponde un senador. De acuerdo con lo estipulado en los artículos 24 y 25 de la constitución, cada dos distritos de campaña por su orden y reunidos en total forman el número que corresponde a los senadores (Anuario 1886).

Una cuestión no menor, es que la designación del presidente de la república reposaba en el congreso, no era precisamente una democracia representativa tal cual la conocemos hoy día, pero sí con un presidencialismo fuerte que concentraba una autoridad extraordinaria y suprema en el ejecutivo, sobre todo porque el congreso sólo se reuniría en forma ordinaria cada cinco años, lo que dejaba totalmente la concentración de poderes en el ejecutivo. El Congreso nacional solo duró dos días, el 13 y 14 de marzo de 1842, que culminó con la designación de Don Carlos como presidente de la república por el periodo de diez años. Finalmente se trataba de un poder legislativo ausente durante todo el gobierno sin posibilidades de gobernar en forma conjunta con el presidente, la ley de administración política no admitía ni la vigencia de leyes extranjeras, ni la jurisdicción de tribunales que no fueran de la república. También se le otorgaba al ejecutivo una

facultad “judicial” como juez privativo de las causas reservadas en el estatuto de la administración de justicia. Podría indultar o conmutar pena capital de conformidad con el artículo quincuagésimo octavo del Estatuto de Justicia, así como conceder amnistías dando cuenta al Congreso Nacional.

Al poder judicial – jueces y tribunales - se le dio la labor de meramente aplicador de la ley o juez boca de la ley en términos de Montesquieu, y no se le otorgó la facultad de interpretar las leyes, la que recaída solo y exclusivamente en el poder legislativo según la constitución, pero que en la práctica como hemos dicho en el párrafo anterior recaía totalmente en el presidente de la república. Los jueces y tribunales debían ser previamente designados por el Congreso Nacional de acuerdo con las atribuciones conferidas por la constitución. En los artículos 2, 3 y 4 del Título I, podemos revisar mejor esta distribución de atribuciones:

“Artículo 2. La facultad de hacer las leyes, interpretarlas ó derogarlas, reside en el Congreso Nacional.

Artículo 3. La facultad de hacer ejecutar las leyes y reglamentarias para su ejecución, reside en el Supremo Poder Ejecutivo de la República.

Artículo 4. La facultad de aplicar las leyes reside en los Jueces y Tribunales establecidos por la ley”.

La Constitución de 1844 no derogó el Estatuto Provisorio de la Administración de Justicia del año 1842, por el contrario, quedó incorporado al texto constitucional. El Estatuto organizó el poder judicial de la república, estableciendo jueces de paz, jueces en lo civil y en lo criminal y un Juez Superior de Apelaciones.

El poder fuerte propugnado por Don Carlos se basaba en la ley igual para todos, y se creó el “culto a la ley”, la que tenía que ser acatada y venerada por todos como si fuera una religión. Este poder fuerte se extrae del mensaje de 1854 cuando enalteció su necesidad como una imposición de las condiciones sociales del Paraguay y decía:

“En unos países casi todo lo hace el espíritu público de empresa y asociación y ahorran a los Gobiernos mucho trabajo; mismo son Jefes y Guías de la Nación. Por último, mantengamos HH.RR. un poder fuerte: sin un poder fuerte, no hay justicia, no hay orden, no hay libertad civil ni política. Un poder fuerte por la ley, no es ni quiere decir un poder arbitrario y tiránico que nada respete. Un poder fuerte, ilustrado y prudente, es la primera condición, es el primer elemento de organización y constitución de una República. Un poder débilmente constituido de nada sirve más que para formar un personaje teatral. Inclinémonos para que el pueblo se incline ante la Autoridad Suprema y ante todos los que por sus funciones participen de ella, no en una postura humillante y

servil sino respetuosamente, como conviene a hombres verdaderamente libres” (Cardozo 1985, 266).

En cuanto a derechos, la Ley que establece la Administración Política de la República no pasaba más que de ordenanzas generales dispuestas en el título X “Ordenanzas Generales”, en la que se mencionaba que los hombres son iguales ante la ley, pero previamente señalaba que los ciudadanos deben obediencia al presidente; que todos los habitantes tienen derecho a ser oídos por el Supremo Gobierno de la Nación, y que tienen libertad de ingreso o salida en el territorio de la república. Esta legislación no contenía todas las características como las constituciones más adelantadas de su tiempo, porque no se establecieron derechos ni garantías para los ciudadanos, ni una nítida separación de poderes, pero podemos considerarla como el inicio de un proceso de evolución constitucional.

El Paraguay ingresaba en una etapa de institucionalización después de haber vivido durante varios años bajo el imperio absoluto de la voluntad del dictador Francia, y aunque criticada y criticable la constitución, representaba el intento de hacer primera la ley ante la arbitrariedad mediante un instrumento objetivo regulador de conductas. Con ella el Estado dejó de identificarse con la persona del dictador para ser reemplazada por la voluntad de la ley, la sustitución de la norma particular por la norma general. La constitución aporta al ideario nacional el ideal de legalidad, y es en cierto modo el comienzo del Estado de Derecho (Mendonca y Mendonca 2011).

Concluido el primer mandato constitucional del presidente, luego de diez años, Don Carlos resolvió convocar al Congreso Nacional, el cual sesionaría al sólo efecto de dar por terminada sus gestiones de la primera presidencia, las que fueron aprobadas y fue designado en ese momento para otro periodo más, sin embargo, Don Carlos aceptó solo por 3 años en razón a su delicado estado de salud. Su segunda presidencia entonces se daba desde 1854 a 1857. Durante esos años se recrudecía las relaciones exteriores de Paraguay para con sus vecinos todo por cuestiones de límites, problemas que no llegaban a un feliz término y como se aproximaba el fin de su mandato de tres años, Don Carlos dispuso la convocatoria a un Congreso General Extraordinario en el año 1856, con el propósito de reformar la Constitución de 1844, de tal manera a que en pliego reservado se le otorgara a su persona la potestad de designar quien sería su reemplazante en los casos de impedimento o muerte del presidente, previendo así

cualquier circunstancia que pudiera ocurrirle. También se suprimió la cláusula referente a los requisitos para ser presidente, admitiéndose la candidatura desde la edad de 30 años, de esta manera abría el camino para que su hijo mayor – Francisco Solano López – ocupase la primera magistratura a su muerte.

Posteriormente y ya en sesión ordinaria el Congreso Nacional volvió a reunirse el 14 de marzo de 1857 para designar a Don Carlos en tu tercer periodo presidencial constitucional de 1857 a 1862, años previos a la contienda de la Guerra contra la Triple Alianza.

## **2. Segundo periodo constitucional: 25 de noviembre de 1870 al 10 de julio de 1940.**

Las graves cuestiones de límites de Paraguay con sus vecinos quedaron irresolutas, situación que llevó a la guerra del Paraguay contra los aliados: la Confederación Argentina, el imperio del Brasil y la República Oriental del Uruguay. Francisco Solano López quien había quedado al mando de la primera magistratura mediante pliego testamentario a la muerte de su padre que lo nominaba a la Vice Presidencia, pero que luego el Congreso reunido el 16 de octubre de 1862 lo eligió presidente; tuvo que enfrentar la guerra durante un lustro, la que una vez terminada en Cerro Corá cuando Francisco Solano López (el Mariscal López) sucumbió el 1° de marzo de 1870 a orillas del río Aquidabán, se procedió a la reconstrucción de la república.

La Guerra contra la Triple alianza devastó al Paraguay, y del Estado floreciente que tuvo su génesis en la época de los López apenas quedaron ruinas y pocos sobrevivientes. Pero antes mismo de la muerte del Mariscal López, los gobiernos aliados constituyeron un gobierno provisorio en la República del Paraguay, el 15 de agosto de 1869,<sup>48</sup> siendo una de sus primeras medidas la de declarar a López fuera de la ley “y para siempre arrojado del suelo paraguayo,

---

<sup>48</sup> Este gobierno provisorio, denominado triunvirato, fue integrado por Cirilo Antonio Rivarola, Carlos Loizaga y José Díaz de Bedoya, y fue fruto de una elección pública en el que intervinieron 129 ciudadanos (Mendonca y Mendonca 2011). Cirilo Antonio Rivarola era un viejo opositor al Mariscal López pero que peleó a favor del Paraguay en la Guerra hasta que cayó prisionero en mayo de 1869 en manos del imperio brasileño, y fue encumbrado por José María Da Silva Paranhos, por sus tendencias a favor del imperio. Más tarde, lo conocieron a Rivarola como “el amigo del Brasil”. Carlos Loizaga, también opositor desde tiempos de Carlos Antonio López, fue uno de los promotores de la Asociación Paraguaya, luego Legión Paraguaya, entidad que presidió prácticamente en todas las reuniones. Era un argentinista convencido, al extremo de haber solicitado formalmente a la Argentina que anexe por la fuerza al Paraguay en 1851. En tanto, José Díaz de Bedoya era un comerciante cuasi analfabeto encumbrado por sus lazos particulares con Loizaga, y pasó a la memoria de los paraguayos como “*Pepe Candelerero*”, quien llevaba joyas y utensilios de iglesias para aumentar las arcas del Estado pero que finalmente el producto de la comercialización fue a engrosar su patrimonio y no la del Estado (Chamorro 2020).

como asesino de su patria y enemigo del género humano”. Emergió un nuevo régimen político y jurídico dada la necesidad de organizar las instituciones,<sup>49</sup> para lo cual se convocó a una Convención Nacional Constituyente que inauguró sus deliberaciones el 15 de agosto de 1870, y se encomendó la escritura del nuevo proyecto de constitución a una comisión que estaría conformada por Facundo Machaín, paraguayo egresado de la universidad de Santiago de Chile; Juan José Decoud y Salvador Jovellanos integrantes de la legión paraguaya del ejército argentino que estaba en contra de López,<sup>50</sup> Juan Silvano Godoy, educado en Santa Fe Argentina, y Miguel Palacios, becario que estudió en París (Cardozo 1985, 292). La Convención Nacional Constituyente se instaló en el Cabildo con 41 convencionales, liderada por el presidente provisorio de la Convención, Federico Guillermo Báez (ex oficial de la Legión Paraguaya), encabezó los actos protocolares y dirigió las deliberaciones de aquella primera sesión. La Convención celebró en total 81 sesiones, desde ese 15 de agosto de 1870 hasta el 10 de diciembre de 1870 (Chamorro 2020).

Las deliberaciones se presentaron difíciles en la Convención por el enfrentamiento entre las dos facciones antagónicas dejadas como consecuencia de la guerra, y que excedió los límites de la propia Convención, extendiéndose al resto de la sociedad. A lo cual se agrega la presencia de las fuerzas de ocupación y la fuerte presión diplomática de Argentina y Brasil (Chamorro 2020). Señala Centurión que la influencia de Argentina fue muy fuerte en esta etapa del derecho paraguayo y se insinúa en el manifiesto que el gobierno provisorio lanzó el 10 de setiembre de 1869, en el cual se proclaman, sin mencionar la fuente, los principios básicos del derecho público

---

<sup>49</sup> Este nuevo régimen político, además de tener el rasgo característico de haber sido impuesto por los gobiernos aliados, tiene la particularidad de que contribuyó al nacimiento de los partidos políticos en el Paraguay y que serán claves en la formación política y jurídica de los años venideros del Estado paraguayo. El nacimiento de los partidos políticos tradicionales señala Chamorro que, estuvo rodeado de intrigas, golpes de estado, revoluciones, traiciones y una cadena interminable de víctimas y verdugos que se sucedieron desde 1869 hasta 1887, año de fundación del Centro Democrático (hoy Partido Liberal) y la Asociación Nacional Republicana (Partido Colorado) (Chamorro 2020)

<sup>50</sup> Fue denominada la legión paraguaya a un grupo de paraguayos exiliados en Argentina al inicio de la guerra contra la Triple Alianza. En principio se formaron como una Asociación paraguaya que pretendía llevar una revolución en contra de su propio país, el Paraguay, por un grupo de hombres que venían gestando un movimiento en contra de los gobiernos de los López. La Asociación paraguaya estaba establecida en Buenos Aires, y solicitó al gobierno argentino, siendo su presidente el General Bartolomé Mitre para que sean reconocidos como “Legión Paraguaya”. Mitre otorgó el reconocimiento solicitado y la Legión Paraguaya quedó conformada, siendo sus comandantes Fernando Iturburu y Juan Francisco Decoud, los grados de Coronel y Teniente Coronel respectivamente. La Legión Paraguaya si bien constituyó un fracaso como brazo armado argentino pues se alió al ejército y combatió en la guerra contra sus propios compatriotas, sí tuvo un protagonismo crucial al concluir la guerra porque sus principales referentes – entre ellos José Segundo Decoud, hijo de Juan Francisco - tuvieron preponderancia en la “reconstrucción política” del Paraguay (Chamorro 2020).

argentino referentes a la soberanía popular, a las libertades privadas y públicas y a la propiedad. “Se hacía en él un llamamiento a todos los hombres del mundo, que quieran residir en el país, comerciar, ejercer su industria, su culto y sus artes libremente. Era un anticipo de lo que había de consagrarse más tarde en la Constitución del 70 modelada sobre la Constitución Argentina de 1853” (Centurión 2011, 149). Juan José Soler hace una crítica al respecto que conviene recordar, al decir de la existencia de un clima propicio para un trasiego jurídico de mucha envergadura, pues la Constitución de Paraguay sancionada fue en sus textos fundamentales una copia de la Constitución Argentina de 1853-1856, las cuales no encarnaban los principios de justicia social que imperaban en la época y que tenía el inmenso mérito de haber sido para los pueblos de América el insuperado catecismo de libertad que les sirvió de guía en su aprendizaje de la democracia (Centurión 2011, 150-151).

El 25 de noviembre de 1870 se procedió a la jura de la nueva constitución, conocida como la *Constitución de 1870*, en presencia de los ejércitos de la alianza. En su artículo 1 estableció que “El Paraguay es y será siempre libre e independiente; se constituye en república una e indivisible y adopta para su gobierno la forma democrática y representativa”. Por primera vez se incorporaba al texto constitucional una forma republicana de gobierno, una democracia representativa con la adopción de las grandes ideas liberales. A ella le debemos el ideario constitucional paraguayo de la república propiamente dicha y del liberalismo, bajo cuyas reglas vivirá el Estado durante varias décadas (Mendonca y Mendonca 2011). La nueva carta magna contenía ciento dieciocho artículos se reconocía el principio de la soberanía popular que proviene esencialmente del pueblo y delegaba su ejercicio a las autoridades, organizándose el gobierno conforme a un sistema de separación de poderes, y la incorporación del ciudadano como sujeto con derechos y obligaciones, con la institución del sufragio y la incorporación de las libertades civiles. Si bien, este sufragio no era universal porque no se reconocía ni a las mujeres ni a los indígenas el derecho a voto; en efecto, el derecho a voto de las mujeres fue reconocido recién en el año 1961, casi cien años después.

En la organización de poderes basado en el principio de división, se estableció a un poder ejecutivo que no podrá obtener jamás las facultades extraordinarias ni la suma del poder público, por lo que el poder legislativo tampoco podrá otorgarle misiones o supremacías respecto de la vida, el honor y la propiedad de sus habitantes para que queden subordinados a persona alguna o



gobierno. La dictadura fue considerada nula e inadmisibles en la República del Paraguay. Así también, se impugna un Estado de Derecho entendida como el sometimiento de todos a la ley incluyendo a las autoridades, quienes en ningún caso tienen la potestad de ejercer atribuciones fuera de su jurisdicción, con lo cual cada poder del estado, cada institución de gobierno debía ser respetuoso de sus atribuciones y no interferir en las de los demás, porque si así ocurriera serán responsables en forma individual de las faltas y los delitos cometidos.

El poder ejecutivo estaba desempeñado por un presidente, quien debía reunir los siguientes requisitos: ser ciudadano natural (es decir, paraguayo natural) y contar más de 30 años. El mismo deberá ser elegido mediante sufragio indirecto. El sistema de voto en aquel entonces consistía en la presencia de distritos electorales, que debían nombrar por votación directa una junta de electores igual al cuádruplo de representantes tanto de diputados y senadores que se enviaba al Congreso de la misma manera en que se prescribe para la elección de diputados. Tenía una duración de cuatro años en sus funciones y no podía ser reelecto en ningún caso, sino con dos periodos de intervalo. Se creó la figura del vicepresidente, como sustituto legal del presidente y a su vez ejercía la presidencia del senado, con voz, pero sin voto salvo caso de empate. En cuanto a las atribuciones resalta la de nombrar a los jueces del superior tribunal con acuerdo del senado. La Constitución del 70 incorpora un sistema de selección de jueces del máximo tribunal en el que conjugan los poderes políticos. Otro punto interesante es que el poder ejecutivo carece de toda facultad o atribución que no fuera delegada por la constitución, lo cual no deja de ser importante para un equilibrio de poderes, pero, sin embargo, en la norma del artículo 103, otorga legitimidad real al congreso cuando afirma que es la institución con representación soberana del pueblo, y se le otorga la dilucidación de alguna cuestión que pueda surgir respecto del equilibrio entre poderes. Así, el congreso es el que contaba con mayor poder.

El poder legislativo estaba compuesto por dos cámaras: una de diputados y otra de senadores. La primera con 26 miembros y la segunda con 13 miembros, pero considerando que la nación se estaba reconstruyendo, la constitución estableció que se realice para la elección de senadores un censo general y ordenarse conforme ello la cantidad de congresistas. Los miembros de ambas legislaturas eran elegidos proporcionalmente en elecciones parciales y por sufragio directo. La duración del periodo de los diputados era de cuatro años, pero la cámara se renovaba por mitad cada bienio, en tanto que los senadores seis años, con posibilidad de reelección, se

renovaba por terceras partes cada dos años tomándose la decisión al azar de aquellos que debían salir en el primero y segundo bienio. Una de las funciones especificadas de la cámara de diputados fue la de acusar al presidente y a los miembros del superior tribunal de justicia por mal desempeño en sus funciones, y al senado la atribución de juzgar en juicio público a los acusados por la cámara de diputados; este constituye el primer antecedente del juicio político que aun cuando no fuera denominado de esa manera contiene las características de éste. Fue el mecanismo de control entre poderes instalado por la ley fundamental.

El poder judicial se hallaba compuesto por un Superior Tribunal de Justicia, integrado por tres miembros y de los demás juzgados que se establecieran en la ley. Los miembros del poder judicial— como hemos dicho — eran nombrados por el poder ejecutivo con acuerdo del senado en el caso de los magistrados del tribunal superior, y del acuerdo de éste para los jueces inferiores, por periodos de cuatro años y podían ser reelectos. Para ser juez sólo se requería ser ciudadano paraguayo, tener 25 años de edad y ser de ilustración regular, no precisaba ser versado en materia legislativa o formado en derecho. Al poder judicial se le reconoció competencia exclusiva en actos de carácter contencioso, y la obligación de fundar sus sentencias en la constitución y en la ley.

**Tabla 2. Organización del Poder Judicial**

<b>Grado</b>	<b>Instancia</b>	<b>Integrantes</b>
1°	Superior Tribunal	Presidente: Dr. Alejandro Audibert Miembros: Sr. Don Luis Burone y Sr. Don Domingo Ortiz
2°	Fiscal General del Estado	Coronel Don Crisóstomo Centurión
3°	Fiscal del Crimen	Sr. Don Mario González
4°	Jueces en lo Civil	Sr. Don Apolinario Benítez Sr. Don Ricardo Torres
5°	Juez en lo Criminal	Sr. Don Daniel Irala
6°	Juez de lo Comercial	Sr. Don Daniel Maldonado
7°	Juez Correccional	Sr. Don Matias Aquino
8°	Defensor General	Sr. Don Emilio Cabañas
9°	Jefe del Archivo	Sr. Don Silvestre Odriosola
10	Contador de hipoteca	Sr. Don Dionisio Loizaga

11	Procurador de Pobres	Sr. Don Lorenzo Livieres Sr. Don Marcelino Viveros
12	Jueces de paz	Uno en cada distrito.

Fuente: Elaboración propia a partir del Anuario Estadístico de la República del Paraguay de 1886.

La labor de la Escuela de Derecho fue un aliciente necesario para la organización del poder judicial. Con los primeros bachilleres egresados en el año 1882 del Colegio Nacional de Asunción se fundó la Escuela de Derecho cuya creación se dispuso por ley del 12 de julio, y promulgada por el presidente General Bernardino Caballero. En ella se formaron los integrantes del Superior Tribunal de Justicia. También la Fundación de la Universidad Nacional en el año 1890 en la que abrió sus puertas por primera vez una casa de altos estudios, con la inauguración de tres facultades, entre ellas la de Derecho y Ciencias Sociales, convirtiéndose en vivero de la clase dirigente del país, siendo los exponentes del derecho constitucional los doctores Félix Paiva y Manuel Domínguez (Cardozo 1985).

Los derechos y garantías tuvieron un lugar preponderante en la Constitución de 1870 porque se consagraron derechos civiles y políticos esenciales del liberalismo, como la libertad de culto, de reunión, de libre tránsito por el territorio de la República para la producción o fabricación nacional, de asociación, enseñanza y aprendizaje; derechos procesales: de ser juzgado por jurados en causas criminales, a no ser juzgado sin un juicio previo, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden de autoridad competente, ni a ser detenido por más de 24 horas sin comunicársele la causa de su detención, a la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la defensa en juicio; derecho al trabajo y el ejercicio de toda industria lícita, permanecer y transitar en la república, de publicar ideas por la prensa sin censura previa, usar y disponer de la propiedad la cual es inviolable, el derecho de todo autor o inventor sobre la propiedad exclusiva de su obra, invento o descubrimiento. Ratificó la abolición de la esclavitud, proscribió la confiscación de bienes y la pena de muerte por causas políticas.

La Constitución de 1870 fue forjada por los gobiernos aliados cuando el Paraguay quedó destrozado tanto en población como en infraestructura luego de la cruenta guerra que le cupo enfrentar. Según el anuario estadístico de la República del Paraguay elaborado en el año 1886, la población paraguaya que contaba con 1.300.000 habitantes, luego de concluida la guerra quedó con 231.000, de los cuales se contaba con 31.296 extranjeros. De acuerdo con el censo levantado en el año 1886 ha establecido oficialmente la población absoluta a 239.774 habitantes, de los

cuales 100.262 eran hombres y 139.512 eran mujeres, siendo la edad media de 24 años (Anuario 1886, 42).

A pesar de todo, esta ley fundamental tiene mucho valor dentro de la historia del constitucionalismo paraguayo porque forjó las ideas liberales y republicanas de la época, y debemos reconocerla como tal en su contexto. No obstante, también adoleció de muchas debilidades como lo señala el profesor Teodosio González en su libro “Infortunios del Paraguay”, publicada en el año 1931 (52-60): *“En sesenta años de vigencia de la Constitución Nacional, no ha habido gobierno que haya podido gobernar sin violarla. Debe, pues, indiscutiblemente, adolecer ella de defectos, que, por sobra o por falta, por atraso o por adelanto, incompatibles con nuestra idiosincrasia, la hacen ineficaz: la experiencia nunca engaña”*. Algunas falencias señaladas por autor por ejemplo refieren a algunas faltas en cuanto a declaraciones que aseguren mayor respeto por la libertad electoral y el resultado de las elecciones, declaraciones que sirvan de base para una buena ley de contraloría y contabilidad pública, la fijación de un límite al que puedan llegar los impuestos y tasas, la carencia de bases fijas y claras respecto de la independencia de los altos poderes del Estado y la prelación de sus resoluciones en el caso de una oposición irreductible entre los fallos de uno u otro poder. La historia enseña que la falta de esa disposición constitucional ha dado lugar a enfrentamientos entre un poder contra el otro, el congreso contra el poder ejecutivo y viceversa (Centurión 2011, 158-159).

La historia del constitucionalismo no puede sustraerse de los embates políticos de la época y de las concepciones de democracia sostenidas por sus gobernantes, más allá del cuerpo normativo fundamental que se acoge. Señala Arce Fariña que en las décadas del 20 y del 30 del siglo XX hubo una crisis del liberalismo paraguayo, el partido gobernante desde el año 1904 era el Partido Liberal, que no pudo lograr la estabilidad deseada habiendo ya concluido el primer cuarto del siglo XX. Existieron profundas divisiones internas y una crisis social y política que sumía al Paraguay a un atraso sin proporciones. A pesar del surgimiento del “modestismo”, representado por los seguidos del senador Modesto Guggiari, corriente que defendía una tesis de reivindicación social y popular, mediante posiciones fulgurantes que encendían los debates parlamentarios, era poco o nada lo que se hacía en favor de una sociedad que aclamaba por una justicia social. Se cuestionaba al viejo liberalismo individualista acusándolo de fomentar la

esclavitud del hombre y no garantizar los aspectos integrales de la democracia. Se hacía patente la necesidad de una revolución para evitar que el Partido liberal quede en el conservadurismo. Pero, por otro lado, el liberalismo juvenil incubaba el germen de las contradicciones ideológicas del viejo Partido Liberal, tiempo en que la crisis económica y social, la caducidad de las normas clásicas “*dejar hacer, dejar pasar*” mantenía en vilo a la ciudadanía, siendo imperiosa la necesidad de cambiar de rumbo.<sup>51</sup> La utopía de la democracia burguesa de conseguir la felicidad de los hombres a través de los procesos económicos orientados desde la iniciativa privada y la ausencia total del Estado no era válida para la conquista de un orden social justo. En efecto, “En nuestro país, el respeto excesivo a los llamados derechos individuales ha sido de perniciosas consecuencias. El principio de la propiedad elevada a la categoría de dogma ha hecho posible la aparición del latifundio expoliador en un país donde el 70 por ciento de su superficie era del Estado, vale decir del pueblo. El principio de libertad individual ha llevado paradójicamente a la esclavitud de millones de compatriotas [...]” (Arce Farina 2013, 16).

Por supuesto, todos los del oficialismo y los del alto mando del ejército prefirieron mantener el *status quo*, lo que intensificó el descontento popular. Para ese momento, Paraguay, estaba en puertas de una nueva guerra, esta vez por el suelo chaqueño con su vecino Bolivia. El sector juvenil hervía de patriotismo, siendo el mes de octubre un mes clave de movilizaciones y motines por considerar que el presidente ejercido, José Patricio Guggiari, era uno más de la larga lista de presidentes liberales indiferentes en la cuestión del Chaco. Fue así como octubre se tiñó de sangre, un 22 de octubre de 1931, fecha trágica en los anales de la historia paraguaya, cuando los estudiantes del Colegio Nacional de la Capital hicieron una convocatoria para insistir al gobierno para que asuma una decisión final respecto de la soberanía. Una manifestación en frente a la residencia del presidente Guggiari para repudiarlo, y otra al domicilio del Coronel Rafael Franco para llevarle muestras de apoyo y solidaridad. Los jóvenes fueron reprimidos con dureza el 23 de octubre luego de que acompañados de referentes políticos y de líderes gremiales

---

<sup>51</sup> En el periódico EL LIBERAL, del 17 de noviembre de 1931, se publicó un documento denominado “Declaraciones de Principios de un grupo de jóvenes liberales, en donde se puede observar una posición política opuesta a la conservadora: “[...]el Partido Liberal debe convertirse en una fuerza que se proponga resolver por medios legítimos los problemas sociales y económicos de la hora, con un criterio de justicia y humanidad [...]el problema agrario debe merecer la preferente atención del Partido [...] No es posible que el Paraguay continúe siendo el país de los hombres sin tierra y de las tierras sin hombres; el Partido Liberal debe hacer que la riqueza económica sea socialmente amparada, sin que nadie tenga derecho al monopolio de una riqueza necesaria” (Arce Farina 2013, 17)

enfilaron rumbo al palacio de gobierno; la guardia del palacio desplegó las bocas de metralla con la orden de ¡fuego! cuyo resultado fue la muerte de once jóvenes y decenas de heridos. Como consecuencia el presidente Guggiari se sometió a un burdo montaje oficialista de juicio político ya que el pleno de la oposición había renunciado a su bancada en solidaridad con pueblo paraguayo (Arce Farina 2013).

### **3. Tercer periodo constitucional: desde el 10 de julio de 1940 al 25 de agosto de 1967.**

La historia paraguaya nuevamente está marcada por otra contienda bélica, esta vez la Guerra del Chaco ocurrida con su vecino Bolivia entre 1935 a 1935, situación que se caracterizó por una inestabilidad política pues luego de su conclusión la dirigencia política en vez de concertar esfuerzos, se enfocaron más bien al problema de la sucesión presidencial en vista de que el periodo presidencial del Dr. Eusebio Ayala estaba finalizando, fecha prevista para el 15 de agosto de 1936. Así surgieron corrientes a favor y en contra de una reforma del texto constitucional que hiciera posible la reelección presidencial de Eusebio Ayala,<sup>52</sup> lo que ocasionó cierto malestar político y una conspiración para un golpe de Estado. En ese sentido, Paraguay se caracterizó por sucesivos golpes de Estado, siendo la forma corriente de asunción al poder. Al mismo tiempo, nos recuerda Arce Farina (2013) que la situación económica era catastrófica, lo que se constituyó en un caldo de cultivo para levantamientos populares. La suba de precios que promovía reclamos salariales en toda el área laboral, huelgas por demandas salariales paralizaron el transporte tranviario y la distribución de diarios en la capital, en el sector rural la pobreza se había intensificaba, un déficit fiscal en aumento, la suba de precios de bienes importados que hacía la suba continuada del cambio, y con un nivel de salario más bajo de la región.

Los conflictos entre poderes también se recrudecieron, especialmente entre el poder ejecutivo y el poder legislativo. Un hecho concreto que significó el punto de ruptura tuvo que ver con la sanción de una ley que reguló las tarifas vigentes para la Compañía Argentina de luz y

---

<sup>52</sup> En la madrugada del lunes 17 de febrero de 1936, integrantes de la oficialidad joven del Ejército nacional, se desplazaron a la Capital, Asunción, mediante la utilización del ferrocarril y camiones pesados ocuparon la plaza uruguaya en tanto que el presidente Dr. Eusebio Ayala al tomar conocimiento de este movimiento huyó de su domicilio y se refugió en el cuartel de la Policía, tratando de ejercer resistencia. El presidente se mantuvo firme aun ante la visita de dos parlamentarios quienes pidieron su dimisión. La Policía fue totalmente sitiada al punto de rendirse a las 22:00 horas, hasta que se produjo la renuncia del presidente, mientras se aprestaba en volver el Coronel Rafael Franco, quien se encontraba exiliado en Buenos Aires (Arce Farina 2013).

tracción, imponiendo onerosas multas por su incumplimiento. El presidente Eusebio Ayala vetó esta ley, diciendo que la decisión no era competencia del congreso sino de los tribunales. El legislativo respondió con la anulación del veto presidencial y postergó otras leyes de interés social presentadas por el ejecutivo. Esta falta de gobernabilidad o de apoyo del legislativo hacia el ejecutivo provocó tensiones en el gobierno de Eusebio Ayala, quien ya tenía la paciencia bastante gastada, puso a disposición su renuncia a los directores del Partido Liberal si los miembros del legislativo no le brindaban el apoyo necesario (Arce Farina 2013).

De hecho la ingobernabilidad continuó y con la revolución de 1936,<sup>53</sup> que supuso la dimisión de Eusebio Ayala, y el golpe de Estado gestado por militares y políticos en el año 1936.<sup>54</sup> En un principio, con el “Acta de designación del Señor Presidente Provisional Coronel don Rafael Franco”, emitida por “*Nosotros los Jefes y Oficiales del Ejército y la Marina, Ejército Liberador*”, reunidos en una Junta General para deliberar sobre las medidas de emergencia, acordaron mediante este manifiesto plebiscitario, en su art. 3° “La Carta Constitucional de 1870 será observada en su espíritu y preceptos fundamentales considerándose las circunstancias del momento histórico”. Se estructuraba un nuevo Estado paraguayo. Ante la comunidad internacional, específicamente en respuesta al despacho de la *United Press*, el presidente provisional sentó las bases de este nuevo Estado. En una publicación de la imprenta nacional del año 1941 se puede analizar algunas de ellas, especialmente llama la atención el

---

<sup>53</sup> Señala Caballero Campos que en la Revolución de 1936 se comprende el contexto político del Paraguay durante el largo periodo de gobierno de los liberales que había iniciado desde el año 1870 y al mismo tiempo permite identificar a las fuerzas políticas con posturas críticas al modelo político instaurado por el sistema liberal. Se destaca además la importante influencia de la ideología nacionalista en las acciones del gobierno del Coronel Rafael Franco que explica de cierta manera distintas concepciones de modelo de democracia instauradas en la república (Arce Farina 2013).

<sup>54</sup> Sobre la Revolución de Febrero y sus causas, el economista Arturo Rahí, señaló como posibles: “1) el Estado de semiesclavitud imperante en la explotación de los montes y los yerbales, el obrero vivía reducido al nivel animal, sin derechos, 2) la grosera explotación de la masa de obreros en los centros industriales del norte del país, a cargo de empresas de capital inglés pero dirigida por argentinos, 3) la práctica inexistente de una economía monetaria para la mayor parte de la población, que se devolvía con bonos o vales que les daban derecho a comprar solamente en el negocio del patrón, precios abusivos; 4) el acaparamiento de tierras laborables en un par de cientos de familias adineradas, 5) la carencia de derechos mínimos para que el trabajador pudiera realizar sus labores en un número razonable de horas diarias, fijándose por el propio empleador en doce y catorce horas; 6) el derecho para el trabajador de gozar un salario razonable para vivir y mantener a su familia, para no depender de la oferta y demanda de mano de obra que siempre favorecía a la patronal; 7) la carencia total de un sistema nacional de salud que atendiera a la población, no existía un Ministerio de Salud; 8) solamente Asunción contaba con colegios que daban la enseñanza necesaria para el ingreso a la universidad, y Paraguay tenía una sola e incompleta universidad; 9) pocos pueblos del interior tenían escuelas primarias y los que tenían, con ser mediocres, funcionaban en locales totalmente inapropiados; 10) el abuso en el precio pagado a los productores agropecuarios, manejado por un par de inescrupulosos acopiadores (Arce Farina 2013, 33-34).

punto “4” cuando expresa que: “El Paraguay es una democracia natural cuya estabilidad económica, espiritual y moral reposan esencialmente sobre la gran masa campesina y obrera. La nueva Constitución respetará en primer término estas realidades y les dará la forma política adecuada (...)”. Hace alusión a una democracia natural en el sentido de que se restablecerán los tiempos de plena libertad constitucional y los principios democráticos. De hecho, observamos que se dictaron varios decretos durante la presidencia provisional en materia de derechos laborales por ejemplo, se estableció la libertad sindical, del trabajo, la jornada de 8 horas por día o 48 horas en la semana, un descanso semanal los días domingos, derecho a un salario justo, a la asistencia sanitaria, a indemnizaciones en caso de accidentes laborales, la reglamentación del trabajo de mujeres y menores de edad, se prohibió el trabajo nocturno de los niños, asistencia a la maternidad, organización de cooperativas, entre otras. En educación hubo un giro de 180 grados en cuando a la enseñanza de la historia, porque se reivindicaron las figuras del Dr. Francia y los López, que habían sido acusados durante épocas anteriores de coartar severamente las libertades humanas, pasando ahora a ser investidos como héroes de la nación. En materia de salud se creó el Ministerio de Salud Pública para promover la salud en general y la asistencia médica a la población (Arce Farina 2013).

Sin embargo, lo que sucedió en realidad fue que - posteriormente - ya en ejercicio de la presidencia, el Coronel Rafael Franco – un mes después - promulgó un decreto de índole fascista, el N° 152 de fecha 10 de marzo de 1936 mediante el cual se identificaba a la Revolución Liberadora con el Estado de la República del Paraguay, se suprimieron los derechos y las libertades de naturaleza política, prohibiéndose cualquier actividad que tenga ese carácter por el término de un año. De esta manera la nueva organización política del Paraguay presentaba los mismos rasgos característicos de gobiernos totalitarios de algunos países europeos presentes durante ese tiempo.

Hubo un retroceso con la importante presencia en el escenario político del país del militarismo que se sentía con poder suficiente para sustituir a los partidos políticos, dado en parte por la coincidencia del auge del nacional socialismo y el fascismo en Europa, América Latina y también Paraguay. Se impuso en la presidencia al coronel Rafael Franco,<sup>55</sup> quien comenzó a

---

<sup>55</sup> La revolución tardó en apagarse un poco más de un año. El coronel Rafael Franco careció de una estrategia suficiente para consolidar su proyecto político porque erróneamente decidió prescindir de las fuerzas armadas y del Partido Nacional Republicano, quienes podrían haber hecho posible la gobernabilidad. Así también, incurrió en una



legislar en todas las áreas y restringió derechos como por ejemplo la actividad sindical y política, lo que provocó descontentos en la población y fue creándose una atmósfera opresiva, incluso al interior mismo del gobierno hubo descontentos y provocó que los militares nuevamente realicen otro golpe militar el 13 de agosto de 1937, el Coronel Rafael Franco renunció a fin de evitar derramamiento de sangre y fue designado nuevo presidente un miembro del liberalismo, el Dr. Félix Paiva. Éste, afamado doctor en derecho asumió la presidencia, pero ostentó los tres poderes del Estado durante los dos años que duró en el gobierno. Se restableció a los legisladores en sus funciones y se dispuso nuevamente la restitución de la vigencia plena de la Constitución de 1870 (Mendonca y Mendonca 2011).

En ese ínterin surge la figura del “caudillo” José Félix Estigarribia, quien estuvo al mando del ejército paraguayo durante la contienda bélica del Chaco. Tuvo un protagonismo sin igual porque se lo consideraba el héroe de la guerra. Fue así como, en las elecciones presidenciales del año 1939, asume la presidencia de la República el 15 de agosto de 1939, coincidente con el inicio de la segunda guerra mundial. En representación del Partido Liberal, que retomaba así nuevamente el gobierno luego de haber sucumbido el liberalismo en la revolución de 1936. Su gobierno dio inicio a un proceso de cooperación económica los Estados Unidos de América, a través de la realización de varios préstamos, dinero con el que se desarrollaron muchas obras públicas como por ejemplo la construcción de la ruta II, carretera que dirige a la frontera con el vecino país Brasil, y además otra que años posteriores uniría a Asunción con la ciudad de Villarrica, departamento del Guairá. En un clima no menos inestable, caracterizada por una prensa opositora al gobierno, y apoyada por líderes estudiantiles y obreros, por medio de publicaciones en el periódico “El tiempo”, desataron una campaña contra el presidente, a raíz de cual éste dispuso mediante decreto la intervención de la enseñanza secundaria y comercial. El gobierno estuvo caracterizado por medidas y actitudes particulares incluso totalitarias de parte del ejecutivo, bajo la influencia de algunos miembros de su gabinete, muy cercanos al fascismo-cooperativista de la Europa de ese tiempo. Un hecho histórico ocurrido el 16 de febrero de 1940 fue cuando los miembros del congreso nacional habían presentado renuncia masiva porque se encontraban en un momento de inestabilidad política en

---

serie de errores que motivaron su alejamiento abrupto del poder y permitió el retorno del Partido Liberal. Esta situación no pudo sobrellevar y provocó posteriormente en la instalación del Partido Militar y su llanura política de casi setenta años (Arce Farina 2013, 13).

todo el país y especialmente en el interior de las fuerzas armadas, quienes congeniaban con la política del Eje - Berlín, Roma, Tokio- y exigían la imposición de medidas coercitivas al tiempo de solicitar la reforma de la Constitución de 1870.

En ocasión a la dimisión de los miembros del congreso, el General Estigarribia dio a conocer una proclama. En ella, asumió todos los poderes del Estado, derogó la Constitución de 1870 y dispuso una tregua política, consistente en la suspensión de las actividades públicas de los partidos políticos, fundamentando su proclama en que había que vencer a la anarquía que amenazaba disolver los lazos sociales y los frutos de la victoria que tanto había costado en la epopeya del Chaco. A pesar de que había puesto todas sus energías en la restauración de la Constitución de 1870, y luego de seis meses de penosos esfuerzos para llegar al ideal constitucional, confesaba con hondo pesar que la inestabilidad política en vez de detenerse se había convertido en la amenaza de una anarquía social. La Carta Magna ya no era respetada, tampoco las leyes ni la jerarquía, por lo que debían establecerse medidas salvadoras inspiradas en el más acendrado patriotismo. La constitución vigente ha cumplido su misión de formar a un ciudadano libre y consciente, pero se volvió incapaz para seguir defendiendo la paz y el porvenir, se necesitaban nuevas formas jurídicas en el marco de una nueva democracia reformadora y realista, y ya no individualista. Por esas razones, ante la dimisión colectiva del parlamento, ha resuelto asumir la responsabilidad total del poder político.

Se encargó la redacción de un nuevo estatuto político a juristas eminentes de la época.<sup>56</sup> La nueva constitución fue promulgada por el Decreto ley N° 2242, de fecha 10 de julio de 1940, por lo que no se produjo una convocatoria a una convención nacional constituyente sino que la nueva constitución fue promulgada por decreto del poder ejecutivo, del General José Félix Estigarribia, presidente en ejercicio, y sometida a plebiscito el 4 de agosto, siendo jurada el 15 de agosto de ese mismo año (Centurión 2011).<sup>57</sup> Por tal razón, en la doctrina constitucional no podemos hablar de que este documento fundamental sea realmente una constitución en términos estrictos. Fue más bien una carta política totalitaria que irrumpe en el proceso del

---

<sup>56</sup> A los doctores Cecilio Báez y Emilio Saguier Aceval, pero terminaron por elaborarlo los doctores Justo Pastor Benítez y Pablo Max Insfrán (Boccia *et al* 2012).

<sup>57</sup> En términos jurídicos, la Carta Política tiene claramente establecida quienes son sus padres. Fueron sus firmantes: El presidente José Félix Estigarribia y los ministros: Alejandro Marín Iglesias, Eduardo Torreani Viera, Tomás A. Salomoni, Justo Pastor Benítez, Salvador Villagra Maffiodo, Francisco Escúlies, Pablo Máx Insfrán, Higinio Morínigo M. y Ricardo Odriozola, quienes fueron los “convencionales” de la Carta Política de 1940 (Camacho 1990).

constitucionalismo paraguayo e impuesto al pueblo por el soberano, entendido “soberano” como la persona del presidente de la República del Paraguay, quien no respetó el procedimiento instituido por la Constitución de 1870 para su reforma, sino que la hizo por simple decreto (Mendonca y Mendonca 2011).

Esta nueva carta magna otorgaba poderes extraordinarios al presidente de la república, como la facultad de disolver el parlamento, dictar decretos-leyes, crear un consejo de Estado que se constituyó en una especie de organismo corporativo senatorial para asesorar al ejecutivo; se estableció el poder de declarar el Estado de Sitio, parcial o totalmente, ante cualquier amenaza de conflicto nacional o internacional. El congreso se transformó en unicameral con el nombre de cámara de representantes. Se prohibió la interpelación a los ministros y el juicio político al presidente. La figura del vicepresidente fue eliminada, el período presidencial aumentó a cinco años con posibilidad de una reelección. Bien lo señala Emilio Camacho que de esta manera importantes pilares del tradicional Estado liberal se resienten en forma irreversible, pues el poder del legislativo fue mermado al mismo tiempo que fue potenciado el ejecutivo. Se eliminó el juicio político con lo cual el legislativo tenía las manos atadas para sancionar y controlar efectivamente al presidente (Camacho 1990).

Uno de los ejes principales de la estructura constitucional era la organización de un Estado fuerte, aunque conservando las características de un régimen democrático, no se trata de crear un sistema dictatorial totalitario, ni atentar contra los principios democráticos ni suprimir los derechos individuales y políticos. Lo que se pretendía era fortalecer el poder ejecutivo, se buscaba un poder ejecutivo fuerte pero no despótico, ampliar sus funciones fijándose normas para evitar la arbitrariedad y el abuso. El sistema de gobierno era presidencial, basado en el modelo norteamericano, sin embargo, fue reforzado y podría decirse que se trató de un híper presidencialismo (Lezcano Claude 2012).

El poder judicial – ejercido por una Corte Suprema de Justicia – dependía de manera categórica del ejecutivo, pues la nominación de sus miembros quedaba a cargo del presidente y del consejo de Estado, mientras que el nombramiento de los demás magistrados del poder judicial se hacía a través del poder ejecutivo con acuerdo de la Corte Suprema de Justicia. Se excluía totalmente a la cámara de representantes en el proceso de designación de magistrados de la alta corte. Convirtió al consejo de Estado en un tribunal de juzgamiento de los magistrados de

la Corte Suprema de Justicia, y le creó a ésta la obligación de presentar anualmente una memoria al presidente de la república. En cuanto a las funciones de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, duraban cinco años, pero la legislación establecía las condiciones y requisitos para la inamovilidad de los magistrados judiciales. Los miembros de la corte podían ser removidos por juicio político de la cámara de representantes ante el consejo de Estado, por mal desempeño de sus funciones y por constituir peligro para la recata administración de justicia. En tanto que los miembros del tribunal de cuentas y los magistrados de los tribunales y juzgados inferiores podían ser enjuiciados por la Corte Suprema por prevaricato, mal desempeño en sus funciones y deshonestidad. A pesar de que la dependencia referida por la corte del ejecutivo, la Carta Política de 1940 estableció una garantía de independencia, en los siguientes términos:

“Art. 87: Queda garantizada la independencia del Poder judicial. Solo él puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso; su potestad es exclusiva en ellos, si bien la ley podrá constituir a las autoridades administrativas en Jueces de primera instancia para lo contencioso administrativo. En ningún caso el Presidente de la República ni los Ministros ni otros funcionarios podrán arrogarse atribuciones judiciales, ni revivir proceso fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable. Ningún Magistrado Judicial puede ser molestado por decisiones tomadas en el ejercicio de sus funciones, ni arrestado sino en caso de ser sorprendido en delito in fraganti. Cualquier queja o acusación contra ellos debe ventilarse exclusivamente ante la Corte Suprema. Los que atentaren contra la independencia de los Magistrados Judiciales, o los arrestaren, además de sufrir las penas que fije el Código Penal; quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años”

En lo que respecta a los derechos garantizados en la Carta Política de 1940, se mantenía las declaraciones, libertades y los derechos propios del liberalismo y de una democracia formal. Derechos como: libertad de ejercer el comercio, la libre navegación de los ríos, libertad de trabajo, el derecho a peticionar a las autoridades, el derecho de asociación, de culto, a la propiedad privada, a la irretroactividad de la ley, el juicio previo y el de legalidad, la inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de la correspondencia, la igualdad ante la ley, la libertad jurídica, la prohibición de tribunales especiales, los actos privados están exentos de autoridad de los magistrados, la libertad de prensa, se garantizaba la libertad del sufragio. Por supuesto este derecho al sufragio sólo estaba posibilitado a los ciudadanos varones, no así a las mujeres, a pesar de que se estableció la igualdad entre hombres y mujeres. El cuidado de la salud

de la población y la asistencia social como deber del Estado, pero no como un derecho (Lezcano Claude 2012).

Finalmente podemos advertir que, en el trasfondo, la Carta Política de 1940 estaba la inspiración de las ideas totalitarias florecientes de la época. El presidente de la república José Félix Estigarriba falleció trágicamente en un accidente de aviación el 7 de setiembre de 1940, a tan solo un mes después de haberse plebiscitado la Carta Política que sirvió adecuadamente a todos los gobiernos totalitarios que vinieron con posterioridad. Por la forma en que se ha hecho uso de ella, el Paraguay hizo una regresión hacia el autoritarismo, bajo la forma de nuevos cuños. Este documento jurídico rigió hasta el año 1967 (Mendonca y Mendonca 2011).

En un periodo de vigencia de veintisiete años, han sucedido nueve gobiernos, nueve presidentes que en su mayoría han mostrado características totalitarias. El General Higinio Morínigo que fue elegido presidente provisional en una reunión de los comandantes de las grandes unidades del ejército, a la muerte del presidente Estigarriba, jamás convocó a elecciones presidenciales sino recién para el 15 de febrero de 1943, es decir, luego de casi tres años. En ese lapso pudo consolidar su gobierno, pero restringió varios derechos, especialmente la libertad de prensa que fue oprimida y dirigida, los movimientos obreros sufrieron duras represiones cuando amenazaban con huelgas en protesta por mejores condiciones laborales. Persiguió en forma implacable al Partido Liberal, único bastión opositor a sus pretensiones, por decreto disolvió el partido y canceló su personería jurídica, además prohibió el desarrollo de actividades políticas tendientes a favorecer la subsistencia de dicho partido, con el argumento de que el sistema liberal individualista ha sido la causa principal del atraso del país. En 1943 se produjeron las elecciones en las que fue reelegido para el nuevo periodo constitucional 1943-1948.

La mención a este periodo de gobierno se debe a que su característica principal fue que implementó un régimen fascista totalitario, que siguió provocando descontentos en la población como también en el mismo seno militar. Sin embargo, ocurrió una luz de esperanza luego de un intento de golpe de Estado en junio de 1946, lo que se llamó la *“Primavera democrática”*, porque aquel acontecimiento obligó al gobierno a levantar las restricciones a los partidos políticos y muchos dirigentes de la oposición, entonces en el exilio retornaron al país. La prensa recobró sus libertades, así como la ciudadanía sus derechos de reunión. Se concertó una coalición con los colorados y febreristas (dos facciones partidarias, el primero conservador y el segundo de

luchas reivindicatorias de principios sociales),<sup>58</sup> lo que permitió la conformación de un gabinete heterogéneo, pero al mismo tiempo imposible de gobernar porque los pactos y conspiraciones entre uno y otros sectores fueron frecuentes. La división de facciones fue aprovechada nuevamente por Higinio Morínigo para desalojar a los febreristas del gobierno y en contrapartida se produjo una “coloradización” de amplios sectores de la administración pública. Tantas medidas arbitrarias reavivaron el espíritu socialista de la facción febrerista, que poco tiempo después daría pie a la guerra civil de 1947.<sup>59</sup>

La primavera democrática duró apenas seis meses y se caracterizó por ser altamente conflictiva ante la existencia de grupos políticos diversos con programas también diversos y contrapuestos. Se permitió una amplia participación política que es explicada por ser consecuencia directa de un proceso más largo de transformaciones internas ocurridas en el país, que comenzaron con la Guerra del Chaco y que dieron lugar al ingreso de varios grupos políticos. La apertura de 1946 permitió experimentar un proceso de democratización que ganaba espacio para el desarrollo de libertades políticas y económicas. Sin embargo, este proceso político se estancó debido a la falta de tino político de los sectores de la coalición, y que desembocó en un rápido reajuste del gobierno presidido por Morínigo. Gómez Florentín (2013) señala dos causas claves que provocaron la conclusión de la primavera democrática: en primer lugar, las fricciones constantes en el cogobierno que alentó a los colorados para confirmar la incapacidad de la oposición para gobernar democráticamente, y la tendencia natural a la conspiración de los liberales y comunistas; y en segundo término, que los militares retomen el poder sin la presencia de los partidos políticos o por lo menos que éstos renuncien a la vocación

---

<sup>58</sup> La breve irrupción del febrerismo en la vida política paraguaya durante la autodenominada “dictadura sin partidos” del General Morínigo, trataba del Movimiento Febrerista posteriormente denominado Partido Revolucionario Febrerista, que ya había irrumpido en la escena política en los años 1936 y 1937, durante la presidencia de Eligio Ayala. El movimiento respondía a Rafael Franco, un militar triunfante de la Guerra del Chaco (López 2020). Para una mejor comprensión, véase Scavone Yegros (2010).

<sup>59</sup> Conocida como “guerra civil” o revolución del 47, ocurrió entre marzo y agosto de 1947, y se desarrolló en varios frentes, principalmente en el norte del país, donde se encontraban la mayor parte de los sublevados. Comenzó con el asalto al cuartel de policía el 7 de marzo, cuando un grupo poco más de treinta oficiales ingresaron con ametralladoras livianas y pistolas automáticas. Las facciones pertenecían a la causa febrerista, representada por el Coronel Rafael Franco. Siguió con el levantamiento de Concepción hasta llegar a la capital Asunción en el mes de abril, en donde se destapó una ola represiva, múltiples apresamientos arbitrarios y abusos, tras lo cual el gobierno tuvo una racha favorable hasta el mes de junio, hasta que en la Batalla de Tacuati en forma inesperada se produjo un triunfo espectacular de los revolucionarios, pero nuevamente el gobierno se posiciona hasta el final de la guerra civil mediante el plan denominado “Desprendimiento sobre Asunción”. El resultado de la guerra fue el horror seguido de violencia política en la construcción del Paraguay moderno (Gómez Florentín 2013).

democrática. Las dos causas revelan los años de estabilidad (aunque no democrática) y exclusividades posteriores de gobiernos colorados con apoyo castrense que dio lugar a un período ininterrumpido de gobiernos colorados hasta el 2008 con la elección de un obispo como presidente.

Este periodo constitucional se caracterizó por instrumentar la violencia política. Abusos, arbitrariedades, presos políticos, torturas en sus distintas formas desde la técnica de la pileta, los latigazos, la tortura psicológica y que llevaron al país a enfrentamientos internos constantes. El descontento popular que desembocó en la revolución del 47, y las consecuencias de la eliminación de cualquier intento de democratizar la tierra guaraní fueron totalmente anulados. Un Paraguay moderno que debía erigirse con políticas progresistas fue cediendo a la normalización o institucionalización de los abusos y la construcción de un Estado-Gobierno fuerte en manos de unos pocos aliados, o la trípode Gobierno-Militares-Partido Colorado que duraría más de 40 años. Se ha pasado de una dictadura sin partidos a una dictadura del partido.

La guerra civil del 47 no terminó en el 47 con el triunfo de los colorados, nos decía Fariña (2013, 15), porque “el componente principal de aquella matanza entre compatriotas fue el odio que derivó posteriormente en el maniqueísmo degradante, causa y efecto a su vez, de la brutalidad en la forma de relacionarse con quien pensara diferente. La guerra continuó en la conducción colectiva de vencedores y vencidos”. El Paraguay se dividió entre colorados y enemigos. Los enemigos eran todos los demás que no eran colorados. Ya cuando no había “no colorados” en las facciones, los colorados comenzaron a enemistarse entre ellos sobre todo en la puja por el poder.<sup>60</sup> De hecho, hubo una seguidilla de golpes internos del coloradismo en 1949, año en que se sucedieron nada menos que cuatro presidentes.<sup>61</sup> La intolerancia, producto del odio

---

<sup>60</sup> Carlos Pérez señala que el enfrentamiento se daba ya entre colorados que buscaban imponer su programa político pero que finalmente ninguno pudo llevar a la práctica a raíz de que las fricciones se daban solamente entre colorados ya que la oposición era inexistente (López 2020).

<sup>61</sup> Entre 1948 y 1949, luego de obligar a Higinio Morínigo a renunciar a su cargo por sospechar que daría un golpe que impediría el establecimiento del partido colorado en la presidencia, cinco presidentes todos de la ANR dominaron desequilibradamente la escena nacional. Juan Manuel Frutos, presidente de la Corte Suprema de Justicia del periodo anterior, logró ser nombrado presidente entre el 3 de junio y el 15 de agosto de 1948, que luego fue forzado a renunciar para la asunción del nuevo presidente “electo” que lo continuaría en el cargo, Juan Natalicio González cuyo cargo se extendió entre el 15 de agosto de 1948 y 30 de enero de 1949. En su primer año de gobierno, González tuvo que enfrentar un levantamiento que pudo sofocar, pero al año siguiente fue obligado a renunciar a la presidencia, y la Asamblea Nacional nombró al General Raimundo Rolón (Ministro de Defensa en ese entonces) y estuvo en el cargo solo los meses de enero y febrero de 1949, siendo depuesto luego por otro movimiento cívico militar colorado que impuso al candidato único, Felipe Molas López quien asumió la presidencia el 27 de febrero de ese año, aunque constitucionalmente su mandato se iniciaba en mayo y finalizaba en setiembre

estaba plenamente instalada en el país como sistema, y era impensable un país en términos democráticos. El partido colorado, que en sus años de llanura entre 1904 y 1947 luchó decididamente por la apertura democrática y por la libertad de prensa, una vez en el poder hizo lo mismo que tanto denunció. Peor aún: sistematizó la persecución al adversario, la tortura y el despotismo.<sup>62</sup> El desenlace de esta guerra inició un proceso ininterrumpido de 61 años en el poder del partido colorado, 35 de los cuales lo ejerció el General Alfredo Stroessner.

#### **4. Cuarto periodo constitucional: desde el 25 de agosto de 1967 al 20 de junio de 1992.**

Para comprender un nuevo cambio normativo constitucional, debemos remontarnos al contexto político inmediatamente anterior, y muy especialmente al año 1954, momento en que el General Alfredo Stroessner asume la presidencia de la República del Paraguay,<sup>63</sup> quien apenas tres años antes de acceder a la presidencia se afilió al coloradismo y dado que no contaba con el poder real al interior del partido, debió formarlo. En ese sentido, expone Magdalena López, que para su conformación se dieron las siguientes circunstancias:

“[...] a) exilió (o envió en tareas consulares al exterior) a los grandes líderes de la ANR Natalicio González, Federico Chávez y Méndez Fleitas – a quienes era necesario neutralizar para evitar otro levantamiento colorado-militar; b) se posicionó como cabeza de la triada esencial de gobierno (el Partido, las Fuerzas Armadas y el Estado); c) estableció un minucioso control de actividades políticas, sindicales y sociales que se estructuraban en torno a la represión, la persecución, el exilio político, la dependencia económica del Partido para poder ejercer casi cualquier trabajo y un permanente estado de sitio que se levantaba solo en los momentos de las elecciones; d) se apoyó en una

---

cuando el Partido le quitó el apoyo, y fue reemplazado por Federico Chávez, quien gobernó hasta 1954 (López 2020).

<sup>62</sup> El partido colorado se erigió en el poder entre 1886 y 1904, el partido liberal gobernó el país entre los años 1904 y 1940, la era liberal (con las interrupciones de 1912; la guerra civil entre 1922 y 1923; y una Revolución Febrerista en 1936 y 1937), entre 1940 y 1948 gobernó Morínigo quien finalizó con la guerra civil que lo alzó a las fuerzas del partido colorado, derrocando a los rebeldes comunistas, febreristas y liberales e iniciando el ciclo de gobiernos colorados. El Partido Colorado gobernó el Paraguay entre 1948 y 2008 (López 2020).

<sup>63</sup>El general Alfredo Stroessner ostentaba en ese momento el cargo por delegación del presidente, el de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Y fue el propio general quien derribó mediante golpe de estado al presidente Federico Chávez, y de esta manera pasó a ser dueño de la situación militar y política. Aunque en un primer momento no estaba en el pensamiento de las autoridades coloradas elevar a la presidencia de la república al general o sustentar una posible candidatura suya, se encargó posteriormente de quedarse durante largos 35 años, con un partido único el Partido Colorado, y también candidato único. Se convirtió en una dictadura personalista, en la que el partido colorado terminó entregándose y entregando al país a la dictadura personal y autocrática de Alfredo Stroessner (Fariña 2013).



estructura económica agro productiva, además de alentar las relaciones comerciales con el Brasil y planificar/ejecutar una de las obras más grandes del país; la Represa de Itaipú; e) sostuvo a lo largo del tiempo una fachada democrática con la que se pretendía legitimar su dictadura y mediante la cual se llamaba a elecciones periódicamente pero en condiciones antidemocráticas (con partidos proscriptos o candidatos únicos o padrones ficticios o ejerciendo persecución a la oposición, etc.); f) logró una extensión territorial del Estado que no se había logrado previamente, sobre todo con la ejecución de obras de infraestructura (que si bien no fueron suficientes, mejoraron la vida de un país extremadamente pobre y desarticulado en su geografía); g) alentó a una mayor injerencia de las seccionales coloradas en la vida de la ciudadanía en el interior del país; y h) fortaleció los lazos del Partido Colorado, y más específicamente sus lazos propios – en una construcción parteralista – con la sociedad, la cual dependía en muchas áreas de su relación con el Partido” (López 2020, 34-35).

El general Alfredo Stroessner asumió el cargo de presidente en el mes de agosto de 1954, a la edad de 41 años. En ese momento era impensable imaginar siquiera que se daba inicio al gobierno más largo de la historia política del Paraguay conocida como la “*era de Stroessner*”.<sup>64</sup> El presidente siguió con la palpable tradición autoritaria del país que hasta ese momento no había vivido en democracia, salvo la denominada “Primavera Democrática”, pero jamás de acuerdo con las reglas del principio republicano como elecciones periódicas para la representación del gobierno, o mismo al interior de los partidos políticos. La formación del Estado paraguayo es una sucesión permanente de dictaduras desde su independencia, y de periódicos golpes de estado o revoluciones. A pesar de la importancia de los partidos políticos tradicionales que ejercieron el gobierno, ninguno ha podido obtener gobernabilidad que permitiera cierta estabilidad en lo social y en lo político. La Carta Política de 1940 hubiese continuado vigente si no hubiera padecido un defecto a los fines del simulacro constitucional que se vivía, y consistía en que en su artículo 47 prescribía que el presidente de la república duraba cinco años en sus funciones y únicamente podría ser reelecto por un periodo (Mendonca y Mendonca 2011). El régimen stronista utilizó las mismas estrategias de otras dictaduras más clásicas para mantenerse en el poder, es decir, la cultura clientelar, la corrupción, un sistema represivo e intolerante a los grupos de la oposición y violación de los derechos humanos; además logró la sanción de una nueva constitución que le sirva de protección hacia eventuales acusaciones de ilegalidad y para conservar la fachada democrática del régimen dictatorial (López 2020).

---

<sup>64</sup> Sobre esta era pueden consultarse en general todas las que traten sobre historia del Paraguay, y en especial algunas obras como (Fariña 2003) (Fariña 2011) (Lewis 1986) (Vera 2012) (Roa Bastos 1984) (Abente Brun 1989) (Riquelme 1992) (Simón 1990) (Yore 1992) (Lezcano 1990) (Torrents 2012) y (González Delvalle 2015).

Los años previos a la asamblea constituyente fueron cruciales para el surgimiento de la nueva ley fundamental. Desde su asunción al poder, el general Stroessner supo manejar las conspiraciones en su contra. Se liberó de sus enemigos eliminándose mediante el exilio y contó con la colaboración de sus más cercanos y sobre todo de miembros fuertes del partido colorado. En el año 1958 terminaba su primer mandato constitucional, y ya el año anterior los miembros de la junta de gobierno del partido colorado firmaron un acta en fecha 16 de mayo de 1957, el Acta de Cerro León, documento en el cual se propuso la reelección presidencial para las elecciones previstas para febrero de 1958. En efecto, el presidente tomó con augurio ser candidato “único” del partido colorado, hecho que hubiera de ocurrir en todas las subsiguientes elecciones, asumiendo la primera magistratura de gobierno sin oposición partidaria alguna. Pero había otros motivos más importantes que requerían atención dadas las abiertas tareas de oposición de los sectores que abogaban por una democracia, el descontento con el régimen era cada vez mayor, sin embargo, el presidente se encargó de disociar cualquier intento de levantamiento utilizando una brutalidad policíaca, detenciones de dirigentes campesinos, sindicales y estudiantiles, en un estado de sitio permanente en el país. También en uso de sus atribuciones que le otorgaba la Constitución de 1940 disolvió el Congreso el 30 de mayo de 1959, en respuesta al repudio realizado por la cámara de representantes por la violencia policial. Los representantes que no habían adherido a este comunicado fueron presos o exiliados, solo quedaron 29 de los 60 diputados del congreso (Boccia *et al* 2012).

En el año 1962 el presidente se encargó de sofocar fácilmente a los “guerrilleros”, jóvenes entusiastas y rebeldes que ingresaron el país con la intención de repetir el triunfo de Castro en Cuba. Pero al mismo tiempo existía un importante apoyo del exterior, el gobierno de los Estados Unidos, que abogaba por “combatir” cualquier intento de comunismo. En 1963, año en que se celebraron nuevas elecciones, se caracterizó por dos cuestiones trascendentes: luego de varios años se presentaban más de dos candidatos para ocupar el cargo de presidente y era la primera vez que se permitía el voto a las mujeres. Stroessner salió nuevamente ganador. Para 1967 el régimen estaba consolidado, se eliminaron las facciones disidentes en el seno del coloradismo, porque todos eran estronistas, y todas aquellas personas que se oponían al régimen fueron exiliadas, detenidas o desaparecieron. Se promovió el culto al “único líder”. Había gobernabilidad porque el presidente gozaba de una mayoría parlamentaria, con lo que se gestó la

trilogía Gobierno-Fuerzas Armadas-Partido Colorado, sobre el que se edificó y se mantuvo el régimen durante largos años. Esto le permitió que en mayo de ese mismo año convocara a una convención constituyente para ratificar el nuevo documento normativo electoral que lo habilitaría para permanecer durante dos periodos más en el gobierno, cada uno de cinco años (Boccia *et al* 2012).

Mediante el Decreto N° 18.270 del 27 de mayo de 1966, el Poder Ejecutivo declaró la necesidad de la reforma de la constitución vigente: “porque el progreso del Paraguay exige el perfeccionamiento de sus instituciones para ponerlas a tono con las conquistas morales y materiales que ha venido alcanzando a través de las transformaciones económicas, sociales, científicas, políticas y jurídicas”.

Posteriormente por ley N° 1.198 del 16 de diciembre de 1966, se había autorizado al poder ejecutivo la iniciativa de la reforma, de convocar a elecciones de convencionales, con el objetivo de reformar totalmente la Carta Política de 1940. En esta ley fueron establecidas las normas para la instalación y el funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente, integrada por 120 miembros titulares y 40 miembros suplentes, de los que, de acuerdo al Estatuto Electoral y las elecciones realizadas el 7 de mayo de 1967, 80 miembros del partido colorado (Asociación Nacional Republicana-ANR) y 40 a la oposición, distribuidos así: 29 al Partido Liberal Radical (PLR), 8 al Partido Liberal (PL) y 3 al Partido Revolucionario Febrerista (PRF), evidenciándose el dominio del coloradismo. La Convención quedó instalada el martes 23 de mayo de 1967 e inauguró sus sesiones el viernes 26, a las 9 horas, con la asistencia del presidente de la república como invitado, el presidente elegido para la Convención Constituyente el arquitecto Tomás Romero Pereira, en tanto que los secretarios fueron los doctores Carlos Augusto Saldívar y Luis María Argaña. Las labores comenzaron el lunes 26 de mayo de 1967, a las 16 horas (Mendonca y Mendonca 2011).

En el acto de su inauguración, el presidente de la asamblea, arquitecto Tomás Romero Pereira, expresó en su discurso:

“Por primera vez en la historia de nuestra vida independiente y soberana se reúne la Convención Nacional Constituyente con la participación de los representantes del pueblo, postulados por todos los partidos políticos y elegidos en comicios democráticos conforme a la ley que reconoce el derecho de representación de la

minoría. La instalación de esta magna asamblea no es obra del acaso. No ha sido impuesta por las circunstancias ocasionales, ni viene precedida por las urgencias anárquicas de la anormalidad. Todo lo contrario; ella significa la culminación de un proceso deliberado. Es el fruto de condiciones permanentes y está jerarquizada por la normalidad constitucional de la República. En otras palabras, es el triunfo de la democracia [...] El Paraguay no está en 1870 ni en 1940. Los convencionales no deliberarán entre las ruinas de la nación a la sombra de injerencias extranjeras y tampoco se impondrá a los paraguayos una transferencia de la soberanía popular para que alguna voluntad individual resuelva en su nombre” (Boccia *et al* 2012, 607).

El nuevo texto constitucional fue sancionado el 25 de agosto de 1967. En ella se introdujeron importantes modificaciones con relación a la Carta del 40, entre las que se destacan: un congreso bicameral, una cámara de diputados y otra de senadores; la reelección presidencial por un periodo más; no se previó el juicio político como control de los actos del ejecutivo. El presidente tenía la facultad del veto incluso en periodo de receso parlamentario, también la atribución de promulgar decretos-leyes con acuerdo del Consejo de Estado. El poder ejecutivo podía disponer el Estado de Sitio por decreto presidencial sin la intervención del congreso. En lo que respecta al Consejo de Estado, era un organismo político integrado por los más allegados al presidente e inclusive el arzobispo de Asunción, con lo cual se evidencia la unificación de la iglesia con el Estado. Con esta constitución, el presidente tenía una marcada concentración del poder, también con potestad de nombrar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y a todos los miembros de tribunales, jueces y magistrados. La composición de la Corte Suprema de Justicia debía ser ejercida por no menos de cinco miembros, y podían ser removidos por juicio político, por acusación de la cámara de diputados y el juzgamiento de la cámara de senadores. Se mantuvo el híper presidencialismo con rasgos autoritarios ya demostrados con anterioridad por el general Stroessner.

Esta concentración de poderes que deviene de la propia constitución también lo prueba la debilidad del legislativo en el proceso de formación y sanción de las leyes, en contrapartida el poder ejecutivo contaba con una posición robusta mediante la remisión de proyectos de ley en varias materias, en especial el Presupuesto General de Gastos de la Nación (PGN) y sobre todo por la facultad de veto. Para el estudio de los proyectos de ley especialmente el que refiere al presupuesto estaba orientado a su rápida aprobación y difícil rechazo. Señala Lezcano Claude (2012) que se requerían mayorías parlamentarias muy altas para el rechazo del veto presidencial

y por lo tanto difícilmente podía reunirse los votos necesarios. Así, para rechazar un veto total del proyecto legislativo era requerido una mayoría absoluta de dos tercios de cada cámara. En tanto que para rechazar el veto parcial era necesario contar con una mayoría absoluta de los miembros de cada cámara. De esta manera el ejecutivo prácticamente era la última instancia en el proceso de formación de las leyes.

La Constitución del 67 permitía solo una vez más la reelección presidencial, por entonces era necesaria una reforma para que el presidente pudiese seguir en el ejercicio del poder con la formalidad constitucional. Se produjo así una enmienda que permitió la re-elegibilidad indefinida del presidente de la república, que finalmente debió ceder por la violencia en febrero de 1989. Pese a que en su art. 1 se adoptó como gobierno la democracia representativa, en realidad fue una dictadura de facto. Al amparo de esta normativa superior, el general Stroessner fue reelecto en 1968, 1973, 1978, 1983 y 1988.

En lo que hace a derechos y su protección, mantuvo con modificaciones las normas que establecían los derechos políticos ya establecidos en la Carta Política. Se incorporaron las normas referentes a los derechos sociales y económicos, denominados de segunda generación, pero meramente programáticas (Lezcano Claude 2012). Entre los denominados derechos sociales, tenemos a la familia, reconocida como la célula fundamental de la sociedad, el bien de familia, el derecho y la obligación de los padres de mantener, asistir y educar a sus hijos menores; la prohibición de toda calificación sobre la naturaleza de la filiación en los documentos personales, la protección especial de los menores; el derecho a la educación y a la cultura, el derecho a la salud, al desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles. Se garantizaba la propiedad privada, se proscribió la explotación del hombre por el hombre, se protegía especialmente el trabajo, y la libertad de agremiación de los trabajadores manuales, intelectuales y profesionales, además del derecho a la huelga; y la reforma agraria.

En lo que refiere al poder judicial, la Constitución del 67 estableció una importante novedad respecto de la facultad de la Corte Suprema de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la constitución, en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto en relación con ese caso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 200. La ley fundamental diseñó un sistema de revisión judicial

fuerte con efecto *inter partes* para ejercer el control constitucional de los actos de los otros poderes del Estado, sean si se tratan de leyes o de decretos, o decretos- leyes. Así también, al igual que la Carta Política del 40 garantizó la independencia del poder judicial, otorgándole la competencia exclusiva en los actos de carácter contencioso, además de la mención expresa de sanciones de inhabilitación para ejercer la función pública por cinco años en caso de atentar en contra de dicha independencia.

Técnica y sistemáticamente se puede considerar a esta constitución como superior a las anteriores, porque incluso introdujo innovaciones considerables, como lo que ya señaláramos la acción de inconstitucionalidad, pero además las garantías de hábeas corpus y habeas data. Sin embargo, su uso desvirtuado la convirtió prácticamente en una constitución de papeles, el uso además de la institución del Estado de Sitio, con la facultad exclusiva del poder ejecutivo y la complacencia del poder judicial hacia éste,<sup>65</sup> a cuyo cargo exclusivo estaba la garantía del hábeas corpus, transformó en inane la constitución frente a los abusos del poder, pues la nación vivió bajo un Estado de Sitio permanente durante treinta y cinco años, ya que su renovación era por simple decreto. Y al eliminarse el juicio político al presidente, éste estaba facultado a decretar la disolución del congreso con lo cual podía permitir la desintegración de éste por cualquier causa (Mendonca y Mendonca 2011). La constitución contenía normas nada apropiadas para un sistema presidencial porque atentaban en contra de principios democráticos y el equilibrio de poderes, hecho que convertía a la constitución en autoritaria en donde el Estado de derecho estaba totalmente relegado (Lezcano Claude 2012).

---

<sup>65</sup> De acuerdo con el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 1987, el poder judicial ha optado por no ejercer jurisdicción sobre casos relacionados a las detenciones durante el Estado de Sitio. Dan constancia de varias denuncias realizadas ante la Comisión, entre las que se destaca el del Sargento Escolástico Ovando, quien fuera condenado a pena de muerte, luego sustituida la misma por la de 15 años de cárcel gracias a la intervención realizada por el sacerdote franciscano Joshua Arketta, quien en el programa de Radio Caritas denunció la inocencia de los involucrados en la muerte del cadete Benítez, la cual había sido culpada tanto a Ovando como a otros oficiales, y que si la sentencia se cumplía él iba a revelar los nombres de los verdaderos responsables, información que recibió en confesión y estaba cubierta por ese acto religioso. Si bien se dio la suspensión de la ejecución de la pena de muerte recién siete años después y su sustitución, una vez pasados los 15 años de prisión el presidente de la República por aplicación del art. 79 de la Constitución dispuso la continuidad de la pena carcelaria a seis años y seis meses más. Luego de la presentación de un hábeas corpus, la realización de una huelga de hambre por Ovando, las denuncias de los abogados defensores de este ante distintos medios de comunicación, y la visita del delegado el comité regional de la Cruz Roja y un médico de ese mismo Comité, lograron la libertad luego de 21 años, por orden del mismo presidente Stroessner (CIDH 1987).

## **6. Quinto periodo constitucional: desde el 20 de junio de 1992 a la actualidad.**

El 3 de febrero del año 1989 se produjo la caída del régimen no democrático más largo de la historia independiente y se inició una etapa de goce en el ejercicio de las libertades individuales, lo cual abrió paso al desarrollo de institucionalidad política participativa de la oposición (González Delvalle 2013). Un golpe de Estado que dio inicio a la democracia en el Paraguay. “Este golpe contó con amplio apoyo, puesto que, si bien la democracia no sería recuperada en forma “legal”, se haría bajo un acuerdo de legitimidad social” (López 2020, 47). Ese mismo día en que Stroessner presentara renuncia, prestó juramento el general Andrés Rodríguez al hacerse cargo de los destinos nacionales como presidente provisorio.<sup>66</sup> Inmediatamente, Rodríguez convocó a elecciones y resultó ganador, ya que estaba apoyado por la estructura del partido colorado y del financiamiento con dinero público.

Como primera decisión importante del presidente fue la de remitir al congreso el proyecto de ley que “Aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica”, que fue incorporada al sistema jurídico paraguayo mediante ley N° 1/1989, es decir, fue el primer instrumento internacional aceptado en los comienzos de la democracia (González Delvalle 2013).

Stroessner fue al exilio el 5 de febrero de 1989. Con este motivo, el repudio a la Constitución de 1967, enmendada en el año 1977 para permitir la reelección presidencial indefinida, fue prácticamente unánime. Se inició la idea de su reforma total, como medio para borrar los vestigios de la historia política del Paraguay, que comenzaba una era democrática. El mes de junio de 1991 representó un momento fundamental en la transición paraguaya porque ambas cámaras del congreso, reunidas en asamblea nacional habían decidido una reforma constitucional de carácter total. El presidente llamó a elecciones de convencionales constituyentes para diciembre de 1991 (Mendonca y Mendonca 2011). Los comicios para la elección de los convencionales constituyentes se celebraron el día 1 de diciembre de 1991. Luego del escrutinio por parte de las autoridades electorales, la Convención quedó integrada con

---

<sup>66</sup> El general Andrés Rodríguez era consuegro del presidente Stroessner porque sus hijos estaban unidos en matrimonio. Rodríguez estaba al frente de la división de caballería, el primer cuerpo de ejército, razón que supuso la incredulidad de Stroessner ante las noticias de conspiración en su contra y del rumor del posible golpe de estado (González Delvalle 2013).

ciento veintidós ciudadanos convencionales de la ANR (Asociación Nacional Republicana), cincuenta y cinco ciudadanos convencionales del PLRA (Partido Liberal Radical Auténtico), diecinueve ciudadanos convencionales del nuevo movimiento político Constitución Para Todos, un ciudadano convencional del PDC (Partido Demócrata Cristiano) y un ciudadano convencional del PRF (Partido Revolucionario Febrerista), totalizando así ciento noventa y ocho bancas, por lo tanto la mayoría absoluta la tenía la ANR (Lezcano Claude 2012). El 30 de diciembre de 1991 se realizó la sesión inaugural de la Convención Nacional Constituyente en el salón auditorio del Banco Central del Paraguay, con la presencia del presidente de la república, el presidente del congreso, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, autoridades civiles y militares, miembros del cuerpo diplomático e invitados especiales. La Convención fue presidida por el Doctor Oscar Facundo Ynsfrán y fueron secretarios de la misma, los Doctores Diógenes Martínez y Emilio Oriol Acosta, la licenciada Cristina Muñoz, la Doctora Antonia de Irigoitia y Don Víctor Báez Mosqueira (Mendonca y Mendonca 2011).

La Convención Nacional Constituyente adoptó como documento base de discusión el proyecto de la ANR, pero es importante destacar que se han presentado proyectos de constitución completos y también parciales. Entre los proyectos completos fueron presentados por el poder ejecutivo, la ANR, el PLRA, el movimiento Constitución Para Todos, el PDC, el Partido Humanista (PH), el PRF, el Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política de la Universidad Católica (CIDSEP), la Unión Industrial paraguaya (UIP) y dos proyectos individuales (Lezcano Claude 2012). El proyecto base contenía numerosos errores, algunos de los cuales fueron oportunamente señalados y corregidos por las subcomisiones, la Comisión Redactora y la Comisión de Estilo y Técnica Legislativa de la Convención, de tal manera a mejorar significativamente el proyecto original. Aun así, señalan Mendonca y Mendonca (2011), que el texto constitucional aprobado exhibe importantes defectos y desprolijidades de técnica legislativa, algunos de los cuales resultaron verdaderamente conflictivos. Es importante mencionar además que durante los meses que duró la Convención, la asamblea sufrió acosos permanentes de distintos sectores. La constitución fue jurada por los convencionales el 20 de junio de 1992, en medio de fuertes rumores de golpe de Estado.

La Constitución de 1992 introdujo modificaciones para reequilibrar los poderes del Estado, lo cual tiene justificación en el pasado político del país, de largas dictaduras, golpes de



Estado, perpetuación de la presidencia, etc. Expresan Myriam Yore y Marielle Palau que, frente a dichos precedentes, la constitución crea la figura de los gobiernos departamentales para descentralizar el poder del presidente, quien a su vez deja de tener la potestad de disolver el congreso y de promulgar decretos-leyes. De esta manera se busca restablecer el equilibrio de poder históricamente olvidado (Yore y Palau 2000). Muchas fueron las modificaciones e innovaciones, sobre todo en la redistribución de competencias relativas a los poderes del Estado, sin embargo, observamos que se ha otorgado mayores poderes de control al poder legislativo, en tanto que el poder del Estado mayormente controlado es el ejecutivo, y al mismo tiempo es el poder que cuenta con menos atribuciones de control. En cambio, el poder legislativo es el poder menos controlado pero el que posee mayores facultades de control. En cuanto al poder judicial, tienen mínimas atribuciones, pero de gran trascendencia. “En el diseño actual, el Poder Ejecutivo tiene un poder llamativamente débil y un liderazgo político institucional muy limitado; el Legislativo carece de un sistema apropiado de control político, pero con amplias atribuciones o competencias que le proporcionan mayor capacidad decisoria, al obtener competencias que normalmente se asignan al Ejecutivo” (Mendonca y Mendonca 2011, 38).<sup>67</sup>

En lo que respecta al poder judicial, se quiso garantizar su independencia. Se venía de un *establishment* dictatorial en el que los magistrados eran designados directamente por el presidente de la república, mediante decreto por periodos de cinco años. Pero en el plano de la constitución material todos los magistrados salían de la galera del general presidente cuyos nombramientos contaban con el seguro acuerdo del senado. Concluido el plazo quinquenal fueron frecuentes las no confirmaciones por algún motivo que “desobediencia”. Por esta razón, el tema central de la reforma constitucional del 92 fue la inamovilidad de los magistrados acompañado de la depuración de la magistratura, mediante nuevos mecanismos de ingreso al sistema de justicia (Seall-Sasiain 2003). La Constitución de 92 fortaleció la autonomía del poder judicial con el objetivo de limitar la manipulación de la justicia por parte de los otros poderes. “El surgimiento de la competencia electoral enterró el antiguo escenario de partido hegemónico y aumentó la

---

<sup>67</sup> Sobre el equilibrio de poderes y el control en la Constitución de 1992, Mendonca Bonnet, señala que el órgano con mayores facultades de control es el legislativo, con 35 funciones de control; en tanto que el poder judicial tiene sumadas 12 funciones de control, y el poder ejecutivo nada más tiene 3 funciones de control. Sin embargo, el órgano más controlado es el poder ejecutivo, con 33; sobre el poder judicial se ejercen 11 funciones de control, y finalmente sobre el poder legislativo se ejercen 6 funciones de control (Mendonca Bonnet 1997).

fragmentación del Partido Colorado (ANR), reduciendo la capacidad de cualquier bloque político para influir sobre las decisiones judiciales” (Pérez-Liñan *et al* 2018, 19).

El fundamento para la creación de un órgano extrapoder como el Consejo de la Magistratura fue justamente la necesidad de que ningún magistrado dependa de su nombramiento o designación de un poder político, o de sectores políticos o ciertos corporativismos. La conformación del Consejo de la Magistratura de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 262 de la CN es de la siguiente manera: un miembro de la Corte Suprema de Justicia, designado por éste; un representante del poder ejecutivo; un senador y un diputado, ambos nominados por su cámara respectiva; dos abogados de la matrícula, nombrados por sus pares en elección directa; un profesor de las facultades de derecho de la Universidad Nacional, elegido por sus pares; y un profesor de las facultades de derecho de las universidades privadas, con no menos de veinte años de funcionamiento, elegido por sus pares. La ley debía reglamentar los sistemas de elección pertinentes, pero hasta la fecha no se cuenta con una legislación de acceso a la judicatura, es decir, a la carrera judicial, la cual es inexistente. Durante muchos años, desde la creación del Consejo de la Magistratura no se contó con ningún reglamento mínimo para la elección de ternas. Recién en el 2017 se dictó un reglamento en el que se establecieron los criterios para la selección, aprobada por Acta N° 1662 del 18 de setiembre y que nuevamente fue modificada en el mes de julio de 2021. Este reglamento rige para el acceso a los cargos de jueces, fiscales y defensores públicos, no así para Ministros de Corte. Esta circunstancia debilita el funcionamiento y la credibilidad del Consejo de la Magistratura.

**Tabla 3. Miembros del Consejo de la Magistratura desde su primera conformación. Año 1994**

Periodo	Presidente	Vicepresidente	Miembros
1994/1995	Federico Callizo Nicora (Gremio de Abogados)	Ramón Silva Alonso (Universidad Nacional)	Francisco Pussinieri Oddone Luis Alberto Real Riera Carlos Alberto González Juan Carlos Ramírez Montalbetti, Florentín López Cáceres Sixto Volpe Ríos
1995/1996	Federico Callizo Nicora (Gremio de Abogados)	Ramón Silva Alonso (Universidad Nacional)	Carlos Fernández Gadea, Luis Alberto Real Riera, Carlos Alberto González, Luis María Careaga, Florentín López Cáceres Sixto Volpe Ríos.

1996/1998	Federico Callizo Nicora (Gremio de Abogados)	Luis Alberto Real Riera (Ejecutivo)	Ramón Silva Alonso Carlos Fernández Gadea Carlos Alberto González Juan Carlos Ramírez Montalbetti Florentín López Cáceres Sixto Volpe Ríos
1998/1999	Federico Callizo Nicora (Gremio de Abogados)	César Manuel Diesel Junghanns (Ejecutivo)	Carlos Fernández Gadea Evelio Fernández Arévalos Ramón Atilio Von Knobloch Florentín López Cáceres Ramón Silva Alonso Sixto Volpe Ríos.
1999/2000	Federico Callizo Nicora (Gremio de Abogados)	César Manuel Diesel Junghanns (Ejecutivo)	Evelio Fernández Arévalos Carlos Fernández Gadea Ramón Silva Alonso Sixto Volpe Ríos Marcelo Duarte Manzoni Florentín López Cáceres.
2000/2001	Federico Callizo Nicora (Gremio de Abogados)	César Manuel Diesel Junghanns (Ejecutivo)	Marcelo Duarte Manzoni Ramón Silva Alonso Sixto Volpe Ríos Carlos Fernández Gadea Evelio Fernández Arévalos Florentín López Cáceres.
2001/2002	Rodolfo Irún Alamanni (Gremio de Abogados)	Mario Walberto Soto Estigarribia (Universidad Privada)	Bonifacio Ríos Avalos Luis Alberto Caballero Krauer Evelio Fernández Arévalos Rubén Darío Romero Toledo Antonio Fretes Marcelino Antonio Gauto Bejarano
2002/2003	Rodolfo Irún Alamanni (Gremio de Abogados)	Mario Walberto Soto Estigarribia (Universidad Privada)	Bonifacio Ríos Avalos Luis Alberto Caballero Krauer Evelio Fernández Arévalos Rubén Darío Romero Toledo Raúl Battilana Nigra Marcelino Antonio Gauto Bejarano.
2003/2004	Rubén Darío Romero Toledo (Gremio de Abogados)	Mario Walberto Soto Estigarribia (Universidad Privada)	Antonio Fretes Guillermo Delmas Frescura Eusebio Ramón Ayala Giménez Rodolfo Irún Alamanni Raúl Battilana Nigra Marcelino Antonio Gauto Bejarano
2004/2005	Rubén Darío Romero Toledo (Gremio de Abogados)	Mario Walberto Soto Estigarribia (Universidad Privada)	Antonio Fretes Rodolfo Irún Alamanni Raúl Battilana Nigra Marcelino Antonio Gauto Bejarano Guillermo Delmás Frescura Eusebio Ramón Ayala Giménez.
2005-2006	Rubén Darío Romero Toledo (Gremio de Abogados)	Mario Walberto Soto Estigarribia (Universidad Privada)	Antonio Fretes Eusebio Ramón Ayala Giménez Rodolfo Irún Alamanni Raúl Battilana Nigra Marcelino Antonio Gauto Bejarano

			Guillermo Delmás Frescura
2006-2007	Raúl Battilana Nigra (Universidad Nacional)	Mario Walberto Soto Estigarribia (Universidad Privada)	Antonio Fretes Guillermo Delmás Frescura Eusebio Ramón Ayala Rubén Darío Romero Rodolfo Irún Alamanni Marcelino Gauto Bejarano.
2007-2008	Cristóbal Ramón Sánchez Díaz (Gremio de Abogados)	Raúl Battilana Nigra (Universidad Nacional)	Amparo Samaniego Vda. de Paciello Víctor Manuel Núñez Enrique Fausto Bacchetta Chiriani José María Cabral Eusebio Ramón Ayala Edmundo Alejandro Rolón Osnaghi
2008-2009	Gustavo Francisco Mussi Melgarejo (Cámara de Diputados)	Víctor Manuel Núñez Rodríguez (Corte Suprema de Justicia)	Amparo Samaniego Vda. de Paciello Miguel Abdón Saguier Cristóbal Sánchez Enrique Fausto Bacchetta Chiriani Raúl Battilana Nigra José María Cabral
2010-2011	Cristóbal Ramón Sánchez Díaz (Gremio de Abogados)	Hugo Velázquez Moreno (Cámara de Diputados)	Víctor Manuel Núñez Stella Virginia Kobs Giménez Miguel Abdón Saguier Enrique Fausto Bacchetta Chiriani Raúl Battilana Nigra José María Cabral
2011-2012	Cristóbal Ramón Sánchez Díaz (Gremio de Abogados)	José María Cabral (Universidad Privada)	Víctor Manuel Núñez Stella Virginia Kobs Giménez Miguel Abdón Saguier Enrique Fausto Bacchetta Chiriani Gustavo Mussi Melgarejo
2012-2013	Cristóbal Ramón Sánchez Díaz (Gremio de Abogados)	José María Cabral (Universidad Privada)	Víctor Manuel Núñez Stella Virginia Kobs Giménez Enzo Cardozo Jiménez Adrián Salas Coronel Gustavo Mussi Melgarejo Eber Osvaldo Ovelar Benítez
2013-2014	Enrique Riera Escudero (Ejecutivo)	Eber Osvaldo Ovelar Benítez (Cámara de Diputados)	Antonio Fretes Enzo Cardozo Jiménez Adrián Salas Coronel Juan Ramón Bueno Jara Osvaldo González Ferreira Cristian Daniel Kriskovich
2014-2015	Enrique Riera Escudero (Ejecutivo)	Eber Osvaldo Ovelar Benítez (Cámara de Diputados)	Antonio Fretes Enzo Cardozo Jiménez Adrián Salas Coronel Juan Ramón Bueno Jara Osvaldo González Ferreira Cristian Daniel Kriskovich

2015-2016	Enrique Riera Escudero (Ejecutivo)	Eber Osvaldo Ovelar Benítez (Cámara de Diputados)	Antonio Fretes Enzo Cardozo Jiménez Adrián Salas Coronel Juan Ramón Bueno Jara Osvaldo González Ferreira Cristian Daniel Kriskovich
2016-2017	Osvaldo González Ferreira (Universidad Nacional)	Juan Ramón Bueno Jara (Gremio de Abogados)	Eber Ovelar Benítez Antonio Fretes Enzo Cardozo Jiménez Juan Ramón Bueno Jara Adrián Salas Coronel Cristian Daniel Kriskovich
2017-2018	Osvaldo González Ferreira (Universidad Nacional)	Carlos Raúl Cabrera Alderete (Ejecutivo)	Luis María Benítez Riera Enzo Cardozo Jiménez Clemente Ramón Barrios Monges Adrián Salas Coronel Claudio Bacchetta Chiriani Cristian Daniel Kriskovich
2018-2019	Claudio Antonio Bacchetta Chiriani (Gremio de Abogados)	Roberto Eudes González (Cámara de Diputados)	Luis María Benítez Riera Juan Bartolomé Ramírez Carlos Raúl Cabrera Alderete Osvaldo González Ferreira Adrián Salas Coronel Cristian Daniel Kriskovich
2019-2020	Roberto Eudes Gonzalez Segovia (Cámara de Diputados)	Claudio Antonio Bacchetta Chiriani (Gremio de Abogados)	Luis María Benítez Riera Juan Bartolomé Ramírez Carlos Raúl Cabrera Alderete José Raúl Torres Kirmser Adrián Salas Coronel Cristian Daniel Kriskovich

Fuente: Datos proporcionados por el Consejo de la Magistratura en virtud de lo dispuesto en la ley 5282/2014 De acceso a la información pública.

En la tabla se encuentra detallada la nómina de representantes de cada uno de los órganos componentes del Consejo de la Magistratura.

Con la Constitución de 1992, el poder judicial y en especial, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia adquiere profunda relevancia tornándose más activo en el proceso de democratización, pues aumenta su capacidad de legitimación y de fiscalización de los actos de los funcionarios públicos, aumenta su capacidad de revisión de normas sancionadas por los poderes políticos y su capacidad para la resolución de conflictos políticos y sociales mediante la revisión de las acciones de los poderes políticos –ejecutivo y legislativo- de manera tal que se constituye en un actor clave del juego político (Franco Mancuello 2011). Pero nos hace notar Luis Lezcano Claude, que las disputas en el debate de la Convención Nacional Constituyente no fueron fáciles. El tema del control de constitucionalidad tuvo un tratamiento muy particular, dado que se trataba de una cuestión muy técnica que escapaba de la comprensión de la mayoría

de los ciudadanos convencionales. Sobre todo, respecto de sobre quién o qué órgano iba a recaer tal atribución, la que finalmente fue encargada a la comisión redactora. En efecto, se dispuso que el control constitucional estuviera a cargo de la Corte Suprema de Justicia, creándose dentro de ella una Sala Constitucional y al mismo tiempo se desechó la idea de un tribunal constitucional separado del poder judicial. El tema de debate en plenaria se centró en el alcance que debía tener ese control de constitucionalidad, es decir, solo para las partes o con efectos generales. La escasa formación por un lado o desconocimiento y desorientación por parte de algunos sectores de la Convención provocó un arduo debate entre un grupo reducido de convencionales a partir del cual se dio un voto dividido que al final se optó por apoyar a los que aparecieron como referentes, quedando el efecto *inter partes* (Lezcano Claude 2012).

## CAPITULO IV. EL ROL DEL PODER JUDICIAL PARAGUAYO EN LA CONSTITUCION DE 1992

El rediseño institucional del Poder Judicial paraguayo en la Constitución de 1992 permitió la inclusión de varias innovaciones en lo que hace a su función democrática, además le otorgó mayor independencia desde el punto normativo, como la inamovilidad en el cargo que sólo puede cesar a los 75 años, y sólo pueden ser removidos por juicio político (artículo 261). También pasó a gozar de autarquía otorgándosele no menos de tres por ciento del presupuesto general de gastos de la nación (artículo 249). En cuanto hace a la función, establece el artículo 247 que el poder judicial es el custodio de la constitución, la interpreta, la cumple y la hace cumplir. Con esto la ley fundamental concede a este poder del Estado, una especie de función de garante de la constitución, por una parte, y por otra, le concede la labor interpretativa al poder judicial. Esta disposición constitucional no es exclusiva ni excluyente en la función judicial. En efecto, el poder judicial – en esencia – cumple una función interpretativa de la constitución y no sólo de la constitución sino también de las normas de inferior jerarquía en la decisión de los conflictos. En lo que atañe a la ley fundamental no tiene la última palabra interpretativa pero sí un peso importante. Este peso que proviene del carácter de “guardián” de la constitución y que produce dudas hacia cómo deben resolverse los desacuerdos de interpretación de la constitución sobre todo cuando dos posturas distintas enfrentan a distintos poderes. En ese sentido, Diego Moreno sugiere una solución “departamentalista” que propicia una interpretación compartida y que rechaza el monopolio de la Corte Suprema (Moreno 2012).<sup>68</sup>

La dimensión política de su función se da por la exclusividad del control constitucional de las leyes y los actos judiciales, atribución que se encuentra establecida en el artículo 260 de la constitución. Esta función ya se había dado con la Constitución de 1967 pero a la misma Corte porque aún no estaba distribuida en Salas, y con cinco miembros en total. Esta dimensión política tiene sus bases fundamentales en el preámbulo y los tres primeros artículos de la constitución, pues en ellos se delinean los principios que deben ser atendidos por los

---

<sup>68</sup> El término departamentalismo tiene su génesis y fuerza en el siglo XX en los Estados Unidos de América para denominar así a los órganos de poder: ejecutivo, legislativo y judicial, es decir, como “*departamentos de gobierno*”. Para esta postura cada departamento del gobierno puede interpretar la constitución prescindiendo de la opinión de las otras ramas del poder, y que las decisiones de la Corte Suprema carecen de validez más allá de los casos atendidos (Moreno 2012). Sobre esta propuesta volveré en párrafos siguientes.

representantes y los representados. Se reconoce a la dignidad humana como fin supremo y a garantía de protección de los derechos de las personas. Se reafirma los principios de democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, con lo que se quiere significar el modelo de democracia que asume el Estado paraguayo. La delegación de poder del pueblo se realiza mediante el sufragio, pero al mismo tiempo se crean mecanismos de participación directa del pueblo como son el referéndum y la iniciativa popular. Es pluralista porque reconoce la diversidad cultural en el Paraguay, el que se patentiza con el reconocimiento de los pueblos indígenas como grupos culturales anteriores a la formación del Estado (artículo 62), además de otorgar rango constitucional al bilingüismo, por contar con dos idiomas oficiales, el español y el guaraní.

El Estado Social de Derecho también forma parte de las declaraciones fundamentales, superando la concepción de un Estado liberal, e incorporando la aspiración de un constitucionalismo social. La Constitución paraguaya contiene un extenso listado de derechos fundamentales en su primera parte que incluyen derechos civiles y políticos, derechos sociales, económicos y culturales, y también los derechos difusos. Procura la igualdad social en el acceso a derechos básicos mediante normas programáticas que definen las políticas a ser llevadas a cabo por los poderes políticos dentro de un principio de división de poderes, entendido como distribución de las funciones del poder. Fue desplazado el Estado de bienestar-gendarme-individualista propugnado por la Constitución del 67.

En este capítulo primeramente se desarrollan los derechos sociales, económicos y culturales que la constitución protege ampliamente y que se consideran normas puramente programáticas. Esta característica hace que los ciudadanos que no acceden a dichos derechos promuevan estrategias jurídicas a fin de que sea el poder judicial quien intervenga a los efectos de su efectividad. Es la manera en que se vuelven operativos. En eso radica la importancia de su mención. Posteriormente se exponen las facultades de control que tienen los poderes estatales con el objetivo de dar una visión inicial a la atribución exclusiva de la justicia constitucional lo cual va a contribuir para explicar la función política del poder judicial. Finalmente se describen las competencias de la Sala Constitucional de la CSJ, las formas de acceso a la justicia constitucional y los efectos de las sentencias.



## **1. Los derechos sociales, económicos y culturales en la Constitución.**

La Constitución del 92 se mantiene en la línea del constitucionalismo social. En su parte dogmática, contiene disposiciones relativas a los derechos de la familia (artículos 49 al 61), de los pueblos indígenas (artículos 62 al 67), de la salud (artículos 68 al 72), de la educación y de la cultura (artículos 73 al 85), del trabajo (artículos 86 al 100); los derechos económicos como la libertad de concurrencia (artículo 107), la propiedad privada (artículo 109), los derechos de autor y de propiedad intelectual (110); y de la reforma agraria (artículos 114 al 116). Estas disposiciones, no obstante, son consideradas meramente programáticas porque indican la obligación por parte del Estado de satisfacer el bien o servicio, que requiere de una acción positiva del sujeto obligado y que vinculan a todos los poderes públicos, no sólo al administrador.

### **1.1. Los derechos de familia.**

La Constitución paraguaya sitúa a la familia como base de la sociedad y sólo admite un tipo de familia que es la tradicional, formada por un hombre y una mujer. Los derechos de familia incluyen el deber de promover y garantizar su protección integral, en especial los derechos del niño, niña y adolescente en su desarrollo armónico para el ejercicio pleno de sus derechos; la promoción de la participación activa de la juventud, la protección de las personas de la tercera edad mediante servicios sociales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud vivienda, cultura y ocio; la atención integral de las personas con discapacidad, y la promoción de políticas públicas que eviten la violencia en el ámbito familiar, así como el establecimiento de programas especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos.

Las normas vinculadas al derecho de familia pueden clasificarse según sea derecho del sujeto individual y los derechos eminentemente sociales, así en el primer grupo tenemos el derecho a constituir familia, el derecho de las personas mayores a reclamar protección integral y los derechos de los discapacitados. En tanto que el segundo grupo tenemos a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de los hijos, que tiene una doble dimensión es decir tanto como derecho y obligación, y el derecho a la planificación familiar.

Estas normas, al igual que los demás referentes a los derechos sociales, son cláusulas consideradas para el derecho constitucional como programáticas, es decir, que precisan de su realización por parte de los órganos públicos mediante políticas específicas pero que muchas veces no tienen virtualidad práctica y rápida. De esta manera tenemos: aquellas normas que protegen en forma integral a la familia, la protección del derecho de niños, niñas y adolescentes, la protección y promoción de la corresponsabilidad en la crianza, la especial protección de la maternidad, el fomento de la participación de la juventud en el desarrollo del país, el establecimiento de servicios asistenciales para los adultos mayores, la elaboración de políticas para rehabilitar e integrar a las personas con discapacidad física y mental; generar programas de prevención de la violencia intrafamiliar; lograr la igualdad de los hijos y las hijas ante la ley, además de la necesidad de investigar la paternidad y la prohibición de discriminación en documentos personales. Al tratarse de cláusulas programáticas, los órganos públicos tienen la obligación de definir las estrategias jurídicas que permitan la efectividad de los derechos reconocidos en la constitución.

La carencia de mecanismos para el acceso efectivo a derechos viola los principios de igualdad y no discriminación. La discriminación consiste en “la exclusión o restricción de un grupo o sector social al pleno reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Varios son los factores que pueden ser considerados de discriminación: la cultura, la raza, la religión, la edad, etc. En especial si nos referimos a la edad como factor de discriminación encontramos a dos grupos: las personas mayores y los niños, niñas adolescentes (Elías 2005).

La protección de la niñez en el sistema jurídico paraguayo parte desde la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, en el año 1990 con la Ley 57/1990 a inicios de la democracia. Es el primer tratado vinculante a nivel nacional e internacional que reúne en un único texto los derechos civiles, políticos, sociales y culturales para las personas menores de 18 años. A partir de este documento normativo internacional, a nivel nacional se fueron implementando una serie de medidas legislativas que permitieron la concreción de derechos. Aumentó la matriculación en la educación pre escolar y escolar básica,

la educación inicial y la educación media son gratuitas<sup>69</sup> e incluidas por ley<sup>70</sup>; la mortalidad infantil<sup>71</sup> disminuyó gracias a la cobertura de los servicios de salud y un esquema completo de vacunación; se creó el plan nacional de desarrollo integral para garantizar el acceso a las vacunas y nutrición adecuada; la desnutrición infantil se redujo por políticas como el programa de atención nutricional para niños y niñas; la niñez es protegida contra el castigo o cualquier otro tipo de violencia<sup>72</sup> incluido el acoso escolar. Asimismo, Paraguay aprobó la Convención de los derechos de personas con discapacidad; la secretaría de la niñez se convirtió en Ministerio de la Niñez y la Adolescencia, y cuenta con políticas y planes específicos como la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia 2014-2024; se crearon programas para la desinstitucionalización de niños y niñas y acogimiento familiar temporal; la inversión en niñez aumentó del 44% al 60% entre 2013-2016; fueron diseñados políticas, planes y programas para que ningún niño quede excluido por su origen, género, condición económica, lugar de residencia, lengua, discapacidad, religión, etc.; se crearon espacios para que los adolescentes puedan debatir y hacer escuchar sus opiniones en temas que le afectan (UNICEF 2019).

Con respecto de las personas mayores, el Paraguay, cuenta con una legislación infraconstitucional y otras disposiciones normativas para concretar la disposición constitucional: 1) Ley 1885/02 “De las Personas Adultas Mayores” que fija al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social como órgano encargado de su implementación; 2) Reglamento de la Ley 1885/02 de las Personas Adultas Mayores; 3) Decreto del Poder Ejecutivo N° 10.068/07 “Por la cual se crea la Dirección de Adultos Mayores”, dependiente del Instituto de Bienestar Social, órgano estatal que tendrá a su cargo la aplicación de la Ley y de su Decreto Reglamentario; 4)

---

<sup>69</sup> A pesar de los esfuerzos, la educación escolar en Paraguay reconoce deudas y subsiste la exclusión escolar del sistema educativo nacional, y las brechas aún persisten. Se evidencia que muchas personas no logran concluir sus estudios incluso aquellos que son de naturaleza obligatoria para la Constitución, afectando sus posibilidades de desarrollarse e incluirse íntegramente a su comunidad (UNICEF 2013).

<sup>70</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 1680/01

<sup>71</sup> De acuerdo con el informe de la ONU, se observan progresos en el Paraguay en cuanto sus esfuerzos para reducir la mortalidad de lactantes y la infantil, mediante mecanismos como los programas de inmunización que llegaron a tener gran cobertura. Pero, aun así, se advierte un porcentaje elevado de mortalidad neonatal y de adolescentes cuya franja de edad oscila entre los 15 y 19 años, que representa el 43% y el 20% del total de muertes en el grupo de edad de 0 a 19 años (ONU 2016)

<sup>72</sup> Se incluye la protección en la Ley de Violencia Doméstica N° 1600/00. Sin embargo, subsisten importantes barreras para el desarrollo integral de los niños. “La violencia contra los niños, niñas y los adolescentes es un problema persistente en el Paraguay. De cada 10 niños, 6 sufren alguna forma de violencia en su familia<sup>19</sup>. Asimismo, 6 de cada 10 muertes de adolescentes resultan de causas externas como accidentes de tráfico, homicidios o suicidios” (ONU 2016).

Ley 3728 /09 “Que establece el derecho a la pensión alimentaria”; 5) Ley 5537/16 “Que regula los establecimientos de atención a personas adultas”. También encontramos que se penaliza la conducta que vulnere los derechos de personas mayores, así en el Código Penal paraguayo se contempla en el art. 227 la pena privativa de libertad para quienes violen el deber de cuidado de ancianos o discapacitados.

Las personas discapacitadas, en tanto, son referidas en la Constitución en su artículo 58, con la denominación de “personas excepcionales”. El término correcto tenía que ser derecho de las personas discapacitadas, porque la palabra excepcional indica ambigüedad en el término. Aunque la expresión sea poco feliz, lo que se pretende es que los discapacitados sean atendidos en su salud para la rehabilitación e inclusión a la sociedad; que tengan atención educativa diferenciada de acuerdo con su discapacidad, atención recreativa inclusiva y asistencia para el acceso a la capacitación profesional en centros educativos especializados. Los propósitos de esta disposición constitucional son la integración a la sociedad y la elaboración de políticas públicas destinadas al tratamiento y rehabilitación positiva a favor de las personas discapacitadas. Tiene además el objetivo de luchar en contra de la discriminación y promover la inclusión en condiciones de igualdad de oportunidades para el acceso a derechos removiendo los obstáculos que impiden su goce efectivo.

## **1.2. Los derechos de los pueblos indígenas.**

Una novedad importante como ya advertí en párrafos precedentes es el reconocimiento de los pueblos indígenas y grupos étnicos anteriores a la existencia del Estado paraguayo. Se estableció una serie de garantías para proteger a esta población, tales como: el desarrollo de su identidad étnica dentro de su respectivo hábitat, a la libertad de organizarse dentro de un sistema propio, en lo político, social, económico, cultural y religioso; y el derecho a convivir bajo las normas del derecho consuetudinario. Asimismo, se garantiza la propiedad comunitaria de la tierra con la obligación estatal de proveerle gratuitamente de estas tierras, y el derecho de participar en la vida política, social, económica y cultural del país, según sus costumbres. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de acuerdo con sus usos y costumbres constituye una acción positiva inestimable que coloca al Paraguay como un país defensor de su pluriculturalidad.

El Estado paraguayo es signatario del Convenio 169 de la OIT (1992) *Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, e incorporó al ordenamiento jurídico mediante la Ley N° 234/93. Otra disposición importante es la Ley N° 904/81 “Estatuto de las Comunidades Indígenas” que incluso es anterior a la carta magna, y por la que se reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas y le concede personería jurídica. Señala Beate Lehner que se observan avances importantes desde la sanción de legislación, especialmente respecto del reconocimiento de la organización política y social propia de los pueblos indígenas, como también a la delimitación y legalización de la propiedad comunitaria (Lehner 2005).

La población indígena en Paraguay la conforman cinco familias lingüísticas: Guaraní, Lengua Maskoy, Mataco Mataguayo, Zamuco y Guaicuru; distribuidas en 19 pueblos existentes, un total de 117.150 personas. Estas 19 poblaciones se distribuyen en: Mbya Guaraní, Ava Guaraní, Pãi Tavyterã, Nivaclé, Enlhet Norte, Enxet Sur, Angaité, Guaraní Occidental, Sanapaná, Guaraní Ñandéva, Ayoreo, Toba Maskoy, Qom, Ybytoso, Maká, Ache, Manjui, Guaná y Tomarãho. En cuanto a la distribución por sexo, hay una leve predominancia de los varones en un 51,7% frente a un 48,3% de mujeres. Con relación al acceso a derechos, notamos que el derecho a la educación es una deuda pendiente del Estado porque el analfabetismo todavía sigue siendo un obstáculo importante en la población indígena. La tasa de analfabetismo calculada para la población de 15 años y más es de 37,2% a nivel país, donde las mujeres presentan mayor porcentaje en un 42,7% ante los varones 32,8%. Otros derechos no garantizados son el de energía eléctrica y agua potable, pues se observa que solo un 31,2% de la población indígena cuenta con el servicio de energía eléctrica, y nada más un 15,1% de agua potable un 15,1% (DGEEC 2012).

La propiedad comunitaria está garantizada en el art. 64 de la constitución. Esta modalidad de la propiedad se dirige a la sostenibilidad de los pueblos indígenas para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. Es así como el Estado tiene la responsabilidad de proveer gratuitamente las tierras, con la expresa prohibición que no pueden ser objeto de embargos judiciales ni pueden ser transferidas ni arrendadas, están además exentas del pago de tributos. Sin embargo, de acuerdo con la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) realizado en el año 2018 el nivel de exclusión en la realidad podemos notar que, de las 711 comunidades indígenas existentes, 134 de ellas no cuentan con tierra propia (DGEEC 2018).

El derecho de participación política, económica, social y cultural de los pueblos indígenas se encuentra tutelado en el artículo 65 de la constitución. Este derecho promueve y garantiza la inclusión efectiva de los pueblos indígenas a la sociedad. La *participación política* implica el derecho de participar en las elecciones locales y generales, con plena facultad del ejercicio del derecho a votar y también la de participar activamente en partidos y movimientos políticos, con posibilidad de presentarse como candidatos para ser elegidos autoridades nacionales. La *participación económica* implica el derecho individual o colectivo de gozar plenamente en la producción de bienes y servicios producidos en el país y a acogerse a los derechos laborales garantizados en la constitución. La *participación social* consiste en el derecho de participar activamente en desarrollo del país basado en el principio de igualdad con relación a los demás ciudadanos. Finalmente, la *participación cultural* implica el derecho de preservar y proteger su cultura. A pesar de este reconocimiento de los derechos de participación política, nos muestra Sara Mabel Villalba que existe una subrepresentación y una relación marginal entre los pueblos indígenas y los partidos políticos. En efecto, ningún indígena fue electo a nivel nacional ni departamental en las últimas elecciones, pero sí en juntas municipales y algunos casos de juntas departamentales. En las elecciones de los años 2003 y 2008 participaron organizaciones indígenas, pero ninguno ha llegado a obtener representación. En el año 2015 sí hubo un caso de un representante de movimiento indígena en la ciudad de Villa Hayes, Departamento de Presidente Hayes. En tanto que en el 2018 se creó un movimiento por primera vez en forma nacional, que obtuvo 125 mil votos, pero no llegó a alcanzar lo suficiente para ocupar un escaño (Villalba 2020).

Los pueblos indígenas tienen derecho a la educación y asistencia por parte del Estado que se traduce en el respeto y garantía de sus particularidades cuando sean incluidas dentro del proceso de educación formal. Así, el contenido de la educación formal dirigida a las poblaciones indígenas debe contener el respeto a sus tradiciones y valores culturales. Los objetivos de la educación de los pueblos indígenas deben contemplar principalmente la defensa de su hábitat, evitar su depredación y los desplazamientos forzados, la educación debe promover la sostenibilidad del ambiente sano, prevenir la explotación económica y la alienación de su cultura. Tiene derecho a ser asistido por parte del Estado en el sentido de recibir de todos los medios necesarios para su subsistencia.

Con respecto del acceso a la justicia la constitución garantiza que, en caso de conflictos entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo, siempre se deberá tener en cuenta el derecho consuetudinario, el cual comprende la potestad de demandar el respeto a la autodeterminación normativa reconocida a las comunidades, y la obligación de la administración de justicia de armonizar las normas con el derecho consuetudinario. En efecto, el Código Procesal Penal de la República del Paraguay, Ley N° 286/89, contiene un capítulo especial relacionado a los pueblos indígenas. Se garantiza en esta disposición legal la aplicación del derecho consuetudinario para la decisión de los conflictos en los que se encuentren involucrados los miembros de las comunidades indígenas sean víctima o victimarios.

Pero a pesar de que no podemos negar que la constitución haya previsto importantes protecciones a los derechos de los pueblos indígenas, se tratan de normas programáticas que no pasan de ser meramente retóricas, pues observamos en la casuística la vulneración de los derechos básicos como el acceso a la salud, al agua potable, a establecer mecanismos que hagan efectiva la devolución de tierras y evitar el destierro de sus propias comunidades ancestrales. Un caso interesante de exigibilidad de derechos se dio en el año 2020, en el mes de agosto, por parte de una comunidad indígena Exnet, en el que el líder Cleto Recalde, de la Colonia 96 promovió una acción de amparo constitucional en contra diversas instituciones públicas para exigir el cumplimiento de la responsabilidad estatal respecto del acceso a agua potable. El pueblo Exnet cuyo nombre en lengua Enxet es *Payseyamexyempa'a*, está habitada por 97 miembros de la comunidad ubicada a 55 kilómetros al este de la Ruta Cnel. Franco, que une Pozo Colorado y Concepción, en el Departamento de Presidente Hayes, Región Occidental o Chaco. Este pedido fue acompañado por la organización no gubernamental Tierra Viva, y de acuerdo con los datos que se encuentran en la página web de la organización, la jueza del caso ordenó en carácter de medida de urgencia la provisión de agua potable a dicha comunidad (Tierra Viva 2020).

Los pueblos indígenas también debieron utilizar estrategias jurídicas para la realización de sus derechos. Y debieron ejercerlo en el ámbito internacional en contra del Estado paraguayo porque no han sido respetados en su propiedad comunitaria. Fue el propio Estado el que vulneró los derechos de las comunidades indígenas. Son dos los casos emblemáticos que llegaron hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y que constituyen litigio estratégico

para la protección de los derechos: 1) Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay,<sup>73</sup> y 2) Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay.<sup>74</sup> En ambos casos la Corte IDH encontró al Estado paraguayo como responsable del desplazamiento de dichas comunidades de su hábitat y estimó la obligación de restitución. Sin embargo, a varios años de ambas sentencias (2005 y 2006) hasta ahora dichas comunidades no encontraron respuesta efectiva ni cumplimiento real de lo resuelto por la Corte IDH.

### **1.3. El derecho a la salud.**

El derecho a la salud es el más patente en cuanto al rasgo característico de derecho prestacional, porque existe una obligación estatal de proteger y promover la salud como derecho humano fundamental. De acuerdo con lo establecido en el art. 69 de la constitución el Estado debe promover “un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado”. Así también se debe garantizar especial protección y garantizar el acceso de los sectores de escasos recursos a los medicamentos considerados esenciales.

La salud es un derecho fundamental, lo cual implica el reconocimiento de este derecho a todos ciudadanos que residen en el Estado. La carta magna menciona esencialmente a grupos sociales que requieren de protección particular como por ejemplo las personas mayores, los discapacitados, los trabajadores, las mujeres y los niños. La asistencia pública tiene un alcance extensivo de acuerdo con lo preceptuado en el art. 68 de la constitución, cuando se trate de situaciones anormales como el socorro en caso de catástrofes y accidentes. Estos servicios son una exigencia del modelo del constitucionalismo social asumido por el Estado en su ley suprema.

Sin embargo, muchas de estas obligaciones prestacionales del Estado todavía son motivo de múltiples reclamos de parte de los ciudadanos. En parte se explica en la persistente desigualdad que existe en el Paraguay, y las condiciones de pobreza y pobreza extrema. Según los datos de la Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos (DGEEE) del año 2014, en los resultados de la EPH realizados en ese año, el 22,6% de la población vive en la pobreza y el 10,5% en la extrema pobreza. Subsisten problemas estructurales y sistémicos que obstaculizan el

---

<sup>73</sup> Sentencia de 29 de marzo de 2006 *Fondo, Reparaciones y Costas*.

<sup>74</sup> Sentencia de 17 de junio de 2005 *Fondo, Reparaciones y Costas*.



desarrollo sostenible en muchos sectores de la población, particularmente en lo que refiere al acceso a la salud. En oportunidad de la visita realizada por el Relator Especial de la ONU, en el año 2016, constató enormes desigualdades y discriminaciones en el goce del derecho a la salud, y mostró preocupación por las tendencias regresivas que perjudicaban los logros alcanzados. Indicó que las disparidades se traducían en obstáculos para disponer y acceder a una buena calidad en la atención de la salud, al mismo tiempo señaló la existencia de factores condicionantes para la realización de este derecho como la pobreza, el medio ambiente, la educación y el acceso a la información sanitaria (ONU 2016).

Estos sectores clave y específicos de la población que se encuentran con graves limitaciones para hacer efectivo su derecho a la salud son los niños, niñas, adolescentes, mujeres, discapacitados, el grupo LGTBIQ y los que viven con VIH Sida. Existe una triple discriminación para el acceso a la salud de mujeres, las niñas y las indígenas dada su condición vulnerabilidad.<sup>75</sup> Según estimaciones en el año 2013, en el Paraguay se tenía una tasa de fecundidad total de 2,9 nacimientos por mujer, sin embargo, cuando se tratan de zonas rurales se duplicaba la media nacional. En cuanto a la tasa de mortalidad materna, el Paraguay es uno de los países con mayor índice en la región, con una media de 110 muertes maternas por cada 100.000 nacimientos con vida. Un dato no menor es que son muertes prevenibles, y se deben a causas muchas de ellas a violencia sexual infantil y adolescente. El embarazo en niñas y adolescentes es un problema concurrente en el país, y según datos representan el 20% de muertes maternas a nivel nacional. Esto se agrava debido a la legislación extremadamente estricta en cuanto al aborto que es tipificado como delito. En lo que respecta a las personas del grupo LGTBIQ se enfrentan a barreras importantes para el goce de su derecho a la salud física y mental, referidas especialmente a situaciones de discriminación profundamente arraigadas en la sociedad paraguaya, que generan estigmatización, maltrato y violencia incluyendo al sistema de salud. Al igual que las personas con VIH Sida quienes tiene limitaciones arbitrarias en el acceso al derecho a la salud (ONU 2016).

Los problemas en cuanto a la responsabilidad del Estado para el acceso real al sistema de salud siguen en constante aumento. La inversión en salud es muy baja en comparación con los

---

<sup>75</sup> Sugiero la lectura del texto “Derecho a la salud: exigibilidad y justiciabilidad” (Torales 2009)

países de la región.<sup>76</sup> La inversión pública es de apenas entre el 3% y 4% del PIB. Si bien hubo un pequeño incremento, es aún insuficiente para considerar como financiamiento progresivo. Se hicieron reformas tributarias, pero sin justicia tributaria, pues no hay recursos suficientes para salud en la distribución de la carga tributaria. Los impuestos indirectos siguen siendo la mayor fuente de ingreso fiscal en comparación con los impuestos a las ganancias y que repercute directamente en la baja inversión en salud (Martin Martínez 2019).

En efecto, se dieron casos de judicialización del derecho a la salud de niños y niñas en situación de vulnerabilidad. En el año 2015 se presentaron en el país un total de dieciséis solicitudes de medidas cautelares de protección en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia de la república, en la que se requirieron la internación en las unidades de terapia intensiva (UTI) atendiendo al déficit en el sistema de salud pública con relación al área neonatal. Los pedidos fueron realizados por los progenitores en algunos casos y en otros por los defensores públicos. En todos los casos los jueces dispusieron la internación de los recién nacidos en unidades de terapia intensiva pertenecientes a hospitales privados, con la carga económica para el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (Franco Mancuello 2015). Durante el año 2018 también se presentaron muchas acciones de amparo constitucional por personas que debían realizar tratamientos oncológicos. El medicamento utilizado habitualmente por el Instituto de Previsión Social (IPS) para tratamiento del cáncer había sido sustituido por un “biosimilar”,<sup>77</sup> pero médicos de un hospital público se negaban a recetarlo por no contar con documentos que respalden su eficacia, en tanto que médicos de otro hospital público sí lo estaban recetando. Finalmente se zanjaron los inconvenientes y se procedió a recetarlos. Sin embargo, en mayo de 2018 durante el desarrollo de un taller sobre el uso de biosimilares por el personal médico, se condenó su uso. A raíz de esto, muchos asegurados del IPS presentaron acciones de amparo para requerir que mediante autorización judicial se disponga la provisión del medicamento original, pues habían obtenido la información que el biosimilar era peor y podría matarlos. El poder judicial otorgó los primeros amparos, creando de esta manera un precedente para los siguientes casos. Con su

---

<sup>76</sup> Para una mejor y mayor comprensión sobre la calidad del gasto en salud, puede consultarse la investigación realizada por José Carlos Rodríguez y Roberto Villalba (Rodríguez y Villalba 2016).

<sup>77</sup> Un biosimilar “es un medicamento de origen biotecnológico, producido de acuerdo con exigencias específicas establecidas por la Agencia Europea del Medicamento, referidas a calidad, eficacia y seguridad, y que ha demostrado ser comparable al medicamento innovador de referencia, una vez que la patente ha expirado” (Martin Martínez 2019, 188).

accionar, el poder judicial “coadyuvó a producir una situación de diferenciación en el acceso, pues en algunos casos se hizo lugar al amparo, pero no hubo resolución en tiempo en otros, además ayudó a crear un imaginario de calidad de tratamiento del medicamento original, no basado en criterios médicos” (Martin Martínez 2019, 189).

#### **1.4. El derecho de acceso a la educación y a la cultura.**

El derecho a la educación es aquel que tienen todos los ciudadanos para el desarrollo pleno de su personalidad, y se presenta como un derecho facultad que tiene el individuo para elegir el contenido educativo a recibir, y al mismo tiempo es un derecho prestacional porque el Estado tiene la obligación de generar mecanismos de acceso efectivo e integral a la educación formal. En tanto que la cultura es todo aquello que el individuo produce como parte integrante de la sociedad para satisfacer sus necesidades. En el art. 73 de la Constitución paraguaya “toda persona tiene derecho a la educación integral y permanente dentro de un proceso que se realiza en el contexto de la cultura de la comunidad”. Asimismo, propone algunos fines que son el ideal al que deben aspirar la educación.

Entre los fines de la educación se encuentran (artículo 73): “el desarrollo pleno de la personalidad humana; la promoción de la libertad y la paz; la justicia social como un objetivo educacional; la promoción de la solidaridad, la cooperación y la integración de los pueblos; el respeto de los derechos humanos a los principios democráticos y la afirmación del compromiso con la patria; la identidad formación intelectual, moral y ética; y la no discriminación”. Estos valores que fueron incluidos por la constitución también son normas programáticas orientativas del sistema educativo nacional que necesitan ser llevados a la práctica mediante estrategias, planes y programas inclusivos que permitan el desarrollo integral de todo paraguayo y toda paraguaya.

Encontramos en esta misma parte de protección el derecho social a la educación, *el derecho de aprender*, estipulado en el art. 74, entendido como el derecho de todas las personas a recibir conocimiento, aptitudes y prácticas necesarios para su desarrollo integral, y que comprende un aprendizaje en libertad, en el sentido de que uno es libre de optar por la institución educativa de su preferencia atendiendo a su ideología o religiosidad, y además a rechazar el contenido de la instrucción no deseada. Al mismo tiempo abarca *la libertad de enseñar*, cuyos requisitos son la idoneidad y la integridad en la docencia.

De acuerdo con lo establecido en el art. 75 de la constitución “La educación es responsabilidad de la sociedad y recae en particular en la familia, en el Municipio y en el Estado”. La tarea educativa recae primero en la familia ya que es la célula primaria de la sociedad, pero observamos una responsabilidad conjunta distribuida tanto al municipio como al Estado, como principales responsables de la educación formal en sus distintas manifestaciones. En ese sentido, se estableció la enseñanza escolar básica obligatoria, con escuelas y colegios públicos gratuitos, sumado a la educación en la lengua materna y en los dos idiomas oficiales del Paraguay (español y guaraní) que constituye una novedad importante en el derecho constitucional paraguayo.

La educación técnica y superior está garantizada, tanto la investigación científica y tecnológica así también la extensión universitaria (art. 79). La autonomía de las universidades está garantizada a través de la libertad para la elaboración de sus estatutos y para organizarse, cuenta con autarquía presupuestaria y además con capacidad para elegir acerca del contenido educativo según los fines de la educación paraguaya. Asimismo, se garantiza la libertad de enseñanza y de la cátedra, y se debe prever la constitución de fondos para becas y ayudas para estudiantes de escasos recursos. En lo cultural se deben arbitrar los mecanismos adecuados para la conservación, el rescate del patrimonio y la difusión de la cultura para los cuales no se graban los impuestos, y finalmente la promoción de los deportes.

### **1.5. El derecho al trabajo y la seguridad social.**

Uno de los derechos sociales que también goza de protección constitucional es el derecho al trabajo lícito, libremente escogido y que debe ser realizado en condiciones dignas y justas. Es un derecho que otorga la facultad de elegir la actividad de su preferencia para la satisfacción de sus necesidades básicas. El requisito esencial es la licitud de la actividad pues ello le permitirá disfrutar libremente de los frutos de su labor.

El derecho al trabajo indica que debe ser protegida legalmente en todas sus formas y contiene reglas que deben ser atendidas en todas las relaciones laborales: a) el principio *in dubio pro operario* el cual indica que en los conflictos laborales en caso de duda en la interpretación de las normas debe siempre interpretarse en favor del trabajador; b) el principio de irretroactividad que implica la inmutabilidad de los derechos adquiridos por el trabajador si se sancionan nuevas normas que le sean desfavorables. Estas reglas además de los derechos reconocidos a los

trabajadores son irrenunciables porque buscan evitar renuncias hechas por trabajadores en su propio perjuicio. La imperatividad de los derechos del trabajador implica que el trabajo tiene una función social, porque incluyen intereses personales de los trabajadores y de sus convivientes con dependencia económica.

El Estado tiene la obligación de elaborar políticas que tiendan al pleno empleo y a la formación de profesionales de recursos humanos, dando preferencia al trabajador nacional. Aquí sí encontramos una norma programática que requiere la formulación de políticas efectivas para su cumplimiento, y que incluso puede ser exigible a las instituciones estatales.

La constitución se encargó de garantizar la inclusión de las mujeres y los menores en la protección de los derechos laborales. Los trabajadores y las trabajadoras cuentan con los mismos derechos y obligaciones en el ámbito laboral, y la maternidad goza de protección especial porque comprende la asistencia en salud y los permisos en ese carácter; la mujer no puede ser despedida del trabajo mientras dure el descanso de maternidad. Estas amplias garantías están fundadas en la protección de la persona por nacer y además al nacido. Mediante la legislación laboral que comprenden los códigos de fondo y de forma se ha ocupado de tutelar expresamente los derechos reconocidos y protegidos en la constitución. Así, por ejemplo, se establecieron normativas que prohíben determinadas labores a ser realizadas por las embarazadas especialmente aquellas que pueden afectar tanto en su salud como en la del ser humano en gestación. Incluye además la expresa prohibición de despido de mujeres en condición de embarazo, y sobre todo que esta situación no sea un factor de discriminación para sus relaciones laborales.

En lo referente a las jornadas de trabajo y de descanso, se encuentra establecido en el art. 91 de la constitución, en la cual se dispone una duración máxima diaria que no debe exceder de ocho horas y de cuarenta y ocho horas semanales. Respecto de las actividades insalubres, peligrosas, penosas y nocturnas son reglamentadas especialmente en el Código Laboral. La duración de las jornadas se fundamenta en tres aspectos: un aspecto sicosomático del trabajador, en un aspecto social y en un aspecto económico. El primero referido a que la excesiva jornada laboral genera cansancio extremo y puede tener una consecuencia perjudicial para su salud. El segundo guarda relación con la importancia de que el trabajador cuente con tiempo suficiente para dedicarse a actividades con su familia y para el ocio. El tercer aspecto, en tanto, refiere a que el acceso de la jornada repercute negativamente en la productividad del trabajador.

La retribución del trabajo es un derecho al disfrute de un salario que le asegure al trabajador y a su familia, una existencia en condiciones de libertad y dignidad. Es decir, que el principio de dignidad observamos en casi todos los momentos de vida de protección del trabajador. Además del salario mínimo se garantiza otros derechos como a un aguinaldo anual, remuneración por trabajo insalubre y horas extras, y la bonificación familiar. El trabajo basado en el principio de igualdad nos dice que corresponde igual salario por igual trabajo. Está garantizado además el derecho a la estabilidad y de la indemnización.

La obligación del Estado no está ausente en este capítulo de la constitución porque debe establecerse un régimen de estímulo a las empresas que incentive con beneficios adicionales a sus trabajadores (art. 93). Y esencialmente la creación de un sistema obligatorio e íntegro de seguridad social – art. 94 – tanto para el trabajador dependiente como su familia. Los servicios de salud pueden ser públicos, privados o mixtos, pero en todo caso estarán supervisados por el Estado. Los recursos financieros de los seguros sociales no deben ser desviados de sus fines específicos.<sup>78</sup>

La constitución además contiene normas explícitas acerca del derecho colectivo del trabajo. Así, establece el derecho a formar sindicatos sin que sea necesaria la previa autorización de la patronal, pero no pueden agremiarse los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional fundado en que se trata de un servicio indispensable. Al igual que los trabajadores, los empleadores también tienen la misma libertad. Los sindicatos formados por los trabajadores pueden convenir sobre las condiciones de trabajo y promover acciones colectivas, garantizándose además el derecho a la huelga y el paro.

---

<sup>78</sup> Actualmente en el Paraguay, el sistema de jubilaciones y pensiones se halla compuesto de: “a) un sistema contributivo público, cuyas cajas jubilarías se hallan constituidas individualmente por ley, en todos los casos. El mismo se halla integrado por el Instituto de Previsión Social (IPS), la caja fiscal del Ministerio de Hacienda, la caja bancaria, la caja municipal, la caja parlamentaria, la caja ferroviaria, la caja de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) y la caja de la Itaipú Binacional, b) un sistema contributivo privado, cuyas cajas se rigen por la Ley N° 3472/2008 “DE MUTUALES”. c) un sistema no contributivo, a cargo de la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda, la cual brinda pensiones gratificables de acuerdo con lo dispuesto por el congreso nacional, así como asistencia a veteranos, lisiados y mutilados de la Guerra del Chaco, a herederos de veteranos, lisiados y mutilados” (Llano 2020).

## **1.6. El derecho a la vivienda y la propiedad privada: la cuestión de la tierra y la reforma agraria.**

El derecho a la vivienda es uno de los derechos esencialmente protegidos, el cual se encuentra dentro del capítulo referente al derecho al trabajo en la constitución, pero que a los efectos de un mejor orden considero prudente desarrollarlo en un punto específico y separado, incluyendo la cuestión de la tierra y la reforma agraria. Es obligación del Estado establecer las condiciones para la realización de este derecho, y desarrollar programas de viviendas sociales destinadas a familias de escasos recursos, a través de formas de financiación adecuadas.<sup>79</sup>

La propiedad privada también está garantizada atendiendo a su función económica y social, de acuerdo con los principios del constitucionalismo social que acoge la constitución. El derecho a la propiedad tiene algunas características relevantes: que el titular de la propiedad puede usar, gozar y disponer de tierra y sus frutos, y que la finalidad social y económica implica su carácter individualista determinada por la inviolabilidad. Al mismo tiempo tiene un carácter colectivo porque prevalece el interés de la comunidad ante el interés particular. Se puede privar de la propiedad sólo por causa de utilidad pública o de interés social, pero esta causalidad debe ser prescrita en cada caso por ley. Ambas causas fundamentan la expropiación, entendida como una modalidad limitativa de la propiedad privada e intervencionista del Estado.

Las disposiciones sobre la Reforma Agraria se hallan en la constitución dentro del capítulo referente a la protección de los derechos económicos. Este proceso de reforma implica una alteración del sistema de propiedad y de tenencia de la tierra, cuya finalidad es la de promover el acceso a la tierra por parte de los trabajadores rurales según el principio de equidad en la distribución y mediante la instalación de un sistema íntegro que provea las condiciones necesarias para su concreción. Es uno de los factores fundamentales para lograr el bienestar rural. Se impone, así como una obligación estatal de promover y proteger al sector rural, la cual

---

<sup>79</sup> El Estado paraguayo cuenta con una institución con rango ministerial, la Secretaría Nacional de la vivienda y el hábitat (SENAVITAT) creada por Ley N° 3.909/10, y que es la rectora en política habitacional. Había sustituido al Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI) creada anteriormente por Ley 118/90. Para conocer más sobre esta institución se puede visitar la página web [https://www.muvh.gov.py/?page\\_id=43](https://www.muvh.gov.py/?page_id=43)

representa un 37,9% del total de la población en el Paraguay de acuerdo con los datos de la DGEEC en la última encuesta de hogares realizada en el año 2018.<sup>80</sup>

En el artículo 115 de la constitución se establecen las bases de la Reforma Agraria y el desarrollo rural:

- “1. La adopción de un sistema tributario y de otras medidas que estimulen la producción, desalienten el latifundio y garanticen el desarrollo de la pequeña y la mediana propiedad rural, según las peculiaridades de cada zona;
2. La racionalización y la regularización del uso de la tierra y de las prácticas de cultivo para impedir su degradación, así como el fomento de la producción agropecuaria intensiva y diversificada;
3. La promoción de la pequeña y de la mediana empresa agrícola;
4. La programación de asentamientos campesinos; la adjudicación de parcelas de tierras en propiedad a los beneficiarios de la reforma agraria, previendo la infraestructura necesaria para su asentamiento y arraigo, con énfasis en la vialidad, la educación y la salud;
5. El establecimiento de sistemas y organizaciones que aseguren precios justos al productor primario;
6. El otorgamiento de créditos agropecuarios, a bajo costo y sin intermediarios;
7. La defensa y la preservación del ambiente;
8. La creación del seguro agrícola;
9. El apoyo a la mujer campesina, en especial a quien sea cabeza de familia;
10. La participación de la mujer campesina, en igualdad con el hombre, en los planes de la reforma agraria;
11. La participación de los sujetos de la reforma agraria en el respectivo proceso, y la promoción de las organizaciones campesinas en defensa de sus intereses económicos, sociales y culturales.
12. El apoyo preferente a los connacionales en los planes de la reforma agraria;
13. La educación del agricultor y la de su familia, a fin de capacitarlos como agentes activos del desarrollo nacional;
14. La creación de centros regionales para el estudio y tipificación agrológica de suelos, para establecer los rubros agrícolas en las regiones aptas;
15. La adopción de políticas que estimulen el interés de la población en las tareas agropecuarias, creando centros de capacitación profesional en áreas rurales, y
16. El fomento de la migración interna, atendiendo a razones demográficas, económicas y sociales”.

---

<sup>80</sup> La actividad agroganadera es vital para la economía paraguaya. De acuerdo con los del BID, dicho sector representó el 24% del PIB en 2017 (18,9% agricultura y 5,2% ganadería), y hasta el 25,3% del PIB si se suma la explotación forestal y la pesca (1,2% explotación forestal y 0,04% pesca). Los datos del BM también señalan una información similar si se incluye a la agroindustria, pues su contribución total es del 35% del PIB. En tanto que el sector primario agrícola y ganadero genera alrededor del 15,2% de las exportaciones nacionales. Con respecto del empleo, y según datos de la EPH (2016), el sector primario agropecuario ocupaba el 21,7% de la fuerza laboral del país (26,1% de hombres y 15% de mujeres) (FAO 2020).



Los fines de la Reforma Agraria expresadas en la constitución tienen la virtualidad de ser simplemente fórmulas orientadoras de la acción que tienen la posibilidad de ser ampliadas en la legislación para su concreción. A pesar de las amplias menciones en el texto constitucional, el problema de la propiedad y la tenencia de la tierra siguen siendo recurrente desde la independencia del Paraguay. La desigualdad en la distribución de la tierra es todavía una cuestión inconclusa debido al modelo agroexportador instalado en el país, en el que los agronegocios en manos de unos pocos hacen que exista un desplazamiento de las comunidades campesinas e indígenas a las zonas periféricas, y la utilización del mecanismo de la ocupación como estrategia de lucha por la tierra.<sup>81</sup>

## **2. Los controles entre poderes políticos y los órganos extra-poderes.**

La distribución de funciones entre los poderes del Estado trae como consecuencia el control entre ellos, fundado en el sistema de frenos y contrapesos, *check and balances*, característico del principio de división de poderes. El art. 3 de la Constitución paraguaya determina que el “poder público se ejerce por medio del sufragio y que el gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control”. Es importante realizar un análisis de la constitución respecto de la distribución de poderes y del control recíproco dado que de ello resultará la comprensión del rol político del poder judicial paraguayo. En efecto, coincido con Mendonça Bonnet (1997, 29) cuando considera que son variadas las consecuencias de la ruptura del equilibrio de poder porque dependerá de qué fuerza política obtenga superioridad. En esa puja de poderes si prevalece el ejecutivo podría desencadenar en un régimen autoritario o acarrear una serie de vulneraciones de derechos humanos. Si predomina el legislativo derivaría en una inestabilidad o ingobernabilidad; y si se tratara de la preeminencia del poder judicial se podría caer en una forma de activismo judicial que derivaría en un gobierno caótico de los jueces.

El poder ejecutivo tiene varias atribuciones establecidas en el art. 238, pero revisemos previamente el inciso *1) representar al Estado y dirigir la administración general del país*. La constitución concede la función administrativa o burocrática al ejecutivo que indica un amplio

---

<sup>81</sup> La organización no gubernamental BASE IS lo viene trabajando hace 30 años, en su página web pueden encontrarse distintos trabajos de investigación referente al tema: [www.baseis.org.py](http://www.baseis.org.py)

aparato que regula una multiplicidad de actos de la vida social mediante un instrumento denominado Decreto. Este poder administrador se identifica con el poder político, pero al colocarse el término “dirigir” es indicador de que es el responsable del ejercicio de la administración y que debe dar cuentas de sus actos al poder legislativo (art. 238, inciso 8). En ese sentido, los convencionales constituyentes han restringido sumamente las funciones del poder ejecutivo ante el temor de caer en el error de provocar el hiper presidencialismo de décadas pasadas. A la inversa otorgó mayores poderes al legislativo como veremos más adelante. La carta magna descansa en la idea de atribuir toda autoridad administrativa al poder ejecutivo sobre la base del principio de división de poderes, sin embargo, lo que deriva es en un desequilibrio en la distribución de funciones. Cuando en la teoría política y constitucional vemos una tendencia en dotar de más atribuciones al poder ejecutivo, en Paraguay, ocurre precisamente lo contrario, le hace perder fuerza y en contrapartida aumenta la fuerza del legislativo.

Los incisos 3 y 4 del mismo artículo de referencia, 238, confieren al poder ejecutivo la facultad de participar en la formación de las leyes y la función de vetar, total o parcialmente las leyes sancionadas por el congreso, formulando las observaciones u objeciones que estime conveniente. En la primera atribución es partícipe del proceso legislativo, inclusive tiene la exclusividad en la presentación del proyecto de ley de presupuesto general de gastos de la nación. Es decir que, además de su función administrativa tiene una función cuasi legislativa. En la segunda atribución, tiene el poder de “veto” es decir la potestad de objetar total o parcialmente un proyecto de ley del congreso. Este “poder-facultad” se convierte en la forma de control del poder ejecutivo respecto de la labor del poder legislativo. Este poder reactivo del veto, en el sistema paraguayo, es el más débil del continente. Para que el veto tenga efectividad depende de que no se reúnan las mayorías calificadas de acuerdo con lo establecido en la ley suprema como para revertirlo. [...] “Dichas mayorías varían entre dos tercios de los miembros del congreso (veto con mayor fuerza), dos tercios de los presentes, tres quintas partes de los presentes y mayoría absoluta. El Paraguay se encuentra entre estos últimos, donde el rechazo del veto no presenta grandes dificultades para el Poder Legislativo” (Mendonca Bonnet 2007, 193).

En el inciso 10) tiene la atribución de indultar o conmutar penas impuestas por los jueces o tribunales, la que se constituye en el poder de control sobre el poder judicial, además de

lo dispuesto en el art. 259 inciso 2 en el que se establece la obligación de éste de informar sobre sus gestiones a los poderes políticos.

El poder legislativo, como veremos más abajo, es el poder del Estado que cuenta con mayores atribuciones constitucionales, las que no se reducen solamente a la cuestión legislativa. Además de las atribuciones en congreso (arts. 183 y 202), cada una de las cámaras tiene funciones específicas, tanto la cámara de diputados (art. 222) como la cámara de senadores (art. 224). A los que se suman las facultades exclusivas de control en los art. 192, del pedido de informes, 193 de la citación e interpelación a ministros del poder ejecutivo, 194 del voto de censura, 195 de las comisiones de investigación, y 225 del juicio político.

El poder judicial, en tanto, tiene la función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de los actos normativos emitidos por el poder ejecutivo. El control constitucional, el sistema y la jurisdicción constitucional serán tratados en el siguiente apartado más específicamente.

En este apartado utilizaré las categorías de análisis propuestas por Mendonca Bonnet (1997) respecto del control del ejercicio del poder, pues la clave del equilibrio está en la idea de control. Si el control es excesivo, el poder que ejerza terminará dominando al otro con el peligro del abuso del poder; si, por el contrario, no hay control o es insuficiente, no habrá posibilidad de cuestionar los actos de los poderes en cuestión o no se podrá responsabilizar a los agentes pertenecientes al órgano. Para definir las funciones de control, se ha optado por tres razones: 1) aquellas que se refieren al acto mismo pudiendo declararlo inválido directamente o al menos postergando su vigencia; 2) aquellas que apuntan a la responsabilidad personal del agente que realizó el acto; 3) aquellas que no afectan a la validez inmediata del acto, pero puede dar lugar a su declaración de invalidez o a la responsabilidad del agente.

Así tenemos en la constitución vigente las siguientes funciones de control en Mendonca Bonnet (1997, 38-43):

### **2.1. Funciones de control de los actos del Poder Ejecutivo por el Poder Judicial.**

- a) Acción de inconstitucionalidad, establecida en los arts. 132, 259 inc. 5, y 260 inc. 1 y 2.
- b) Acciones de amparo, habeas corpus y habeas data, dispuestas en los art. 133, 134 y 135.

c) Contendas de competencia, establecida en el art. 259 inc. 9.

Supervisión de Institutos de detención y reclusión, establecido en el art. 259 inciso 8.

## **2.2. Funciones de control de los actos del Poder Ejecutivo por el Poder Legislativo.**

a) Tratamientos de proyectos de ley enviados por el poder ejecutivo, el proyecto de presupuesto general de gastos de la nación, art. 202 inc. 5 y art. 216.

b) Organización de la administración de la república para la creación de entes descentralizados y el ordenamiento del crédito público, art. 201 inc. 12.

c) Juicio político, art. 225.

d) Pedido de informes, art. 192.

e) Citación a interpelación a ministros, art. 193.

f) Voto de censura, art. 194.

g) Comisiones de investigación, art. 195.

h) Aprobación o rechazo del detalle y justificación de los ingresos y egresos de las finanzas públicas sobre la ejecución del presupuesto, art. 202 inc. 20.

i) Autorización para intervenir municipios y departamentos, arts. 158 y 165.

j) Autorización para destituir gobernadores, arts. 160 y 161.

k) Autorización para ausentarse del país, art. 233.

l) Aprobación, rechazo o levantamiento del Estado de Excepción, art. 288.

m) Aceptación o rechazo de la renuncia del presidente y vicepresidente, art. 202 inc. 16

n) Acuerdo para nombramiento de funcionarios dependientes del Ejecutivo, art. 202 inc. 17 y 224 inc. 2, 3, 6 y 7.

ñ) Determinación del número y funciones de los ministros, art. 240.

o) Informe sobre la situación general del país, sobre la administración y los planes de gobierno, arts. 202 inc. 15 y 238 inc. 8.

p) Autorización para decretar el estado de Defensa Nacional o concertar la paz, art. 202 inc. 7.

q) Acuerdo del senado para recibir jefe de misiones diplomáticas, admitir cónsules y designar embajadores, art. 202 inc. 7.

r) Aprobación o rechazo de acuerdos y tratados internacionales, art. 202 inc. 9 y 224 inc. 1.

- s) Aprobación o rechazo de la contratación de empréstitos, art. 202 inc. 10.
- t) Autorización para la concesión de explotación de servicios públicos o de bienes del Estado, así como la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseosos, art. 202 inc. 11.
- u) Autorización para enviar fuerzas militares paraguayas al exterior y para el ingreso de tropas extranjeras al país, art. 224 inc. 5 y 183 inc. 3.
- v) Publicación de leyes en sustitución del poder ejecutivo, art. 213.

### **2.3. Funciones de control de los actos del Poder Legislativo por el Poder Judicial.**

- a) Acción de inconstitucionalidad, art. 132.
- b) Acción de amparo, con excepción del proceso de formación y sanción de las leyes, art. 134.
- c) Acción de habeas data, art. 135.
- d) Acción por violación de las incompatibilidades e inhabilidades, o uso indebido de influencias, vía justicia electoral art. 273.
- e) Declaración de incapacidad por la Corte Suprema de Justicia para la remoción de senadores y diputados, art. 190.

### **2.4. Función de control de los actos del Poder Legislativo por el Poder Ejecutivo.**

- a) Veto de las leyes, arts. 208 y 209.

### **2.5. Funciones de control de los actos del Poder Judicial por el Poder Legislativo.**

- a) Juicio político a los ministros de la Corte Suprema de Justicia y a los miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, art. 225.
- b) Enjuiciamiento a los demás magistrados judiciales, art. 253.
- c) Citación e interpelación (excepto en materia jurisdiccional), art. 193.
- d) Informe (excepto en materia jurisdiccional), art. 192.
- e) Investigación (excepto en materia jurisdiccional), art. 195.
- f) Determinación de la estructura y función de los magistrados judiciales, art. 265.
- g) Recibir memoria anual sobre las gestiones, el estado y las necesidades de la justicia, art. 259 inc. 2.

## 2.6. Funciones de control de los actos del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo.

a) Indulto, art. 238 inc. 10.

b) Recibir memoria anual sobre las gestiones, el estado y las necesidades de la justicia, art. 259 inc. 2.

Es evidente que este esquema muestra la exorbitante atribución que la constitución ha dado al poder legislativo, con lo cual, como ya he dicho, genera más bien un desequilibrio en la distribución de funciones. Si antes de la Constitución de 1992 hablábamos del poder del presidente, queriendo concentrar en él todos los poderes, ahora podemos decir que estamos ante “el Poder del Congreso de la República”. Mediante los tres criterios de análisis mencionados por el autor de referencia dejan a la balanza totalmente puesta en el legislativo. El poder ejecutivo por su parte tiene que esperar a obtener mayorías parlamentarias para el apoyo a cualquier iniciativa legislativa, por el contrario, si no la tiene, trata de generar consensos con los partidos de la oposición.<sup>82</sup> Una ventaja que tiene el partido de gobierno actual, el partido colorado,<sup>83</sup> es que cuenta con amplia cantidad de escaños en el legislativo, pero en contrapartida dentro del seno del mismo partido se dividen en bancadas o facciones políticas que muchas veces bloquean al ejecutivo.

El poder judicial aumentó sus facultades de control, aunque algunas tienden a reforzar su independencia, otras en cambio son marcadamente políticas. La acción de inconstitucionalidad que tiene el efecto de invalidar las decisiones legislativas y ejecutivas hace que el poder judicial interfiera en asuntos de naturaleza política, cuestiones que serán justiciables o no conformes a las consideraciones de la propia institución judicial, y que desemboca en la judicialización de la política. En muchos fallos la Corte Suprema de Justicia ha declarado que no admite las cuestiones políticas no justiciables.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Sobre la cuestión de gobernabilidad, que no es tema tratado aquí pero importante de análisis, puede consultarse el trabajo de (Mendonca Bonnet 2007).

<sup>83</sup> El único periodo de gobierno que no estuvo el partido colorado al frente del ejecutivo fue en 2008-2013, cuando asumió el obispo Fernando Lugo quien había agrupado a distintas fuerzas políticas creando un movimiento de coalición (Alianza Patriótica para el Cambio) sin embargo, la ANR tenía mayoría parlamentaria en la distribución de escaños del congreso, en la cámara de diputados logró colocar a 30 de un total de 80, y en la cámara de senadores a 15 de un total de 30, hecho que fue crucial para la ingobernabilidad de ese periodo además de contribuir al resquebrajamiento de las fuerzas políticas y la salida de Lugo por juicio político (López 2020).

<sup>84</sup> Acuerdo y Sentencia N° 184 del 31 de julio de 1995, Sala Constitucional, en el juicio: Acción de Inconstitucionalidad promovida por Osvaldo Ferras, Intendente de San Lorenzo contra Resolución de la Cámara de Diputados; Acuerdo y Sentencia N° 185 del 31 de julio de 1995, Sala Constitucional en el juicio: Acción de

A las funciones de control explícito entre poderes se añadió la creación de varios “órganos extra-poderes” pero que, vinculados a los poderes políticos, resulta que colaboran en el control. La constitución creó las siguientes instituciones: Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República y Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

El Defensor del Pueblo es un comisionario parlamentario nombrado por el poder legislativo cuya función es la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios. No tiene función judicial ni competencia ejecutiva (arts. 276 y 277). Entre sus atribuciones encontramos la de recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos sobre violación de los derechos humanos; requerir informaciones a las autoridades en sus diversos niveles; emitir censura pública por actos o comportamientos o actos contrarios a los derechos humanos; e informar anualmente de sus gestiones a las cámaras del congreso. Esta institución es un órgano de control indirecto del congreso porque además de ser designado por este poder del Estado, también le debe rendir cuentas de sus gestiones. Por otra parte, desde el momento en que su función principal es la defensa de los derechos humanos se convierte en contralor de los actos del poder ejecutivo ante posibles violaciones de derechos.

La Contraloría General de la República es el órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado de los departamentos y las municipalidades (art. 281). Se convierte en control indirecto del poder legislativo hacia el ejecutivo porque tanto el Contralor como el Sub-Contralor son designados por el congreso, y debe recibir informes del poder ejecutivo de la liquidación del presupuesto general de gastos de la nación correspondiente al ejercicio fiscal anterior. Es una institución que vigila al poder administrador.

---

Inconstitucionalidad promovida por Félix Vera Cantero, intendente municipal de Salto del Guairá c/ Resolución de la Cámara de Diputados; Acuerdo y Sentencia N° 415 del 02 de diciembre de 1998, Sala Constitucional, en el juicio: Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto N° 117 de fecha 18 de agosto de 1998 dictado por el Poder Ejecutivo, presentado por el Congreso Nacional; Acuerdo y Sentencia N° 428 del 26 de junio de 2006, Sala Constitucional en el juicio: Acción de inconstitucionalidad contra la ley 224/2004. Expediente N° 391-2005, Sala Constitucional; Acuerdo y Sentencia N° 404 de fecha 30 de agosto de 2010, en el juicio: Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: Nicanor Duarte Frutos c/ Resolución N° 650 del 27/06/2008 y la derivada Resolución N° 54 del 26/08/2008, dictadas por la honorable Cámara de Senadores. Esta resolución fue objeto de muchos cuestionamientos en su momento porque se advirtió sobre la politización de la justicia, en el que el poder ejecutivo teniendo a su favor la mayoría de miembros de la Corte consiguió la decisión favorable, sobre esto puede consultarse un trabajo que he realizado en el año 2001 (Franco 2011); Acuerdo y Sentencia N° 1807 de fecha 12 de noviembre de 2012, en el juicio: Acción de Inconstitucionalidad en: Ernesto Martínez Martínez y otros c/ Poder Ejecutivo, Decreto N° 1490 de fecha 13/02/09 s/ Amparo. Todas estas sentencias se encuentran en acceso abierto en la página web del Poder Judicial en el que pueden ser consultados: [www.pj.gov.py](http://www.pj.gov.py)

El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (JEM) es el órgano encargado del enjuiciamiento y remoción de los magistrados judiciales (art. 253). La normativa constitucional sólo dedica un artículo para este órgano extra poder, pero desarrolla ampliamente sus atribuciones, competencia y procedimiento en la Ley 3759/2009. Se conforma de nueve miembros: dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, dos miembros del Consejo de la Magistratura, dos senadores y dos diputados, estos últimos deben ser abogados. El JEM es “un órgano con competencia para ejercer el control de la idoneidad del magistrado judicial, tanto en el desempeño de sus funciones, como en su conducta privada, cuando sus acciones afecten al decoro y la dignidad de la función ejercida” (Ramírez 2002). Desde el punto de vista externo, podemos decir que el JEM es un órgano de control de los actos del poder judicial por el legislativo porque la mitad de sus miembros son legisladores. Es de carácter político porque sus decisiones no son judiciales ni administrativas, y no pueden ser recurridas salvo por acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.

“El Jurado no es un tribunal y sus fallos no son recurribles y siendo solamente admitida la acción de inconstitucionalidad, nos encontramos ante un proceso que no tiene carácter judicial ni administrativo, ya que el Jurado aprecia la conducta del magistrado [...] para determinar si se hallan o no acreditadas las causales invocadas en el proceso o apreciar si el imputado reúne las condiciones de honorabilidad y confianza que debe inspirar un juez para permanecer en sus funciones. Resulta claro que el Jurado, al remover a un magistrado en estas condiciones, no establece la responsabilidad administrativa o de la función, sino la responsabilidad política del mismo” (López Cáceres 2000, 132).

Estos órganos considerados extra-poderes cumplen una función de control y dependen como vimos de algunos de los poderes del Estado, sea por su designación, composición o atribución constitucional.

### **3. La justicia constitucional: la función de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.**

#### **3.1. El sistema de control constitucional y el órgano competente.**

La justicia constitucional es una herramienta sustentada en el constitucionalismo contemporáneo. En ese sentido, la Constitución del 92 confirió el control de constitucionalidad a



un órgano del Estado, es decir, al poder judicial, en cuya cúspide se encuentra la Corte Suprema de Justicia como órgano máximo, que se divide en tres salas, una de las cuales es la Constitucional. Partimos del siguiente enunciado afirmativo: el control constitucional está a cargo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema mediante la acción de inconstitucionalidad, mecanismo establecido en el art. 132. Esta disposición se encuentra ubicada dentro del Capítulo XII “De las Garantías Constitucionales”, en la parte dogmática referida a los derechos fundamentales, y dispone: “De la inconstitucionalidad: La Corte Suprema de Justicia tiene la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley”. Se concibe a la acción de inconstitucionalidad como un instrumento procesal para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, cuando las mismas sean contrarias a las disposiciones constitucionales. Es una herramienta de tutela de derechos fundamentales ejercida por los ciudadanos que se consideren lesionados por una ley, decreto o reglamento, o una resolución judicial, y mediante la cual pueden acudir ante la Corte Suprema para requerir la protección de sus derechos. Como observamos, el art. 132 confiere el ejercicio del control constitucional a la Corte Suprema de Justicia, y se apoya además en el art. 259 inc. 5 en el que se expresa: *conocer y resolver sobre inconstitucionalidad*. La cuestión controversial que subyace es si es toda la Corte Suprema en pleno quien tiene autoridad para dicha facultad, o es finalmente la Sala Constitucional que por imperio del art. 260 es el órgano encargado de controlar los actos de los otros poderes. Surge un dilema que debe ser resuelto. Mendonca Bonnet (2012) resuelve este dilema armónicamente: “El problema no tiene solución mediante ninguno de los principios aplicables en caso de antinomia de normas: el de la *lex superior*, el de la *lex posterior* y el de la *lex specialis*, debido a que las tres normas se encuentran en la propia constitución: ninguna es posterior, superior ni especial con relación a las otras. La solución vino a través de la Ley N° 609/95 “Que Organiza la Corte Suprema de Justicia”. La ley de referencia provino en el ejercicio de la atribución legislativa (art. 202.2 de la constitución) por la que dispone cuáles son los casos en que la Sala Constitucional puede ser ampliada, y es que sea solo a solicitud de sus miembros. La Sala decide todas las cuestiones de constitucionalidad siendo un órgano cuya especialidad es otorgada por la constitución.

A primera vista, pareciera que la constitución consagra el principio de supremacía judicial, es decir, otorgaría a la Corte Suprema de Justicia la facultad exclusiva de interpretarla con carácter definitivo en materia constitucional, normativa que nos lleva a otra disposición constitucional que es el art. 247 en la que se establece que “el Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir”. Este artículo –en apariencia– supondría que erige al poder judicial en una especie de “guardián de la constitución”, pero lejos está de serlo porque la propia normativa explícitamente no menciona que tenga la última palabra, lo cual nos indica de que tampoco podemos hablar categóricamente que estamos en presencia de una supremacía judicial en términos kelsenianos, y deja en evidencia que el sistema de control constitucional es más parecido al norteamericano, a pesar de que descansa en un órgano en forma concentrada y no tiene en cuenta los precedentes o *stare decisis* propio de los países del *common law*.

Es un sistema *híbrido* de control constitucional, pues por un lado es un órgano específico - la Sala Constitucional – quien tiene la facultad exclusiva de ejercer dicho control con efectos limitados o para el caso concreto; pero por otra parte, la misma constitución establece otros mecanismos de tutela efectiva de derechos como son las acciones de amparo, habeas corpus y habeas data que son atendidas por los juzgados de primera instancia donde finalmente los magistrados de la Sala Constitucional comparten su competencia en cuanto a protección de derechos fundamentales. El sistema adoptado es una mezcla entre ambos modelos de justicia constitucional, el austríaco y el norteamericano, es decir, una combinación de sistemas concentrado y difuso. Concentrado porque es la Sala Constitucional la encargada de realizar el control constitucional y difuso porque cede la tutela efectiva mediante el amparo, el habeas corpus y el habeas data.

El sistema de nombramiento de los miembros de la Corte Suprema es parecido a la burocracia norteamericana pues los magistrados de esta alta corte, quienes llevan el título de “Ministros” de acuerdo a la nominación de la constitución (art. 258), son elegidos por el senado con acuerdo del poder ejecutivo. Intervienen los dos poderes políticos, la rama legislativa compuesta por una de las cámaras, la cámara de senadores es la encargada de designar a quien integrará la Corte Suprema previa selección de ternas por el Consejo de la Magistratura, luego de la elección a partir de dicha terna, el nombre del designado es enviado al presidente de la

república para que preste su acuerdo respectivo. En este proceso, además de los poderes ejecutivo y legislativo, actúa un órgano extra-poder, el Consejo de la Magistratura que es el encargado de realizar la selección de los candidatos basada en la idoneidad, méritos y aptitudes (art. 264 inc. 1), de acuerdo con reglamento de este órgano.<sup>85</sup>

### **3.2. Tipos de control de constitucionalidad según la cuestión sometida a judicialización:**

Los tipos de control según esta clasificación encontramos en el art. 260 de la constitución que establece los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

“1) Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución, en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso”.

“2) Decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución”.

#### **3.2.1. Constitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos.**

El control judicial constitucional se ejerce sobre un acto determinado. Esta función de control es realizada a los actos de otros poderes del Estado, es decir, a *los actos normativos*. Es un elemento de equilibrio entre poderes, fundado en el principio de división de poderes establecido en el art. 3, y es además un mecanismo adecuado para la protección de los derechos fundamentales. Los jueces constitucionales intervienen en su carácter de órganos de control para poder valorar las decisiones políticas, sociales y económicas de quienes ejercen el poder político, para defender y preservar en su caso la supremacía de la constitución.

---

<sup>85</sup> Las reglamentaciones para la conformación de las ternas para ministros de corte fueron cambiando durante los últimos años. No fue sino a partir del año 2014 que se fue transparentando el sistema coincidente con la nueva legislación de Acceso a la Información Pública. Antes de ello, la elección de ternas era una cuestión hermética. El Consejo de Magistratura no contaba con ningún reglamento por escrito y la selección se hacía a puertas cerradas, pero luego han elaborado algunos reglamentos que permitieron la participación de la sociedad civil en este proceso en el sentido de que han publicado los puntajes de los candidatos para que cualquier ciudadano pudiera verificar y realizar alguna denuncia si lo ameritaba. El reglamento vigente divide en diferentes etapas la elección: la primera corresponde a la evaluación de idoneidad en donde la suma del puntaje del postulante corresponde hasta un máximo de 60 puntos; una segunda etapa de evaluación de conocimientos generales dado por un examen escrito sobre temas jurídicos, de gobierno y de gestión institucional; una tercera etapa en la que los postulantes se exhiben en audiencias públicas con un valor de hasta 20 puntos, en el cual se puede designar un tribunal de honor compuesto por juristas nacionales o internacionales de renombre; y una evaluación integral de parte del Consejo de la Magistratura que suma hasta 20 puntos. Concluidas las etapas, y habiendo obtenido un mínimo de 70 puntos, los postulantes estarán habilitados para ser considerados en la integración final de la terna (AgendaPy 2019).

El control judicial constitucional es un instrumento de control político porque impone la autoridad de la constitución a los demás poderes del Estado, y por lo tanto sus efectos plasman una decisión eminentemente política. En efecto, cuando la Corte Suprema proclama y ejerce semejante derecho de control, deja de ser mero órgano de ejecución de decisiones políticas y se convierte, por derecho propio, en órgano de poder. En tanto y en cuanto el control judicial se aplica a decisiones políticas, sean legislativas o ejecutivas, los tribunales en lo constitucional adquieren una función de órgano de control con poder político (Mendonca 2018). La Sala Constitucional en el ejercicio de esta función política declara inconstitucional la ley, decreto o reglamento contrarios a la constitución. Es un actor clave para remediar la vulneración de los derechos individuales, pero su poder político frente a otras ramas de gobierno se ve efectivamente limitado por el marco institucional vigente.

Mientras que el poder legislativo puede adoptar políticas de dudosa constitucionalidad con alcance general, la Sala Constitucional solamente puede revertir estas políticas en casos particulares (Pérez-Liñan *et al* 2018).<sup>86</sup>

### **3.2.2. Constitucionalidad de las actuaciones judiciales, sean sentencias definitivas o interlocutorias.**

La constitución dispone un control al interior del propio poder del Estado, el judicial. Es decir, se trata de un control “intra-órgano” a los que integran el sistema judicial, los órganos jurisdiccionales. Al respecto, es muy ilustrativa la explicación de Lezcano Claude (2000) al referirse a este control como aquél que está orientado a la verificación de los actos de los juzgados y tribunales inferiores, producto de la actividad judicial.

Las resoluciones judiciales pueden ser definitivas o interlocutorias. Las sentencias definitivas son aquellas que ponen fin al proceso, en tanto, los autos interlocutorios son resoluciones dictadas dentro del transcurso del procedimiento. La acción contra resoluciones judiciales puede presentarse en todos los fueros: civil, penal, administrativo, electoral, niñez y adolescencia y laboral. Cuando se traten de resoluciones dictadas por el Tribunal Superior

---

<sup>86</sup> En la investigación desarrollada por Pérez-Liñan y otros (2018) se optó por un estudio cuantitativo de las acciones de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, normas y reglamentos para demostrar un activismo judicial importante de la corte mencionando que es uno de los tribunales más activistas del mundo. En esta tesis no sigo la misma metodología de análisis, pero recojo algunas conclusiones válidas para sustentar el análisis normativo y cualitativo que posteriormente se reflejará en la parte final del trabajo.

Electoral, órgano máximo de la Justicia Electoral, las acciones deben ser estudiadas por el pleno de la corte, por los nueve miembros en una suerte de extensión de la Sala Constitucional. Si se tratan de fallos emitidos por los juzgados y tribunales electorales, las acciones son estudiadas sólo por la Sala Constitucional. El requisito para la procedencia de la acción en estos casos es que las resoluciones judiciales sean por sí mismas contrarias a la Constitución. Así lo determina la norma infraconstitucional, el Código Procesal Civil (CPC), ley que establece el procedimiento a seguir en la jurisdicción constitucional.

### **3.3. Efectos y alcance de la declaración de inconstitucionalidad.**

El efecto de la declaración de inconstitucionalidad es para el caso en concreto o *inter partes*. Implica que la decisión tomada por la Sala Constitucional sea la declaración de inaplicabilidad de una norma o la nulidad de un acto judicial, sólo afectará a la parte que ha planteado la acción. Si alguna otra persona física o jurídica se considere agraviada por la misma ley, decreto o reglamento, o actos emanados del legislativo o ejecutivo, tendrá que presentar cada uno por su propio derecho el pedido de control constitucional. El criterio dominante es que cuando una norma de carácter general es sometida a la decisión de la Sala Constitucional, la sentencia será *inter partes*. Pero, por otra parte, la Corte Suprema, en varias sentencias, consideró que las normas de carácter general tengan efectos *erga omnes*, sacando la norma del sistema jurídico, por aplicación directa del art. 137 in fine que establece: “carecen de validez todas las disposiciones y actos de autoridad pública opuestos a lo establecido en esta Constitución”.<sup>87</sup> La tesis a favor de esta postura sostenida en algún tiempo se fundamentó en el art. 259 inc. 5 de la constitución. El asunto se complica cuando se examina este artículo juntamente con el art. 260 que prescribe expresamente que la Corte Suprema solo puede disponer la inaplicabilidad de la ley para el caso concreto. Los ministros argumentaron que el art. 137 tutela el principio de supremacía constitucional, que no es más que el desarrollo de otro principio de similar naturaleza, el principio de Estado de derecho. En tanto que el art. 260 es solamente una norma de competencia de un órgano interno de la Corte Suprema, es decir, la Sala Constitucional.

---

<sup>87</sup> Los casos en donde la Sala Constitucional ha conferido efecto *erga omnes* a las sentencias son las siguientes: Acuerdo y Sentencia N° 183 de fecha 1 de julio de 1994, Acuerdo y Sentencia N° 415 de fecha 2 de diciembre de 1998, Acuerdo y Sentencia N° 222 de fecha 05 de mayo de 2000. Esta tesis coincide con el periodo en que la Corte Suprema estaba integrada por los magistrados designados en el año 1995 cuando la máxima instancia judicial había sido “reformada” sobre la base del pacto de gobernabilidad. Véase en Franco Mancuello (2011).

Asimismo, realizaron una operación interpretativa de la constitución mediante la regla de la ponderación, al tratarse de bienes jurídicos de la misma jerarquía, y otorgaron prevalencia al art. 37 para conferir el efecto *erga omnes* a sus decisiones. En este caso, admitir el efecto *inter partes* estaría violando el principio de igualdad.

Dentro de los efectos también podemos distinguir otros dos tipos: los efectos con relación a la demanda y los efectos de la sentencia. Esta distinción se realiza a partir de la ley de procedimientos, el CPC. En cuanto a los *efectos de la demanda* será suspensivo en el caso de resoluciones judiciales siempre que sean definitivos; en tanto que, si se trata de actos normativos, la Sala Constitucional decide, a petición de parte, la suspensión o no de sus efectos. Si se tratare de una excepción de inconstitucionalidad, el efecto suspensivo se podrá dar en dos supuestos: a) la ley N° 1500/1999 que regula el hábeas corpus dispone en su art. 14 que no tendrá efecto suspensivo la acción de inconstitucionalidad que se promueva en contra de sentencias definitivas que concedan el hábeas corpus; b) la ley N° 635/1999 “Código Electoral”, en su art. 73 establece que “la acción de inconstitucionalidad planteada contra las resoluciones recaídas en juicio de amparo no suspenderá el efecto de la misma, salvo a petición de parte, cuando la Corte Suprema dispusiera lo contrario para evitar gravámenes irreparables de notoria gravedad y que lesionen los intereses generales del país”. Los *efectos de la sentencia*, cuando se refieran a actos jurisdiccionales, éstos serán declarados nulos; y si se aluden a actos normativos la declaratoria es de inaplicabilidad.

### **3.4. Vías procesales para el control constitucional.**

En el CPC se regulan dos vías para el acceso a la justicia constitucional: *la impugnación por vía de la acción y la impugnación por la vía de la excepción*. La primera se halla expresamente reconocida en el art. 260 de la constitución y consiste en la acción promovida por toda persona que se sienta lesionada en sus legítimos derechos, por leyes u otros actos normativos que infrinjan en su aplicación los principios o normas constitucionales. La demanda debe presentarse directamente ante la Sala Constitucional de la CSJ. La acción es viable contra las normas de carácter general y especial, así como las reglamentaciones; y además puede proceder en contra de actos judiciales, es decir, decisiones de los jueces de inferior jerarquía y deben reunir ciertos requisitos como ser: “que por sí mismas sean violatorias de la constitución, y las que se hallen fundadas en actos normativos contrarios a la constitución”. La impugnación por

vía de la excepción es un mecanismo procesal de defensa y debe incoarse en un proceso ordinario de cualquier fuero, dirigida en contra de actos normativos que considera violatorios de garantías establecidas en la constitución. La excepción no procede contra resoluciones judiciales, porque éstas deben ser impugnadas exclusivamente por medio de la acción.

La acción es una demanda de naturaleza autónoma y debe cumplir los mismos requisitos para la presentación de una demanda civil, dado que se rige por el procedimiento civil. Todavía el Paraguay no cuenta con una normativa especial que regule la jurisdicción constitucional. El CPC es anterior a la constitución y por lo tanto ya no refleja los cambios ideológicos introducidos por la ley fundamental.

La excepción es un mecanismo de defensa que tienen las partes dentro de un proceso ordinario. El CPC establece que puede plantearse en cualquier fuero, pero en lo que hace al fuero penal la excepción no está prevista. Los redactores del Código de Procedimientos Penales (CPP) vigente desde 1998 no incluyeron dentro de las excepciones oponibles dado que se estaba experimentando un cambio en el sistema penal, se ha pasado de un sistema inquisitivo escriturista a un acusatorio oral y público, en donde ya se no justificaba un planteamiento de tal naturaleza.

### **3.5. Otros mecanismos de acceso a la justicia constitucional.**

Los mecanismos que se encuentran expresamente en la constitución hemos individualizado en la acción y la excepción, además de las garantías constitucionales, como el amparo, habeas corpus y habeas data. Existen además otras formas de acceso a la justicia constitucional que han sido construidos mediante la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Estas son la consulta constitucional y la acción declarativa de certeza constitucional.

#### **3.5.1. La consulta constitucional: ¿un mecanismo de acceso?**

La consulta constitucional consiste en una facultad conferida a los jueces y tribunales en virtud de lo establecido en el art. 18 del CPC, por el que pueden remitir el expediente a la Corte Suprema para verificar la constitucionalidad de una ley antes de su aplicación. Puede ocurrir por ejemplo que para los juicios de amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento para lo cual los jueces pueden acudir a la Sala Constitucional en “consulta” y ésta es quien determina si es constitucional o no. Una definición apropiada nos otorga Mendonca (2000, 85) “La consulta constituye en realidad, en estos casos, un

sometimiento ex officio que hace el tribunal incompetente, al tribunal competente, para que quede establecido por éste si la ley invocada al caso es constitucional o inconstitucional, de manera que, si resulta lo segundo, el tribunal incompetente pueda exonerarse de su aplicación”.

Este instrumento ha sido utilizado con frecuencia por los jueces como medio para excitar el control constitucional de las normas jurídicas que deben aplicar en los procesos sometidos a su decisión. Por ejemplo, la Ley N° 2421/204 de reordenamiento administrativo y de adecuación fiscal, que en su art. 29 limita los honorarios en los juicios en los que fuere parte el Estado, al cincuenta por ciento del mínimo legal, motivó diversas peticiones de consulta (Torres Kirmser y Fossati López 2012). La Sala Constitucional en estos casos ha determinado los efectos de su decisión en el sentido de declarar o no la inconstitucionalidad de la norma requerida en consulta. Le otorgó efectos de sentencia declaratoria de constitucionalidad, y una forma de ejercer indirectamente el control constitucional. Es entonces un mecanismo de acceso a la jurisdicción constitucional.

El art. 18 del CPC señala lo siguiente: “Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte, remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos en el art. 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales”. Esta disposición remite al art. 200 de la Constitución de 1967 pues el CPC es anterior a la vigente que –como hemos dicho- es del año 1988.<sup>88</sup> Naturalmente presenta un conflicto interpretativo que no puede zanjarse sino con una reforma del CPC o una reforma constitucional, sea eliminando esa facultad judicial o incorporando al texto constitucional el mecanismo de consulta constitucional.

A partir de la jurisprudencia, la consulta constitucional se convirtió en un mecanismo de acceso a la jurisdicción constitucional. “No se puede imponer al juzgador una suerte de abdicación constitucional subordinando al control de constitucionalidad exclusivamente a petición de parte porque sería tolerar la violación del deber constitucional del juzgador de fundar sus fallos” (Torres Kirmser y Fossati López 2012).

---

<sup>88</sup> Art. 200 de la Constitución del 67. La Corte Suprema de Justicia tendrá facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución, en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Corte Suprema de Justicia, y por excepción en cualquier instancia, y se elevaran sus antecedentes a dicha Corte. El incidente no suspenderá el juicio, que proseguirá hasta el estado de sentencia.



### **3.5.2. La acción declarativa de certeza constitucional: ¿un mecanismo de acceso?**

Las acciones meramente declarativas o sentencias declarativas fueron utilizadas como una herramienta de interpretación constitucional por los interesados en conocer cuál es el alcance de una determinada disposición constitucional que le afecta. En el derecho procesal constitucional paraguayo no existe como una institución jurídica ni como mecanismo de acceso a la justicia constitucional. La cuestión se dio a partir de una sentencia dictada por la Corte Suprema en el año 1999 la que analizaré en el último capítulo juntamente con todo el universo de fallos dictados utilizándose esta figura.

Las sentencias declarativas o meramente declarativas son aquellas que tienen por objeto la pura declaración del derecho. En rigor, todas las sentencias contienen una declaración del derecho como fundamento de la decisión principal, pero las sentencias declarativas se limitan a la mera declaración y es admitida ante la existencia de un estado de incertidumbre jurídica, que no pueda ser solucionado sino a través de un fallo judicial (Mendonca y Apud 2017). Es utilizada como una herramienta para asegurar la supremacía constitucional con un objetivo interpretativo de la norma cuando su alcance es controvertido y requiere el cese del estado de incertidumbre respecto de su aplicación. En efecto, en el ordenamiento jurídico paraguayo la acción meramente declarativa se encuentra inserta en el art. 99 del CPC en los siguientes términos: “Acción puramente declarativa. El interés del que propone la acción podrá limitarse a la declaración de la existencia o no existencia de una relación jurídica, o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento”. La finalidad declarativa de esta acción es su efecto de cosa juzgada material de tal modo a poner certeza respecto a la existencia de un derecho o de una relación jurídica o la declaración de autenticidad o falsedad de un documento. La pretensión declarativa estará satisfecha cuando se pone fin a la incertidumbre y se obtenga una seguridad jurídica sobre un punto controvertido. Su efecto no es pues una declaración de constitucionalidad o no de una ley, norma o reglamento. No se ejerce el control constitucional puro según lo establecido en la constitución sino más bien se pretende disipar una duda insuperable para un caso en específico y esta labor también es ejercida por la Corte Suprema. La función interpretativa de la Corte Suprema está dada en virtud del art. 247 de la constitución.

El procedimiento que seguir tampoco es determinado ni por la constitución ni por el CPC. La evidencia jurisprudencial muestra que de acuerdo con los precedentes de la Corte Suprema

desde el año 1999 a 2019 se utilizó el mismo procedimiento para las acciones de inconstitucionalidad previsto en el art. 260 inciso 1, es decir, el mismo tratamiento que se otorga para los casos de impugnación de leyes. Es un trámite de naturaleza constitucional con efectos interpretativos. Es una herramienta que bien puede ser utilizada por los ciudadanos siempre que se refiera a un caso en particular para la defensa de sus derechos y garantías constitucionales y en salvaguarda de la supremacía constitucional.

## **CAPÍTULO V. JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN PARAGUAY.**

La función de la justicia constitucional en Paraguay tiene una profunda transformación en el contexto democrático, pues de ser una CSJ limitada a una función de mera aplicación de la norma, pasa a intervenir en conflictos que anteriormente estaban vedados a otros actores políticos y se vuelve un actor clave en el proceso de democratización y consolidación del Estado de derecho. La explicación parte en principio de que la transformación constitucional se dio a partir de la democracia y de la sanción de la Constitución de 1992, pues por primera vez en su historia el Paraguay estaba comenzando a vivir en un régimen democrático, y principalmente por la integración de la primera CSJ en el año 1994 dado por un acuerdo entre todos los sectores y actores políticos e institucionales que supuso la conformación de la alta corte con juristas versados en el área y que gozaban de la aceptación de la comunidad jurídica y ciudadana. La importancia aquí de quiénes integran la corte es sumamente crucial. Podemos decir que no es sino desde 1994 que se constituyó en lo que conocemos verdaderamente como una corte o tribunal Constitucional con sus características convirtiéndose en una justicia transformadora.

Coincido con Alterio (2019, 449) en el sentido de que el término “transformación constitucional” puede resultar ambiguo,<sup>89</sup> pues puede “ser percibida tanto como referente a un cambio drástico del entendimiento constitucional, como a una técnica interpretativa progresista dentro de un entendimiento político de la constitución”. Si atendemos al segundo rasgo estamos refiriéndonos a una interpretación progresiva como elemento de un constitucionalismo transformador. Göran Rollnert Liern (2014) (cit. en Alterio 2019) menciona que cuando el alcance de la interpretación constitucional es lo que cambia, sin que el nuevo sentido sea incompatible con la literalidad de la constitución, “podrá calificarse fundadamente como transformadora, adaptativa o evolutiva. La justicia constitucional no actúa de oficio, sino que requiere que sea incoada por ciudadanos para la definición de los conflictos y es ahora administradora de aquellos de naturaleza política y social teniendo un protagonismo importante.

En el presente capítulo se presentan, desde la experiencia de los propios actores, los ex ministros de la CSJ; los resultados respecto de la expansión de la justicia constitucional hacia la

---

<sup>89</sup> La autora hace un análisis de la justicia constitucional en México, pero sus descripciones y conclusiones son muy útiles para el abordaje del caso paraguayo.

protección de derechos fundamentales entendida como judicialización de políticas. Las transformaciones constitucionales que fueron sucediendo en el nuevo contexto político democrático sobre el rol de la CSJ nos permitirán ensayar una explicación sobre la presencia y el desarrollo de la judicialización.

La construcción del papel de la corte se da a partir de lo que la propia institución entiende sobre cómo debe ser. Veremos que existe una voluntad – aunque mínima - de los jueces constitucionales para avanzar hacia una agenda del constitucionalismo transformador o como agente de cambio social, pero todavía encontramos dos resistencias: una representada hacia el interior del poder judicial, proveniente de sus integrantes que conservan un papel tradicional conservador propio del positivismo jurídico de otras épocas; y otra, la intención recurrente de politizar la corte que se manifiesta en los constantes intentos de “reformas judiciales” por parte de los actores políticos a los efectos de obtener un apoyo mayoritario en la máxima instancia judicial.<sup>90</sup>

Se sistematizaron los resultados de las entrevistas realizadas a cuatro ex ministros de la CSJ y codificadas mediante relación temática atendiendo a las dimensiones analíticas de la judicialización. Los exmagistrados que accedieron a las entrevistas son: Víctor Núñez Rodríguez (Sala Constitucional), Luis Lezcano Claude (Sala Constitucional), José Antonio Altamirano (Sala Constitucional) y Enrique Sosa Elizeche (Sala Civil).

## **1. Judicialización por modificación en la estructura de la CSJ.**

Las reformas que se hicieron en la Constitución de 1992 con relación a la función del poder judicial tuvieron un impacto en la expansión de la justicia constitucional. Estos cambios

---

<sup>90</sup> El concepto de reforma judicial en el contexto político paraguayo está identificado con los cambios de ministros de la Corte Suprema de Justicia. No se refiere a una reforma integral ni estructural del sistema de justicia, sino reducida simplemente al reemplazo de los magistrados. El argumento de la “reforma judicial” fue utilizado por el presidente Nicanor Duarte Frutos (periodo 2003-2008) para sustituir a los ministros de la Corte Suprema de Justicia en el año 2004, al poco tiempo de haber asumido el mando del Ejecutivo. Otros intentos de reforma judicial se fueron sucediendo a cada periodo de gobierno como agendas políticas, inclusive era mencionada en las propuestas electorales de los candidatos. Fernando Lugo, Horacio Cartes y Mario Abdo no fueron la excepción. El tema se instaló en la agenda política. En el año 2014 finalmente por Ley N° 5360 se creó la Comisión Nacional para el estudio de la reforma de las leyes que regulan el funcionamiento del poder judicial, compuesta por 7 senadores, 7 diputados, 1 representante de la Corte Suprema y 1 representante del poder ejecutivo; en el entendimiento de que un proceso de reforma no pasa únicamente por el cambio de personas, sino que debe implicar un amplio análisis y debate jurídico y político, con la participación ciudadana.

refieren a las herramientas jurídicas para acudir a la instancia constitucional, a las disposiciones normativas para fortalecer la independencia de los jueces como también el sistema de acceso y nombramiento a la judicatura que han impactado en la toma de decisiones de los conflictos y permitieron el robustecimiento del poder judicial. En esta dimensión analítica lo que se examinan son los cambios en el diseño institucional de la CSJ, que guardan relación a la forma de nombramiento y al tipo de jueces que serán designados.

Como bien nos señala Rubio Padilla (2005) “En la medida que, por un lado, los requisitos de elegibilidad establecidos —por rigurosos o laxos que sean— no sólo son la puerta de acceso a la magistratura, sino que además construyen un perfil a partir de un «ideal de juez» que previamente ha sido consensuado; y, por otro lado, la forma del proceso en sí mismo”. Este diseño tiene a su vez varios elementos que lo contienen, como el procedimiento a seguir, las autoridades que intervienen, los plazos, entre otras cuestiones; pero depende de cómo son orientados para que uno u otro tenga mayor o menor peso en la designación. El diseño constitucional establecido en el caso paraguayo puede incidir en la legitimidad democrática de los jueces constitucionales. La Sala Constitucional no se integra a sí misma, sino que son los otros actores políticos quienes intervienen en la designación de sus miembros y esto puede ser decisivo para entender el comportamiento de los jueces de la CSJ.

De acuerdo con lo manifestado por el exmagistrado de la CSJ, Víctor Núñez, la selección de jueces constitucionales es una variable que puede contribuir a la legitimidad democrática del poder judicial. Señaló que, si tenemos jueces honorables, probos y honestos en sus decisiones, esto constituye un argumento sustancial para darles legitimidad pues si los mecanismos de acceso a la función judicial constitucional contienen indicadores cualitativos para la elección del mejor candidato y en el que la honorabilidad basada en la conducta del magistrado, en su conducta pública, bien puede ser una justificación de la legitimidad democrática. Sin embargo, también señaló las debilidades en el proceso de nombramiento, pues de la manera en que hoy día se realiza la selección de los jueces por un procedimiento de la burocracia pública en donde interviene el consejo de la magistratura,<sup>91</sup> institución que no constituye una garantía y por el

---

<sup>91</sup> El exministro sostuvo que: “*que prácticamente este sometido una persona de 50, 60 o 65 años que haya demostrado toda su vida su calidad como persona, que este sometida a un grupo de gente recién recibida, que no tiene mínimamente la preparación de esa persona que se va a someter a su juicio, no puede ese grupo, digamos*

contrario contribuye al desprestigio del poder judicial que ya bastante se encuentra desprestigiado.<sup>92</sup> La honorabilidad no se puede demostrar con documentos, pues es la percepción que tienen los demás hacia uno mismo, en este caso del jurista que aspira a ingresar a la CSJ, por esa razón se debe generar otro sistema de selección ya sea modificando la constitución en ese sentido, o estableciendo indicadores de medición de la honorabilidad con instrumentos cualitativos mediante los cuales los ciudadanos puedan ejercer su derecho a opinar sobre los candidatos de tal manera a que haya más cercanía entre la institución y la sociedad.

De la misma forma, señaló el exmagistrado de la CSJ, Luis Lezcano Claude al afirmar que el diseño constitucional impide la selección basada en méritos y aptitudes, incluso sostiene una posición más polarizada pues advirtió que no debería intervenir el poder político. Aunque reconoce que la actividad del consejo de la magistratura ha tenido serios cuestionamientos porque debiendo ser un órgano independiente ha actuado más bien por intereses puramente sectoriales partidarios. Recordó dos situaciones específicas en las que la selección ha sido irregular. El consejo de la magistratura remitió una terna al senado, la cual no fue vinculante para la elección, porque en vez de elegir a uno de la terna, eligió a dos de la misma terna, situación inadmisibles dentro del esquema constitucional. En el siguiente caso refirió cuando Fernando Lugo, presidente de la república periodo 2008-2013, denegó el acuerdo constitucional al candidato designado por el senado. Pasó lo mismo con el presidente Horacio Cartes, periodo 2013-2018, quien también denegó el acuerdo a otro designado. Esta situación inaudita confirma que el sistema de selección de jueces de la corte muestra señales bastante débiles y por supuesto influyen en la legitimidad democrática del órgano.

Paraguay es un país con baja calidad democrática con instituciones débiles. El poder judicial es una institución débil y desprestigiada, pero es aquí donde su rol político mediante la judicialización de políticas podría ser elemento transformador que lleve a una redefinición de las relaciones entre los poderes y con la sociedad misma. Pero ello dependerá de que el poder judicial cuente con jueces independientes, receptivos socialmente y dispuestos a ejercer un papel

---

*examinarle a una persona que quiere ser ministro de la Corte...*” La crítica realizada por el Dr. Víctor Núñez es hacia la conformación del Consejo de la Magistratura aludiendo que está compuesta por gente sin experiencia que jamás podría evaluar a personas con gran trayectoria profesional pues es un contrasentido absoluto.

<sup>92</sup> Según el último informe de Latinobarómetro, tan solo 25 % de la población paraguaya confía en la justicia (Latinobarómetro, 2018)

incisivo en la realización de políticas de su actuación. Los entrevistados han manifestado las dificultades para actuar con independencia de los poderes políticos a pesar de los esfuerzos realizados por los propios jueces de la corte, los actores políticos han buscado en todo momento politizar al poder judicial. Para que los jueces constitucionales se desempeñen como agentes de cambio social y garantes de los derechos fundamentales es preciso que actúen con independencia de los otros poderes.

El concepto de independencia judicial ha tenido diversas connotaciones en la literatura jurídica y política, formando parte del debate si cuales serían las dimensiones sobre el tema. Linares (2004) muestra que aún no se ha llegado a un consenso en la doctrina al respecto, no obstante, aquí nos referimos a la independencia judicial como la ausencia cualquier tipo de injerencias externas en sus decisiones. El elemento clave en el desempeño de los jueces es su independencia. La independencia del poder judicial es el presupuesto del cumplimiento eficaz de su función específica y natural, la tarea de juzgar, al mismo tiempo que es condición indiscutible de la democracia y el Estado de derecho (Riera Hunter 2002). El término “independencia” es utilizado para caracterizar las relaciones entre la justicia y otras instituciones o agencias, y de las cuales el juez debe tomar distancia, pues solo será independiente siempre que no esté bajo la influencia o control de nadie (Fiss 2007). Para que un juez ejerza su magistratura en forma independiente se requieren algunas cualidades como: 1) una adecuada formación en derecho sea en normas, principios generales del derecho, jurisprudencia, doctrina, las reglas de la lógica y la experiencia, y; 2) la ausencia de injerencias indebidas (Linares 2004). Pueden ser cualidades intrínsecas y extrínsecas, mientras las primeras tienen relación con el aspecto interno del magistrado, la segunda se refiere a las presiones que pueden ejercer otros actores sean institucionales o no sobre los jueces.

Ahora bien, determinar las razones por las que unos jueces asumen un rol más activo que otros e independiente de factores exógenos, es tarea compleja, pero pueden lanzarse algunas pistas para aclarar la cuestión; por ello no se pretenden realizar generalizaciones a partir del caso estudiado, ni que los factores y las dimensiones interpretativos elaborados se apliquen a todo el universo de jueces del país. De acuerdo con la información proporcionada por los entrevistados a partir de sus experiencias como ministros de la CSJ se encontraron las siguientes características respecto de la selección de jueces: a) los criterios formales para el acceso al cargo; b) los

criterios no formales para el acceso al cargo: el pacto de gobernabilidad y el lobby o cabildeo político, c) la autarquía presupuestaria del poder judicial, y, d) la ética del magistrado. Estas categorías pueden influir en mayor o menor medida en las decisiones judiciales.

a) *Criterios formales*: los ministros de la CSJ de Paraguay son designados por el senado, con acuerdo del presidente de la república, a propuesta en terna del consejo de la magistratura. Una vez designados son inamovibles en el cargo y cesan a la edad de 75 años. El proceso de selección de ministros tiene un primer filtro, el consejo de la magistratura organismo extra-poder que elabora las ternas de candidatos. Los actores que participan en el proceso de selección son actores políticos pertenecientes a los poderes ejecutivo y legislativo, en tanto no se establece la participación de la sociedad civil sino como mero contralor de dicho procedimiento.<sup>93</sup> A este diseño normativo constitucional denominaré a los efectos metodológicos: “*criterios formales de designación*”. Con los criterios formales de designación, en el año 1994 se procedió a la renovación de la totalidad de los integrantes de la CSJ, mediante el nuevo sistema de selección adoptado por la Constitución de 1992. Al frente del ejecutivo se encontraba el ingeniero Juan Carlos Wasmosy (1993-1998), afiliado al partido colorado, con una mayoría en el congreso lo que le permitió una cierta gobernabilidad y sobre todo, los votos necesarios para efectuar las reformas en el poder judicial.

b) *criterios no formales de designación*: estos criterios para las designaciones han prevalecido y son aquellos que no se encuentran determinados ni por el texto constitucional ni por otros instrumentos normativos. Un aporte teórico a esta categoría es lo señalado por Linares (2008) al decir que los partidos políticos tienden a controlar e intervenir de manera incisiva en el proceso de designación de los jueces de las cortes porque saben del valor inmenso que tiene la función judicial en el ejercicio del poder político. Es por ello que los partidos lo que pretenden en realidad es obtener una fidelidad partidaria de parte de los magistrados de las altas cortes.

Dentro de estos criterios no formales se encuentra *el pacto de gobernabilidad*. Los partidos políticos tradicionales, Colorado (PC) y Liberal Radical Auténtico (PLRA), juntamente con el Partido Encuentro Nacional (PEN), con escaños en el congreso, conformaron una mesa de diálogo interpartidaria denominada “*pacto de gobernabilidad*”, con el objeto de comprometerse

---

<sup>93</sup> En la convocatoria para llenar las vacancias dejadas por los ministros José V. Altamirano (2009) y Víctor Núñez (2014), el consejo de la magistratura implementó un sistema de audiencia públicas, a fin de que la sociedad civil y la ciudadanía en general pueda conocer a los candidatos, además de la posibilidad de efectuar denuncias anónimas contra los candidatos, salvaguardando la identidad del denunciante.



a viabilizar la gobernabilidad en la república, pero que en realidad se trataba de una repartición de poderes o “*cuoteo político*” que incluían cupos en el poder judicial, es decir que, cada partido debía tener un ministro en la CSJ (Franco Mancuello, 2011). El pacto de gobernabilidad es considerado como un mecanismo o criterio no formal de designación de jueces de la alta magistratura. El sentido de pertenencia a un partido político o, en otras palabras, la afiliación partidaria tenía consecuencias directas en la designación. Al partido colorado le correspondían 5 ministros, 3 ministros al partido liberal radical auténtico, y 1 a un partido no tradicional. Este mecanismo informal, es un poco paradójico, porque si lo que se quería era una CSJ independiente de presiones exógenas, es un tanto contradictorio advertir que mecanismos pensados para garantizar la fortaleza del sistema estén siendo utilizados para politizarla.<sup>94</sup> Como lo mencionara el exmagistrado Luis Lezcano Claude la idea era que cada ministro debía responder a su partido que lo puso en el cargo. Esto se contrapone directamente a la noción de independencia judicial porque interfiere negativamente en el juez. La primera CSJ de la era democrática, conformada en el año 1995, fue integrada finalmente mediante un acuerdo constitucional entre todos los actores políticos partidarios. De ella han formado parte dos de los entrevistados, Luis Lezcano Claude y Enrique Sosa Elizeche, en donde las designaciones se realizaron por cupos partidarios.

Había una suerte de relación simbiótica entre partidos políticos y decisiones judiciales.<sup>95</sup> Sin embargo, la mayoría de los entrevistados decía no estar de acuerdo con el sistema de

---

<sup>94</sup> A pesar de que la Constitución de 1992, estableció en su art. 248, las garantías de la independencia judicial mediante sanciones de inhabilitación para ejercer cargos públicos por 5 años para aquellos que atenten contra ella, hasta la actualidad no es conocida ninguna sentencia al respecto.

<sup>95</sup> El periodo constitucional del gobierno de 1998-2003 estuvo afectado por una aguda crisis política en la que la Corte Suprema de Justicia no estuvo ausente. El general Lino Cesar Oviedo, comandante de la caballería, era el candidato electo en las internas del partido colorado para pugnar por las presidenciales del año 1998, pero a raíz de un intento de golpe fallido al gobierno de Juan Carlos Wasmosy que había ocurrido en el año 1996, y que fuera atribuido a Oviedo, finalmente no pudo presentarse a las elecciones generales porque fue condenado a diez años de cárcel por un tribunal militar acusado de amotinamiento. Su lugar fue ocupado por Luis María Argaña. Las elecciones dieron como resultado el triunfo del partido colorado que logro mayoría absoluta tanto en presidenciales como en las legislativas (Barreda y Costafreda 2002). Esta decisión del tribunal militar fue confirmada por la Corte Suprema. Un hecho no menor fue que en el año 1999 se produjo el asesinato del vicepresidente de la república, Luis María Argaña, de cuya muerte fue acusado como autor intelectual el general Lino Cesar Oviedo, promoviéndose desde la ciudadanía la manifestación más grande en época democrática, lo que ocasiono la renuncia del presidente Raúl Cubas Grau, y en consecuencia ocurre la doble acefalia presidencial, asumiendo el presidente del Congreso como presidente de la república, Luis Ángel González Machhi, quien mediante la sentencia de la Corte Suprema fue legitimado para continuar en ejercicio hasta la culminación del periodo presidencial 1999-2003 (Franco Mancuello 2011).

selección. Aquellos que fueron designados para la primera CSJ cuestionaron al pacto de gobernabilidad, mientras que los exministros designados en el gobierno correspondiente a los años 2003-2008, también se mostraron escépticos respecto de los mecanismos de selección.

El exministro Luis Lezcano Claude expresó que en la actualidad no se seleccionan a “los mejores” para ejercer el cargo de la máxima instancia, por el contrario, se eligen con criterios políticos que no concuerdan necesariamente con las expectativas del diseño constitucional. Similar a esta posición manifestó el exministro José V. Altamirano quien considera que los mecanismos de selección son apenas instrumentos que, bien manejados se tendrían mejores designaciones. Pero que durante los años 1995-2000 la CSJ había funcionado muy bien a pesar de que las designaciones hayan sido realizadas de forma totalmente político-partidaria, hecho que se podría explicar por la aceptación de los ministros por parte de la comunidad jurídica y de la sociedad civil, dado que gozaban de la simpatía y el respeto de los ciudadanos.

La crítica que hace el Dr. Lezcano Claude guarda relación con el mecanismo actual del sistema de selección de ministros, que como se ha mencionado, es mediante un proceso burocrático consistente en la presentación de la hoja de vida del postulante ante el consejo de la magistratura, órgano que conforma la terna de candidatos. En la constitución –art. 258- se establece como requisitos: “tener nacionalidad paraguaya natural, haber cumplido treinta y cinco años de edad, poseer título universitario de doctor en derecho y gozar de notoria honorabilidad, además de haber ejercido efectivamente durante el termino de diez años, cuanto menos, la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o alternativamente”. La exigencia de notoria honorabilidad es un concepto ambiguo que ha generado mucha crispación y mereció distintas interpretaciones. Está asociado básicamente a la conducta pública del postulante, o más precisamente, es la percepción que se tiene de la persona y no se puede demostrar con papeles, señalaba el Dr. Víctor Núñez.

Si bien el proceso de selección de ministros de corte está diseñado constitucionalmente con garantías que la protegen y la alejan de elementos internos y externos que puedan afectar el posterior desempeño judicial; existe en este caso otro “elemento no formal” que puede resultar determinante a la hora de la designación definitiva: el denominado “*lobby*” político.

En el debate académico hay un cierto consenso en cuanto a los tipos de criterios que influyen en las dos etapas del proceso de selección: nominación–confirmación. Se identifican en primer lugar las cualidades profesionales del candidato, pero además de ello existen otros factores como la afiliación partidaria, afinidad ideológica u otras cuestiones personales de los candidatos, además de las coincidencias con los intereses de las élites políticas momentáneas (Rubio Padilla 2015).

El cabildeo está vinculado con los criterios reales de selección, pues mientras el diseño constitucional establezca los requisitos formales, en la práctica entran en juego otras cuestiones al momento de seleccionar a los magistrados de las altas cortes. Una cosa es lo que determinan las leyes y otra totalmente distinta es la que en realidad operan. Mediante el *lobby* los candidatos se reúnen con cada uno de los senadores de todos los partidos y sectores políticos a fin de buscar apoyo para su designación. El *lobby* afecta al desempeño judicial según afirmara el Dr. Lezcano Claude porque genera una dependencia necesaria y una deuda que debe ser saldada cuando acceden al cargo. La fidelidad partidaria podría ser una motivación fundamental para el voto de los 45 senadores del parlamento paraguayo. Para García Pascual (1996) se instala en el poder judicial una corporación clientelar que permite la designación de jueces sometidos a los partidos políticos, por lo que la independencia queda fuertemente relativizada.

Según la experiencia de tres entrevistados, Lezcano Claude, Altamirano y Sosa Elizeche, ninguno ha tenido que realizar el *lobby*. La situación del primero es particular porque no sabía que debía postularse para ocupar el cargo de ministro de corte. Se enteró por la prensa acerca de la composición de la CSJ para el periodo que iniciaría en 1995, en donde figuraba como posible integrante. En efecto, fue el candidato de su partido el PLRA y luego de un acuerdo entre los líderes de los partidos tradicionales y de otros partidos políticos, junto con el presidente de la república, finalmente la corte se integró en su totalidad, siendo designado para dicha magistratura judicial. Tampoco hubo necesidad de hacer ningún *lobby* porque únicamente fue precisa la anuencia del partido político al que se encontraba afiliado. La experiencia del Dr. Sosa Elizeche reveló el desánimo en el sistema de nominación–confirmación porque no fue muy agradable para él la idea de ir a pedir un cargo a cada uno de los políticos y menos aún tener que

pedir su apoyo.<sup>96</sup> De hecho no lo hizo porque directamente fue su partido quien lo nominó, el PLRA.

El exjuez constitucional José V. Altamirano afirma que tampoco necesitó hacer *lobby* para que sea designado. A su juicio, llegó al cargo por sus méritos, y por la confianza depositada en él un partido político minoritario en ese momento, pero aclara que era parte de la cuota política partidaria resabio del pacto de gobernabilidad. La repartija de cargos por cupos en el poder judicial hasta ahí era una constante. Refirió que el partido Patria Querida (PQ) apostó por su candidatura sin tener que realizar ningún tipo de reuniones con sus representantes y que el resto de los partidos también lo ha apoyado, y que gracias a eso no tuvo ningún tipo de presión política en el desempeño de su cargo siendo totalmente libre e independiente

Esta circunstancia cambia según señaló otro de los entrevistados. El Dr. Víctor Núñez confirmó que habló con la mayoría de los senadores para obtener el apoyo político necesario. El cabildeo -como elemento informal- es un criterio real para la designación de los ministros de la corte quienes están condicionados a realizar este *lobby* para contar con los votos de los senadores. El exmagistrado de la Sala Constitucional se mostró disconforme y lamentó esta circunstancia porque considera que, en un ideal supuesto, los candidatos ternados deberían presentarse solo para que sean conocidos en su trayectoria profesional y honorabilidad. El sistema de selección judicial basado en criterios no formales debilita la independencia judicial. Los jueces finalmente elegidos tienen un deber de gratitud hacia quienes los designaron, sean estos los políticos de los partidos al que se identifican o de otros partidos, influyendo negativamente en la ciudadanía y en el prestigio de la CSJ.

c) *Autarquía presupuestaria*: otro indicador señalado por el Dr. Víctor Núñez fue la incidencia que tiene el legislativo en la aprobación del presupuesto del poder judicial. De acuerdo con lo establecido en la constitución, el poder judicial tiene autarquía presupuestaria y el presupuesto asignado no debe ser inferior al tres por ciento del total del presupuesto general de gastos de la nación. Cuando para la doctrina la variable “autarquía presupuestaria” facilita la independencia judicial porque se hallan sustentadas en hipótesis y que le libra de cualquier injerencia de manipulación de fondos económicos (Linares 2004); el estudio de caso abordado en

---

<sup>96</sup> Según señaló: “Yo...a mí me chocaba un poco ir a pedir un cargo, llevar mi carpeta y dije: yo no me voy a presentar jamás; si me quieren elegir que me elijan en otro sistema, pero no que yo vaya a ver: ¿Quién quiere ser presidente de la Corte?, ¿quién quiere ser miembro de la Corte?...traigan carpeta (lo dijo ironizando).

esta investigación sugiere lo contrario porque el presupuesto se constituye en factor de gran interferencia en la labor del poder judicial.

El citado exmagistrado de la CSJ identificó esta circunstancia como un obstáculo a la independencia judicial. Si bien el poder judicial elabora su presupuesto y lo envía al congreso, no se aprueba tal como fuera remitido, sino que el parlamento modifica según sus intereses y lo utiliza como una herramienta de presión para obtener ciertos beneficios. Muchos de los parlamentarios cuentan con procesos judiciales en marcha, pendientes de resolución definitiva, entonces una buena forma de obtener una resolución favorable es ejerciendo un control sobre el presupuesto al momento de su elaboración. Es una tira y afloje entre ministros y parlamentarios. Según indico también el entrevistado que en cada presupuesto anual se crean muchos cargos en la función judicial que, nombrados los funcionarios son comisionados a los otros poderes. El poder judicial sufre un recorte real en ese sentido pues genera una fuga de empleados a otras instituciones dejando huecos en la institución judicial. Se utiliza el presupuesto del poder judicial para crear cargos que serán ocupados finalmente “de hecho” en el parlamento.

La injerencia parlamentaria ocurre en dos momentos, en la elaboración y en la ejecución del presupuesto del poder judicial. Es impensable una independencia total cuando la función judicial se desnaturaliza para ceder al clientelismo partidario del congreso. Al limitarse el presupuesto se impide la creación de cargos necesarios en los juzgados de primera y segunda instancia, la edificación de las sedes del palacio de justicia en todo el país, la compra de insumos, mobiliario, etc. La independencia del poder judicial es totalmente ignorada si la institución responsable del servicio de la administración de justicia no cuenta con el presupuesto para satisfacer las exigencias propias de la función judicial o cuenta de manera insuficiente u oportuna. La autarquía presupuestaria de la CSJ fue uno de los mecanismos introducidos por la constitución para garantizar la independencia institucional del poder judicial (Riera Hunter 2002).

La manipulación del presupuesto por el poder legislativo afecta a la separación de poderes porque al depender económicamente uno del otro, no se puede esperar en la práctica una independencia judicial, puesto que se hace que el poder judicial dependa para sus necesidades pecuniarias del poder legislativo, de su voluntad “omnipotente”. De nada servirían otras garantías de independencia como lo es la inamovilidad de los magistrados si estos estuvieran con

la presión económica que “el Poder Legislativo podría ejercer sobre ellos disminuyendo o suprimiendo su remuneración, que es su único medio de vida” (Linares Quintana 1963).

d) *Ética del magistrado*: se evidencia una moderada tendencia de los políticos de los partidos a que pertenecían los ministros de Corte en tratar de requerir favores. Algunos entrevistados como el Dr. José V. Altamirano afirmaron con total certeza de que dependía siempre de la ética del ministro para dejarse presionar. Los ministros de corte, sobre todo de la segunda época de la transición democrática, dejaron traslucir cierta interferencia de los políticos pertenecientes a los partidos por los cuales fueron designados. No obstante, la primera CSJ fue una de las menos cuestionadas en su actuación, al menos durante aproximadamente ocho años. Dos entrevistados coincidieron en que la corte en la que ejercieron sus funciones fue, dentro de todo, independiente en cierto sentido porque finalmente ellos tenían la última palabra en aceptar o no los requerimientos de los políticos, aun cuando fueran muy pocas de acuerdo con sus experiencias, y pudieron decidir de acuerdo con lo que en derecho consideraban que debía hacerse.

En ese sentido, la ética del magistrado será de vital importancia para impartir justicia. A partir de las expresiones de los entrevistados se pudo elaborar un perfil de la buena justicia, de qué es lo que se quiere según lo establecido en la constitución.

**Gráfico 1. Perfil de la buena justicia 1**



La buena justicia parte de distintos supuestos o componentes que incorpora: despojarse de los prejuicios, fuerza moral, honestidad, integridad, ideología. Todos son condiciones necesarias que un juez debe tener para impartir justicia. En toda democracia constitucional es indefectible contar con una justicia justa, que proteja los derechos de sus ciudadanos y que no le tiemble la mano para decidir en los casos difíciles. Una correcta selección de magistrados abrirá el camino para alcanzar esta finalidad. Los componentes identificados son indicadores cualitativos de medición de la honorabilidad.

El camino para llegar a la buena justicia es lento, oscuro y engorroso. Al respecto mencionaron los exmagistrados de la CSJ los obstáculos para ejercer la labor conforme con el principio de justicia, en especial en lo que refiere al concepto de los poderes políticos de "tener su propio ministro", es decir, aquel que tendrá que responder a sus intereses, lo cual contradice el principio republicano democrático que la constitución acogió en su art. 1. La puja para que cada quien tenga "su ministro" es nada más el reflejo de resabios de otras épocas y que todavía subsisten porque están cimentadas en el sistema clientelar de la función pública judicial impuesta por la "autoridad" del congreso. Para que tengamos una justicia buena, nos decía el Dr. Sosa Elizeche, el principal instrumento es el juez.

La constitución garantiza que los tres poderes deban interactuar en coordinación y control recíproco. El exministro Víctor Núñez fue enfático al decir que hay poderes políticos que tratan de intervenir coactivamente en el poder judicial mediante presiones de todo tipo. Tampoco existe diálogo entre cortes y parlamento porque cuando la CSJ comunica al congreso anualmente sobre las leyes que fueron declaradas inconstitucionales durante el periodo anual, simplemente el legislativo no los toma en cuenta. Las leyes siguen vigentes o se sancionan leyes similares. Existe una ineficaz relación entre poderes que debilita las decisiones de la CSJ cuando el ejecutivo y el legislativo no modifican sus normativas a partir de la declaración de invalidez efectuada por el judicial.<sup>97</sup> Las sentencias de la Sala Constitucional no tienen efecto *erga omnes*

---

<sup>97</sup> Señaló lo siguiente: *"Pero fijese las aberraciones a la que uno llega eso. Hace unos años, durante tres años seguidos fueron planteadas por las mismas personas más de tres mil acciones de inconstitucionalidad, sobre la misma norma que se repetía a cada año en la ley de presupuesto, aquel caso que en el caso que en el ámbito de la Sala Constitucional nosotros conocíamos como "el caso de las viuditas". Cada año estas pobres señoras tenían que contratar a un abogado para plantear una acción de inconstitucionalidad en contra de la ley. Nosotros hemos comunicado tanto al Ministerio de Hacienda como a la cámara del Congreso de que fueron declaradas inconstitucionales esas leyes, aun así, volvían a introducir en la siguiente ley de presupuesto, durante tres años hemos perdido el tiempo en atender esos casos"* Entrevista realizada al Dr. Víctor Núñez.

entonces una ley o un artículo de una ley que ya fue declarado institucional pero que afecta a muchas personas por tener carácter general, debe ser planteado por todas esas personas que se sienten vulneradas, lo que hace que la jurisdicción constitucional colapse sin sentido. Es inexistente el diálogo entre los poderes. El poder legislativo recibe a cada año el informe de las leyes que fueron declaradas inconstitucionales, sin embargo, siguen sin derogarlas o siguen sancionando leyes de la misma naturaleza, contrarias a la constitución.

En dos casos específicos nos demuestra el Dr. Lezcano Claude la frágil y pendular relación entre poderes cuando le cupo decidir a la Sala Constitucional en dos acciones de inconstitucionalidad planteadas por intendentes municipales que fueron destituidos por la cámara de diputados, pero que en ambos puntualmente la CSJ no se dejó presionar imponiéndose la ética de los jueces constitucionales. La CSJ declaró que las resoluciones de diputados eran inconstitucionales. En el legislativo se cumplió con los fallos judiciales, pero hubo mucha resistencia sobre todo por la cuestionada legitimidad de la corte para ejercer el control constitucional de los actores de otros poderes. En efecto se trata de una cuestión política que la corte consideró justiciable debido a la constatación de la vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes.

En la segunda casuística expuesta por el citado exministro es más visible la tensión entre los poderes, entre el derecho y la política, en la que a través de las acciones de inconstitucionalidad planteadas por tres ministros de la CSJ en contra de las resoluciones dictadas por la cámara de senadores en las que confirma en el cargo a seis ministros y no confirma a otros tres, la Sala Constitucional ampliada declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas. Por supuesto esto generó una reacción no amigable del senado con el argumento de que la corte no estaba facultada para disponer en tal sentido. Se retoma así la discusión sobre quién debe ser el intérprete de la constitución. En este caso, fue la CSJ, y el senado terminó por aceptar los fallos de la Sala.

La tercera casuística descrita por el Dr. Lezcano Claude trata ya no del control de constitucional ejercido a los actos del legislativo sino a los actos del poder ejecutivo. La CSJ, Sala Constitucional, declaró inconstitucional la conmutación de la pena dictada por el presidente de la república (Raúl Cubas Grau) en el año 1998 al general Lino César Oviedo. En ese entonces,



Oviedo estaba privado de su libertad por una orden de un tribunal extraordinario que lo había declarado culpable de sedición por atentar contra la estabilidad de la república. En pocas palabras fue condenado por intento de golpe de Estado al entonces presidente Juan Carlos Wasmosy en el año 1996.<sup>98</sup> El entrevistado formaba parte de la primera CSJ iniciada en el año 1994 y estuvo hasta el año 2004, año en que se produjo la "reforma judicial". La decisión judicial de la Sala Constitucional provocó la reacción no feliz del ejecutivo afirmando que la Corte se había excedido en sus funciones. Nuevamente una cuestión política fue judicializada, según la postura del ejecutivo. Estas desavenencias entre el poder judicial y los poderes ejecutivo y legislativo fueron frecuentes porque ninguno de estos encontraba apoyo en la corte. La declaración de inconstitucionalidad del indulto presidencial coincidió con los sucesos ocurridos en el año 1999 luego del magnicidio de Luis María Argaña, entonces vicepresidente de la república, y generó exacerbación en varios sectores de la milicia y la ciudadanía. El general Lino César Oviedo seguía con sus pretensiones en la arena política para ser candidato a la presidencia de la república, pero fue acusado de estar detrás del magnicidio, lo cual lo alejó definitivamente de la política.

En los tres casos señalados hubo presión política de parte de los partidos políticos y del poder legislativo. Cada uno abogaba a favor de sus intereses. En el caso de los intendentes, por ejemplo, los diputados de ambos bandos visitaban a los ministros de la Sala Constitucional, tanto aquellos que pretendían que los representantes de la comuna no sean destituidos, como los que estaban en favor de la destitución. A pesar de todo, esta corte, la primera de la era democrática se mostró más independiente que las que le sucedieron.

## **2. Judicialización a través del acceso a la justicia constitucional.**

La Constitución de Paraguay contiene una lista de derechos en su primera parte, también denominada parte dogmática, es decir, aquellos principios que deberán regir la administración de justicia de la república, que no es otra cosa que los derechos fundamentales, los deberes y las garantías de protección de esos derechos, sin embargo, la nominación no es taxativa, y por esa

---

<sup>98</sup> Para un análisis más profundo sobre la relación tensional en el caso de Lino Oviedo puede consultarse (Franco Mancuello 2011); (Pérez-Liñan, y otros 2018); (Costa y Ayala 1996).

razón la protección se otorga a todos aquellos que, sin estar enunciados, son inherentes a la dignidad humana. Los derechos de la persona en cuanto a convivencia en sociedad, por su naturaleza necesitan de amparo especial porque permiten una calidad de vida al ser humano. Los mecanismos se convierten entonces en instrumentos de protección de derechos fundamentales, los cuales son establecidos en la carta magna. Pero debe aclararse que no es limitativo pues el engranaje jurídico es vasto y la judicatura es un sujeto decisivo para tomar decisiones incluso que crean mecanismos no previstos en la constitución misma.

A la justicia constitucional se puede acceder no solamente a través de la acción de inconstitucionalidad. Existen otras vías y están establecidas en la ley N° 609/1995 y el CPC. Es la propia constitución la que remite a estas normativas a través de su art. 259 inc. 10. En ese sentido, el art. 18 del CPC otorga la facultad de *consulta constitucional* a los jueces para requerir el control constitucional de una norma que consideran inconstitucional, pero teniendo en cuenta el sistema de control concentrado (híbrido) de constitucionalidad que se concede a la Sala Constitucional, los jueces y tribunales pueden excitar a la máxima instancia para verificar la constitucionalidad de una ley o disposición normativa. Esto evitará que el juez o el tribunal aplique una norma contraria a la constitución, o bien, permitirá darle una seguridad en sus decisiones para aplicar correctamente una determinada legislación.

Observamos un robustecimiento de la justicia constitucional desde la propia constitución, se distribuye la protección de derechos tanto a los jueces de inferior jerarquía, en este caso los de primera instancia, como a los ministros de la CSJ. En ella se establecen las garantías constitucionales, sean de amparo, habeas corpus y habeas data, que pueden ser planteados directamente ante cualquier juez de primera instancia de la república, en tanto, la acción de inconstitucionalidad es función exclusiva de la CSJ. Cada una de estas garantías tienen su propio procedimiento para el acceso a la justicia constitucional: el amparo y la acción de inconstitucionalidad son interpuestas en forma de demandas autónomas y son regidas por el CPC, en tanto, el habeas corpus cuenta con una ley reglamentaria cual es la Ley N° 1500/01; finalmente la menos feliz de las garantías es el habeas data que como no tiene un procedimiento especial determinado por ninguna ley, los jueces deben ensayar el procedimiento y elegir la norma aplicable, según sea el fuero del juez, civil, penal, laboral o niñez.

Paraguay adopta un sistema de control de constitucionalidad concentrado híbrido como habíamos mencionado en el análisis normativo de la jurisdicción, porque otorga dicha atribución a un solo órgano, la Sala Constitucional de la CSJ. Empero, como señaló el Dr. Víctor Núñez la constitución también garantiza la protección de los derechos fundamentales mediante otros mecanismos y no se reduce a la acción de inconstitucionalidad, esto es, las garantías constitucionales de amparo, habeas corpus y habeas data, cuya particularidad es que pueden presentarse ante un magistrado inferior para solicitar la salvaguarda del derecho conculcado. De un modo u otro, la tutela judicial se hace efectiva no solo por la CSJ sino también por los jueces.

Otra vía de acceso es la "*certeza constitucional*", establecida en el art. 99 del CPC denominada acciones declarativas o acciones meramente declarativas. Es un mecanismo para que la ciudadanía requiera la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales. Se presenta ante la duda sobre la existencia de derecho constitucional que pretende ser tutelado para que la Sala Constitucional analice si efectivamente la persona tiene o no ese derecho, y declara la certeza de su existencia o no. Aun cuando la constitución no establezca este mecanismo, la Sala Constitucional lo consideró como una forma de acceso a la justicia constitucional mediante varias sentencias. A través de la certeza constitucional no se declara la inconstitucionalidad de la ley, norma, decreto o reglamento, sino que otorga claridad respecto de la existencia de un determinado derecho a ser tutelado.

Las acciones declarativas, nos explicaba el exjuez constitucional Víctor Núñez, son aquellas que tienen la finalidad de interpretar el derecho establecido en la constitución, declarar con certeza sobre ese derecho para que no sea vulnerado. La participación de la ciudadana es viable mediante esta herramienta jurídica que otorga la ley para requerir que la CSJ determine la existencia o inexistencia de un derecho y que incluso ante la falta de protección de las instituciones gubernamentales se envíe directrices de modificación de las condiciones de vulneración en que se encuentran. Con ello quiere significar que hay mecanismos solo que la ciudadanía no se vale de ello.

El exmagistrado de la CSJ, Enrique Sosa Elizeche, coincide en principio con la posición anterior, pero introduce un aliciente importante en cuanto a los mecanismos, referente al acceso a la justicia constitucional mediante los recursos de tercera instancia en los juicios ordinarios y la revisión de las sentencias del tribunal electoral. Es decir que, la protección de derechos

fundamentales no solamente puede darse mediante los mecanismos establecidos taxativamente en la constitución, sino que, además, ejerce un control de la actividad judicial para verificar si estos no han violado algún derecho protegido especialmente por la ley fundamental. De esta manera, la CSJ examina las decisiones de otros jueces incluso en materia electoral, lo cual permite el fortalecimiento del sistema de garantías políticas y sociales dispuestas en el ordenamiento jurídico.

Una exposición contrapuesta a las dos anteriores, es la del Dr. Lezcano Claude porque limita la función de la CSJ al control de constitucionalidad de resoluciones y al control de leyes, aclarando que este rol es absolutamente jurídico y en ningún caso puede hablarse de un papel político de la corte. La posición de este entrevistado es que los mecanismos de acceso a la justicia constitucional son restrictivos y que, en todo caso, la protección de derechos sociales o económicos debe ser efectivamente realizada por los otros poderes. La legitimidad del rol político es cuestionada en ese sentido, mostrando así una postura afín a la doctrina positivista, pero explica y aclara que es por el diseño constitucional, que le impide a la corte ejercer un rol más activo.

Una de las características del sistema constitucional paraguayo, y que indica Sosa Elizeche es que al estar absolutamente estructurado en base a las normas que integran el derecho constitucional, se convierte en un Estado de derecho legal y no judicial como lo es en Estados Unidos, en donde el derecho es creado por la jurisprudencia del tribunal supremo. En cambio, Paraguay todavía ha hecho muy poco porque todo depende de la interpretación que adopte la corte en sus sentencias y solamente de acuerdo con la competencia que le otorguen las leyes.

### **3. Judicialización por reconocimiento de derechos constitucionales.**

La constitución establece una serie de derechos en su parte dogmática entre los que se encuentran aquellos denominados prestacionales, como los derechos sociales, económicos y culturales. Éstos forman parte de la gama de derechos que son reivindicados por los ciudadanos ante el poder judicial mediante la interposición de demandas para la tutela efectiva. En particular, requieren la intervención de la Sala Constitucional de la CSJ cuando no son satisfechos por los poderes públicos. Nos referimos a la exigencia de los reclamantes para el reconocimiento de sus derechos que entraña una necesidad de “hacer” por parte del Estado que debe cumplir con su

responsabilidad en cuanto hace a la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad. Esto se fundamenta en el enfoque de derechos humanos y que envuelve a todos los actores institucionales como obligación estatal.

Comúnmente se habla de que la función política por antonomasia compete a los poderes políticos que, en un concepto restringido estarían los poderes ejecutivo y legislativo; sin embargo, el rol político del poder judicial ha atravesado una importante evolución en la protección de los derechos humanos en los últimos tiempos mediante el lenguaje de derechos con la toma de decisiones que impliquen cambios estructurales. Este lenguaje de derechos contiene un valor notable porque puede robustecer las demandas sociales cuando se trate de situaciones de inequidad (Abramovic 2004). Así también, la utilización de procedimientos judiciales por los sectores desplazados constituye una forma paradigmática de participación ciudadana en democracia (Smulovitz 2001). De ahí que no en vano Garapón (1997) afirmaba que “el nuevo lenguaje de la política es el derecho y su gramática el procedimiento”.

Indudablemente el art. 247 del texto constitucional ha investido a la CSJ de la facultad de ser custodio de la constitución e interpretarla, o dotarle de sentido y alcance a los preceptos en ella establecidos. Esta es la función política del poder judicial que se confiere con exclusividad a su Sala Constitucional en el art. 262 mediante el control de constitucionalidad. Es una tarea altamente exigente porque se trata nada más y nada menos de proteger los derechos fundamentales y al mismo tiempo es inevitablemente controvertida porque a juicio de los magistrados de la CSJ ellos tienen la última palabra constitucional, lo cual ha generado constantes enfrentamientos con los demás poderes. Este rol político de la corte es indicativo de que nos encontramos ante la presencia de un protagonismo judicial importante que interviene ante la violación de los derechos garantizados en la constitución. Pero habrá de advertir que el caso paraguayo, al igual que los demás países latinoamericanos, que aun cuando la percepción de parte de la ciudadanía sobre el actuar de la judicatura sea muy baja, es posible aceptar que hay una fuerte cultura legalista que estimulada por las modificaciones, sobre todo en los canales de acceso a la administración de justicia, hace que la relación costo-beneficio de acudir a los tribunales pueda ser vista como ventajosa y sea un factor explicativo de la presencia de la judicialización.

En ese sentido, los exmagistrados de la CSJ de Paraguay han expuesto sus experiencias. El exministro Víctor Núñez expresó que la CSJ es la encargada de velar por la protección de los derechos constitucionales en virtud del art. 132, pues la garantía de la acción de inconstitucionalidad sólo puede ser atendida por la corte ya que la constitución le otorga la facultad de ser custodio de la ley fundamental, que la interpreta, la cumple y la hace cumplir, es decir que es el intérprete final, único y exclusivo de la constitución. Es contundente en cuanto al papel político que tiene la CSJ, pero aclaró que existe una confusión en el ambiente porque tanto el legislativo como los auxiliares de la justicia y la ciudadanía todavía no han comprendido con claridad la verdadera función de la CSJ al darle solamente la función de dirimir juicios que caen en el ámbito de la justicia ordinaria y que solamente se puede plantear a través de un caso. Esto es así cuando se tratan de los diferentes fueros civil, penal, laboral, etc., pero cuando se trata de la función de la CSJ es hacer respetar la constitución, es decir, no se agota en un procedimiento bilateral o contradictorio porque esencialmente se administran conflictos entre el Estado y la sociedad. Al mismo tiempo reconoció que deben hacerse muchos ajustes en cuando hace al procedimiento dentro de la jurisdicción y la necesidad de que sea legislada a fin de que permita un procedimiento acorde a la protección de los derechos fundamentales. Esto permitiría además una certeza sobre las formas de acceso a la justicia constitucional y el procedimiento a seguir.

El Dr. Luis Lezcano Claude tiene una posición un tanto más conservador que la anterior al afirmar que en cuanto a efectividad de derechos sociales, económicos y culturales, la CSJ no puede hacer mucho. Para él, la judicialización de políticas es limitada y no asume un rol más activo en la defensa de los derechos de los ciudadanos. Los jueces constitucionales, para este exmagistrado de la Sala Constitucional, son jueces de derecho y por tal razón no pueden convertirse en legisladores negativos. Otorga una posición de *status quo* a la corte. En efecto, señala que de la forma en que están estructurados los órganos de gobierno, la corte sólo puede decidir en el caso concreto como jueces de derecho y no de equidad, y sobre todo por sus sentencias que tiene efecto para el caso concreto. El rol de la corte en la transformación económica y social es limitado, y son los demás poderes quienes tienen mucha más posibilidad de intervención que el poder judicial. Este exmagistrado se mantiene en una postura conservadora respecto de la realización de los derechos sociales, económicos y culturales, dejando el rol político a los poderes ejecutivo y legislativo en materia de efectividad de derechos.

No obstante, ambos reconocen a la CSJ una facultad esencialmente política y es cuando interviene ante la violación de los derechos fundamentales. No niegan la presencia de las cuestiones políticas no justiciables, pero afirman que cuando estas cuestiones políticas violan derechos protegidos por la constitución tienen que ser controlados en cuanto a su constitucionalidad. La corte no tiene que inmiscuirse en las cuestiones políticas en principio, pero cuando afectan a derechos es imprescindible su intervención.

La mayor o menor posibilidad de expandir la judicatura en términos de protección de derechos fundamentales, que hacen a la esencia del papel político, y que pueden dar lugar a una justicia transformadora, dependerá de la interpretación que se haga de la norma constitucional.

En las constituciones de los Estados debe expresarse las directrices fundamentales para los operadores del sistema, los intérpretes, los poderes políticos y la ciudadanía. En efecto, las cláusulas constitucionales dan al intérprete una generosa discrecionalidad que le permite atribuirle distintos y variados significados a la hora de aplicarlo. Por ello es necesario que se especifique el alcance de las cláusulas constitucionales por parte de los intérpretes de la constitución, ante varias posibilidades interpretativas, lo cual permite imprimir a la interpretación constitucional un ritmo evolutivo (Mendonca 2018). La interpretación constitucional siempre ha generado controversias en todos los ámbitos por tratarse de una cuestión importante para la vida de una nación. Dicha controversia parte de la definición del término “interpretación”, conocida por su ambigüedad, pues se alude tanto a la actividad interpretativa como al resultado de esta interpretación. Esta controversia se acentúa cuando hablamos de interpretación de la constitución.

La visión dada por el Dr. Víctor Núñez indica una transformación constitucional en la interpretación de la constitución cuando se vulneran los derechos sociales, económicos y culturales. Esto se fundamenta en el Estado Social de Derecho adoptado por la constitución dentro del constitucionalismo social y así la interpretación de la norma constitucional no se reduce a la literalidad cuando ella es insuficiente, sino que admite un tipo de interpretación evolutiva o si se quiere transformadora para la protección de los derechos fundamentales. La justicia constitucional tiene otra lógica interpretativa, con principios y reglas propios de ella. Nos advierte que todavía existe esa confusión tanto en los operadores judiciales como en los litigantes que consideran que es similar al ámbito civil, en el que prima el positivismo jurídico. Esta

corriente positivista fue superada desde la aparición de los Estados constitucionales en la segunda posguerra, y en especial en la región latinoamericana a partir de la modificación en sus documentos normativos que fueron incluidos desde la caída de los distintos regímenes no democráticos durante la tercera ola democratizadora. Paraguay asume esta decisión cuando cae el régimen del general Stroessner en el año 1989 y se produce la apertura a una democracia constitucional.

En una democracia constitucional se debe garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos, en especial, aquellos que se encuentran como normas programáticas y que requieren que tengan operatividad. Estos derechos son los sociales, económicos y culturales, también llamados de segunda generación, que garantizan la protección de los derechos de las minorías. La constitución así es un instrumento democrático que establece límites a las mayorías y de ahí surge la legitimidad de la CSJ para validar sus decisiones mediante la fundamentación en principios y reglas. La interpretación de la constitución por parte de la CSJ no implica que sea realizada a gusto de los jueces porque el límite está establecido en la propia ley superior.

El intérprete de la constitución - en este caso la Sala Constitucional - se convierte en legislador negativo porque así lo establece el art. 137 de la CN. Esta discusión ya se trae desde la Convención Constituyente del año 1991, en el que participó el Dr. Víctor Núñez como convencional, y señaló que fueron muchos los cuestionamientos hacia la legitimidad de la corte en ese sentido, pues si bien no tiene facultad de legislación positiva porque no puede crear leyes ni sancionarlos, puede declarar la ley inconstitucional y derogarla.

Para el ex juez de la CSJ, Enrique Sosa Elizeche, también es importante que la interpretación de la norma constitucional no sea solamente literal, sino que tenemos que mirar más allá de la norma. La interpretación así es sistémica, integradora y transformadora. Las distintas corrientes del pensamiento político constitucional, los principios de interpretación y las reglas de interpretaciones que son especificidades de la normativa constitucional aportan suficiente argumento para la toma de decisiones correctas.

No obstante, hemos encontrado posiciones dispares con otros entrevistados en las que se denota una posición sumamente afín al positivismo jurídico pues apuntan a que las decisiones judiciales en el ámbito constitucional deben ceñirse a la voluntad del constituyente. Así también se ha observado que algunos magistrados han puesto en primer lugar a sus preferencias ante que



al imperio de la ley. Dworkin (1996) al respecto nos advierte que ante la existencia de un dilema para decidir una cuestión compleja requiere afrontar que en un proceso intelectual que implique decidir en un caso judicial habrá que razonar sobre temas morales profundos y polarizantes en una sociedad. Los jueces con convicciones políticas conservadores harán una interpretación conservadora de los principios constitucionales y los jueces con convicciones políticas más liberales naturalmente interpretarán esos principios de forma liberal.

En efecto, los supuestos éticos que tenga el ministro de corte serán decisivos a la hora de interpretar la norma constitucional, porque es una tarea subjetiva interna de cada magistrado permeable o no a las presiones externas. Un problema de fondo en la sociedad es la debilidad de los valores, nos señalaba el Dr. José V. Altamirano y que ocasiona un gran daño a todo el país, no es un problema únicamente del poder judicial, sino que afecta a la comunidad en sí. La formación ética del magistrado se traduce en una garantía de actuación del juez, y por consiguiente la independencia de sus decisiones. El fuero interno del juez es una suerte de filtro para resolver los conflictos y de la propia función que cumple, de tal modo a que cualquier elemento extraño no podrá permear la dignidad del magistrado, y dará paso a una correcta administración de justicia.

Los jueces, además de ser jueces comparten objetivos y métodos de los filósofos, porque apuntan a entender mejor la moralidad, los valores y los principios que establece la constitución, y en especial en la justicia constitucional en donde los jueces toman decisiones difíciles para casos difíciles. (Dworkin 2010). Muestra el Dr. Víctor Núñez que la transformación de la justicia constitucional en Paraguay advierte un crecimiento bastante lento, pero a su vez un avance en términos de evolución en el desarrollo del derecho constitucional paraguayo. Sobre esto, señaló que se debe especialmente a que, en el pensamiento de los propios usuarios del sistema de justicia, en este caso abogados litigantes o “pasilleros”, todavía prima el concepto positivista, que impide la correcta utilización de los mecanismos de acceso a la justicia constitucional. Este positivismo se constituye en un obstáculo a la evolución del derecho constitucional. Sostuvo que debe hablarse desde el punto de vista jurídico de un derecho procesal constitucional porque la constitución no es taxativa en la enumeración de derechos fundamentales, y le corresponde al juez garantizarlos mediante la aplicación de principios. La justicia constitucional no se agota en la norma escrita, ya no puede hablarse de un constitucionalismo positivista sino de un nuevo

constitucionalismo que va más allá de las normas. La satisfacción del derecho dependerá de si el magistrado acoge una actitud positivista o constitucionalista, entonces será o garante de la protección de los derechos fundamentales.

## **CAPITULO VI. EL DESEMPEÑO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CSJ DE PARAGUAY.**

El juez constitucional es el que interpreta la constitución política y por ello se hace necesario conocer su comportamiento, pues es el encargado de establecer el significado de las normas constitucionales o el alcance de las otras normas jurídicas cuando se confrontan con el parámetro de legitimidad constitucional. No hacerlo conlleva el riesgo de que el análisis únicamente se quede en el nivel del deber ser, y no en el de la realidad del producto que ofrece un operador jurídico concreto (Feoli 2012). Para conocer la realidad de la justicia constitucional debe indagarse la actividad de los jueces y su lógica de interpretación en el sistema jurídico. De hecho, en el constitucionalismo contemporáneo conjugan el deber ser y lo que es, pero solamente se podrá encontrar el punto de inflexión si se examina el actuar judicial.

El rol político del poder judicial es analizado en esta tesis desde dos elementos. En el capítulo anterior hemos explorado desde la visión de los operadores del sistema, los ministros de corte. En tanto en este capítulo primeramente se explora la integración y composición de la CSJ desde el año 1995 hasta la fecha, se sistematiza la actividad jurisdiccional mediante la presentación de los datos estadísticos de las acciones de inconstitucionalidad, la consulta constitucional y la acción declarativa de certeza constitucional ingresadas a la Sala Constitucional dentro del mismo periodo estudiado para conocer si efectivamente la ciudadanía ha utilizado los instrumentos jurídicos para la protección de sus derechos, si cuál ha sido la respuesta de parte de sistema judicial y si esto ha contribuido al fortalecimiento del Estado de derecho; y finalmente se presenta el análisis cualitativo de los fallos judiciales emanados de la Sala Constitucional. Se analizaron las sentencias de acuerdo con las dimensiones analíticas elaboradas en el capítulo 3 que son las siguientes: a) modificación en la estructura de las instituciones, b) accesibilidad a la justicia constitucional, c) utilización del discurso de derechos, d) reconocimiento de derechos establecidos en la norma constitucional, y c) cambio en las políticas públicas.

## 1. Nombramiento de los Ministros de la CSJ, 1995-2020.

La CSJ de Paraguay en la era democrática fue instalada en el año 1995 con la designación de los nueve ministros. El Decreto presidencial de designación de la primera Corte Suprema fue un compromiso entre el poder ejecutivo y el poder legislativo para “[...] *promover, exclusivamente, en el marco constitucional, candidatos de consenso que reúnan los requisitos de idoneidad, probidad y notoria honorabilidad para los cargos de Ministros de Corte [...]*” La integración de la corte se dio en el convencimiento de que sobre la base del consenso en el documento suscripto en el año 1994 permitiría seguir consolidando el proceso democrático y el Estado de derecho en el que se sustentara la nación a partir del 2 y 3 de febrero de 1989. En el decreto se plasmó el largo proceso de renovación judicial que estimaba garantizar un poder judicial independiente.

En la tabla siguiente podemos constatar los movimientos que ha tenido la corte desde la primera conformación hasta la actualidad. El nombramiento de los ministros de la CSJ es una variable interviniente que determina su protagonismo judicial.

**Tabla 4. Integración de la CSJ, 1995-2020.**

<b>HISTÓRICO DE MIEMBROS DE LA CSJ</b>			
<b>MINISTRO/A</b>	<b>ACUERDO PODER EJECUTIVO</b>	<b>DESIGNACIÓN</b>	<b>CONFIRMACIÓN SENADO</b>
Elixeno Ayala Pavón	Decreto N° 8316	03/04/1995	
Carlos Fernández Gadea			
Jerónimo Irala Burgos			
Luis Lezcano Claude			
Oscar Paciello Candia			
Felipe Santiago Paredes			
Wildo Rienzi Galeano			
Raúl Sapena Brugada			
Enrique Antonio Sosa Elizeche			
Bonifacio Ríos Ávalos	Decreto N° 2998	14/05/1999	
Wildo Rienzi Galeano	Decreto N° 6131		09/11/1999
Carlos Fernández Gadea			

Luis Lezcano Claude			
Elixeno Ayala Pavón			
Raúl Sapena Brugada			
Antonio Fretes	Decreto N° 15300	14/11/2001	
Víctor Manuel Núñez Rodríguez	Decreto N° 21189	año 2003	
Sindulfo Blanco	Decreto N° 1980	15/03/2004	
Miguel Oscar Ramón Bajac Albertini			
César Antonio Garay Zuccolillo			
Alicia Beatriz Pucheta De Correa			
José Victoriano Altamirano Aquino			
José Raúl Torres Kirmser			
Luis María Benítez Riera	Decreto N° 5605	13/12/2010	
Gladys Bareiro De Módica			
Miryam Peña Candia	Decreto N° 4178	02/09/2015	
Eugenio Jiménez Rolón	Decreto N° 360	05/10/2018	
Manuel De Jesús Ramírez Candia	Decreto N° 361	05/10/2018	
María Carolina Llanes	Decreto N° 2107	11/07/2019	
Alberto Martínez Simón	Decreto N° 1598	11/04/2019	
César Diesel Junghanns	Decreto N° 3602	19/05/2020	

Fuente: Elaboración propia a partir de los decretos remitidos por la secretaria general del Gabinete Civil de la Presidencia de la República de Paraguay, a través del sistema de acceso a la información pública.

La primera CSJ fue integrada durante el periodo de gobierno 1993-1998, por entonces presidente de la república Juan Carlos Wasmosy, del partido colorado. Hubo un consenso sin igual para la integración de los magistrados afiliados tanto al partido colorado como al partido liberal, de tal manera a que ambos partidos políticos más fuertes y representativos, sean “representados” en la corte. Cada partido tenía su ministro fundado en el pacto de gobernabilidad. Estos acuerdos son denominados “cuoteos” o cuotas políticas consistentes en la distribución de cargos en las altas cortes, ocurrió en toda América Latina y Paraguay no fue la excepción. Por medio de este sistema fueron designados cinco ministros del partido colorado (el partido de gobierno), tres ministros afiliados al partido liberal, y uno del partido demócrata cristiano.

Durante el periodo de gobierno siguiente (1998-2003) cinco de estos ministros fueron confirmados en sus cargos por la cámara de senadores, uno de ellos ya había fallecido (Oscar Paciello). Tres Ministros no fueron confirmados (Felipe Santiago Paredes, Jerónimo Irala Burgos y Enrique Sosa Elizeche).<sup>99</sup> La resolución N° 421/1999 de la cámara de senadores expresaba en su considerando que han aplicado lo dispuesto en los arts. 252<sup>100</sup>, 264 inc. 1,<sup>101</sup> y 275 de la constitución, art. 8 de las disposiciones transitorias y el art. 19 de la Ley N° 609/95.<sup>102</sup> Coincide la confirmación en el cargo con la sentencia emitida por el pleno de la CSJ en el año 1999 sobre la legitimidad de Luis Ángel González Macchi para la conclusión del mandato en ejercicio de la presidencia de la república. González Macchi, presidente del congreso y afiliado al partido colorado, además de pertenecer a una de las facciones más fuertes como lo era el sector argañista,<sup>103</sup> había asumido la titularidad del ejecutivo ante la renuncia Raúl Cubas Grau, quien estaba por ser enjuiciado políticamente, luego del magnicidio de su vicepresidente el Dr. Luis María Argaña. La confirmación en sus cargos fue la moneda de cambio.

Bonifacio Ríos Avalos y Antonio Fretes fueron designados a la corte, para cubrir las dos vacancias dejadas por fallecimiento de sus titulares (Oscar Paciello y Elixeno Ayala) en los años 1999 y 2001 respectivamente. Víctor Manuel Núñez Rodríguez asumió en el año 2003, al inicio del periodo de gobierno 2003-2008 durante la presidencia de Nicanor Duarte Frutos, quien con grandes pretensiones de realizar la “reforma judicial” consiguió el apoyo de la mayoría del

---

<sup>99</sup> Los ministros no incluidos en la resolución de confirmación de la cámara de senadores promovieron acción de inconstitucionalidad en contra del art. 19 de la Ley N° 609/95, y la Resolución N° 421/1999. La corte reunida en pleno declaró inconstitucional tanto el artículo impugnado como la resolución del senado, por Acuerdo y Sentencia N° 222 del 05 de mayo de 2000 y N° 223 del 05 de mayo de 2000, declarándose inamovibles en el cargo a los accionantes. Las consecuencias jurídicas y políticas de esta sentencia son analizadas en este capítulo.

<sup>100</sup> Art. 252 de la Constitución. De la inamovilidad de los magistrados. Los magistrados son inamovibles en cuanto al cargo, a la sede o al grado, durante el término para el cual fueron nombrados. No pueden ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento previo y expreso. Son designados por periodos de cinco años, a contar desde su nombramiento. Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos periodos siguientes al de su elección, adquirirán la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>101</sup> Art. 264 de la Constitución. De los deberes y atribuciones. Son deberes y atribuciones del Consejo de la Magistratura [...] 1) proponer ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes, y elevarlas a la Cámara de Senadores para que los designe, con acuerdo del Poder Ejecutivo.

<sup>102</sup> Art. 19 de la Ley N° 609/1995 Que organiza la Corte Suprema de Justicia. Reconducción Tácita de la Función. Cumplido el periodo para el cual fueron designados, de acuerdo con el Art. 252 de la Constitución y 8° de las Disposiciones Finales y Transitorias de la misma, los ministros de la Corte Suprema de Justicia seguirán en el ejercicio de sus funciones hasta tanto sean confirmados o nombrados sus sucesores conforme con el procedimiento constitucional.

<sup>103</sup> Pertenecientes a sector liderado por Luis María Argaña, vicepresidente asesinado en el ejercicio del cargo el 23 de marzo de 1999.

senado y también de diputados para llevar a juicio político a seis ministros de la corte con el objetivo de “depurar el poder judicial”. Se desató una crisis en el seno judicial ante la inminente destitución de varios de sus ministros afectando seriamente a la democracia. Del entusiasmo inicial se pasó a una desilusión absoluta. Duarte Frutos de extracción colorada finalmente impuso una corte a su medida. Dos ministros renunciaron ante la amenaza del juicio político, Jerónimo Irala Burgos y Raúl Sapena Brugada, eminentes juristas que mucho han aportado a la administración de justicia, argumentando que era inútil afrontar un juicio político cuando ya la sentencia estaba cantada; no gozarían del derecho a la defensa en juicio. Siguió Felipe Santiago Paredes semanas después, también en el año 2003. La cámara de diputados presentó acusación contra tres ministros: Bonifacio Ríos Ávalos, Carlos Fernández Gadea y Luis Lezcano Claude, éste último renunció el dos de diciembre del año 2003 antes del inicio de la sesión del juicio político. Los dos acusados fueron enjuiciados y destituidos por diputados.<sup>104</sup> Se produjeron finalmente las seis vacancias que era el objetivo inicial, y fueron ocupadas posteriormente en el año 2004 mediante el proceso de selección indicado en la constitución. Éstos ya no pasaron por la confirmación del senado como lo fueron sus antecesores. En el año 2012 la cámara de senadores mediante Resolución N° 824 del 12 de abril, decidió no confirmar en sus cargos a los ministros designados por Resolución N° 929 del 8 de noviembre de 2001, Resolución N° 1254 del 22 de mayo de 2003 y Resolución N° 161 de fecha 15 de marzo de 2004, que afectaban a:

---

<sup>104</sup> Los dos ministros destituidos, Bonifacio Ríos Ávalos y Carlos Fernández Gadea, demandaron al Estado paraguayo ante la Corte IDH por la violación de sus derechos y la falta de independencia del poder judicial. Al mismo tiempo habían planteado acción de inconstitucionalidad contra las resoluciones N° 122 del 25 de noviembre de 2003 y N° 134 del 12 de diciembre del 2003 de la cámara de senadores. La Sala Constitucional integrada por magistrados del tribunal de cuentas por inhibición de los miembros naturales, Juan Francisco Recalde Burgos, Meneleo Insfrán Riveros y Florencio Pedro Almada Álvarez, mediante las Sentencias N° 951 y N° 952 del 30 de diciembre de 2009, declararon la nulidad de las resoluciones impugnadas y ordenaron la reposición en sus cargos de los ministros destituidos. Estas decisiones jamás fueron cumplidas. La Corte Suprema de Justicia en uso de sus atribuciones de superintendencia y en reunión plenaria dispuso la suspensión de los magistrados mencionados en fecha 05 de enero de 2010. Asimismo, por Resolución N° 2383 (de carácter administrativo) la misma corte en pleno anuló la resolución dictada por la Sala Constitucional, argumentando entre otras cosas que no se observó el orden jurídico de la república y que los magistrados vulneraron principios cardinales del sistema jurídico. En otro párrafo de la resolución expresaron que la constitución y el CPC son categóricos en indicar que la sentencia de inconstitucionalidad siempre contiene un pronunciamiento que se agota única y exclusivamente en la declaración de inconstitucionalidad y por lo tanto no es atendible una que contenga pronunciamiento de condena, ni órdenes carentes de virtualidad jurídica, y que para peor son dirigidas a personas y órganos que no han tenido ninguna intervención. Diez años después la Sala Constitucional resolvió un recurso de aclaratoria interpuesto por el Fiscal General del Estado, resolución que ha sido notificada a la cámara de senadores. Curiosamente la cédula de notificación también contenía lo resuelto en la cuestión de fondo. Este hecho produjo un impase institucional entre ambos poderes, al punto de que la Corte Suprema tuvo que aclarar la situación dada, afirmando que la Sala Constitucional no dispuso ninguna notificación. El funcionario que practicó la notificación fue sumariado.

Antonio Fretes, Víctor Manuel Núñez Rodríguez,<sup>105</sup> Sindulfo Blanco,<sup>106</sup> Miguel Oscar Bajac Albertini, César Antonio Garay Zuccolillo, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y José Raúl Torres Kirmser.<sup>107</sup> La resolución del senado no fue vinculante porque previamente la CSJ, ya había declarado la inamovilidad en sus cargos a los citados ministros,<sup>108</sup> sentencias que sirvieron como una especie de escudo ante las constantes amenazas de juicio político que se volvieron recurrentes durante todos los periodos de gobierno. Hubo un único caso en el que el ministro se retiró al cumplir los cinco años de labor en la corte, tal como lo había prometido al asumir el cargo, el Dr. José V. Altamirano. Otros ministros que integran la actual CSJ – Luis María Benítez Riera y Gladys Bareiro de Módica - también presentaron acciones de inconstitucionalidad y de certeza constitucional para declararse inamovibles en el cargo.

La descripción señalada muestra una constante inestabilidad en el cargo de ministro de corte y una relación entre poderes bastante débil. Los intentos de manipulación de la justicia socavan la seguridad jurídica. A pesar de todo, la justicia constitucional contiene rasgos de comportamiento garantista y contramayoritario en la protección de los derechos fundamentales.

## **2. Actividad jurisdiccional de la Sala Constitucional de la CSJ.**

La actividad jurisdiccional de la Sala Constitucional de la CSJ de Paraguay, desde 1995 con la integración de los 9 ministros de la máxima instancia judicial, ha ido en aumento en cuanto a cantidad de acciones de inconstitucionalidad ingresadas. Seguidamente están sistematizadas las acciones por periodos de ocho años, las que corroboran la magnitud de la labor judicial y las demandas de los ciudadanos de protección de derechos. En las figuras observamos el volumen considerable de acciones ingresadas tanto aquellas presentadas en contra de actos

---

<sup>105</sup> El ministro Víctor Manuel Núñez Rodríguez renunció al cargo en el año 2014 luego de que se anunciara el juicio político al que sería sometido, con el apoyo de su mismo partido, el partido colorado y del partido liberal. El presidente del partido liberal sostuvo que habían decidido impulsar el juicio político debido a varios casos particulares que encajarían en la causal de mal desempeño en sus funciones. Los medios periodísticos realizaron una serie de publicaciones sobre sus ingresos y la de sus familiares, además de acusaciones de nepotismo en la función pública (Abc 2014).

<sup>106</sup> El ministro Sindulfo Blanco fue destituido por juicio político en el año 2018, quince días antes de que cumpla la edad de 75 años.

<sup>107</sup> La ministra renunció al cargo en el año 2018. Según medios de comunicación, la misma iba a ser propuesta por el Congreso para asumir el cargo de vicepresidenta de la República tras la renuncia de quien estaba en el cargo. Juan Afara había renunciado en abril del 2018 para candidatearse a la Cámara de Senadores (Ultima Hora 2018).

<sup>108</sup> Sobre esto analizo detenidamente más adelante.

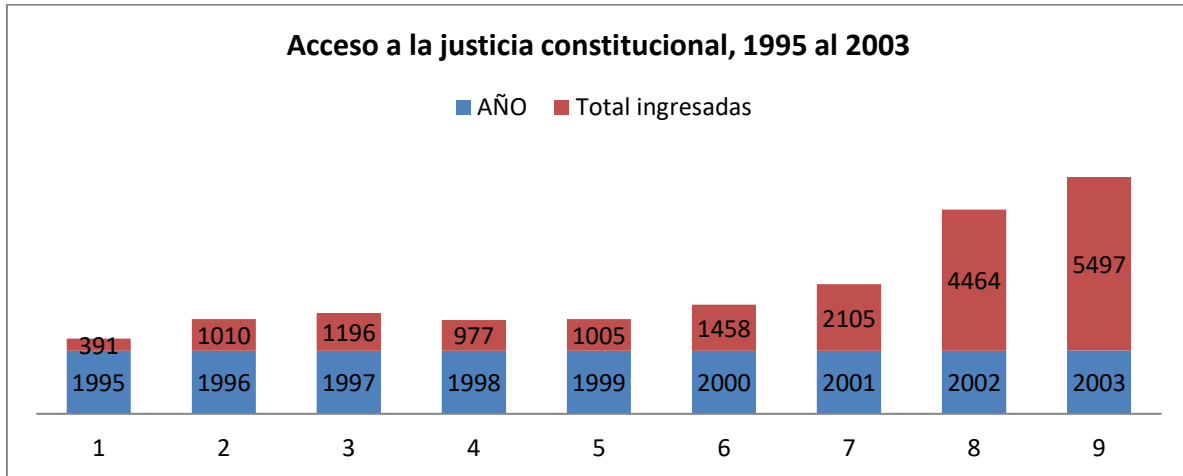


normativos como de actos judiciales. Con el diseño constitucional se permite que un gran número de acciones lleguen directamente a la Sala Constitucional, quien tiene escaso control efectivo sobre su agenda. “El diseño institucional paraguayo crea entonces un sistema de control judicial con propensión a la sobrecarga: las demandas se concentran en la Sala Constitucional, pero ésta carece de poder de veto para actuar como “legislador negativo” (Pérez-Liñan, y otros 2018, 25). No obstante, la Ley N° 609/95 orgánica de la corte – ar. 12 - dispone que la Sala Constitucional puede rechazar *in limine* las acciones de inconstitucionalidad presentadas, en los siguientes supuestos: a) que se traten de cuestiones no justiciables; b) que en la demanda no se precise la norma constitucional afectada; y c) que no se justifique la lesión concreta que le ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria. Esto redujo considerablemente el estudio de las cuestiones de fondo. En el año 2009 se creó la oficina de Admisibilidad de la Sala Constitucional encargada del estudio de la admisión o rechazo *in limine* de las acciones presentadas en contra de actos judiciales en todos los fueros. Las que refieren a actos normativos no pasaban por el proceso de examen de formalidad. En el año 2015 bajo la presidencia de la Sala Constitucional de la ministra Gladys Bareiro de Mónica, la oficina de admisibilidad fue eliminada. No obstante, el estudio de la admisión de la acción se sigue realizando, pero no está encargada una oficina específicamente, sino que debe hacerse por los tres miembros de la Sala dentro de los veinte días hábiles de recibida la acción formalmente en la Sala Constitucional, de acuerdo con la Acordada N° 979 del año 2015. Es por lo que de las 59.711 que ingresaron, sólo 16.674 pasaron el examen de formalidad y fue estudiado el fondo de la acción. El universo de las unidades de análisis atendido para esta investigación es el de 16.674 sentencias judiciales dictadas por la Sala Constitucional. He tomado la decisión de este universo a pesar de las discordancias del motor de búsqueda. En el apartado de presentación de resultados explico mejor la decisión metodológica y el criterio de selección de las muestras para el análisis de las sentencias.

Aquí podemos observar el aumento sostenido de la actividad jurisdiccional de la Sala Constitucional desde el año 1995 a partir de los datos recogidos del sistema de gestión de la Sala. La discriminación de los datos es desde el universo de causas ingresadas, es decir de 59.711 juicios que incluyen todos los mecanismos de acceso a la justicia constitucional y ambas vías de acceso tanto de acción como excepción.



**Gráfico 1. Acceso a la justicia constitucional, años 1995-2003.**



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del sistema de gestión jurisdiccional de la Sala Constitucional.

En el gráfico observamos de manera ascendente las acciones de inconstitucionalidad que fueron ingresando al sistema de justicia constitucional. En el año 1995 ingresaron apenas 391 acciones, en tanto que en el año 2003 el número se disparó a 5497, lo que representa un incremento de 1305%. Se mantuvo un nivel promedio entre los años 1996 al 2000, un ligero aumento en el año 2001, pero en los años 2002 y 2003 los números son sumamente altos. Coincide con los últimos años de la primera CSJ que fuera conformada por el cuoteo. También coincide con lo mencionado por uno de los entrevistados, el Dr. Víctor Núñez, respecto del número de sentencias dictadas por la Sala Constitucional -cerca de 4000 sentencias- en el caso de las viuditas. La multiplicación de acciones de inconstitucionalidad muestra así una transformación de prácticas relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales, pues la ciudadanía acude de manera cada vez más masiva al recurso constitucional ante la corte en el período aquí considerado.

**Gráfico 2. Acceso a la justicia constitucional, años 2004 al 2012.**



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del sistema de gestión jurisdiccional de la Sala Constitucional.

Al igual que el gráfico anterior observamos que un número considerable de acciones de inconstitucionalidad ingresaron en el año 2004 para luego ir manteniéndose en cantidades no muy variables. En el 2004 inició otro periodo judicial importante como habíamos dicho, el presidente Nicanor Duarte Frutos consiguió la “pulverización de la justicia” tal cual había sido su promesa de campaña electoral. A partir del año 2005 hasta el año 2012 vemos una cierta estabilidad en el ingreso de requerimientos de protección de derechos mediante este mecanismo de acceso a la justicia constitucional.

**Gráfico 3. Acceso a la justicia constitucional, años 2013-2020.**



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del sistema de gestión jurisdiccional de la Sala Constitucional.

En el gráfico podemos constatar que desde el año 2013 hasta el año 2016 hay una relativa estabilidad en la cantidad de causas ingresadas al sistema de gestión jurisdiccional de la Sala Constitucional. Vemos un leve aumento en el año 2017 pero que luego en los años 2018 y 2019 se dan un notable aumento de la actividad judicial. En el presente año, debido a que el corte de los datos fue realizado en agosto, los números son bajos.

Dentro del grupo de las acciones de inconstitucionalidad que han ingresado al sistema de la Sala, podemos cotejar en la tabla que sigue en cuanto a las garantías constitucionales de Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data.

**Tabla 5. Garantías Constitucionales**

<b>Garantías Constitucionales años 1995-2020</b>		
<b>Amparo</b>	<b>Habeas Corpus</b>	<b>Habeas Data</b>
1211	433	57

Fuente: Elaboración propia

Del total de acciones de inconstitucionalidad ingresadas, se presentaron 1211 en juicios de amparo, 433 en habeas corpus y 57 en habeas data. Es decir, que llegaron a la Sala Constitucional vía acción sobre actos judiciales y el mecanismo de consulta, la cantidad total de 1701 demandas referidas a garantías constitucionales, los cuales representan el 3,53%.

Los datos presentados en todas las figuras y tablas indican una alta demanda de los usuarios de justicia a la CSJ para requerir la tutela de los derechos fundamentales, a través de la presentación de las acciones de inconstitucionalidad. La cantidad de causas ingresadas es un indicador importante de que han permitido una activa y sostenida participación ciudadana desde el año 1995. Los años con menor ingreso de acciones coinciden con los años de su inicio. Es posible deducir que, en ese momento, al no existir todavía conciencia sobre los alcances de la nueva justicia constitucional de Paraguay, el número de acciones de inconstitucionalidad en los primeros años fuera más bajo. Lo destacable, sin embargo, es que una vez pasado ese periodo, la Sala Constitucional se ha consolidado y se disparó su producción jurídica.

### **3. El desempeño de la Sala Constitucional de la CSJ para la protección de derechos.**

#### **3.1. Metodología**

A partir del concepto de judicialización de políticas, sus factores explicativos y las dimensiones analíticas, se presenta en este apartado el análisis de contenido de las sentencias de la Sala Constitucional en materia de control de constitucional de acuerdo con los tres mecanismos de acceso a la justicia que se ha visto en el capítulo cuarto: 1) Consulta constitucional; 2) Certeza Constitucional, y 3) Acciones de Inconstitucionalidad. En esta investigación se ha analizado a la Sala Constitucional de la CSJ de Paraguay dentro de un periodo histórico que va desde la instalación de la primera CSJ, año 1995, y se extiende hasta el año 2020. Se tomó como punto de cierre el mes de julio del año 2020.

Según sea la dimensión en estudio, el conjunto de casos analizados sufre modificaciones; para la determinación de judicialización de políticas y la dinámica de su comportamiento importa detectar la presencia de alguno de los cinco indicadores denominados dimensiones analíticas, las que se recuerdan ahora, y son las siguientes:

- a. modificación en la estructura de las instituciones
- b. accesibilidad a la justicia constitucional
- c. utilización del discurso de derechos
- d. reconocimiento de derechos establecidos en la norma constitucional
- e. cambio en las políticas públicas.

Estas dimensiones fueron examinadas para comprender el protagonismo judicial de la Sala Constitucional y el desarrollo de la judicialización de políticas.

##### **3.1.1. Muestra**

Se analizaron en total 31 sentencias definitivas emanadas de la Sala Constitucional de la CSJ, de un universo de 16.674 sentencias definitivas. Para poder delimitar el estudio se optó por establecer una denominación a los fallos a los efectos de determinar la muestra. En ese sentido, se tiene a las “*sentencias representativas*”, definida como aquellas dictadas en el marco de las acciones de inconstitucionalidad, consultas constitucionales y acciones declarativas de certeza constitucional, en las que se ejerce el control constitucional de actos normativos, se ordenan la

protección de derechos sociales y económicos o la definición de políticas públicas y se deciden cuestiones de naturaleza política e institucional. El proceso para la selección de la muestra implicó la lectura de todas las consultas y las acciones declarativas de certeza que constituyen la cantidad total de 662 sentencias, mientras que para las acciones de inconstitucionalidad se realizó la lectura aproximada de 500 sentencias.

**Consulta Constitucional:** para la compilación de la información fue realizada primeramente mediante la revisión total de las sentencias sobre consulta constitucional que se encuentran en el buscador de jurisprudencia de la página web de la CSJ <https://www.csj.gov.py/app/jur/> Fueron localizadas un total de 635 consultas constitucionales ingresadas y resueltas por la Sala Constitucional en el periodo de estudio, de las cuales se seleccionaron 13 consultas. El criterio de selección de las muestras fue no probabilístico por tratarse de un enfoque cualitativo. Se incluyeron solamente aquellas consultas que versan sobre la tutela de derechos sociales, económicos y culturales. Se excluyeron todas las consultas referentes a regulaciones de honorarios profesionales de abogados que constituyen el mayor porcentaje, otros que incluyen algunas consultas en juicios ejecutivos sobre la aplicación de una ley en este juicio especial y juicios civiles y laborales que no refieren a protección de derechos sino a dudas de los jueces y tribunales para la aplicación de una ley en los procedimientos.

Si bien el buscador utilizado ya no se encuentra disponible en la página web de la CSJ para los usuarios del sistema de justicia porque fue sustituido por otro, solicité su provisión y autorización al Instituto de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial, en razón de que el actual buscador de jurisprudencia que sustituyó al anterior no estaba actualizado y tenía defectos en los motores de búsqueda como por ejemplo no aglutinaba en su totalidad las sentencias al ingresar las palabras clave y otros datos de búsqueda. Solamente debían ingresarse hasta tres indicadores de búsqueda para que la misma sea efectiva, aun así, al realizar un cotejo con el sistema de gestión jurisdiccional interno de la Sala Constitucional, muchos de los fallos no fueron encontrados en este buscador, pero sí en el anterior. Las sentencias fueron codificadas de la siguiente manera: CC que significa Consulta Constitucional seguida de los números de ingreso a al sistema de gestión de la Sala y el año de ingreso de la acción, así se identificaron CC-276/1996, CC-1598/2008, CC-1162/2012, CC-1569/2012, CC-1774/2012, CC-745/2013, CC-

1445/2013, CC-139/2014, CC-1161/2014, CC-809/2016, CC-1210/2016, CC-2051/2016 y CC-1539/2019.

**Acciones declarativas de certeza constitucional:** la recolección de los datos fue realizada de dos maneras, primero la revisión en la página web de la CSJ, y segundo mediante la provisión por parte de un colega investigador ya que muchos fallos no estaban en acceso abierto. Ingresaron a la jurisdicción constitucional un total de 27 acciones declarativas en el periodo seleccionado, de las cuales fueron seleccionadas la cantidad de 10. Para el criterio de selección de la muestra se tuvo en cuenta aquellas acciones en las que fueron dictadas sentencias definitivas de “Hacer Lugar”, es decir, con decisiones favorables a los accionantes y que versaron sobre conflictos de naturaleza política. Fueron excluidas todas las acciones resueltas mediante autos interlocutorios (no sentencias definitivas) por no estudiarse el fondo de la cuestión, y que fueron rechazadas por aspectos formales desde el punto de vista procedimental. Así, fueron excluidas 9 acciones de certeza. Otro criterio de exclusión fue determinado por el rechazo de la pretensión habiendo sido estudiado el fondo, es decir, no se incluyeron aquellas acciones cuyo resultado fue “No hacer lugar” o “Rechazar”, y que constituyeron la cantidad de 8 acciones.

El trabajo se organizó mediante la identificación de los fallos judiciales con números de documentos. Así, una sentencia se identifica de la siguiente manera: D1, D2, D3 y así sucesivamente, D significa documento y el número es el orden de análisis.

Las sentencias fueron identificadas así: D1 “Caso Sub Contralor”, D2 “Caso Elecciones Generales”, D3 “Caso Torres Kirmser”, D4 “Caso Sindulfo Blanco”, D5 “Caso Bajac Albertini”, D6 “Caso Código Aduanero”, D7 “Caso Banco Central”, D8 “Caso Benítez Riera”, D9 “Caso Centenario”, D10 “Caso Bonos Soberanos”.

**Acciones de inconstitucionalidad:** las sentencias de la Sala Constitucional fueron recolectadas de la página web institucional. La selección de la muestra fue intencional en esta investigación con los siguientes criterios: sentencias que contengan la justiciabilidad de derechos y la realización de políticas públicas, y las que deciden conflictos político-institucionales. Así fueron identificadas ocho sentencias, de las cuales dos corresponden al primer criterio de selección y seis al segundo. Fueron identificadas las sentencias como D11 “AI Salinas Sosa c/ Ministerio de Hacienda”, D12 “A.I. Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo”,



D13 “AI JC Lezcano c/ Contraloría General de la República”, D14 “AyS 222/2000”, D15 “AyS 223/2000”, D16 “AyS557/2007”, D17 “AyS 947/2009” y D18 “AyS 9/2016”.

### **3.2. Protagonismo judicial: dinámica de su comportamiento.**

#### **3.2.1 Judicialización por acceso a la justicia constitucional.**

El acceso a la justicia constitucional se da por medio de tres mecanismos ya señalados en la parte teórica de esta investigación, y recordemos cuales son: la acción de inconstitucionalidad, la consulta constitucional y la acción declarativa de certeza constitucional. El control judicial de la ley se realiza por los dos primeros instrumentos en tanto que el tercero todavía está en discusión si se trata realmente de una herramienta de protección de derechos. La acción de inconstitucionalidad es planteada directamente por el particular ofendido, en tanto que la consulta en una vía indirecta porque son los jueces y tribunales quienes solicitan a la CSJ que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma, dado el sistema de control concentrado establecido en la constitución.

Para el acceso a la justicia constitucional mediante el mecanismo de consulta, el juez de primera instancia o el tribunal de apelaciones deben hacerlo dentro de un proceso en curso. Si considera que requiere conocer la constitucionalidad de una norma que debe aplicar al caso concreto, por el sistema concentrado remite a la Sala Constitucional de la Corte a fin de que ésta se pronuncie, para lo cual se individualiza el acto normativo que provoca la consulta y el proceso en el cual es la toma de decisión. En los 13 fallos analizados sobre consulta constitucional, los jueces tenían que decidir en el marco de un amparo, pero para ello requerían conocer si la norma que habría de aplicar era o no contraria a la constitución.

La *consulta constitucional* se configura como un mecanismo de acceso a la justicia constitucional desde el punto de vista sustantivo porque a pesar de no encontrarse expresamente en la constitución, los ministros de la CSJ han asumido desde el año 1995 que se constituye en una puerta de entrada para el control de constitucionalidad y la protección de los derechos fundamentales. A partir de la jurisprudencia de la Sala Constitucional se otorga entidad a la consulta y surge de una obligación infraconstitucional de los jueces y tribunales para recurrir ante la Sala Constitucional antes de dictar sentencia a los efectos de verificar la

constitucionalidad de la ley o acto normativo que debe aplicar en el caso concreto. La norma se encuentra establecida en el art. 18 del CPC que, si bien remite al art. 200 de la Constitución de 1967, la Sala Constitucional realiza una interpretación extensiva en el sentido de armonizar con la constitución vigente.

La Sala Constitucional asume la competencia para realizar el control constitucional mediante la consulta. Deja sentada la postura de que no solo a través de la acción de inconstitucionalidad se pueden declarar inconstitucionales las leyes y otros actos normativos, sino que erige a la consulta en un mecanismo de acceso a la justicia constitucional.

Las decisiones contestes del alto tribunal sugieren que los efectos y el alcance de la consulta constitucional es el mismo que para la excepción de inconstitucionalidad. Esto implica que puede declararse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada con el efecto *inter partes*. La interpretación sistemática vuelve a introducirse para indicar que la consulta es efectivamente un mecanismo de tutela de los derechos fundamentales. Aquí los órganos jurisdiccionales inferiores son la herramienta que abren las puertas a la protección de derechos de naturaleza constitucional para los ciudadanos afectados por la norma controvertida con la constitución,

En el voto emitido por el ministro de la CSJ, Eugenio Jiménez Rolón, miembro de la Sala Civil, quien integró la Sala Constitucional en el caso CC-1539/2019 la denominación consulta es doctrinaria porque no está contenida en alguna normativa pero que sin embargo es un requerimiento oficioso realizado por los jueces y tribunales para conocer la constitucionalidad de una ley. No se trata pues de una opinión consultiva ni un dictamen no vinculante, sino que es una atribución constitucional para declarar la inconstitucionalidad o no de una ley cuestionada. Es decir que, para el magistrado de la alta corte la consulta es un mecanismo de acceso a la justicia constitucional.

Sin embargo, se encuentra la postura disidente de la ministra de la CSJ, Gladys Bareiro de Mónica, la cual se funda en los art. 259 y 260 de la constitución, disposiciones en las que no se incluye a la consulta constitucional como una institución posible y que permita la atribución de la Sala para ejercer el control constitucional. Esta posición es recurrente y puede observarse en todos los fallos analizados. Para la ministra, el art. 18 del CPC que remite al art. 200 de la Constitución de 1967 no puede ser aplicado con la Constitución de 1992. En efecto, considera que la institución de la consulta fue derogada por la ley fundamental vigente ya que su previsión

era con la constitución anterior. La consulta no es una vía de acceso a la justicia constitucional. La ministra es enfática en afirmar que la Sala Constitucional no tiene la atribución de consultas remitidas por los jueces y tribunales porque está limitada a realizar el control constitucional de los actos normativos y resoluciones judiciales que sean contrarios a la constitución, mediante dos vías, la acción y la excepción. De esta forma sostiene que desde el punto de vista procedimental las formas de acceder a la justicia constitucional son solamente por las dos vías referidas. La jueza constitucional se inclina a la posición originalista y conservadora en el sentido de que las preferencias de los constituyentes no pueden modificarse. De esta manera adopta una posición restrictiva y le atribuye supremacía al legislador.

La consulta constitucional es un mecanismo de tutela de derechos reconocido por los magistrados de la CSJ mediante la interpretación que hicieron de la constitución a pesar de que este mecanismo no se encuentra expresamente establecido en la carta magna. De esta manera el poder judicial cumple su rol fundamental en las democracias constitucionales mediante el control judicial de los actos normativos emanados de los otros poderes políticos. El juez constitucional es el guardián de la constitución y confiere significado a su contenido ejerciendo un protagonismo importante. En palabras de Fiss (2010, 30) “La tarea del juez consiste en dar sentido a los valores constitucionales mediante la interpretación del texto de la Constitución, la historia y los ideales sociales”.

En lo que respecta a *las acciones declarativas de certeza constitucional*, se tiene el primer antecedente en la sentencia dictada en el marco de un amparo, D1 “Caso Sub contralor”. La acción llegó hasta la Sala Constitucional de la CSJ cuando el tribunal de apelaciones requirió a la máxima instancia judicial la interpretación de una norma constitucional. En el fallo D1 del año 1996 se establecieron los lineamientos iniciales de la facultad interpretativa de la CSJ, Sala Constitucional, la cual no puede realizarse en abstracto, sino siempre debe ser ejercida en un caso concreto. Aún no había sido denominada “certeza constitucional” pero se trató de una solicitud de interpretación de una norma constitucional, que la CSJ en posteriores sentencias determinó que sería una característica de la nueva herramienta de acceso a la justicia constitucional. El pedido de interpretación de la normativa constitucional fue referente a las funciones que le competen tanto al Contralor General de la República (CGR) como al Sub Contralor y que se encuentran desarrolladas en los arts. 281 al 283. El tribunal de apelaciones

que estudió el recurso planteado en contra de la sentencia del amparo entendió que la función interpretativa de naturaleza constitucional le compete a la CSJ y por ello remitió el expediente a dichos efectos. La Sala Constitucional interpretó las normativas de referencia y dispuso la obligación de la CGR de reglamentar las funciones del Sub Contralor.

Con la sentencia D2 “Caso Elecciones Generales” del año 1999 se sentaron las bases para la facultad interpretativa de la CSJ exclusiva en materia constitucional. Se utilizó por primera vez la denominación “certeza constitucional” para referirse a una vía de control de constitucionalidad de las normas incluyéndola dentro de las facultades otorgadas por el art. 18 inc. a) del CPC. Si bien, lo dispuesto en el procedimiento civil es referente al pedido de consulta de constitucionalidad, la CSJ introdujo un nuevo elemento característico para el ejercicio de lo que dio en llamar “la acción declarativa de certeza constitucional”. Además de las dos vías conocidas y permitidas por el CPC: la acción y la excepción, se incorporó a ellas un nuevo mecanismo de acceso a la jurisdicción constitucional. El requisito principal para la acción declarativa de certeza constitucional es la existencia de duda o incertidumbre referida a la aplicación de una norma de la constitución en un caso concreto y determinado, descartándose los especulativos o abstractos. En el D2 la duda recaía en la interpretación del art. 234 referente a la doble acefalía del poder ejecutivo que se produjo por el asesinato del vicepresidente de la república Luis María Argaña y la renuncia del presidente Raúl Cubas Grau. El Tribunal Superior de Justicia Electoral pidió a la CSJ que interprete dicha disposición para decidir si convocaba o no a nuevas elecciones generales. La titularidad del ejecutivo asumió el presidente del congreso, Luis Ángel González Macchi. La duda o incertidumbre del órgano electoral fue acerca de la convocatoria o no a nuevas elecciones generales teniendo en cuenta de que el hecho ocurrió al año siguiente del inicio del periodo presidencial (1998-2003), es decir en marzo del año 1999. El conflicto fue atendido por el pleno de la CSJ y no la Sala Constitucional dada la importancia social y jurídica que imponía el caso. La CSJ declaró con alcance de certeza constitucional que el presidente del congreso debía concluir el mandato como presidente de la república, y que la convocatoria a elecciones sólo debía darse para ocupar la vacancia de la vicepresidencia. La CSJ asumió un rol de “intérprete” de la constitución y creó la nueva figura jurídica para acudir a la justicia constitucional mediante la herramienta llamada acción declarativa de certeza constitucional

Mediante el fallo D3 “Caso Torres Kirmser” del año 2009, diez años después del D2, la CSJ realizó la tarea argumentativa de darle soporte normativo a la certeza constitucional y también complementó su contenido con la doctrina jurídica extranjera pues en la Argentina ha sido desarrollada ampliamente este tipo de acción. En efecto, sustentó su decisión en el art. 99 del CPC, que dispone sobre las acciones meramente declarativas para los juicios civiles y lo extrapoló a la jurisdicción constitucional para declarar la existencia o inexistencia de una relación jurídica que permite tutelar el interés legítimo del actor en disipar frente a la sociedad una duda constitucional que lo afecta. En dos fallos de igual pretensión final, el D4 “Caso Sindulfo Blanco” y D5 “Caso Bajac Albertini”, llegaron a la misma conclusión sin ningún aporte significativo al debate y a la construcción de los requisitos para la acción, pues se trataban de las mismas circunstancias fácticas. Ya en el D8 “Caso Benítez Riera” la CSJ mostró la evolución de la figura jurídica surgida a partir de la jurisprudencia y su utilidad reconocida ampliamente en la ciencia procesal y procesal constitucional. La acción de certeza se constituye en una vía para declarar el derecho como elemento esencial de la decisión, una causa judicial idónea para generar la jurisdicción y un remedio para determinar el alcance y sentido de una cláusula constitucional. Encuentra, además, apoyo legislativo y doctrinario amplio. En la sentencia se hizo referencia al art. 542 última parte del CPC que estatuye: “Cuando se tratare de interpretación de cláusula constitucional la Corte establecerá su alcance y sentido”, con lo cual queda establecido en forma definitiva que la acción tiene soporte normativo en los arts. 99 y 542 del CPC.

Las acciones declarativas D3 “Caso Torres Kirmser”, D4 “Caso Sindulfo Blanco”, D5 “Caso Bajac Albertini” y D8 “Caso Benítez Riera” guardan similitud en cuanto a su naturaleza porque el conflicto que mereció intervención de la CSJ fue en relación con el pedido de declaración de inamovilidad en sus cargos a ministros de la misma institución. Los tres recurrentes se desempeñaban como ministros de la CSJ y no tenían duda sobre su inamovilidad, pero requerían que la Sala Constitucional se pronuncie al respecto para que no haya incertidumbre en la sociedad y por supuesto tampoco en los demás poderes del Estado. La atención del conflicto fue realizada sólo por la Sala Constitucional y no por el pleno de la CSJ como lo fue en el D2 “Caso Elecciones Generales”. Una particularidad del D5 “Caso Bajac Albertini” era que tanto la resolución de la cámara de senadores como el decreto del poder

ejecutivo lo designaban por el periodo de cinco años nada más, pero el peticionante no planteó acción de inconstitucionalidad en contra de dichos actos normativos, sino que utilizó la certeza constitucional como remedio a su situación. A pesar de que por este tipo de acciones no puede realizarse el control constitucional, la Sala Constitucional igualmente estudió la constitucionalidad de las resoluciones mencionadas declarando que no tenía valor. Este fue un conflicto de naturaleza política institucional y de poderes más que constitucional.

En el año 2013, con el D6 “Caso Código Aduanero” encontramos la primera disidencia de uno de los ministros de la CSJ para quien la acción declarativa de certeza constitucional no constituye una vía de acceso a la jurisdicción. La importancia de este fallo es precisamente la discordancia que surgió luego de doce años de la primera decisión en ese sentido. Nos hace notar que no es una atribución constitucional de la CSJ la de aclarar el sentido interpretativo de la constitución y que no hay razón para buscar respuestas en leyes de inferior jerarquía. En esta acción la directora general de la Administración Nacional de Aduanas solicitó a la CSJ que interprete el art. 84 del Código Aduanero, es decir, una norma infraconstitucional respecto de la facultad de la dirección para la devolución de impuestos. La Sala Constitucional de la CSJ directamente interpretó la disposición señalada sin fundamentarse en ninguna normativa de la constitución, pero sí en el art. 3 de la Ley N° 609/95 orgánica de la institución con lo cual amplía sus funciones interpretativas a las normas infraconstitucionales.

Siguiendo la evolución que tuvo la acción, encontramos el fallo D7 “Caso Banco Central” en el que se robusteció la acción declarativa de certeza constitucional como mecanismo de acceso a la jurisdicción constitucional. Fueron establecidos definitivamente los requisitos de admisibilidad, el contenido de la acción y su finalidad. Así, para acudir en acción habrán de configurarse los derechos o deberes concretamente apreciables en el marco de un caso concreto de índole constitucional, y versar sobre la interpretación del alguna disposición constitucional o aquellas normas que derivan directamente de ella en orden de jerarquía.

Ahora bien, en el D9 “Caso Centenario” sucedió que fueron dictadas dos sentencias contradictorias sobre el mismo objeto en litigio, una por la Sala Constitucional y otra por la Sala Penal, de la CSJ. Se entablaron dos demandas por las partes contenciosas, por un lado, una acción ante el tribunal de cuentas cuya decisión final fue recurrida a la Sala Penal de la CSJ, en tanto que, por otra parte, se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de las

disposiciones legales en materia tributaria, razón que supuso la presentación de la acción declarativa de certeza para que se determine finalmente si cuál de las dos sentencias debía de ser cumplida. El caso fue atendido sólo por la Sala Constitucional, de nuevo. La CSJ en pleno no asumió la competencia. En su fallo se propuso decidir sobre la aplicación y el alcance de los fallos emitidos por ambas salas, pues lo que corresponde no es una interpretación de disposiciones constitucionales, porque ello es materia propia de la acción de inconstitucionalidad, sino que la situación de duda que se plantea en un nivel infraconstitucional entre dos disposiciones particulares (acuerdos y sentencias) sea disipada. En otras palabras, la Sala Constitucional decidió si cuál de las sentencias prevalecía. En efecto, optó por su propia sentencia. El conflicto judicializado no fue de naturaleza constitucional ni infraconstitucional, en realidad, es supra institucional porque la Sala Constitucional se erigió en tribunal superior de las otras Salas de la misma CSJ a pesar de que se encuentra impedida para tal labor.

En el D10 “Caso Bonos Soberanos” el Ministerio de Hacienda (MH) presentó acción declarativa de certeza constitucional para que la CSJ establezca sobre la vigencia o no de la autorización para emitir y mantener en circulación bonos del tesoro público para el ejercicio fiscal 2017 debido a que el poder ejecutivo había vetado totalmente el proyecto de ley de Presupuesto General de la Nación (PGN) aprobado por el Legislativo. De acuerdo con lo establecido en el art. 217 de la constitución se prevé la vigencia del PGN del año anterior para los casos en que éste no sea aprobado. La cuestión estuvo en que dentro del PGN 2016, el Congreso Nacional – en uso de sus atribuciones constitucionales – había otorgado autorización para que el ejecutivo emita bonos del tesoro, pero la duda se generó a partir del veto presidencial, si la vigencia del PGN 2016 era extensible al mismo y si era necesario o no una nueva aprobación por parte del poder legislativo. La Sala Constitucional decidió con alcance de certeza la vigencia de los bonos soberanos sin que requiera una nueva aprobación de parte del congreso. Podemos calificar también a este conflicto como de naturaleza política y constitucional. Política porque zanjó una desatada entre el ejecutivo y el legislativo, y constitucional porque versó sobre la interpretación de una norma contenida en la constitución.

En los casos D9 “Caso Centenario” y D10 “Caso Bonos Soberanos” la CSJ reforzó su tesis respecto de la declaración de certeza en la jurisdicción constitucional, como género más amplio de las acciones meramente declarativas y que si en el CPC se encuentran regulados los

otros mecanismos de garantía de derechos como la inconstitucionalidad y el amparo, nada obsta a que el interés puramente declarativo subsista también en la justicia constitucional.

En el D7 “Caso Banco Central” fue nuevamente el pleno de la CSJ quien estudió la acción presentada por la Procuraduría General de la República (PGR) y el Banco Central del Paraguay (BCP), sobre la interpretación del art. 105 de la constitución que trata de la prohibición de doble remuneración del funcionario público. La parte accionante buscaba determinar la legalidad del pago de honorarios profesionales al profesional abogado dependiente del BCP además de lo que ya le correspondía en salario estatal.

La creación de estas dos herramientas de acceso por la Sala Constitucional es una característica que presenta la judicialización en el contexto paraguayo. El impacto de la consulta constitucional es positivo porque permite que se realice el control judicial de la ley de tal manera a que no se aplique una norma contraria a la constitución y con ello el poder judicial se convierte en una institución que fiscaliza los actos de los demás poderes. Ahora bien, en cuanto a las acciones declarativas de certeza constitucional no podemos decir lo mismo. Si bien es una creación jurisprudencial de la CSJ, más bien trata de una herramienta utilizada por la propia judicatura para autoafirmarse en intérprete último y final de la constitución, lo cual debilita enormemente la relación entre los poderes. En este caso el impacto es negativo porque el actuar judicial no ha servido para la protección de derechos fundamentales sino para imponerse ante las instituciones representativas del gobierno en lo que hace a la actividad interpretativa del texto constitucional.

### **3.2.2. Judicialización por utilización del discurso de derechos**

La mayor conciencia ciudadana sobre sus derechos ha llevado a que se promuevan demandas para la efectividad de los derechos. La creciente actividad jurisdiccional que se ha visto en el capítulo anterior es un indicador de que la sociedad ha ido incrementando sus reclamos ante la justicia constitucional. En los fallos examinados se pueden constatar que se han utilizado el discurso de derechos para exigir el cumplimiento de la obligación del Estado paraguayo de hacer operativa la constitución y las leyes. Se puede observar además de cómo se han instrumentado mecanismos socio-legales basados en los derechos humanos aun en un



contexto jurídico político que no goza de buena reputación. A esto se agrega la baja calidad representativa y democrática tanto del legislativo como del ejecutivo para cumplir con los estándares de un Estado de derecho, lo cual favorece el desplazamiento hacia el judicial para la reivindicación de derechos, es decir, que los ciudadanos han percibido una mayor ventaja acudir a los tribunales porque justamente se trata de la inacción de los demás poderes.

En los fallos analizados la CSJ ha hecho efectivos los derechos de las personas que acudieron a ella para pedir su protección. El caso D11 “AI Salinas Sosa c/ Ministerio de Hacienda”, fue referente al derecho a la no discriminación por razón del sexo. Se trató de una acción de inconstitucionalidad promovida por un docente varón en la que se cuestionó la constitucionalidad de la Resolución N° 1987 del 24 de diciembre de 2001, emitida por el MH, por la que la institución del Estado consideró que no le correspondía la jubilación ordinaria con el cómputo de cantidad de hijos por años de servicio. Esta resolución fue declarada nula por la Sala Constitucional porque vulneraba un principio fundamental garantizado en la constitución que es la igualdad ante la ley y la igualdad entre hombres y mujeres, pues no puede admitirse ninguna discriminación en razón del sexo. De esta manera la CSJ asumió la postura de proteger el derecho del accionante, ubicando al hombre y a la mujer en el mismo nivel de protección de derechos sin ninguna exclusión. La ley que otorga la jubilación no es limitativa a las mujeres y una interpretación legal contraria no puede considerarse válida.

En el caso D12 “AI Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo”, la Sala Constitucional fue ampliada y lo atendió el pleno de la CSJ, dado por la Ley N° 609/95. La acción de inconstitucionalidad fue incoada por la defensoría del pueblo. Los antecedentes refieren que fue en el marco de un amparo constitucional previo en donde se petitionó el acceso a la información sobre datos de salarios, funciones y ubicación de los funcionarios nombrados y contratados de la municipalidad de la ciudad de San Lorenzo, departamento Central. La Sala Constitucional de la CSJ utilizó la figura de “*amicus curie* o amigos del tribunal” para conocer la opinión de personas o instituciones versadas en materia de acceso a la información que permitan al órgano judicial emitir una mejor decisión y acorde al interés de la sociedad, pues la cuestión suscitada merecía un análisis detenido y minucioso atendiendo a que el conflicto existente era sobre dos derechos de igual jerarquía, el derecho a informarse y el derecho a la intimidad,

previstos en los arts. 28 y 45 de la constitución. En fallo histórico y sin precedentes, la CSJ consideró que la información relativa a los sueldos de los funcionarios no podía ser calificada como dato sensible, que por el contrario tanto la situación patrimonial como la solvencia económica debe ser conocida por la sociedad.

El argumento medular fue que el acceso a la información pública representa uno de los elementos centrales de una democracia constitucional, esencial para la transparencia y para garantizar la integridad de los gobiernos. Así también, forma parte de la rendición de cuentas al que se encuentran obligados los Estados en favor de la comunidad, pues el asumir un cargo público implica que se es depositario de la confianza pública. Por ello, la publicación de los datos acerca de los funcionarios nombrados y contratados por la administración no son datos sensibles que requieran de privacidad de acuerdo con la protección conferida por el art. 33 de la constitución sobre el derecho a la intimidad personal, por el contrario, se trata de una información de carácter público que debe ser puesta a disposición de todos los ciudadanos. Tampoco podría afectar el honor ni la reputación de los empleados porque el derecho a la información tiene mayor relevancia cuando se trata de la publicidad de los actos de la administración pública.

Es dable mencionar que la defensoría del pueblo ha entablado demanda de los intereses difusos considerando que el derecho de acceso a la información es un derecho humano fundamental garantizado no solo en la constitución sino también en las convenciones internacionales ratificados por el país, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; es decir que ha utilizado el discurso de los derechos para acudir a los tribunales, de tal manera a que sea el poder judicial quien administre los conflictos de esta naturaleza. Es decir que existe un desplazamiento real de los reclamos hacia el judicial en los que anteriormente no ha asumido interés.

Otro caso de análisis fue el D13 “AI JC Lezcano c/ Contraloría General de la República” que llegó a la Sala Constitucional de la CSJ por acción de inconstitucionalidad en el marco de un juicio de amparo promovido por un ciudadano y periodista que pretendía obtener información sobre la declaración de bienes y rentas de varios funcionarios públicos que habían ocupado

distintos cargos en la administración pública. El amparo fue concedido en las instancias inferiores pero la CGR se sintió agraviada por la decisión y activó la jurisdicción constitucional ante la CSJ a fin de evitar la publicidad de las declaraciones juradas. Al igual que el caso anterior, la Sala Constitucional fue ampliada y lo estudió el pleno de la CSJ. La sentencia dictada fue trascendental porque se ratificó la postura respecto del derecho al acceso a la información como derecho humano de raigambre fundamental y de protección internacional, y necesario para la calidad democrática. Las declaraciones juradas de bienes y rentas de los funcionarios públicos constan en fuentes públicas y por lo tanto son libres para todos los ciudadanos, en ningún caso pueden ser denegados bajo el pretexto de sensibilidad de los datos. En efecto, esto también encuentra fundamento en la Constitución de Paraguay como Estado Social de Derecho, democrático y republicano; en ese carácter la publicidad de la conducta de los funcionarios dependientes de él es imperativa y debe hacerse efectivo el derecho del ciudadano de conocer el patrimonio declarado por ellos.

### **3.2.3. Judicialización por reconocimiento de derechos establecidos en la norma constitucional.**

En esta dimensión se puede verificar que la Sala Constitucional es garante de los derechos fundamentales porque ha reconocido los derechos de los ciudadanos que, siendo establecidos por la constitución no han sido realizados. La exigibilidad de los derechos sociales, económicos y culturales es un presupuesto necesario para identificar la presencia de la judicialización de políticas.

De las trece consultas constitucionales analizadas, nueve se refieren al reconocimiento del derecho a la vida y a la salud en acciones de amparo promovidas por personas que requerían de asistencia médica a través del seguro social. La competencia para ejercer el control de constitucionalidad de una norma en los juicios de amparo proviene de la Ley N° 600/95 que modifica el CPC en su art. 582 que dispone la obligación de los jueces de remitir a la Sala Constitucional los antecedentes cuando fuera necesario determinar si una ley u otro acto normativo se encuentra en contravención con la constitución. Esto por el sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Se puede considerar al primer caso que se ha identificado en este trabajo como “CC-1598/2008” que estableció los lineamientos necesarios respecto de la interpretación de la norma

constitucional, su supremacía y la garantía de protección de derechos fundamentales. En esta consulta, el juez de primera instancia remitió el expediente judicial a la Sala Constitucional de la CSJ, a fin de que realice el control constitucional de la Resolución N° 1973/98, dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social (IPS), la que establece el “Reglamento para hemodiálisis y trasplante renal por enfermedad crónica o accidente que no sea de trabajo”. El IPS es una de las instituciones de seguridad social del país y la más importante dada la cantidad de asegurados. La mencionada reglamentación dispone sobre los requisitos para acceder al tratamiento de hemodiálisis y trasplante, en especial en cuanto a la antigüedad que debe tener el asegurado para gozar de este beneficio, es decir, de tres años de aporte. El ente previsional denegó el tratamiento a la accionante razón por la cual acudió ante la CSJ a fin de solicitar que se otorgue el reconocimiento y acceso a sus derechos.

La Sala Constitucional se sustentó en el principio de la supremacía constitucional para tutelar los derechos de la accionante, afirmando que ninguna reglamentación administrativa puede estar en contra de lo que establece la constitución ni a los principios que en ella se inspiran. Tampoco puede sustentarse en criterios arbitrarios, deben ser objetivos y razonables, conforme al principio de razonabilidad. La doctrina de la supremacía constitucional en la CSJ de Paraguay sigue el mismo camino que el norteamericano, pues entrega a los jueces el poder de proteger esa supremacía. El art. 137 de la constitución se interpreta en consonancia con el art. 247 porque esa supremacía descansa en el poder de los ministros de la CSJ a quienes está confiado el control constitucional. Sin embargo, claro está, y hemos visto en el capítulo precedente, que ello genera una tensión constante con los poderes políticos. El poder judicial es un poder contramayoritario al legislativo y al ejecutivo, se autoafirma en que son los jueces quienes deben proteger los derechos.

La Sala Constitucional reafirma su función privativa de control constitucional y que los jueces ordinarios no pueden hacerlo en ningún caso, pero éstos tampoco pueden abstenerse de aplicar una norma vigente aun cuando sea evidente su inconstitucionalidad. Es la corte quien debe pronunciarse al respecto acogiendo al principio de supremacía constitucional. Esto quiere decir que en una democracia constitucional impera la constitución como norma superior sustantiva. Adopta una revisión judicial fuerte, una justicia robusta no deliberativa sino imperativa. La supremacía de la constitución se justifica porque ninguna ley y muchos menos un

acto normativo emanado de una institución puede estar en contra de la constitución ni de los principios que la inspiran. Un aspecto interesante es que la Sala Constitucional sostiene que no solo las sentencias deben contener fundamentaciones, sino que también la deben contener las reglamentaciones. Éstas tienen que explicar los criterios o parámetros adoptados para que un ciudadano asegurado tenga acceso a la atención a la salud requerida. En el examen de constitucionalidad de la reglamentación se concluye que ningún acto normativo puede ser contrario a la constitución más aún si obstaculiza el acceso real y efectivo a un derecho fundamental. En la interpretación del referido art. 137 sobre la invalidez de todas las disposiciones y actos de autoridad opuestos a ella, la Sala Constitucional es conteste en todas sus decisiones porque se erige en intérprete final.

Los derechos a la salud y a la vida tuvieron prioridad con respecto a una disposición de carácter administrativa que soslayaba los derechos fundamentales. Así también, el derecho a la seguridad social fue garantizado mediante el acceso efectivo a este derecho con la sentencia judicial.

En las siguientes 8 consultas constitucionales, también en juicios de amparo, identificados como CC-1162/2012, CC-1569/2012, CC-1774/2012, CC-745/2013, CC-139/2014 CC-1161/2014, CC-1210/2016 y CC-2051/2016, los derechos de los accionantes fueron vulnerados. Todos los casos trataron sobre la denegación por parte del IPS a la realización del tratamiento de hemodiálisis con excepción de uno de ellos (CC-139/2014) que versó sobre la inconstitucionalidad de la resolución del IPS N° 2148/1998 referente a la provisión de aparatos de prótesis y ortopedia a los asegurados de acuerdo con la antigüedad de sus aportes. La Sala Constitucional de la CSJ reconoció los derechos fundamentales de los accionantes que se encuentran estipulados en los arts. 4 “Del derecho a la vida”, 68 “Del derecho a la Salud” y 69 “Del sistema nacional de salud”, de la constitución. Las sentencias emitidas se fundamentan en el derecho a la vida como principio cardinal y sin el cual los demás derechos no pueden satisfacerse. Para el órgano máximo del poder judicial no hay duda de que tanto el derecho a la vida como el derecho a la salud son derechos que ineludiblemente deben ser protegidos, y que la obligación de hacerlo compete no solamente a las instituciones públicas sino además a las instituciones privadas. Cuando se traten de enfermedades cuya gravedad es extrema y en el que la vida de las personas está en juego no es posible considerar tan siquiera una disposición

administrativa que impida el ejercicio de ese derecho. La falta de presupuesto tampoco puede ser óbice para el acceso a la atención médica, debiendo inclusive asumir los costos el Estado cuando los pacientes acuden al sistema privado.

La disposición constitucional establecida en el art. 69 es de carácter programática, esto es implica que el Estado tiene la obligación y la responsabilidad de elaborar proyectos y programas, tendientes a efectivizar el derecho a la salud de los habitantes de la república, mediante la ejecución de acciones sanitarias integradas. Se busca que la igualdad en la atención de servicios básicos como lo es la salud sea real rompiendo las barreras que impiden su accesibilidad. La sentencia vuelve operativa esta normativa al declarar inconstitucional la resolución administrativa del IPS y permite que el asegurado por la previsual tenga la atención debida. La atención a la salud es primordial y por tal motivo ninguna reglamentación administrativa que se sostenga con argumentos arbitrarios, carentes de objetividad y razonabilidad pueden estar por encima del derecho que tiene todo ciudadano a acceder a un sistema de salud acorde a sus necesidades.

La Sala Constitucional hace efectivos los derechos humanos de los reclamantes mediante la interpretación de la norma sobre la base del principio de igualdad y no discriminación pues todas las instituciones tanto públicas como privadas están obligadas por la ley a proteger el derecho a la vida y a la salud de sus asegurados. De esta manera, en los juicios de amparo, sienta precedente en el sentido de que es ella quien debe interpretar la norma constitucional. Explica de manera enfática respecto del diseño establecido en la constitución respecto de la misión otorgada a la CSJ en erigirse en "custodio" de la ley fundamental. La competencia de ejercer el control constitucional es privativa de la Sala Constitucional o del pleno de la CSJ. Cuando el juez o el tribunal visualicen una norma evidentemente inconstitucional no queda otra opción que remitir a la corte para la declaración de inaplicabilidad.

La forma de interpretación constitucional que utiliza la Sala Constitucional es extensiva pues no se detiene en la literalidad de la norma, sino que en su contextualización. Una interpretación sistemática mediante preceptos en donde como intérprete establece conexiones internas que enlazan las instituciones y las normas jurídicas, y se concretan con la comparación de los artículos vinculados. Establece así una relación entre la resolución administrativa emanada del IPS con las normas constitucionales del derecho a la vida y a la salud, y controla de esa

manera su constitucionalidad. Por otra parte, la Sala Constitucional ratifica su postura de intervención y control ante el ejercicio de la facultad de los jueces y tribunales de realizar consultas concordantes con una normativa infraconstitucional.

En el fallo CC-276/1996 se analizó la constitucionalidad de dos arts. de la Ley N° 73/91 “Que sustituye la ley N° 1232/86 de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de empleados bancarios del Paraguay”. Esta legislación prescribe que se puede otorgar jubilación por exoneración a determinados empleados de bancos. La consulta fue realizada por el tribunal de cuentas, órgano que debía resolver en recurso de alzada la oposición del banco a pagar la suma establecida por la jubilación. La sentencia reconoce ampliamente los derechos sociales en el cual se enmarca el derecho a la seguridad social garantizado a todos los ciudadanos de la República. Se expone que conforme al orden constitucional del Estado Social de Derecho se deriva la seguridad social con la finalidad de remover los obstáculos que mantengan o propicien desigualdades, y también aquellas relacionadas a la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos. En otras palabras, para la materialización de estos valores constitucionales uno de los instrumentos de los que se vale el ordenamiento jurídico es la seguridad social y que se relaciona con el principio de justicia social.

En este caso, la Sala Constitucional hizo una exposición acabada sobre la función del Estado Social de Derecho y, en ese sentido, su obligación de proteger los derechos sociales y por esa misma razón su exigibilidad y justiciabilidad. El derecho a la seguridad social constituye uno de los pilares en la construcción de los llamados derechos de segunda generación, que deben hacerse efectivos a través de los órganos que son instituciones creadas por el Estado. Para la materialización de los derechos aquí protegidos es necesario observar los fines generales del derecho que no son otra cosa que la justicia social y que se hallan configurados en el art. 95 de la constitución. Así lo ha entendido la CSJ y concretó el acceso efectivo al derecho a la seguridad social del trabajador. En la sentencia se hace alusión al constitucionalismo social que es delineado en el preámbulo de la constitución, en la que se mencionan las declaraciones fundamentales de lo que se quiere como Estado. Es así como la Sala Constitucional se obliga como parte integrante del Estado para proteger los derechos fundados en los valores de la libertad, la justicia y la igualdad.

En el caso CC-1445/2013 resulta interesante el planteamiento al que refiere el juez en su consulta. Se trata de un juicio de adopciones en el que el centro de adopciones había dictaminado que corresponde otorgar en adopción al niño a una familia que hace tiempo se encuentra en la lista de espera, y no así a la familia con quien el niño ha creado un vínculo, fundada en el apego frecuente desde los primeros meses de vida. La Sala Constitucional al momento de analizar la solicitud señaló que en la jurisdicción de la niñez no puede dejar de observarse el principio de interés superior del niño en el cual debe sustentarse toda decisión judicial. Si el dictamen del centro de adopciones no está acorde con este principio, el magistrado tiene la potestad de alejarse siempre que pronuncie su fallo fundadamente. En este voto, mayoritario, la Sala Constitucional advierte su decisión en el sentido de que la norma cuestionada no es inconstitucional, sin embargo, realiza posteriormente una interpretación de la misma, además expone con relación al centro de adopciones y si su dictamen es o no vinculante para la toma de decisiones sobre la adopción.

En la sentencia se protege los derechos del niño con carácter prevaleciente. El argumento expuesto por la Sala Constitucional refleja una tendencia en ser garante de derechos. La exigibilidad de derechos sociales, en este caso el derecho a la familia llega a la CSJ, y ésta otorga efectividad a los mismos. En el fallo se enfatiza que:

“No se puede subordinar el bienestar del menor exclusivamente al cumplimiento de un recaudo formal como la lista de espera. Tal ponderación se desentiende de la ponderación de la relación afectiva que surgió espontáneamente entre el niño y los recurrentes. Se desinteresa igualmente de las necesidades del niño sin sopesar el daño irreparable que se podría ocasionar al arrancarlo del lado de aquellos con quienes ha constituido un lazo amoroso perdurable y de la construcción de su identidad”

Si bien, no se dispuso la inconstitucionalidad de la ley, se otorgaron las herramientas necesarias para que el juez decida sobre la base del principio de interés superior del niño, previsto en el art. 54 de la constitución, el cual proporciona un parámetro objetivo para resolver el conflicto. No puede prevalecer el derecho del adulto que se encuentra en una lista de espera por más tiempo que haya pasado pues no sería justificación alguna para separar al niño de su entorno con el cual ya ha generado un vínculo afectivo. Esto además se funda en la Convención Internacional sobre los derechos del niño que tiene carácter vinculante.



En otro caso, en el CC-809/2016 el reconocimiento de derechos fundamentales fue respecto de la identidad de la persona y de la posibilidad de invertir el orden de los apellidos en cualquier momento de la vida. Este derecho individual se encuentra previsto en la Ley N° 1/92 modificatoria del Código Civil paraguayo, y que a su vez fue modificado en su art. 12 por la Ley N° 985/96 cuestionada de constitucionalidad en el caso analizado. La normativa dispone un cote etario para solicitar la inversión de los apellidos que puede realizarse desde la mayoría de edad (18 años) hasta los 21 años. Los fundamentos de la sentencia señalan que el derecho a la identidad es parte integrante del derecho a la familia garantizado en el art. 49 de la constitución. Atendiendo a que la familia es el fundamento de la sociedad su protección es ineludible y el derecho del ser humano a ser reconocido como miembro de una familia en su comunidad es posible teniendo una identidad dada por el apellido que el mismo se sienta identificado. En el mismo sentido, el derecho a la libre elección que tiene el ser humano sobre su nombre y su apellido es parte esencial del derecho a la libre expresión de su personalidad como a la formación de su propia identidad, y que forman parte de los derechos sociales fundamentales garantizados en la ley fundamental.

La ley que establece una franja etaria para ejercer el derecho a la libre expresión de la personalidad y a la formación de la identidad de aquel que quiere y tiene derecho a cambiarlo en cualquier momento de su vida, es sin dudas una vulneración de esa libertad. La Sala Constitucional protege el derecho y garantiza al ciudadano que a cualquier edad puede cambiar o invertir el orden de sus apellidos sin atenerse a un determinado tiempo. De esta manera declara la invalidez de la ley. En uno de sus párrafos, la sentencia sostiene que:

“el derecho de adoptar los apellidos de los padres conlleva implícitamente el derecho a cómo ser identificado pudiendo elegir el orden en cual usar sus apellidos. Es importante resaltar que tanto la Constitución Nacional como los tratados internacionales sobre derechos humanos contienen una importantísima reserva que formula que los derechos declarados o reconocidos expresamente en sus normas, no implican la negación de otros no declarados expresamente”

Aquí la CSJ realiza nuevamente una interpretación integradora del texto constitucional para el reconocimiento del derecho del ciudadano quien se encuentra afectado por una norma contraria a la constitución. La judicialización se expresa mediante la declaración de

inconstitucionalidad de una ley que vulnera el derecho fundamental cuyo reconocimiento, respeto y aplicación debe ser garantizado.

La interpretación de la norma constitucional realizada en este fallo es aquella además sistemática pues aun cuando el derecho a la identidad no esté expresado formalmente en la constitución, es establecida en las convenciones internacionales a los cuales el Estado paraguayo se halla suscripto. Aclara y se reafirma en la sentencia que los derechos no declarados o no reconocidos expresamente no implican su negación. Los jueces constitucionales tienen el deber de asegurarlos y darles efectividad a esos derechos.

Otro caso analizado fue el CC-1539/2019. Éste se ocupó de la constitucionalidad del art. 24 de la Ley N° 3441/2008 “De sangre”. La normativa cuestionada dispone sobre la transfusión sanguínea y los autorizados a practicarla. Únicamente los médicos habilitados legalmente pueden prescribirla y cuando la transfusión de sangre es considerada vital para el paciente nadie puede oponerse a ella; quienes lo hagan serán pasibles de procesos penales con las sanciones respectivas. La duda se planteó respecto de si la disposición señalada colisiona con los arts. 4 “Del derecho a la vida”, 24 “De la libertad religiosa e ideológica”, 33 “Del derecho a la intimidad, 45 “De los derechos y garantías no enunciados”, y 68 “Del derecho a la salud”, todos de la constitución. En la sentencia puede verse que el derecho a la vida nuevamente es el presupuesto principal que en esta consulta atiende la Sala Constitucional. La cuestión analítica refiere específicamente sobre el último párrafo del art. 4, donde se hace alusión a que la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, con fines exclusivamente científicos o médicos debe ser reglamentada por ley.

Se le otorga un contenido amplio al derecho a la vida, una en sentido positivo y otra en sentido negativo. El primero en cuanto a la obligación del Estado de protegerlo, y el segundo la de evitar su vulneración. Esta es la nota característica del principio contenido en el art. 4. Asimismo, su significado admite otra gama de reconocimiento de derechos y garantías no enunciados expresamente pero que son inherentes a la persona, como, por ejemplo, la libertad de autodeterminación del paciente respecto a su derecho de decidir sobre su cuerpo o a rechazar un tratamiento médico determinado u optar por alguno alternativo. Es decir que, comprende un aspecto de la libertad personal, el cual tiene raigambre constitucional, pero este derecho a la autodeterminación tampoco es absoluto, tiene límites para su ejercicio el cual debe ser

delimitado por el juez constitucional, tarea por demás difícil porque significa la necesidad de ponderar ante la presencia de un conflicto entre derechos de la misma jerarquía.

En efecto, la regla interpretativa que se utiliza en la sentencia es la ponderación o "*balancing test*" como criterio metodológico para la aplicación de los derechos fundamentales. En el fallo se pondera entre el derecho a la autodeterminación - libertad personal de decidir sobre su propio cuerpo - y el derecho a vida y a la salud del paciente que requiere tratamiento médico. Asimismo, el derecho a la libertad religiosa que se encuentra protegido en el art. 24. Se pone en tela de juicio esta libertad cuando colisiona con otro derecho fundamental de igual rango. Pero además la ley de sangre no puede estar por encima de esta libertad. El derecho a la intimidad es otro de los derechos que se analizan en la consulta para verificar la constitucionalidad o no de la ley de sangre.

En el fallo se sostiene que la protección de la vida es encomendada al Estado, obligación que también incluye la protección de la integridad física y psíquica, el honor y la reputación, y por sobre todo se respeta la libertad de las personas para decidir sobre su propio cuerpo, siempre que se confiera fines científicos o médicos. Esto indica que el Estado asume su rol proteccionista del derecho a la vida y una cuestión que atender es que en el fallo asume que dicha protección es desde la concepción. La posición así un poco más conservadora porque restringe el concepto. La constitución en su art. 4 menciona que la protección es "en general" desde su concepción, es decir, que la afirmación "en general" puede dar lugar a otras interpretaciones más extensivas.

La Sala Constitucional sigue la misma interpretación de la Corte IDH en cuanto a que el derecho a la vida es un derecho cardinal que permite el ejercicio de los demás derechos, es decir, que sin este derecho no pueden ser efectivos los demás. La obligación del Estado en el mismo sentido es un deber negativo de no lesionar la vida humana y no atentar contra la vida, en tanto es un deber positivo cuando debe proteger la vida.

Asimismo, ha sostenido que la interpretación de las normas infraconstitucionales deben realizarse en el sentido constitucional y no a la inversa porque el ejercicio interpretativo conduce a la adecuación de las normas inferiores a la constitución. Este tipo de interpretación es la denominada "interpretación conforme" que ha sido ya sustentada por la Corte IDH. La Sala Constitucional adopta la misma regla interpretativa.

De esta manera la presencia de la judicialización se da con la realización de los derechos de los reclamantes. Es decir que si bien se encuentran reconocidos en la Constitución no han sido satisfechos por los órganos políticos representativos facultados al efecto, pero que mediando la intervención del poder judicial a través el ejercicio del control de los actos normativos han encontrado una respuesta que permitió el acceso efectivo a los derechos sociales y económicos exigidos.

#### **3.2.4. Judicialización por cambio en las políticas públicas.**

En los componentes de análisis de esta dimensión se había dicho que por política pública se referirá al conjunto de acciones realizadas por el gobierno para satisfacer las necesidades de la población. Esto indica que el rol del Estado es cumplir con los estándares mínimos de derechos que permita a los ciudadanos tener una calidad de vida sostenible. La función estatal es responsabilidad de todos y particularmente de los gobiernos, ejercidos por los tres poderes. El poder judicial podrá definir una política pública siempre que con sus sentencias emita directrices a los otros poderes para que extremen los recaudos a fin de garantizar los derechos. En ese sentido, se han encontrados dos fallos importantes en los que se constata que los jueces constitucionales asumieron un papel protagónico trascendente, cuyo resultado fue la promulgación de sendas legislaciones al respecto de la temática que fue objeto del litigio. La labor de la Sala Constitucional de la CSJ tuvo buena repercusión ante la sociedad y al mismo tiempo para fortalecer el Estado de derecho pues a partir de estas sentencias hubo mayor conciencia sobre el derecho a la libertad de expresión y de los instrumentos para su reivindicación como también sobre la importancia de la transparencia pública.

Así se tiene el caso D12 “AI Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo” fue paradigmático y podríamos decir que es indicador de realización de políticas públicas desde el poder judicial, pues a raíz del dictaminto del Acuerdo y Sentencia N° 1306/2013 en este juicio, fueron dictadas dos leyes por el poder legislativo: la Ley N° 5189/14 “Que establece la obligatoriedad de la provisión de informaciones en el uso de los recursos públicos sobre remuneraciones y otras retribuciones asignadas al servidor público de la República del Paraguay”, y la Ley N° 5282/2014 “De libre acceso ciudadano a la información pública y

transparencia gubernamental”. Ambas leyes reglamentan el ejercicio del derecho a informarse establecido en el art. 28 de la constitución, implementándose las modalidades, los plazos y las sanciones en caso de incumplimiento por parte del ente estatal. Asimismo, el poder ejecutivo reglamentó estas leyes mediante el Decreto N° 4.064/15 “Por el cual se reglamenta la Ley N° 5.282/14”.

La judicialización de políticas es palpable en este caso que consideramos un actuar de la CSJ promotor y garante de los derechos de los ciudadanos, es decir, como agente de cambio social. Por primera vez el poder judicial muestra señales sobre su verdadero rol en las democracias contemporáneas, además de sentar precedente para posteriores decisiones sobre la misma materia. La institución judicial ha generado un cambio notorio en la política pública de transparencia y publicidad de los actos de la administración porque desde la citada sentencia se ha creado conciencia no solo en la sociedad sino sobre todo en los operadores del sistema acerca de su obligación de rendir cuentas al pueblo. De ahí en más todas las instituciones crearon las dependencias encargadas de brindar a los ciudadanos información pública como también la posibilidad de controlar la actividad de los entes.

A partir de esta sentencia, además, la CSJ ha venido desarrollando una política de transparencia pública y de comunicación de su quehacer con la transmisión de sus deliberaciones en vivo por internet y por la tv justicia (un canal judicial), tanto las del pleno como de las salas, que permite a todos los abogados, partes del juicio, e interesados en general que puedan escuchar las decisiones asumidas de carácter administrativo como en el ámbito jurisdiccional. Estas acciones que han sido impulsadas constituyen iniciativas sin precedentes e innovadoras que intentan superar algunos de los problemas que aquejaban a la CSJ porque históricamente siempre se ha mantenido hermética en el procedimiento llevado a cabo para la toma de decisiones, nunca antes el ciudadano podía dar seguimiento correctamente a su proceso hasta los cambios que se suscitaron con esta sentencia.

Para agilizar los procesos que pudieran surgir en virtud de las leyes de transparencia y acceso a la información, la CSJ ha adoptado algunas resoluciones: la Acordada N°1005 “Por la cual se establecen los procedimientos para las acciones judiciales derivadas de la Ley N° 5.282/14, la Acordada N° 1.248/2018 “Por la cual se reglamenta el acceso a la información

pública en el ámbito de la administración de justicia y de todos los órganos dependientes de la Corte Suprema de Justicia”, la Acordada N° 999 “Por la cual se crea la Dirección de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dependiente de la Corte Suprema de Justicia”. Todas estas disposiciones administrativas internas que ha generado el poder judicial delimitaron el procedimiento a seguir para hacer efectivo el derecho protegido por las leyes e indica el desarrollo que ha ido teniendo la judicialización de políticas.

En el caso D13 “AI JC Lezcano c/ Contraloría General de la República” los ministros de la CSJ tomaron la línea interpretativa seguida por el Acuerdo y Sentencia N° 1306/13, y asumieron su papel político trascendente en este proceso mediante la tutela efectiva de los derechos de las personas. Se ha señalado que la transparencia es un elemento indispensable para el mantenimiento de las instituciones del Estado. En este caso la CGR también había cuestionado la constitucionalidad de la Acordada CSJ N° 1005 del 21 de setiembre de 2015, resolución emitida por la máxima instancia judicial respecto de los procedimientos a seguir para la efectiva implementación de las leyes de acceso a la información. Esto es, la CSJ como uno de los poderes del Estado en virtud del principio de división de poderes ha elaborado políticas judiciales para garantizar el acceso efectivo al derecho a informarse. La acción presentada por la CGR fue rechazada por ocho votos en contra de una disidencia, demostrando así que la institución judicial es parte esencial en la formulación de políticas públicas cuando se trate de obtener la igualdad material de derechos.

#### **4. Debilidades de la judicialización de políticas en el contexto paraguayo.**

Los jueces constitucionales tienen un gran poder discrecional para decidir sobre los conflictos de naturaleza política y social; además un gran margen de interpretación de la constitución en este proceso en donde de cierta manera la rehacen a su gusto. Estos son los peligros que de una judicialización se pase a un activismo judicial o una politización de la justicia. La propia ley fundamental –en muchos artículos- está redactada en un lenguaje vago o ambiguo que requiere de ser interpretada y llega así a la Sala Constitucional de la CSJ para realizar tal actividad en un caso concreto. Amén de la discrecionalidad en la interpretación

también es cuestionada su legitimidad para administrar los conflictos, problemas a los que la propia CSJ ha dado respuesta en forma paulatina en la jurisprudencia.

Veamos primero en cuanto a su legitimación. El D2 “Caso Elecciones Generales” marcó el antes y el después para explicar la legitimidad de la CSJ. Su antecedente inmediato fue el D1 “Caso Sub Contralor” en el que la alta corte se mostró deferente al constituyente en una posición originalista y textualista, respetando la voluntad expresada por la mayoría aun cuando no comparta con sus decisiones. Recordemos que fue la primera CSJ quien tuvo a su cargo dirimir el requerimiento en el año 1996. De esta manera otorgó supremacía al legislador basado en los principios democráticos del Estado de derecho. Así también, aclaró que la CSJ no es un órgano legislativo y por lo tanto no puede legislar sobre la forma como se implementarán las decisiones de un órgano constitucional. Dicho, en otros términos, si la constitución establece que una determinada institución debe ser reglamentada por ley, así debe ser, no le compete a la CSJ pues de lo contrario estaría asumiendo funciones legislativas que no le corresponden. Mediante este fallo concede toda facultad democrática a las mayorías quienes son las más idóneas para adoptar decisiones colectivas.

Tres años después, la CSJ integrada con los mismos miembros (a excepción de uno ya fallecido) hizo un giro drástico a su postura inicial dejando de lado la regla de la mayoría para auto asignarse toda autoridad en materia interpretativa constitucional, justificando así su existencia como órgano judicial que defiende la expresión de la soberanía reflejada en la constitución y en sus decisiones. En el D2 “Caso Elecciones Generales” la CSJ expresó que su intervención era necesaria para garantizar la prevalencia de las instituciones, sus normas y sus actos, asegurar el imperio de la constitución y el cumplimiento de los derechos y garantías individuales; afianzar la administración de justicia, tutelar la equidad e interpretar el concepto y significación de las disposiciones constitucionales. El caso fue paradigmático por la conmoción social que significó el asesinato de un vicepresidente de la república y que se trasladó a las esferas judiciales. El TSJE fue incapaz de decidir sobre la cuestión electoral respecto de la doble afección presidencial y pidió a la CSJ que lo haga, desplazando la controversia constitucional y de interpretación a la instancia judicial. La legitimidad de la CSJ provino así de la propia institución que asumió un rol central en la definición del conflicto político y la facultad exclusiva

de interpretar la constitución, como institución administradora de la integridad democrática. Debemos reconocer que este fallo judicial permitió una cierta estabilidad en el país, más allá de las objeciones que podamos advertir sobre su real legitimidad para ser garante exclusivo de la constitución, porque los poderes políticos aceptaron la sentencia y el presidente del congreso terminó ejerciendo como presidente de la república en lo que restaba del periodo 1998-2003.

La CSJ sustenta así su legitimidad en el art. 247, disposición que confiere al poder judicial la función de “custodio” de la constitución, y siendo ella el tribunal de más alto nivel en la estructura de este poder del Estado, le corresponde determinar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales a los efectos de su aplicación y cumplimiento (D3 Caso Torres Kirmser). La CSJ es el máximo garante y al no existir un tribunal constitucional, las sentencias de la Sala Constitucional tienen prevalencia (D9 Caso Centenario). Asimismo, se estableció que la función y el deber de interpretar la constitución es otorgado al poder judicial y cualquier duda que suscite sobre su sentido o alcance concretado en un caso específico debe ser dilucidada por la CSJ en ejercicio de su función y deber de interpretación (D8 Caso Benítez Riera). De esta forma la CSJ zanja definitivamente la cuestión sobre su legitimidad. La CSJ ha mostrado en todos sus fallos analizados que no es un simple aplicador de la ley y el derecho, sino que su legitimidad proviene de la propia carta magna, en su art. 247. Es el órgano de control de los demás poderes del Estado, y que cumple una “función de árbitro en el sistema de poderes” para defender el texto constitución, es pues un “órgano de control político jurisdiccional”.

En lo que respecta a la interpretación del texto constitucional, la CSJ de Paraguay ha desarrollado su postura conteste y uniforme a lo largo de los años, también a partir del D2 “Caso Elecciones Generales” en el que sentó las bases del monopolio en la interpretación constitucional. En las acciones declarativas de certeza no sólo se “declara el derecho” sino que se resuelve en forma definitiva e irrecurable, es decir, que la sentencia de la CSJ no puede ser cuestionada de ningún modo, no puede ser rebatida por ninguna de las partes lógicamente, pero tampoco por la sociedad, las instituciones ni los demás poderes políticos. En todos los casos de acciones declarativas de certeza constitucional que se han revisado se trataron de conflictos en el que se jugaban los intereses de uno, de dos o de ambos poderes políticos, el ejecutivo y el legislativo. El poder judicial ingresaba al juego como una especie de árbitro en las disputas



políticas y al mismo tiempo como parte interesada en ciertos conflictos, por ejemplo en los casos D3 “Caso Torres Kirmser”, D4 “Caso Sindulfo Blanco”, D5 “Caso Bajac Albertini” y D8 “Caso Benítez Riera”, todos ministros de la CSJ, declarándose – ellos mismos – inamovibles en el cargo hasta la edad de 75 años, con lo cual el mensaje a los demás poderes es que “la única y la última palabra” sobre la constitución la tiene la CSJ.

La misma postura es asumida en las acciones de inconstitucionalidad. La CSJ instaló el precedente en el año 2000 con dos fallos, el D14-AyS 222/2000 y el D16-AyS 223/2000, en los que determinaron fuera de toda duda que se halla legitimada para ser intérprete final y como tal tiene la facultad de dirimir el conflicto que afecta a sus pares. En ambos casos, La acción de inconstitucionalidad fue presentada en contra del art. 19 de la Ley N° 609/95 “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”, que establece sobre la reconducción tácita de los ministros hasta que sean confirmados por la cámara de senadores. Así también, en contra de las resoluciones de dicha cámara por la cual se confirmó en sus cargos solo a cinco ministros, dejando de lado a tres de los magistrados de la CSJ<sup>109</sup>; y los decretos del poder ejecutivo por el cual se otorgan los acuerdos respectivos.

Para la CSJ, el art. 19 de la ley de referencia colisiona con el art. 261 de la constitución porque no se necesita la confirmación dado que el mandato vence a la edad de 75 años. Cabe la aclaración de que coexisten dos normativas constitucionales respecto de la magistratura y su confirmación. Por un lado, el art. 252 que dispone sobre la inamovilidad de los magistrados, y por otro, el art. 261 que refiere a la remoción y cesación de los ministros de la CSJ. De acuerdo con el primer articulado los magistrados son designados por periodos de cinco años, pudiendo obtener la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los ministros si hubiesen sido confirmados por dos periodos siguientes al de su elección. En tanto que, por el segundo, los ministros de la CSJ cesarán en sus funciones cumplida la edad de 75 años. La cuestión debatida es si los ministros requieren o no de confirmaron por parte del senado para que continúen en sus cargos una vez que concluyan el mandato de cinco años. La CSJ interpretó que el art. 252 sólo afecta a los magistrados de inferior jerarquía, no a los ministros de la CSJ y que

---

<sup>109</sup> Los ministros que no fueron confirmados son: Jerónimo Irala Burgos, Felipe Santiago Paredes y Enrique Sosa Elizeche. Cabe aclarar que la CSJ resolvió en pleno con la integración de varios miembros de los tribunales de apelación.

para poder garantizar “la independencia política, funcional y económica” del poder judicial es necesaria la inamovilidad; en otras palabras, constituye un elemento integrante del principio de independencia judicial.

En las sentencias “D15-AyS 222/2000” y “D16-AyS 223/2000”, particularmente, sentaron las bases para las demás decisiones en el mismo sentido acerca de la inamovilidad de los ministros de la CSJ, por medio de las cuales se declararon inamovibles a estos magistrados hasta cumplida la edad de 75 años. La CSJ basó su legitimidad en la interpretación realizada de la constitución. Aun cuando el art. 247 no mencione tal situación en forma expresa, la institución judicial así lo sostiene en sus sentencias interpretativas. Argumentaron además que fue la constituyente quien le dio esa potestad legítima para una administración judicial plena e independiente y ser un poder contramayoritario porque tiene la atribución de controlar los actos de los poderes políticos mayoritarios, de tal manera a ejercer un contra peso en favor de las minorías. En las demás sentencias emitidas con posterioridad y que fueron presentados por otros ministros de la CSJ: D17-AyS 557/2007, D18-AyS 947/2009 y D19-AyS 9/2016, la Sala Constitucional se remitió a los mismos fundamentos de las dos anteriores. Enfatizó nuevamente en su función de intérprete último de la constitución, “la más importante y la que pone fin al debate en materia de interpretación constitucional, y la que vuelve definitivamente obligatorio en el sentido de la norma” (D20-AyS 9/2016) señalando que la labor de garante implica la protección de los derechos de los justiciables.

En efecto, desde el punto de vista doctrinario, esta afirmación del nuevo rol del poder judicial es notable, sin embargo, en los casos ya mencionados “D15-AyS 222/2000” y “D16-AyS 223/2000”, además los siguientes: “D17-AyS 557/2007”, “D19-AyS 947/2009” y “D20-AyS 9/2016” no se trataban de derechos de las minorías cuya protección queda relegada por las mayorías sino de un grupo “minoritario” y reducido –ministros de la CSJ- que buscaban su inamovilidad en el cargo.

La máxima instancia del poder judicial paraguayo concentra y monopoliza la interpretación de la constitución. En suma, la interpretación judicial tiene validez jurídica y efectos obligatorios porque le corresponde a este poder del Estado conforme lo dispone el art. 247. Otorga además a sus sentencias declarativas el efecto de cosa juzgada en forma similar a los

litigios contenciosos porque se producen en el marco de una "causa judicial", por tanto, el contenido del pronunciamiento jurisdiccional no puede ser ulteriormente discutido. La sentencia de la CSJ como última y definitiva en las disputas sociales y políticas judicializadas implica que queda suficientemente solidificada la idea de la inalterabilidad de las decisiones emanadas del órgano supremo del poder judicial.

Así pues, asistimos a un actuar judicial que revela una supremacía con relación a la interpretación de la constitución y que desemboca en el gobierno de los jueces, en este caso, en el de los jueces constitucionales. En las acciones de inconstitucionalidad que fueron presentadas por cinco ministros de la CSJ, la Sala Constitucional emitió fallos que podemos considerarlos como “corporativos” porque el beneficio fue para la alta corte y sus miembros. En nada hacen a la protección de los derechos fundamentales reconocidos, sino que a través de la interpretación “final” de la constitución se declararon inamovibles. Esta es la contracara de la judicialización de políticas pues las decisiones judiciales se vuelven pendulares según los intereses en juego. A pesar de que han demostrado ser garantes de derechos y que robustecieron la justicia constitucional, sin embargo, al mismo tiempo, el mayor protagonismo de los jueces en Paraguay no significó una mejor administración de justicia y la imagen del sistema no ha mejorado.

## CONCLUSIONES

Este trabajo de tesis comenzó con un cuestionamiento sobre la dimensión política del poder judicial paraguayo. En ese afán se analizó el desempeño de la Sala Constitucional de la CSJ de Paraguay, y su legitimidad para administrar conflictos políticos y sociales, a fin de demostrar que se puede establecer una conexión normativa entre la judicialización de políticas, en el contexto de democracias en transición, y el fortalecimiento del Estado de derecho, así como el incremento de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de políticas públicas. Para fundar la hipótesis se abordó el trabajo desde una metodología aplicada, utilizando para el sustento teórico tanto la teoría política como la doctrina constitucional. Estas dos disciplinas han explicado desde su enfoque la expansión de la judicatura y su protagonismo en las democracias, con sus defensores y detractores.

En ese sentido, el punto de singular importancia es la función judicial dentro de las democracias constitucionales, tema que ha constituido una tensión recurrente a partir de la instalación de las cortes en los Estados, porque luego de concluida la segunda guerra mundial hemos asistido a una reingeniería institucional delineada por la constitución, un cuerpo normativo que se impone frente a los poderes públicos y capaz de revertir las decisiones de las mayorías para proteger a las minorías. Si bien los antecedentes del surgimiento de la función política del poder judicial se remontan a las ideas plasmadas en *El Federalista*, no es sino a partir de la mitad del siglo XX que los debates se fueron acentuando tanto en la política como en la academia. El tema central de las discusiones envolvió al nuevo rol asignado a las cortes constitucionales y la legitimidad que tienen para decidir en conflictos de naturaleza política y social como garantes de la ley suprema, y sobre todo conocer si eran los órganos representativos o un grupo de élite como los jueces los que deben definir la supremacía constitucional.

La doctrina de la supremacía constitucional ampliamente conocida surgió con el caso *Marbury vs. Madison* en los Estados Unidos en el que los jueces de la Suprema Corte asumieron ese papel de contralores del cumplimiento de la constitución y establecieron que ninguna ley puede ser válida cuando es contraria a ella, y así debe declararse. Sin embargo, esta doctrina fue transformándose para bien o para mal en manos de los jueces y se convirtió en una supremacía judicial con respecto a la decisión final sobre lo que dice la constitución. Esta circunstancia está

dada en gran medida por las lagunas o indeterminaciones del texto constitucional en lo que refiere a algunas materias que de por sí son controversiales, y que por esa razón necesitan de una interpretación. La tarea interpretativa de los jueces es bastante cuestionada porque –en muchas ocasiones- rehacen la constitución a su gusto. En lo que respecta a la interpretación de la ley existen varias doctrinas que explican esta labor hermenéutica, entre las que se destacan la tesis discrecional afín al positivismo que se sustenta en la aplicación de reglas, por un lado, y la postura postpositivista o neoconstitucionalista que apuesta a los principios. En esta dicotomía entre derecho y moral se encuentran los jueces constitucionales quienes tienen la enorme responsabilidad en la resolución de los conflictos.

El poder de los tribunales reposa en el control judicial de las leyes, el cual ha merecido atención en la evolución del constitucionalismo en cuanto a los fundamentos que la sostienen y a la par de acuerdo con el modelo adoptado por los Estados, según sea un sistema de control concentrado o un sistema de control difuso.

Mientras que para algunos doctrinarios el control constitucional es una herramienta importante de protección de los derechos individuales, otros le restan valor porque afirman que no es producto de la voluntad popular y que se encuentra en manos de unos pocos que no tienen la legitimidad para hacerlo. En esta discusión surgieron también posiciones moderadas que apostaron por soluciones intermedias. Así tenemos a aquellos que hablan de la necesidad de un diálogo entre las cortes y los parlamentos, es decir, entre el órgano judicial y las instituciones representativas, de tal manera a que no haya una interferencia de atribuciones, sino que se complementen. Esto nos lleva a deducir que el constitucionalismo ha tenido un constante cambio y que no podemos desconocer el peso de la constitución en las decisiones judiciales como tampoco la presencia de varios ejemplos en donde las cortes han tenido un protagonismo relevante para generar cambios que fortalecieron los procesos democráticos. El poder contramayoritario de las cortes constitucionales ha redefinido el concepto de democracia porque ésta ya no está asociada simplemente a lo electoral ni únicamente con las mayorías, sino que principalmente porque se funda en el respeto y el disfrute de los derechos humanos, en los que están incluidas también las minorías cuyas características nos permite afirmar que no estamos frente a una minoría en singular, sino a muchas minorías en plural que se convierten finalmente

en mayorías. Al mismo tiempo ha reinterpretado el principio de división de poderes al otorgarle un lugar central al poder judicial para la satisfacción de derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, este rol central de las cortes ha provocado que las élites políticas partidarias tengan mucho interés en ejercer un control sobre su comportamiento y han utilizado varias estrategias para tener cierta influencia en los procesos de designación de sus miembros que, contrariamente a lo que se quiere, ha debilitado a la institución judicial porque uno de sus pilares, la independencia judicial, tiende a ser resquebrajada, ocasionando la politización de la justicia. La estructura orgánica de los Estados tampoco colabora para impedir la intromisión política al actuar judicial porque el diseño institucional se encuentra en las constituciones y han dado mayores atribuciones a los órganos políticos que al poder judicial. Por el principio de división de poderes se distribuyen las funciones, pero en muchos casos se ha producido un desequilibrio en el sistema de frenos y contrapesos. En este juego democrático, la discusión ronda sobre quien tiene la última palabra. En efecto, el poder judicial tiene la capacidad de interpretar la constitución, pero es cierto que también lo tienen los demás poderes y los ciudadanos. La polarización de ideas no es buena ni sana para las democracias. La experiencia nos muestra que una revisión judicial es necesaria en situaciones en que dicho equilibrio se encuentra en peligro y sobre todo por la responsabilidad de los Estados para con sus ciudadanos en el acceso efectivo a derechos prestacionales.

En el engranaje de la democracia constitucional a medida que se ha ido transformando la justicia también se ha reconfigurado el modelo de juez, pues de ser mero aplicador de la ley pasó a ocupar un lugar de notable importancia en donde se convierte en agente de cambio social. Los jueces pasaron a ser actores principales mediante una actuación mucho más fuerte y con gran repercusión política, social y económica. Si bien se han generado muchas resistencias a este nuevo rol y que todavía persisten, no puede negarse que han jugado un papel relevante para la protección de los derechos de ciudadanía, tanto de mayorías como de minorías. Éstas últimas que históricamente han sido relegadas ahora tienen el reconocimiento de sus derechos basados en los principios de igualdad y no discriminación.

Sin lugar a duda, podemos hablar del nuevo poder de agenda promovido por los jueces pues hemos asistido a un papel político más importante de las cortes y tribunales constitucionales. América Latina ha redefinido sus políticas a partir del surgimiento de nuevas

estrategias jurídicas utilizadas por diversos actores para la demanda de derechos, sea para su cumplimiento o para su creación. En ese aspecto, la judicialización de políticas se presenta como un mecanismo eficiente para exigir la responsabilidad del Estado en garantizar la igualdad de todos ante la ley y a su protección sin ningún tipo de discriminación. La administración de conflictos políticos y sociales por el poder judicial empoderó a los jueces robusteciendo la actividad de la Justicia en pos de la protección de derechos y alejándose cada vez más de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. En efecto, ha provocado profundos cambios sociales que han impactado de distintas formas en los procesos democráticos en donde se desarrolle.

Para poder explicar la presencia de la judicialización fue importante previamente elaborar los indicadores de análisis, denominados en esta tesis como “dimensiones analíticas”, que fueron contruidos a partir de su concepto siguiendo a los autores Domingo (2004), Sieder y otros (2005), Tate y Vallinder (1995), Guarnieri y Perderzoli (1999), Ferejohn (2002) y Saba (2019), quienes señalan una mayor participación de los jueces en la vida política de los Estados; los factores explicativos de su comportamiento sean institucionales, sociales o internacionales; y, las modalidades de acción. Pero primero se ha distinguido y delimitado los conceptos de judicialización y activismo judicial para dejar en claro que no se tratan del mismo fenómeno ni tienen igual manera de desarrollarse, tampoco se explican por los mismos factores. La judicialización de políticas se presenta como una característica del Estado democrático, en tanto que el activismo judicial se asocia a la capacidad creativa de los jueces para suplantar las funciones que competen a los otros poderes.

De esta manera se han elaborado cinco dimensiones:

a) modificación en la estructura de las instituciones: trata de los cambios realizados en el diseño de los órganos del poder político que incluye al poder judicial, dados por las reformas constitucionales.

b) accesibilidad a la justicia constitucional: apunta a las condiciones de acceso a la jurisdicción constitucional mediante los distintos mecanismos establecidos en la constitución y creados por la jurisprudencia.

c) utilización del discurso de derechos: la conciencia acerca de los derechos de ciudadanía que implica su exigibilidad y justiciabilidad, es decir, el cambio de actitud hacia la ley y el uso de la legalidad.

d) reconocimiento de derechos establecidos en la norma constitucional: este reconocimiento se da a partir de la intervención judicial necesaria.

e) cambio en las políticas públicas: son generados a partir del quehacer de la judicatura que envía directrices a los otros poderes para la satisfacción de los derechos de los ciudadanos.

Para el caso estudiado, es decir la justicia constitucional de Paraguay fue necesario elaborar dichas dimensiones de tal manera a apuntar el análisis y sus conclusiones.

La justicia constitucional paraguaya contiene rasgos particulares pues ha tenido en su evolución normativa cinco cuerpos constitutivos y lo que se ha denominado en este trabajo como periodos constitucionales. El primer documento que se conoció fue el “Reglamento de Gobierno de 1813”, surgido apenas dos años después de la independencia patria que no llegó a ser precisamente una ley suprema, pero significó un esbozo inicial sobre las ideas acerca de la formación de un Estado. Esta legislación tuvo vigencia efectiva apenas un año porque a partir de 1814 hasta 1840 se instaló la dictadura del Dr. Francia que duró hasta su muerte. En todos esos años la única ley era la voluntad del supremo, es decir, del dictador quien concentró todos los poderes en su persona. No era conocida la distribución de funciones y mucho menos una delegación. Luego de su muerte y la asunción a la primera magistratura de gobierno de Don Carlos Antonio López se dictó una nueva ley para sustituir a la anterior y fue denominada como “Ley de Administración Política de la República del Paraguay” en el año 1844 pero lejos estaba de ser una constitución pues no contenía un catálogo de derechos y aunque estableció la división de poderes, el presidente concentraba gran cantidad de funciones incluso la judicial. No obstante, debemos reconocer la importancia de la Constitución de 1844 porque se comenzó a crear las bases de un Estado de derecho y dejó de asociarse a la norma jurídica con la voluntad del dictador. Este fue el primer periodo constitucional, el cual estuvo marcado por una contienda bélica que asoló al Paraguay durante cinco años, de 1865 a 1870, la Guerra contra la Triple Alianza y fue crucial para explicar el segundo periodo constitucional forjado ya por los gobiernos aliados con el apoyo de algunos paraguayos argentinistas e imperialistas.



La Constitución de 1870 inició el segundo periodo constitucional y estuvo modelada en la Constitución Argentina de 1853. Era de corte liberal que propugnaba principios republicanos y democráticos. Contenía una serie de derechos civiles y políticos, aunque limitados por ejemplo el sufragio solo podía ser ejercido por los varones. Estableció la división de poderes con funciones bien determinadas. El poder ejecutivo estaba constituido por el presidente de la república y el vicepresidente, ésta última fue una figura novedosa porque no estaba prevista en la constitución anterior. El poder legislativo era bicameral, compuesta por una cámara de diputados y una de senadores con potestad de acusar a miembros del poder judicial por mal desempeño en sus funciones y que sería el antecedente inmediato del juicio político. El poder judicial estaba integrado por un tribunal superior de justicia nombrado por el ejecutivo con acuerdo del senado, y por jueces inferiores nombrados por la máxima instancia judicial con acuerdo del ejecutivo. De esta manera, se instalaba un control o sistema de frenos y contrapesos entre poderes. Bajo esta constitución se sucedieron distintos gobiernos y estuvo vigente hasta el año 1940. Estos años se caracterizaron por inestabilidades políticas y la institucionalización de golpes de estado como forma de acceso al poder. Aparecieron los caudillismos políticos o figuras populares que pretendían asumir la titularidad del ejecutivo y han utilizado con frecuencia la violencia política para el efecto. La pugna ocurría entre los dos partidos políticos surgidos a finales del siglo XIX, el partido liberal y el partido colorado, en donde se destacó una hegemonía del primero que gobernó desde 1904 hasta 1940 bajo un sistema de opresión de derechos y represión de los ciudadanos.

Los gobiernos paraguayos fueron totalitarios y despóticos en algunos casos. El tercer periodo constitucional tuvo como protagonista previo a otra guerra, esta vez por las tierras del Chaco con su vecino Bolivia entre 1932 y 1935. Los liderazgos que surgieron durante la contienda fueron determinantes para la nueva constitución que fuera instituida en el año 1940. El general José Félix Estigarribia, héroe del Chaco fue ganando espacio político hasta que mediante una proclama asumió todos los poderes de la república luego que en un hecho histórico todos los miembros del congreso hayan dimitido. Derogó la Constitución de 1870 y encargó la redacción de un nuevo texto constitucional la cual fue proclamada mediante Decreto y plebiscitada posteriormente para otorgarle legitimidad. No podemos decir que se trata de una constitución porque no fue instituida según los procesos señalados en la de 1870 y por ello es conocida como

Carta Política de 1940. Fue además de tinte totalitario porque otorgó plenos poderes extraordinarios al presidente con atribución de declarar el Estado de Sitio en cualquier momento y la posibilidad de disolver el parlamento. El poder judicial dependía prácticamente del ejecutivo. A pesar de que se establecieron mínimos derechos civiles y políticos hubo una regresión hacia el autoritarismo. Esta carta política tuvo una vigencia de veintisiete años en donde gobernaron nueve presidentes con absoluta inestabilidad. No obstante, es de destacar un breve periodo democrático esperanzador conocido como “Primavera democrática” en el año 1946 en el que distintos sectores políticos partidarios coincidieron en formar un gobierno de coalición en defensa de las libertades. Apenas seis meses y reapareció con más fervor el espíritu no democrático que ocasionó la Revolución del 47 y que permitió el inicio de la larga instauración del régimen trípode Gobierno-Partido Colorado-Militares solo concluida en el año 2008.

El cuarto periodo constitucional iniciado en el año 1967 con la Constitución sancionada en ese año supuso un régimen democrático de fachada bajo la presidencia del general Alfredo Stroessner quien asumió el mando en 1954 a través de un golpe de Estado. Este texto fundamental expresaba que la República del Paraguay se constituía en un sistema de gobierno democrático, amparaba derechos civiles y políticos, e introdujo una serie de derechos económicos y sociales. Retomó el principio de división de poderes, aunque evidenciaba un presidencialismo fuerte porque el ejecutivo tenía muchas más atribuciones que los demás poderes y podía ser reelecto por un periodo más. No se previó el juicio político al presidente. Se creó un Consejo de Estado el cual era integrado además por el arzobispo. El legislativo era bicameral y podía ser disuelto por el ejecutivo. Estaba garantizada la independencia judicial, pero en la práctica el poder judicial se mostró sumiso al ejecutivo y cómplice por la violación de los derechos humanos. La constitución tuvo que ser reformada en el año 1977 para permitir la reelección indefinida del presidente y Paraguay tuvo así a un militar al frente del ejecutivo durante treinta y cinco años. Si bien, esta ley suprema fue muy superior a las demás en cuanto a protección de derechos al mismo tiempo permaneció inerte ante los abusos del poder.

La dictadura de facto del general Stroessner concluyó en el año 1989 mediante un golpe de Estado gestado por su consuegro, el general Andrés Rodríguez y otros altos mandos de las fuerzas militares. Su caída significó la apertura democrática en el país y por primera vez en su

historia, el Paraguay iniciaba un verdadero sistema republicano de gobierno. En consecuencia, era necesario un texto constitucional que augurara un nuevo modelo de Estado acorde a los estándares internacionales de derechos humanos. La reforma constitucional supuso el reconocimiento de una amplia gama de derechos de minorías anteriormente excluidas además una reconfiguración de la estructura de los órganos del poder. La Constitución de 1992 a los efectos metodológicos se dividió en dos partes esenciales, una parte dogmática y otra orgánica. En su preámbulo se establecen las declaraciones fundamentales y acoge una forma republicana y democrática de gobierno, representativa, participativa y pluralista. Así mismo adopta el postulado del constitucionalismo social porque se constituye en Estado Social de Derecho. En la parte dogmática encontramos una lista importante de derechos garantizados. Se establecieron mecanismos de control entre poderes y se fortaleció la independencia del poder judicial, a tal efecto se crearon órganos extra-poderes como el consejo de la magistratura y el jurado de enjuiciamiento de magistrados. La Corte Suprema de Justicia se dividió en Salas, una de las cuales es la encargada de ejercer el control constitucional de las leyes y de esta manera se vuelve más activa en el desarrollo del proceso de democratización.

El rol del poder judicial paraguayo en la Constitución de 1992 es el de proteger los derechos fundamentales e interpretar la ley suprema, y aunque no tiene la “última palabra” su peso proviene del carácter de custodio o guardián dispuesto en el art. 247. En efecto, la enunciación de derechos es extensa, pero en cuanto a derechos sociales, económicos y culturales, la constitución previó con especial consideración a aquellos sectores históricamente desatendidos. Los derechos de familia se caracterizan por ser integrales que, si bien se adopta un concepto restringido de familia tradicional protege esencialmente a los niños, niñas y adolescentes, además de la maternidad y paternidad responsables; los discapacitados y las personas mayores. Los derechos de los pueblos indígenas son una innovación en la ley fundamental porque se los reconoce como grupos étnicos anteriores a la formación del Estado paraguayo, siendo protegidos su cultura, su derecho consuetudinario y su hábitat. El país cuenta con diecinueve pueblos indígenas pertenecientes a cinco familias lingüísticas distribuidas mayoritariamente en la región occidental o Chaco. Así también es protegida la propiedad comunitaria siendo responsabilidad estatal su conservación y desarrollo sustentable. Aunque lejos está de su cumplimiento y como ejemplos de ello tenemos a dos comunidades indígenas

desplazadas de su propiedad ancestral por lo que tuvieron que instar a la justicia internacional para su recuperación, es decir que se trata de una judicialización desde afuera. Se trata de los casos de las comunidades de Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek que acudieron a la Corte IDH para reclamar la vulneración de sus derechos por parte del Estado. Hasta hoy en día no pudo cumplirse la sentencia de condena al Paraguay y el restablecimiento de la propiedad. En tanto en otro caso de judicialización desde abajo, la Comunidad indígena Exnet de la Colonia 96 del Chaco promovió demanda de amparo constitucional para obtener acceso al agua. En lo que refiere al derecho a la salud el Estado tiene la obligación de proteger y promover la salud de toda la población residente en el territorio para lo cual debe elaborar políticas públicas tendientes a su goce efectivo en particular a sectores vulnerables. Al igual que los demás derechos sociales, el derecho a la salud es una deuda pendiente razón por la que se han articulado estrategias jurídicas ante el poder judicial a fin de obtener tutela efectiva mediante la presentación de amparos y pedidos de medidas cautelares de protección.

El derecho de acceso a la educación y a la cultura también es protegido en la constitución mediante el establecimiento de la educación básica gratuita y obligatoria, el apoyo a la educación técnica y superior, la investigación científica y tecnológica; la conservación, rescate y la difusión de la cultura. Encontramos además el derecho al trabajo que debe ser realizado en forma lícita al amparo de los principios de la dignidad humana, la justicia, la igualdad y la no discriminación; la seguridad social es instituida con carácter obligatorio para la patronal de manera a proteger a los trabajadores en su salud y la posibilidad de contar con una jubilación que le permita una calidad de vida. Finalmente mencionamos al derecho a la vivienda con contenido económico y social, teniendo la obligación estatal de generar políticas de desarrollo de viviendas sociales para la población de escasos recursos. La cuestión de la tenencia de la tierra es un problema importante en el país que ocasiona grandes desigualdades, por ello en la constitución se establecieron las bases de la reforma agraria a fin de permitir la disminución de la brecha entre ricos y pobres en la distribución de la tierra.

En la parte orgánica de la constitución se encuentra la estructura de los poderes y los controles políticos dentro de un sistema de pesos y contrapesos. Encontramos que el poder legislativo tiene mayores facultades de control que los demás poderes. Esto es debido a que el país estaba saliendo de un régimen no democrático, híper presidencialista que concentraba

mayores poderes en el ejecutivo con la normativa constitucional de 1967, razón por la que los constituyentes tenían cierto temor a que los siguientes presidentes aspiren seguir en la misma senda, la única manera de evitarlo era establecerlo expresamente en la nueva constitución. Pero contrariamente a lo pretendido se produjo un desequilibrio en los poderes, inclinando la balanza en el legislativo. A ello se agregaron dos órganos extra-poder con funciones de control, la defensoría del pueblo y la Controlaría General de la República. El poder judicial tiene la función exclusiva de control de constitucionalidad de los actos normativos y judiciales, atribución que descansa en la Sala Constitucional de la CSJ.

La justicia constitucional en Paraguay está conformada por los distintos mecanismos de acceso previstos en la constitución. Así encontramos, el control judicial de las leyes, los decretos, reglamentos y otros actos normativos, y de los actos judiciales, encargado a la Sala Constitucional de la CSJ; las garantías constitucionales de amparo, habeas data y habeas corpus que son presentados a través de demandas autónomas ante los juzgados de primera instancia de la república. Y a esto se agregan los otros dos mecanismos creados a través de la jurisprudencia de la CSJ, que son la consulta constitucional y las acciones declarativas de certeza constitucional. En lo que respecta al sistema de control constitucional es de naturaleza híbrida porque recoge elementos del modelo norteamericano como también del modelo europeo porque es realizado por un órgano concentrado que forma parte del poder judicial y cuyos efectos son solamente para las partes o *inter partes*. Esta combinación de modelos concentrado y difuso ha sido causa de aplicaciones distorsionadas del control. Las vías procesales para el control son la acción y la excepción; la acción es presentada directamente en la Sala Constitucional, en tanto que la excepción es una figura procesal dentro de los procesos ordinarios en los que se presentan en carácter de mecanismos de defensa ante el juez o el tribunal y luego es remitida a la CSJ para su análisis.

Lo expuesto en líneas arriba permite conocer los sustentos teóricos en los que se ha apoyado esta tesis que, sumados a los resultados, nos indican que la dimensión política de la función del poder judicial paraguayo está dada por la judicialización de políticas, la cual fue examinada mediante las voces de sus actores, los ministros de la CSJ, y sus sentencias. Para la aproximación al estudio de caso en este trabajo, se ha dicho precedentemente que fueron establecidas unas dimensiones analíticas para identificar la presencia de la judicialización de

políticas, los factores que explican su desarrollo y además si el comportamiento de los jueces constitucionales ha contribuido o no al fortalecimiento de la democracia y del Estado de derecho.

El diagnóstico de la justicia constitucional en Paraguay nos revela que la Sala Constitucional desde su primera conformación bajo la vigencia de la Constitución de 1992, tuvo un protagonismo creciente y en algunos casos fue fundamental su intervención en la judicialización de los conflictos tanto entre poderes como entre el Estado y la sociedad. No obstante, todavía hay resistencias para generar cambios importantes que se observan dentro del seno de la CSJ y las constantes presiones de los sectores políticos hacia sus miembros.

En las entrevistas realizadas a los actores clave se han identificado tres dimensiones analíticas o indicadores de judicialización. En primer lugar, la judicialización por modificación en la estructura de la CSJ, que se observa especialmente en la última reforma constitucional, favoreció al fortalecimiento de la judicatura, el mejoramiento del acceso ciudadano a la justicia con las herramientas jurídicas de control constitucional, y la de garantizar la independencia judicial mediante un sistema de nombramiento y selección en el que intervienen algunos actores externos a los poderes políticos. El sistema de selección además es una variable importante que otorga legitimidad a los miembros de la CSJ para la definición de conflictos de naturaleza política y social sobre todo porque ha permitido la participación ciudadana en el proceso de formación de las ternas por el consejo de la magistratura mediante la habilitación de un sistema virtual de denuncias que se pueden realizar con relación a los postulantes. No obstante, también existen muchas debilidades porque se presentan dos criterios de ingreso a la magistratura: a) los criterios formales que guardan relación con los requisitos establecidos en la constitución y los reglamentos del consejo de la magistratura; y b) los criterios informales que hace alusión al lobby o cabildeo de los candidatos a ministros para obtener el apoyo mayoritario del senado. Este último criterio constituye un aspecto crítico en razón de que los actores políticos tienen la posibilidad de negociar su apoyo o voto a cambio de “favores” cuando el candidato llegue a la corte, y que puede poner en peligro la independencia de la judicatura. Dependerá también del fuero interno del juez si acepta o no el intercambio de favores, aquí entra a tallar la ética del magistrado, criterio por demás importante para preservar su independencia.

La CSJ ha tratado de legitimarse y alejarse de los otros poderes, pero los vaivenes políticos han contribuido para agravar las relaciones y que ha llevado en muchos momentos

históricos a que los partidos intenten contar con un magistrado inclinado a sus intereses. Así, durante cada periodo de gobierno han querido “reformular el poder judicial” al sólo efecto de realizar cambios en la integración de la CSJ de tal manera a que cada partido o sector político cuente con “un ministro” a la medida. Este sentido de pertenencia que los poderes políticos creen tener sobre los jueces de la corte ha debilitado a la democracia paraguaya porque ha impedido que el poder judicial pueda ser totalmente independiente a las influencias de los gobernantes de turno. Las reformas efectuadas demostraron que una buena selección de jueces puede ayudar al fortalecimiento de la institución judicial, y esto se dio con la primera conformación de la corte mediante el pacto de gobernabilidad que importó un amplio consenso entre todos los actores dado que se iniciaba la democracia, pero luego han cambiado el sentido del acuerdo y cada gobierno aprovechaba para rescatarlo al sólo efecto de cambiar a los integrantes de la CSJ y obtener una mayoría en la máxima instancia judicial.

Un ejemplo claro de ello fue la pulverización de la corte realizada durante el gobierno del presidente Nicanor Duarte Frutos, quien logró cambiar a seis de nueve ministros. Si bien, el diseño constitucional es un elemento que determina el tipo de juez que se quiere, los partidos políticos se han encargado de conducir el proceso en su favor. En el proceso de selección existen criterios formales e informales, prevaleciendo este último en el cual se requiere un fuerte lobby o cabildeo para llegar a ser designado juez de la corte. La selección de jueces contribuye a la legitimidad democrática de las cortes pues si contamos con jueces idóneos estamos seguros de que las sentencias emitidas serán justificadas y argumentadas en la constitución y en las leyes, por el contrario, si tenemos jueces ímprobos que responden a determinados sectores políticos, por supuesto carecerá de legitimidad.

En segundo lugar, la judicialización se presenta a través del acceso a la justicia constitucional. En esencia, la función política del poder judicial es el control constitucional de la legislación y de los actos del poder administrador además de los actos judiciales que, como tal, la constitución establece el mecanismo denominado “acción de inconstitucionalidad”, pero a la vez, la CSJ a través de la jurisprudencia ha creado otros mecanismos como la “consulta constitucional” y la “acción declarativa de certeza constitucional”. Los exministros de la CSJ mostraron una actitud proactiva para la creación de estos instrumentos. Si bien, la consulta se encuentra en una disposición normativa infraconstitucional que remite a la Constitución de 1967

derogada, los jueces constitucionales realizaron una interpretación extensiva e integradora para dejar establecida esta forma de acceso a la justicia y a través de la cual se realiza el control judicial pudiendo declarar la invalidez de la norma confrontada con la constitución. En cuanto a la declaración de certeza han expuesto que a través de ella se puede permitir la participación de la ciudadanía en la tutela de derechos fundamentales pero que lastimosamente aún hay poco uso de esta herramienta incluso de los propios abogados litigantes. En principio es posible afirmar que las creaciones jurisprudenciales de la Sala Constitucional abren una puerta de ingreso a la jurisdicción constitucional pero también es un antecedente peligroso porque es la propia CSJ quien se atribuye esta potestad sin que haya sido otorgada por el legislador.

La tercera dimensión analítica encontrada en las manifestaciones de los entrevistados fue la judicialización por reconocimiento de derechos constitucionales. En la constitución se establece una serie de derechos en su parte dogmática pero cuando tratan de los capítulos sobre los derechos sociales, económicos y culturales, las normas son meramente programáticas, es decir, que requieren un “hacer” de parte del Estado para su cumplimiento. El papel de la CSJ fue fundamental para la protección de los derechos reconocidos y no garantizados mediante la actividad interpretativa del texto constitucional que no se reduce a la literalidad de la norma.

La actividad jurisdiccional de la justicia constitucional ha mostrado una evolución en términos numéricos lo que nos lleva a concluir que los ciudadanos han optado por articular estrategias jurídicas para la demanda de sus intereses y la protección de sus derechos. Existe una creciente judicialización de la política, aunque este no sea indicador de un mejor nivel de administración de justicia, pero apunta a que hay mayor confianza en ella.

El desempeño de la Sala Constitucional de la CSJ fue analizado a través de indicadores de judicialización que, como he mencionado, fueron denominados dimensiones analíticas. Los tres mecanismos de acceso: la acción de inconstitucionalidad, la consulta constitucional y la declaración de certeza constitucional, fueron sistematizadas en relaciones temáticas de acuerdo a las dimensiones para poder conocer la realidad de la justicia constitucional en Paraguay y la expansión de la judicatura, lo que nos permite concluir que las transformaciones no son indicativas de que hayan intervenido en cuestiones que no le competen o que son atribuciones de otros poderes, por el contrario, de acuerdo a la casuística estas críticas no corresponden.



El estudio de caso presentado en el último capítulo permitió que examine el trabajo de la Sala constitucional durante más de veinte años, prácticamente desde el advenimiento de la democracia y la reforma constitucional de 1992. Los resultados confirman la presencia y el creciente desarrollo de la judicialización de políticas y es innegable que la CSJ se haya constituido en un actor político relevante para la protección de derechos, temas que fueron resueltos en forma definitiva, poniendo punto final a los excesos o a las omisiones del legislativo y del ejecutivo. No obstante, también se ha visto que algunas decisiones han sido problemáticas o controversiales dado que no aseguraban derechos de los ciudadanos sino las propias preferencias de los jueces, lo cual ha puesto en duda su legitimidad. A pesar de ello, la incidencia de su actuación fue contundente dentro del sistema político.

La dinámica del comportamiento judicial ha evidenciado que existe un desplazamiento importante de la reivindicación de derechos hacia la CSJ que con ello se ha legitimado para poder administrar conflictos políticos y sociales. Este papel político de la CSJ proviene de la constitución, estableciendo expresamente que la institución judicial es custodio y garante de la ley suprema. Ha protegido y garantizado los derechos de los demandantes en los casos analizados que versaron sobre el derecho a la vida, a la salud, del niño/a, a la igualdad ante la ley, a la seguridad social y al derecho a la información, en los cuales la intervención de la Sala Constitucional fue pertinente y necesaria pues permitió la satisfacción de los derechos reclamados.

De la misma manera el cambio de actitud de los ciudadanos hacia la ley y el uso del discurso de los derechos humanos como instrumento de protección ha permitido su mayor exigibilidad y justiciabilidad. Esto también en parte debido a la baja credibilidad en las instituciones representativas que estimuló a los justiciables a acudir ante el sistema de administración de justicia ante la inacción de dichos órganos. Una cuestión muy importante es el sistema político debilitado que contribuye para ese desplazamiento en la petición de los derechos. El poder judicial se erige en defensor de la constitución y de los derechos en ella consagrados, por lo tanto se puede afirmar que la función de la CSJ es esencialmente política cuando interviene ante la violación de los derechos fundamentales y se aleja de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables pues cuando éstas vulneran derechos consagrados en la constitución se tiene la obligación de intervenir.

La última dimensión analítica observada en las sentencias judiciales fue la judicialización por cambio en las políticas públicas. La labor de la Sala Constitucional en dos casos paradigmáticos, particularmente en el primero, ha tenido un impacto abismal porque ha contribuido en la elaboración de políticas públicas de transparencia y acceso a la información pública. No se pretende en este punto repetir el análisis realizado en el último capítulo, sino que reiterar la trascendencia de ambos fallos que contribuyeron al fortalecimiento del Estado de derecho y principalmente que la CSJ ha dado señales de cambio demostrando así ser una justicia transformadora.

En la sentencia hito “D12-AI Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo” fueron tutelados no sólo los derechos de los accionantes, sino que se incorporaron innovaciones estratégicas en la actuación judicial de carácter procedimental por ejemplo la apelación a los amigos del tribunal o *amicus curie* y la prescripción de remedios estructurales. Asimismo, ha implementado mecanismos de transparencia en la función pública e impulsado la creación de leyes de acceso a la información del ciudadano como la Ley N° 5189/15 y Ley N° 5282/14, además de las Acordadas de la CSJ. Así también produjo un empoderamiento en los ciudadanos para solicitar información sobre sus representantes. Mientras que en caso “D13-AI JC Lezcano c/ Contraloría General de la República”, por ejemplo, se solicitó que las declaraciones juradas de los funcionarios públicos sean publicadas. La CSJ se afirmó en su posición sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental de rango constitucional. Estos dos fallos contribuyeron a ampliar los mecanismos de participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y en el proceso de elaboración de políticas públicas desde la justicia.

Es verdad que la Sala Constitucional de la CSJ de Paraguay ha mostrado señales de ser una justicia transformadora, y muchas de las decisiones comentadas así lo acreditan. Pero también se han proferido decisiones polémicas como las acciones declarativas de certeza constitucional por las cuales los ministros de la CSJ han declarado su propia inamovilidad en el cargo, y las subsiguientes acciones de inconstitucionalidad que se plantearon con la misma finalidad, que evidencian los propios límites de la corte.

Estas sentencias ofrecieron soluciones problemáticas y deslegitimadas por la academia, al tiempo de generar fricciones con los otros poderes en su momento, y constituye sin dudas un aspecto crítico que debilita la judicialización de políticas. Los jueces constitucionales tienen un

gran poder discrecional para decidir en los conflictos a través de las interpretaciones que realizan de la constitución que, como se había advertido, pueden incluso rehacerla a su gusto. Como se ha visto en los casos de certeza constitucional creada por la jurisprudencia de la CSJ ya con el primer caso el D2 “Elecciones Generales” en el que la Sala Constitucional extendida con la integración del pleno de la CSJ, había instalado su función de “intérprete final” de la constitución. Pero la cuestión interesante es que quienes utilizaron esta nueva vía de acceso en años posteriores para “la tutela de derechos” no fueron precisamente los ciudadanos, sino que los ministros de la CSJ para declararse inamovibles en el cargo hasta la edad de 75 años. Es esta situación la que merece especial atención y que nos lleva a concluir que en los diez casos de certeza se dictaron fallos sesgados y corporativos para favorecer a determinado sector.

La conclusión más significativa encontrada a partir de las entrevistas y el análisis de contenido de las sentencias se encuentra en que la judicialización de políticas en el contexto paraguayo ha significado un robustecimiento de la justicia constitucional pero no se ha traducido directamente en un mejor nivel de administración de justicia. Coexisten cualidades paralelas en el sistema judicial, por un lado, se observa a una judicatura prominente, robusta y transformadora, pero por otro lado se constata que en muchas ocasiones sus decisiones pueden balancearse hacia sus intereses mediante la utilización de la interpretación constitucional lo cual puede derivar en un activismo creciente y por tanto en un gobierno judicial. Estos son los peligros de la judicialización en Paraguay.

Por demás los jueces constitucionales deben trabajar arduamente para seguir en la misma senda transformadora y evitar caer en las tentaciones de sus preferencias o peor aún en la de otros actores que hagan perder su legitimidad construida a partir de sus interpretaciones, pues de ser así incurrirán en costos de reputación y deberán pagar costos políticos muy altos. Los jueces de la Sala Constitucional de la CSJ en lo que respecta al control de los actos de los otros poderes han demostrado que tienen una lectura de la constitución desde la perspectiva de la democracia constitucional, pero en otros casos ha mostrado lo contrario. Estas son las debilidades de la judicialización que son comprobadas en contextos de democracia jóvenes como la paraguaya que a pesar de han pasado casi treinta años todavía está transitando hacia su fortalecimiento.

Al llegar a este punto, resta decir, que las conclusiones abordadas en todos los indicadores analíticos abren nuevos espacios de discusión y de análisis relacionados a tres

aspectos: uno a la interpretación constitucional y la aplicación de distintas teorías y reglas en las sentencias de la Sala Constitucional. A manera de ejemplo, conocer el modo en que interpretan los jueces cuando ejercen el control constitucional de los actos normativos y principalmente de los actos judiciales. Esto puede dar lugar a otras investigaciones tanto desde un enfoque cuantitativo, cualitativo o mixto que permita radiografiar el actuar de la judicatura en los distintos casos; dos, a la argumentación de las sentencias y si ellas son suficientes para legitimar al poder judicial como institución política; tres, a la necesidad de reformular el sistema de control constitucional actual diseñado en la constitución, considerando el serio cuestionamiento realizado a los dos mecanismos creados por la CSJ, o bien, si la solución parte de la inclusión de esas herramientas en una eventual reforma constitucional.

Finalmente, interesa resaltar que el propósito de esta investigación fue contribuir con un marco analítico aplicativo de la dimensión política de la función judicial de Paraguay abordado desde el fenómeno de la judicialización de políticas, el que fue expuesto a través del actuar de la justicia constitucional. Al mismo tiempo de identificar su presencia y desarrollo mediante de las dimensiones analíticas elaboradas y propuestas por esta investigación, los cuales permitieron llegar a las conclusiones arriba expuestas. Sin embargo, como no podría ser distinto, esta tesis abre nuevos flancos de examen que deberán ser analizados en el futuro si el objetivo es interpretar y exponer los fundamentos normativos y la significación de la actividad de los jueces en la democracia de Paraguay.

## Referencias bibliográficas

- Abc, digital. *www.abc.com.py*. 02 de diciembre de 2014. <https://www.abc.com.py/nacionales/renuncia-victor-nunez-1304754.html> (último acceso: 20 de julio de 2020).
- Abente Brun, Diego. «Contexto Internacional, autoritarismo y democracia en el Paraguay.» *Revista Occidental. Estudios Latinoamericanos* 6, n° 3 (1989): 257-287.
- Abramovic, Víctor. «Una aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo en América Latina.» Santiago, Chile: En prensa, 9 y 10 de Diciembre de 2004.
- Ackerman, Bruce. *We The People I: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press paperback edition, 1993. Citado de la trad. española de Josep Sarret Grau: *Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Quito: IAEN. Instituto de Altos Estudios de Ecuador, 2015.
- Ackerman, Bruce, y Rosenkrantz, Carlos. «Tres concepciones de la democracia constitucional.» En *Fundamentos y alcances del control de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 13-31.
- AgendaPy, Paraguay. *agenda.paraguay.com*. 10 de octubre de 2019. <http://agendaparaguay.com/v2/2019/10/18/cm-aprueba-nuevo-reglamento-para-el-proceso-de-seleccion-de-ministros-de-corte/> (último acceso: 30 de marzo de 2020).
- Águila Grados, Guido. «¿Hacia un (neo) Constitucionalismo?» *Revista Electrónica Direito y Política*, 2013: 1366-1394.
- Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Alexy, Robert. «Derechos Sociales Fundamentales.» En *Derechos sociales y derechos de las minorías*, de Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (eds), 67-85. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- . *El concepto y la validéz del derecho*. Segunda Edición. Citado de la trad. española de Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.
- . «Ponderación, control de constitucionalidad y representación.» En Ibáñez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert: *Jueces y ponderación argumentativa*, de. México: UNAM, 2006.
- . *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Citado de la trad. española de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alterio, Ana Micaela. «Una justificación mayoritaria del control judicial de constitucionalidad: la representación argumentativa de la democracia deliberativa.» En *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez, tomo I*, de Pablo Larrañaga Monjaraz, Jorge Cerdio y Pedro Salazar Ugarte, 37-60. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

- . «La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la transformación social.» En *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, de Roberto Niembro, 2019.
- Álvarez Ugarte, Ramiro. «La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional.» En *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, de Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Álvarez Patiño, Luz. «Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo. Relación entre Derecho y Moral: unión necesaria vs separación radical.» *Estudios de Derecho*, 2014: 219-240.
- Álvarez, Luciana. «Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales.» *Revista Crítica e Ciências Sociais*, 2015: 95-110.
- Amaya, Jorge. *Control de Constitucionalidad*. 2a. Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires- Bogotá: Astrea, 2015.
- . «Marbury vs. Madison. O de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución.» *Revista de Estudios Jurídicos (Segunda Época)* (Universidad de Jaén), n° 10 (2010): 1-22.
- Ansolabehere, Karina. «Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia.» *Isonomía*, 2005: 39-63.
- Aragón, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Arantes, Rogério B. «Constitucionalismo, expansión de la justicia y la judicialización de la política en Brasil.» En *La judicialización de la política en América Latina*, de Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 249-282. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Publicaciones de la Casa Chata, 2011.
- Arce Farina, José Gabriel. *La Revolución de 1936*. Asunción: El Lector. Colección Guerras y violencia política en el Paraguay, 2013.
- Atienza, Manuel, y Juan Manero. «Dejemos atrás el positivismo jurídico.» *Isonomía*, 2009: 8-28.
- Autel Barros, José Luis. *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*. Barcelona: CEDECS, 1998.
- Balanta Medina, María Patricia. «Relación tensional entre el juez y el legislador en el itinerario de los derechos sociales.» *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 14 (Segunda Época) (2014): 1-20.
- Baños, Jessica. «Teorías de la democracia: debates actuales.» *Andamios*, 2006: 35-58.
- Barak, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University, 2006.
- Barreda, Mikel, y Costafreda, Andrea. «La institucionalidad política paraguaya: capacidades y desafíos para la gobernabilidad democrática.» *Instituciones y Desarrollo*, 2002: 167-194.

- Barrios González, Boris. *Introducción al constitucionalismo contemporáneo*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2013.
- Barroso, Luís Roberto. «Contramayoritario, representativo e iluminista: las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas.» En *La Justicia Constitucional en tiempos de cambio*, de Roberto Niembro O. y Sergio Verdugo, 1-76. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
- . «La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales.» En *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, de Roberto Gargarella y Roberto Niembro, 137-165. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- Basch, Fernando. «Breve introducción al litigio de Reforma Estructural.» *Documento base para el Seminario "Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural"*. Buenos Aires, 2010.
- Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Citado de la trad. española de Rafael de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991.
- . 1965. *Il problema del positivismo giuridico*. Citado de la trad. española de Ernesto Garzón Valdéz: *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontanamara, 1992.
- Boscán, Guillermo. «Judicialización y Politización en América Latina: Una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos.» *Cuestiones Jurídicas* IV, n° 2 (2010): 51-83.
- Boccia, Alfredo; Benítez, Aníbal; Rubiani, Jorge; Szarán, Luis, y Viola, Alfredo. *La historia del Paraguay*. Tomo I y II. Asunción: AbcColor, 2012.
- Brewer-Carias, Allan. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996.
- Brinks, Daniel, y Gauri Varun. «Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud.» En *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la demoracia deliberativa.*, de Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Camacho, Emilio. *Constitución y Estado de Excepción*. Asunción: La Ley Paraguaya, 1990.
- Carbonell, Miguel. «Constitucionalismo, minorías y derechos.» En *Derechos sociales y derechos de las minorías*, de Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró y Jorge Vázquez, 250-270. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

- Cárdenas, Jaime. «Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional.» En *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. V. Juez y Sentencia Constituiconal*, de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldúa, 81-102. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas., 2008.
- Cardozo, Efraim. 1963. *Apuntes de Historia cultural del Paraguay* (1° edición 1963). Asunción: Biblioteca de Estudios Paraguayos, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, reimpersión con incorporación de dos capítulos, 1985.
- Carrió, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- Cea Egaña, José Luis. «La Constitucionalización del Derecho.» *Revista de Derecho Público*, 1996: 11-22.
- Centurión, Fabián. «Reseña histórica de la Justicia en el Paraguay independiente.» En *La Justicia en 200 años de vida independiente*, de Comisión Nacional del Bicentenario Paraguay, 105-319. Asunción: Atlas, 2011.
- Chamorro, Fabian. *El nacimiento de los partidos políticos en el Paraguay. Tomo I*. Asunción: Goya, 2020.
- CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Informe de País - Paraguay 1987.» Informe País, San José, 1987.
- Comanducci, Paolo. «Derechos Humanos y Minorías.» En *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, de Miguel Carbonel, Juan Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez, 185-206. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Comanducci, Paolo, Ahumada, María Ángeles y González Lagier, Diego. *Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Copetti Neto, Alfredo y Fisher, Ricardo. «O Paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico.» *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, 2013: 409-421.
- Costa, José María y Ayala, Oscar. *Operación Gedeón. Secretos de un golpe frustrado*. Segunda Edición. Asunción: Don Bosco., 1996.
- Courtis, Christian. «La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía.» *Nexos*, n° 329 (2005): 31-37.
- Couso, Javier A. «La judicialización de la política chilena: la revolución de los derechos que nunca fue.» En *La judicialización de la política en América Latina*, de Riecher Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 121-146. Bogotá: Univerisidad Externado de Colombia. Publicaciones de la Casa Chata, 2011.
- . «Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política.» *Revista de Ciencia Política*, 2004: 29-48.



- . «Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional.» *Anuario de Derechos Humanos*, 2010: 33-47.
- Cover, Robert. 1983. *Nomos and narrative*, Harvard Law Review, n° 97: 4. Citado de la trad. española de Christian Courtis en: «Nomos y narración.» En *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- Cruz Parceró, Juan. «Derechos sociales como técnica de protección jurídica.» En *Derechos sociales y derechos de las minorías*, de Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez, 87-110. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Dahl, Robert. *A preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956.
- De Tocqueville, Alexis. *La Democracia en América*. Madrid: Trotta, 2010.
- DGEEC, Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos. *II Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas. Censo 2012*. Resultados finales, Asunción: DGEEC, 2012.
- Diamond, Larry, y Platter Marc. *The Global Resurgence of Democracy*. Baltimore & London: The Johns Hopkins University Press, 1993.
- Dixon, Rosalind. «Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles.» En *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, de Roberto Gargarella, 51-103. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Domingo, Pilar. «¿Judicialisation of Politics or Politicisation of Judiciary? Recent trends in Latin America.» *Democratisation* 1, n° 11 (2004): 104-126.
- . «Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina.» *CIDOB d'Afers Internacionals*, n° 85-86 (2009): 33-52.
- . «Judicialización de la Política: el cambio del papel político del Poder Judicial en México.» En *La judicialización de la política*, de Riecher Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 39-66. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Dworkin, Ronald. «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?» *Isonomía*, 2010: 7-29.
- . *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- . 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass: Harvard University Press (1° edición 1986). Citado de la trad. española de Claudia Ferrari: *El imperio de la Justicia* (2° edición). Barcelona: Gedisa S.A.,
- . 1977. *Taking Rights Seriously*. Londres: Gerald Dickworth & Co. Ltd. Citado de la trad. española de Marta Guastavino: *Los derechos en serio*. 2° edición. Barcelona: Ariel S.A., 1989.
- Dye, Thomas D. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1984.

- Elías, Rodolfo. «La edad como factor de discriminación.» En *Discriminaciones. Debate teórico paraguayo. Legislación antidiscriminatoria*, de Line Bareiro, 131-146. Asunción: Gráfica Mercurio S.A., 2005.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Enciclopedia. «La Historia del Paraguay.» *Los gobiernos de Estigarribia y Morínigo*. Asunción: Abc Color, 2012.
- Enríquez Soto, Pedro Enrique. «Justicia constitucional y democracia. La dificultad contramayoritaria.» En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizzo. Tomo II*, de Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés, 123-152. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- Epp, Charles. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago and London: University of Chicago Press, 1998.
- FAO. *Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura*. 2020. <http://www.fao.org/paraguay/fao-en-paraguay/paraguay-en-una-mirada/es/> (último acceso: 22 de agosto de 2020).
- Fariña, Benardo. *El Partido Colorado y la dictadura de Stroessner. Tomo X de la Colección Páginas de Nuestra Historia 1911 -2011*. Asunción: Occidente, 2011.
- . *El último supremo*. Asunción: El Lector, 2003.
- . *El Golpe del 4 de mayo de 1954*. Colección Guerras y Violencia Política en el Paraguay. Asunción: El Lector, 2013.
- Feoli, Marcos. «Activismo judicial y justicia constitucional. Los casos de Colombia y Costa Rica.» *Tesis doctoral*. Salamanca, España, 2012.
- Ferejohn, John. «Judicialización de la política, politización de la ley.» Editado por Redalyc. *Revista mexicana de Ciencias Políticas y Sociales XLV* (<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42118402>), n° 184 (2002): 13-49.
- Ferrajoli, Luigi. «La democracia constitucional»: publicado en *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, ed. de P. Vulpiani, Armando Editore, Roma, 1998, pp. 53-66. Citado de la trad. castellana de Christian Courtis en *Democracia y garantismo*. Editado por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, pp. 25-41.
- . «Sobre los derechos fundamentales»: publicado originalmente en T. Mazzarese (ed), *Neoconstituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giapichelli, Torino, 2002, pp. 95-116. Citado de la trad. castellana de Miguel Carbonell: *Democracia y garantismo*: Madrid: Trotta, 2008, pp. 42-59.

- Ferraro, Agustín. «El censor de la democracia. Problemas de legitimidad de la justicia constitucional en América Latina.» En *Instituciones, legalidad y Estado de Derecho*, de Gustavo. Compilador Fondevila, 202-246. México: Fondevila-Fontamara, 2005.
- . *Reinventando el Estado. Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. INAP, 2009.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *El Control Difuso de Convencionalidad. Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad*. México D.F.: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.
- Ferrerres Comella, Víctor. *Justicia Constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Fiss, Owen. «The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice.» *The Harvard Law Review*, 1979: 100-125.
- . 2003. *The Law as It Could Be*. New York: University Press. Citado de la trad. castellana de Esteban Restrepo Saldarriaga: *El derecho como razón pública*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.
- Franco Mancuello, Shirley D. «Judicialización de políticas y justicia constitucional en Paraguay.» *ACADEMO*, 2016: 1-12.
- . «La politización de la Justicia en Paraguay. Una visión desde la independencia hasta nuestros días.» En *La Justicia en 200 años de vida independiente*, de Comisión Nacional Bicentenario Py, 11-104. Asunción: Atlas, 2011.
- . «La constitucionalización de los derechos sociales: el litigio de reforma estructural en clave del derecho a la salud de niños y niñas, a la luz de las decisiones del poder judicial paraguayo.» *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. RSTPR*, 2015: 88-102.
- Garapón, Antoine. «El poder inédito de los jueces.» En *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*, de Miguel Carbonel, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez (eds), 368-388. México: Porrúa-UNAM, 2004.
- . *Juez y Democracia*. Barcelona: Flor del Viento S.A., 1997.
- García Pascual, Cristina. *Legitimidad democrática y Poder Judicial*. Valencia: Alfons El Magnanim, 1996.
- García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3º edición. Madrid: Civitas, 1983.
- Gargarella, Roberto. «Constitucionalismo vs. Democracia.» En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen tres*, de Jorge Luis Fabra Zamora y Ezequiel Spector, 1991-2010. Ciudad de

- México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- . «El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos.» En *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.*, de Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- . «La dificultad de defender el control judicial de las leyes.» *Isonomía*, 1997: 55-70.
- . *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.* Ariel, 1996.
- . «La lectura mayoritaria del Estado de Derecho.» *Cuaderno Gris*, n° 9 (2007): 17-34.
- . «La revisión judicial para las democracias latinoamericanas.» En *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, de Roberto Niembro y Sergio Verdugo, 371-. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
- Ginsburg, Tom. «Democratic Backsliding and the Rule of Law.» *Ohio Northern University Law Review* 44 (2018): 351-363.
- . *Judicial Review in new democracies: constitutional courts in asian cases.* New York: Cambridge University, New York, 2003, pp. 15-17, 2003.
- Glendon, Mary Ann. *Rights Talk: The impoverishment of political discourse.* New York: Free Press, 1991.
- Gómez Florentín, Carlos. *La Guerra Civil de 1947.* Asunción: El Lector, 2013.
- González Delvalle, Alcibiades. *Contra el olvido. La vida cotidiana en los tiempos de Stroessner.* 2da. Edición. Asunción: Intercontinental, 2015.
- . *El Golpe del 3 de febrero de 1989.* Colección Guerras y Violencia Política en el Paraguay. Vol. 17. Asunción: El Lector, 2013.
- Grau Gómez, Luis, y Manuel Martínez Neira. «Universidad Carlos III de Madrid.» 25 de mayo de 2011. <http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/otros-recursos-2/tema-5-la-guerra-civil-y-la-epoca-de-la-reconstruccion/resolucion-del-tribunal-supremo-pleddy-v.-ferguson-163-u.s.-537-1896> (último acceso: 20 de setiembre de 2019).
- Guarnieri, Carlo. *Magistratura e Politica in Italia.* Bolonia: II Molino, 1992.
- Guarnieri, Carlo, y Patrizia Pederzoli. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia.* Madrid: Taurus, 1999.
- Guastaini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional.* México: Trotta, 2008.
- Habermas, Jürgen. 1992. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1° edición 1992). Frankfurt: Suhrkamp Verlag. Citado de la trad.

- española de Manuel Jiménez Redondo: *Factibilidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso* (1<sup>o</sup> edición, 1998). Madrid: Trotta, 2010, 6<sup>o</sup> edición.
- Hamilton, Alexander, Madison, James & Jay, John. 1788. *The Federalist Papers*. New York: Bantam Book, 1982.
- Handelman, Howard, y Tessler, Mark. *Democracy and Its Limits*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999.
- Hart, Herbert L. A. 1961. *The concept of Law*. Oxford: University Press. Citado de la trad. española *El concepto del Derecho* de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Holland, K. *Judicial activism in comparative perspective*. New York: St. Martin Press, 1991.
- Hoog, Peter, y Allison A. Bushell. «El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta no sea algo tan malo después de todo).» En *Por una Justicia Dialógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, de Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Issacharoff, Samuel. «La revisión judicial en tiempos difíciles: Estabilizando la democracia en un segundo mejor mundo.» En *La Justicia Constitucional en tiempos de cambio*, de Roberto Niembro y Sergio Verdugo, 77-188. Ciudad de México: Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 2019.
- Jefferson, Thomas. 1787. *Notes on the State of Virginia*. First hot-pressed edition. Philadelphia: R.T. Rawle, Publisher, June 1801.
- . 1816, May 28, Monticello. On the True Republic. To John Taylor. *Letters and addresses of Thomas Jefferson*. Parker, William B. & Viles, Jonas (eds). New York: A. Wessels Company, 1907.
- Jiménez Asensio, Rafael. *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos de derecho constitucional*. Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- . «Poder Judicial y Administración de Justicia.» *Iuria Vasconiae*, 2019: 459-501.
- Kagan, Robert. *Adversarial Legalism and American Government*. Baltimore: John Hopkins University, 1995.
- Karl, Terry, y Schmitter, Philippe. «What Democracy is, and is not» En *Consolidating the Third Wave Democracies: Themes and Perspectives*, de L. Diamond y Platter M. Baltimore & London: The Johns Hopkins University Press, 1996.
- Kelsen, Hans. 1928. «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)» en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, avril-mai-juin, tomo 45, año XXXV, pp. 197-257. Citado de la trad. castellana de Domingo García Belaunde. *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2011: 249-300.

- .1931. *¿Wer Soll der Huter der Verfassung sein?* Die Justiz, Bd. VI Doppenhelft 11/12. Citado de la trad. española: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1999.
- Landau, David. «Political institutions and judicial role in comparative constitutional law.» *Harvard International Law Journal* 2, n° 51 (2010): 320-377.
- Lehner, Beate. «Discriminación a los pueblos indígenas.» En *Discriminaciones. Debate teórico paraguayo. Legislación antidiscriminatoria.*, de Line Bareiro, 95-16. Asunción: Gráfica Mercurio S.A., 2005.
- Lewis, Paul. *Paraguay bajo Stroessner*. Primera Edición en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Lezcano Claude, Luis. *El control constitucional*. Asunción: La Ley, 2000.
- Lezcano Claude, Luis. «Historia Constitucional del Paraguay (periodo 1870-2012).» *Revista Jurídica Universidad Americana*, 2012: 173-291.
- Lezcano, Carlos María. *El régimen militar de Alfredo Stroessner, Fuerzas Armadas y Política en el Paraguay (1954-1959)*. Santiago de Chile: Comisión Sudamericana de Paz, 1990.
- Linares Quintana, S. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y comaprado*. Buenos Aires: Alfa, 1963.
- Linares, Sebastian. «Diálogo democrático entre corte e instituciones representativas.» *Revista Mexicana de Sociología*, 2008: 487-539.
- Linares, Sebastián. «El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas.» *Revista mexicana de sociología* 70, n° 3 (julio-setiembre 2008): 487-539.
- Linares, Sebastián. «Justicia dialógica interinstitucional de lege ferenda y de lege lata.» En *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la democracia deliberativa.*, de Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Linares, Sebastian. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Linares, Sebastián. «La independencia judicial. Conceptualización y medición. .» *Política y Gobierno*, 2004: 73-126.
- Linz, Juan, y Stepan, Alfred. «Toward Consolidated Democracies» En *Consolidating the Third Wave Democracies: Themes and Perspectives*, de L. Diamond y M. Platter. Baltimore & London: The Johns Hopkins University Press, 1996.
- Llano, Mateo. «La civilización de las relaciones laborales desde la perspectiva de la seguridad social en Paraguay.» Editado por Universidad Americana. Asunción: Tesis de Maestría no publicada., 2020.

- López Cáceres, Florentín. *El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados*. Asunción: Intercontinental Editora, 2000.
- López, Magdalena. *Transición y Democracia en Paraguay (1989-2017)*. 1a ed. 3ra. Reimpresión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Sb editorial, 2020.
- Manilli, Pablo. *El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- Martin Martínez, Mariluz. *Derecho a la salud. Elyennykha Egyempe´ek, ekha ekyanmaga peyk katnehek*. DDHHPY2019, Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay, Asunción: Codehupy. , 2019, 179-194.
- McCann, Michael. «Law and Social Movements.» En *The Blackwell Companion to Law and Society*, de Austin (comp.) Sarat, 506-522. Malden (Massachusetts): Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2004.
- McCann, Michael. «Law and Social Movements. Contemporary Perspectives.» *Annual Review of Law and Social Science*,, 2006: 17-38.
- Mendes, Conrado. «Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra.» En *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, de Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Mendonca Bonnet, Juan Carlos. *Derecho Procesal Constitucional. Régimen de las garantías constitucionales*. Asunción: La Ley paraguaya, 2012.
- Mendonca Bonnet, Juan Carlos. «El equilibrio de poder en la Constitución de 1992.» En *Comentario a la Constitución TOMO I. Homenaje al Quinto Aniversario*, de Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude, 27-54. Asunción: Corte Suprema de Justicia. División de Investigación, Legislación y Publicaciones. Centro Internacional de Estudios Judiciales., 1997.
- Mendonca Bonnet, Juan Carlos. «La gobernabilidad en la Constitución de 1992.» En *Comentario de la Constitución Tomo III. Homenaje al Décimo Quinto Aniversario*, de Corte Suprema de Justicia CSJ, 173-211. Asunción: Corte Suprema de Justicia. División de Legislación, Investigación y Publicaciones., 2007.
- Mendonca, Daniel. *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*. Asunción: Intercontinental Editora, 2018.
- Mendonca, Daniel, y Habib Apud. *Sentencia declarativa de certeza constitucional*. Asunción: Centro de Estudios Constitucionales. CEC, 2017.
- Mendonca, Juan Carlos. *La garantía de la inconstitucionalidad*. Asunción: Litocolor, 2000.
- Mendonca, Juan Carlos, y Daniel Mendonca. *Breve historia del constitucionalismo paraguayo*. Asunción: Intercontinental, 2011.
- Mill, John Stuart. 1859. *On liberty*. (1° Edición 1970), 3° Edición. Citado de la trad. española de Pablo de Azcárate: *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 2013.

- Moreno, Diego. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Moreno, Diego. «La inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia: una visión desde la teoría constitucional.» En *Comentario a la Constitución TOMO IV. Homenaje al Vigésimo Aniversario*, de Corte Suprema de Justicia CSJ, 353-389. Asunción: Corte Suprema de Justicia. División de Investigación, Legislación y Publicaciones. Centro Internacional de Estudios Judiciales, 2012.
- Moreso, Josep Joan. «El positivismo jurídico y la aplicación del derecho.» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, 2004: 45-62.
- MRE, Ministerio Relaciones Exteriores. «[www.mre.gov.py](http://www.mre.gov.py).» 2013. <https://www.mre.gov.py/v2/Adjuntos/Bicentenario18132013/Biblioteca%20Virtual/Reglamento%20Gobierno%20del%2012%20de%20Octubre%20de%201813.pdf> (último acceso: 17 de marzo de 2020).
- Muñoz Alvarado, Froylán. «El juez humanista.» *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2014: 119-135.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. 4° Reimpresión. Buenos Aires-Bogotá: Astrea, 2013.
- . 1996. *The Constitution Deliberative of Democracy*. Yale University Press, 1996. Citado de la trad. española de Roberto P. Saba: *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- . *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.
- Nogueira, Humberto. «Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales.» *Revista de Derecho*, 2003: 43-66.
- O'Donnell, Guillermo, y Pinheiro, Juan y Méndez, Paulo. *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999.
- O'Donnell, Guillermo. *Counterpoint. Selected Essays on Authoritarianism and Democratization*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998.
- ONU, Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental relativo a su visita al Paraguay*. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho de desarrollo, Washington: Consejo de Derechos Humanos 32° Periodo de Sesiones, 2016.
- Osorio, Sergio Néstor. «John Rawls: una teoría de la justicia social.Su pretensión de validéz en una sociedad como la nuestra.» *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad* 5, n° 1 (2010): 137-160.



- Padover, Saul. *The complete Madison*. Boston: Padover, 1953.
- Paraguay. *Constitución Nacional*. Asunción: Lexijuris, 1992.
- Pásara, Luis. «Estado de derecho y justicia en América Latina.» *Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República*, 2007: 309-323.
- Pérez Perdomo, Rogelio. «Judicialización y transformación del régimen: la Corte Suprema venezolana.» En *la judicialización de la política en América Latina*, de Raquel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 147-173. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Publicaciones de la Casa Chata, 2011.
- Pérez-Liñan, Aníbal, Andrés Molina, José María Costa, Andrea Castagnola, y Margarita Molinas. *Fragmentación política e independencia judicial. Un estudio de las acciones de inconstitucionalidad, 1995-2015*. Asunción: Instituto de Desarrollo, 2018.
- Pérez Royo, Javier. *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Peters, Guy B. *American Public Policy: Promise and Performance*. Chatham, New Jersey: Chatham House Publisher, Inc., 1986.
- Pisarello, Gerardo. «Los derechos sociales en el Constitucionalismo moderno: por una articulación compleja entre política y derecho.» En *Derechos sociales y derechos de las minorías*, de Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez, 111-135. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Pou Giménez, Francisca. «Las cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico.» En *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, de Roberto Niembro y Sergio Verdugo, 401-444. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
- Posner, Richard. 2008. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press. Citado de la trad. española de Victoria Roca Pérez: *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.
- . *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- . «Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial» *Doxa*, 1994: 367-405.
- . «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial.» En *Derechos sociales y derechos de las minorías*, de Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez, 15-65. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- . «Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)» *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, nº 44 (2010): 461-506.

- Ramírez, Manuel. «El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.» En *Comentario a la Constitución. TOMO II. Homenaje al Décimo Aniversario*, de Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude, 455-491. Asunción: Litocolor S.R.L., 2002.
- Ramos, Marisa. «Universidad de Salamanca.» 2006. <https://campus.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/4.3.poderjudicial.pdf> (último acceso: 12 de marzo de 2017).
- Rawls, John. *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Riera Hunter, Marcos. «Principios de independencia judicial.» En *Comentario a la Constitución. Homenaje al décimo aniversario*, de Emilio Camacho, 409-452. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2002.
- Riquelme, Marcial. *Stronismo, golpe militar y apertura tutelada*. Asunción: CDE, 1992.
- Roa Bastos, Augusto. «Paraguay. Anatomía de una "democracia" totalitaria.» *Revista Plural, Segunda Época XIII-X*, n° 154 (Julio 1984).
- Rodríguez, José Carlos, y Roberto Villalba. *Gasto y gestión en la salud pública. Situación y escenario materno infantil*. Disponible en <https://www.desarrollo.org.py/admin/app/webroot/pdf/publications/04-08-2016-10-09-56-1820147387.pdf>. Asunción: Arandura, 2016.
- . *Gasto y gestión en la salud pública. Situación y escenario materno infantil*. Asunción: Arandura, 2016.
- Rogoswky, Ronald. «Democracy, Capital, Skill, and Countre Size.» En *The Origins of Liberty*, de P. Drake y M. McCubbins (eds). Princeton: Princeton University Press, 1998.
- Rubio LLorente, Francisco. La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho. En la obra del mismo autor: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (2° edición). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997
- . Seis tesis sobre la jurisdicción constituicional en Europa. En la obra del mismo autor: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (2° edición). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Rubio Llorente, Francisco, y Jiménez Campo, Javier. *Estudios sobre justicia constitucional*. Madrid: Mac Graw-Hill, 1997.
- Rubio Padilla, Sonia. «Más allá de los consensos: selección judicial en El Salvador.» Salamanca: Seminario de Ciencia Política. Universidad de Salamanca, 18 de mayo de 2015.

- Ruiz, Ivan Aparecido, y Antonio Carlos Gomes. «A judicialização da política como meio de acesso a uma ordem justa na defesa dos direitos fundamentais y e da personalidade.» *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, 2014: 9-29.
- Saba, Roberto. «La elusiva frontera entre justicia y política.» En *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, de Roberto Niembro y Sergio Verdugo, 277-370. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
- Sagües, Néstor Pedro. «La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la coalición de Sadam Hussein).» *Pensamiento Constitucional* 13, n° 13 (2008): 73-94.
- . «Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales.» *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 2011: 527-541.
- Scavone Yegros, Ricardo. *Guerra internacional y confrontaciones políticas (1920-1954)*. Editado por Ignacio Telesca. Vol. Historia del Paraguay. Asunción: Taurus, 2010.
- Schmitt, Carl. 1931. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Dunker & Humblot (1° edición 1931), 4° edición, 1996. Citado de la trad. española de Manuel Sánchez Sarto: *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- Schmitter, Philippe. «Dangers and Dilemmas of Democracy.» En *The Global Resurgence of Democracy*, de L Diamon y M. Platter. Baltimore & London: The Johns Hopkins University Press, 1993.
- Seall-Sasiain, Jorge. «Cuestionable inamovilidad permanente de los Ministros de la Corte y limitación al Consejo de la Magistratura.» En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, de CEPC, 593-623. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Shapiro, Martín, y A. Stone Wweet. «The New Constitutional Politics of Europe.» *Comparative Political Studies*, 1994: 397-420.
- Sieder, Riecher; Schjolden, Line; Angell, Alan. *La judicialización de la política en América Latina*. Primera Edición en español. Traducido por Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Simón, José Luis. *La dictadura de Stroessner y los derechos humanos*. Asunción: Comité de Iglesias, 1990.
- Smulovitz, Catalina. «Judicialización y Accountability Social en Argentina.» Washington D.C.: Trabajo presentado en el XXII International Conference de Latin American Studies Association, Setiembre de 2001.
- . «Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina.» En *La judicialización de la política en América Latina*, 175-199. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Publicaciones de la Casa Chata, 2011.

- Solís Fallas, Alex. «La dimensión política de la Justicia Constitucional.» *Revista Parlamentaria de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica* 7, n° 2 (1999): 1-348.
- Souza, Celina. «Políticas Públicas: una revisao da literatura.» *Sociologías*, n° 16 (julio/diez 2006): 20-46.
- Subirats, Joan, Peter Knoepfel, Corine Larrue, y Frederic Varonne. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2008.
- Tate, Neal. «¿Why the Expansion of Judicial Power?» En *The Global Expansion of Judicial Power*, de Neal Tate y Torbjorn Vallinder, 27-37. New Work: New York University Press, 1995.
- Tate, Neal, y Torbjorn Vallinder. *The global expansion of judicial power*. New York: University Press, 1995.
- Tierra Viva, ONG. *Organización No Gubernamental Tierra Viva*. 2020. <http://www.tierraviva.org.py/mediante-amparo-se-busca-lograr-que-el-estado-asista-a-indigenas/> (último acceso: 19 de agosto de 2020).
- Torales, Julio. *Derecho a la salud en Paraguay: exigibilidad y justiciabilidad*. Febrero de 2009. file:///C:/Users/Acer/Downloads/DerechoalaSalud-JulioTorales.pdf (último acceso: 20 de agosto de 2020).
- Torrents, A. *Consultoría de investigación sobre Memoria Colectiva e Histórica*. Asunción: Secretaría Nacional de Cultura y Centro de Investigaciones en Filosofía y Ciencias Humanas (CIF), 2012.
- Torres Kirmsler, José Raúl, y Giuseppe Fossati López. «Acerca de la denominada "consulta constitucional".» En *Comentario a la Constitución. Tomo IV. Homenaje al vigésimo aniversario*, de Corte Suprema de Justicia CSJ, 489-514. Asunción: Corte Suprema de Justicia. División de Investigación, Legislación y Publicaciones. Centro Internacional de Estudios Judiciales, 2012.
- Tushnet, Mark. «Popular Constitutionalism as Political Law.» *Chicago-Kent*, 2006: 991-1006.
- Tushnet, Mark. «Revisión judicial dialógica.» En *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, de Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Ultima Hora, UH. *www.ultimahora.com.py*. 30 de abril de 2018. <https://www.ultimahora.com/alicia-pucheta-renuncia-la-corte-ser-vicepresidenta-la-republica-n1145424.html> (último acceso: 20 de julio de 2020).
- UNICEF. *La niñez nos hace invisibles*. Asunción: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2019.
- UNICEF. «Perfiles de la exclusión educativa en la República del Paraguay.» Informe integrante de la Iniciativa Global por los Niños fuera de la Escuela (OOCSE, Unicef, UIS- Unesco), Asunción, 2013.

- Vázquez, Rodolfo. «Justicia Constitucional, Derechos Humanos y argumento contramayoritario.» *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 44 (2010): 249-264.
- Velázquez, Rafael Eladio. *Breve historia de la cultura en el Paraguay*. Asunción: Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Centro de publicaciones, 1999.
- Vera, Helio. *El gobierno del Gral. Alfredo Stroessner*. Editado por capítulo 18 de la Historia del Paraguay Fascículo 35. Asunción: Abc Color, 2012.
- Vigo, Rodolfo. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- Villalba, Sara Mabel. «Paraguay: obstáculos para la participación electoral de los pueblos indígenas.» En *La tutela de los derechos políticos-electorales de los pueblos y comunidades indígenas de América Latina*, de Gema Morales Martínez y Irma Ramírez Cruz, 235-250. México: Tirant lo Blanch, 2020.
- Waldron, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. 1°. Editado por Juan F. González Bartomeu. Traducido por Federico Jorge Gaxiola, Leonardo García Jaramillo y Santiago Virguez Ruiz. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editorores Argentina S.A, 2018.
- . *Law And Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Waldron, Jeremy. «The Core of the Case against Judicial Review.» *The Yale Law Journal* 115, n° 6 (2006): 1346-1406.
- Wayne, William. «Two faces of judicial activism.» *George Washington Law Review* 61, n° 1 (noviembre 1992): 1-13.
- Yore, Myriam. *La dominación stronista. Orígenes y consolidación. Seguridad Nacional y represión*. Asunción: BaseIS, 1992.
- Yore, Myriam, y Marielle Palau. «Presidencialismo Moderado y Gobierno de Coalición. Emergencia y fracaso de una experiencia inédita.» *Colección Base IS. Documento de trabajo N° 101*. Asunción: BASE IS, Noviembre de 2000.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Décima Edición. Traducido por Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.
- . *Principos y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta, 2008.

## **Jurisprudencia**

- Acuerdo y Sentencia N° 1346, 26 de setiembre de 2016. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)
- Acuerdo y Sentencia N° 397, 02 de mayo de 2017. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)
- Acuerdo y Sentencia N° 828, 12 de setiembre de 2014. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)

Acuerdo y Sentencia N° 472, 11 de octubre de 2010. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 1136, 23 de agosto de 2016. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 18, 19 de febrero de 2018. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 793, 04 de setiembre de 2014. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 22, 19 de febrero de 2018. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 1131, 26 de diciembre de 2019. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 119, 16 de marzo de 2018. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 683, 13 de agosto de 2019. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 170, 06 de abril de 2018. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 1723, 20 de diciembre de 2013. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 481, 20 de noviembre de 1996. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 191, 27 de abril de 1999. Pleno de la CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 37, 23 de febrero de 2009. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 110, 19 de marzo de 2009. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 443, 19 de julio de 2009. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 2222, 31 de diciembre de 2013. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 185, 10 de abril de 2014. Sala Constitucional extendida, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 1010, 11 de diciembre de 2015. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 880, 17 de noviembre de 2015. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 81, 25 de febrero de 2017. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 364, 13 de junio de 2006. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 1306, 15 de octubre de 2013. Sala Constitucional extendida, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 111, 11 de junio de 2020. Sala Constitucional extendida, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 222, 05 de mayo de 2000. Sala Constitucional extendida, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 223, 05 de mayo de 2000. Sala Constitucional extendida, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 557, 28 de junio de 2007. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 947, 30 de diciembre de 2009. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)  
Acuerdo y Sentencia N° 9, de febrero de 2016. Sala Constitucional, CSJ (Paraguay)

## **Legislación**

Constitución de 1844 (Paraguay)

Constitución de 1870 (Paraguay)

Carta Política de 1940 (Paraguay)

Constitución de 1967 (Paraguay)

Constitución de 1992 (Paraguay)

Ley N° 1337/1988. *Código Procesal Civil* (Paraguay)

Ley N° 5189/2014. *Que establece la obligatoriedad de la provisión de informaciones en el uso de los recursos públicos sobre remuneraciones y otras retribuciones asignadas al servidor público de la República del Paraguay* (Paraguay)

Ley N° 5282/2014. *De libre acceso a la información pública y transparencia gubernamental.* (Paraguay)