

Libertad de Expresión y acceso a la Información en Iberoamérica

Marcela I. Basterra

El Derecho de Acceso a la Información Pública como condicionante para el ejercicio del derecho a la libre expresión

El reconocimiento del acceso a la información implica, correlativamente una garantía de la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político y al Estado constitucional de derecho.

Permite la concreción del derecho a la libre expresión en su totalidad, materializado no sólo con la posibilidad de exteriorizar el pensamiento, sino en la posibilidad de “acceder” a conocer para luego expresarse libremente, y contribuye a que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y confrontarla con las de otros ciudadanos.

La información además de tener un valor propio es una precondition, o tiene un valor instrumental para el ejercicio no sólo de otros derechos sino también del funcionamiento institucional de control ciudadano sobre los actos gubernamentales.

Siguiendo a la jurisprudencia más reciente¹, considero que el derecho a la información es un derecho fundamental que valoriza y permite el ejercicio de todos los demás derechos. En efecto, resulta ser condicionante de algunos derechos, en especial de la libertad de expresión, toda vez que sin el previo acceso a la información nos encontramos frente a un derecho de imposible concreción, o al menos que no puede ejercerse plenamente².

El derecho a la libertad de expresión como correlativo del derecho al acceso a la información es quizá el más utilizado, dado que tiene como punto de partida el sistema interamericano y es adoptado, tal vez por una cuestión política, por los demás países de Latinoamérica.

El derecho de libre acceso a la información producida por el Estado constituye un desprendimiento lógico del principio de publicidad de los actos de gobierno, entendida como un mecanismo de control del accionar de los gobernantes que tiene como contrapartida el reaseguro que, el Poder -controlado por la ciudadanía- derivará en el ejercicio responsable y no abusivo del mismo.

¹ "*Monner Sans, Ricardo c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*". Expte. 14.726/04. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, 11/5/2005. Publicado en el Dial. www.eldial.com Año VIII - N° 1786. 13/5/2005. Ampliado en el Capítulo IV, Lineamientos Jurisprudenciales del DAIP

² Puede ampliarse de BASTERRA, Marcela. *El Derecho Fundamental de acceso a la información Pública*, Lexis Nexis, 2006. Buenos Aires.

En tal sentido, Fiss³ considera al derecho de acceso a la información pública como condicionante para el ejercicio del autogobierno. Según el autor en las sociedades modernas, es la prensa la que aparece como la institución más apta para cumplir esa función, la que además para cumplir su tarea con eficiencia necesita de cierta autonomía respecto del Estado. Esa autonomía debe ser de dos maneras; a) autonomía económica y b) autonomía jurídica.

Efectivamente, la prensa no depende ni debe depender económicamente del Estado para su financiación, la que siempre es conveniente sea a través de particulares, para reducir al mínimo la posibilidad de manipulación de información por parte del Estado, rasgos inevitables en los Estados autoritarios.

También debe estar dotada esta función de informar en un Estado democrático del grado de autonomía necesaria desde el punto de vista jurídico a fin de limitar la capacidad del Estado para silenciar a sus críticos y a la oposición a través de procesos jurídicos. Es aquí donde convergen estos dos argumentos y se hacen uno; el de la necesidad del debate público y el de la idea de autogobierno.

En efecto si la idea de autogobierno es inherente a la democracia, es necesario a los efectos de ejercerlo y poder gobernarse, mantener un debate amplio y abierto entre los componentes sociales. Si para ejercer el autogobierno se hace necesario tomar decisiones, es necesario que todos los sectores participen y el Estado en su regulación deberá tender ello para evitar así que algunos sectores queden silenciados.

Considero que esta argumentación es sólida, en tanto la libertad de expresión tiene un valor “adicional” y una resistencia especial confrontada con otros derechos, justamente por su estrecha conexión con la idea de autogobierno, considerándola, ante todo como un mecanismo de protección de la soberanía popular.

En el ámbito del sistema Interamericano el DAIP aparece como una precondition para el ejercicio en plenitud del derecho a la libertad de expresión. Durante la última **Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA)**, se aprobó la **Declaración de Santiago**, en la que se reitera la importancia de la libertad de expresión y se reconoce que *“la democracia se fortalece con el pleno respeto a la libre expresión y el acceso a la información”*. En la misma Asamblea se aprobó la Resolución N° 1932, la que establece que los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y de promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva⁴

La base normativa para afirmar esta relación entre los dos derechos es el artículo 13 de la Declaración Americana de Derechos Humanos denominada Pacto de san José de Costa Rica que establece que *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

³ FISS, Owen, “ The Irony of Free Speech”, Harvard University Press, Cambridge, M.A. 1996, versión en español: “La ironía de la libertad de expresión”, Editorial Gedisa, Barcelona España, 1999, p. 71/73

⁴ BERTONI, Eduardo A., “Más información es más democracia”, La Nación, Notas, p. 15, 11/8/2003.-

Si bien la precitada norma parecería referirse a la libertad de expresión, lo cierto es que en la voz *“recibir...información...”*, se encuentra reconocido el derecho a ser informado y correlativamente la obligación de brindar dicha información.

En la Opinión Consultiva 5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas”⁵, la Corte, con motivo de interpretar el artículo 13 señala que *“la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Estos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Lo que significa que, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de una persona, no sólo es el derecho individual y subjetivo a la libre expresión el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado e impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo, pero implica recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”*

Asimismo en el caso **“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”⁶** destacó la relevancia política de la libertad de expresión en los siguientes términos: *“En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.”*

En el caso **“La última tentación de Cristo”⁷**, señaló, en cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que *“quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, que requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”*. Además, consideró que ambas dimensiones, tanto la social como la individual, poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

⁵ CorteIDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85. Serie A No. 5. Puede verse el texto completo en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. www.cidh.org.cr. Ampliado en el Capítulo IV Lineamientos jurisprudenciales del DAIP.

⁶ CorteIDH., “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2/7/2004. Serie C No. 107. Puede verse el fallo completo en www.cidh.org.cr. Ampliado en el Capítulo IV Lineamientos jurisprudenciales del DAIP.

⁷ CorteIDH., Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5/2/2001. Serie C No. 73. Puede verse el fallo completo en www.cidh.org.cr

En **“Ricardo Canese vs. Paraguay”**, la Corte ha considerado que 1) una sociedad bien informada es sinónimo de una sociedad libre; 2) que el derecho de libre expresión y acceso a la información hacen notoria la importancia de la transparencia de las actividades estatales, las que favorecen a su vez, el control ciudadano; 3) afirma que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión, por lo que es indispensable que tengan acceso a las diversas informaciones y opiniones y 4) supone que una sociedad informada propicia y robustece el debate público⁸

La Asamblea General de la OEA aprobó varias resoluciones sobre la importancia de la libertad de expresión y el acceso a la información pública,⁹ siempre interrelacionando a ambos derechos. La relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó el respaldo dado en la XXXV Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos¹⁰ a los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información pública a través de la adopción de las resoluciones *“Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión y la Importancia de los Medios de Comunicación”* y *“Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”*.

En la resolución sobre el *“Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión y la Importancia de los Medios de Comunicación”*, la Asamblea General destacó el reciente Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, reafirmado además la importancia del derecho a la libertad de expresión. La resolución sobre *“Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”* marca la tercera oportunidad en que la Asamblea General aprueba una resolución en torno a este tema.

Durante la XXXIV Asamblea General¹¹, una segunda resolución continuó con este esfuerzo exhortando a los Estados a implementar la legislación y adoptar su normativa interna para brindar a los ciudadanos un amplio acceso a la información pública, y haciendo un llamado a la Relatoría para la Libertad de Expresión y la Unidad para la Promoción de la Democracia a proveer de apoyo a los Estados al momento de preparar tales iniciativas. En su más reciente resolución sobre acceso a la información, adoptada por la XXXV Asamblea General, se reitera lo señalado en las anteriores resoluciones invocando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a *“que efectúe un estudio sobre cómo puede el Estado garantizar a todos los ciudadanos el derecho a buscar, recibir y difundir información pública, sobre la base del principio de la libertad de expresión”*.

Adicionalmente, la Asamblea General solicitó al Consejo Permanente convocar a una reunión especial de expertos en acceso a la información pública con la asistencia de la Relatoría para la Libertad de Expresión y la Oficina de Promoción de la Democracia. La Relatoría para la Libertad de Expresión manifiesta su compromiso en torno a estos objetivos y ofrece su apoyo a los Estados miembros en la adopción de mecanismos legislativos de esta naturaleza.

En este sentido nuestra Corte Suprema en el fallo *“La Prensa c/ Secretaria de Comercio Interior”*¹², consideró

⁸ Corte IDH., “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31/8/2004. Serie C No. 111. Puede verse el fallo completo en www.cidh.org.cr y “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, op. cit, Ampliado en el Capítulo IV Lineamientos jurisprudenciales del DAIP

⁹ Comunicado de Prensa 124/05. Puede consultarse en la página web: www.oea.org

¹⁰ Celebrada del 5 al 7 de junio de 2005 en Fort Lauderdale, Florida, Estados Unidos.

¹¹ Celebrada en Junio de 2004 en Quito, Ecuador.

¹² LL, 1997-D, p. 590 con nota de Miguel M. PADILLA

que el derecho a la libre expresión tiene un anverso que es el derecho individual de cada uno de nosotros a recibir y emitir ideas, y un reverso que es el derecho colectivo de quienes reciben información. Sostuvo que *“existe por una parte un derecho individual de quien busca, emite o difunde las ideas, otro colectivo de quienes tienen derecho a recibir la información y otro vinculado con la actividad económica de la prensa”*.

Por último, en el caso **“Comité de Inversiones Extranjeras”**¹³, la Comisión IDH emitió un informe en el que exigió al Estado Chileno, y a cualquier Estado el efectivo cumplimiento del DAIP independientemente o “desatado” del derecho a la libertad de expresión. Consideró que un Estado americano que no asegure a los ciudadanos el derecho de acceso a la información pública viola determinadas normas expresas que en la mayoría de los Estados tienen jerarquía constitucional, y consideró que los Estados deben asegurar la tutela efectiva del derecho fundamental de AIP por medio de un recurso rápido, sencillo y eficaz.

Por ello es que no caben dudas respecto del que el derecho de acceso a los documentos estatales se erige como un derecho necesario o una precondition para el ejercicio en plenitud del derecho a la libertad de expresión.

2. El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Argentina:

a- Constitución Nacional.

El derecho de acceso a la Información Pública en cualquiera de las ramas de los tres poderes del Estado, hasta la reforma constitucional de 1994, solo estaba amparado implícitamente en el artículo 1º que establece la forma republicana de gobierno, siendo uno de los principios que la integran el de la publicidad de los actos estatales.

En el artículo 14 que entre los derechos que reconoce a los habitantes de la nación contempla expresamente el de *“peticionar a las autoridades”*, el acceso a la información pública es una forma de peticionar en armonía con los cambios que se fueron operados en las democracias contemporáneas.

Y por último, en el artículo 33 que establece que los derechos implícitos tienen igual validez que los consagrados explícitamente, siempre que se deriven de la forma republicana de gobierno y de la soberanía popular. Sin duda, el derecho de acceso a la información pública importa un claro desprendimiento de uno de los pilares fundamentales en los que descansa la forma republicana de gobierno, la publicidad de los actos de dicho gobierno.

Con la última reforma que se realizó a nuestra Carta Política, si bien no se incorpora específicamente una única norma que contemple la obligación estatal de brindar información a los ciudadanos, sí se contempla específicamente el deber estatal de facilitar y allanar el acceso a la información pública en casos concretos.

¹³ Informe Nro 60/03. Petición 12.108. Admisibilidad Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero. Chile. 10/10/2003. Publicado en www.oea.org.ar. Puede también consultarse en la página web: www.proacceso.cl. Demanda presentada ante la CorteIDH el 7/7/2005

Esos casos son; en relación a los partidos políticos (artículo 38); al medio ambiente (artículo 41); a los consumidores de bienes y servicios (artículo 42); en lo que refiere a los datos personales obrantes en los registros o archivos estatales (artículo 43, 3° párrafo). También en los Tratados con jerarquía constitucional incorporados en el artículo 75, inciso 22; en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13.1), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19.2), en los que se consagran el derecho de recibir información como la contra cara necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión.

b- Decreto 1172/2003 de Acceso a la Información Pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.

En el ámbito del Poder Ejecutivo, el decreto 1172/2003 tiene como objetivo fundamental la reglamentación de cinco mecanismos que aseguran el acceso “igualitario” de los ciudadanos a la información estatal y la consiguiente participación en las decisiones de los asuntos públicos para los casos que corresponda según lo determina la propia norma.

Los mecanismos contemplados por la norma de acceso y participación son los siguientes; 1) Las Audiencias Públicas, 2) La publicidad de la Gestión de Intereses -“lobby”- 3) La Elaboración Participativa de Normas, 4) El derecho de Acceso a la Información Pública en el área del Poder Ejecutivo Nacional y 5) Las Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.

La norma tiene, dos fines genéricos; a) el primero, es institucionalizar los mecanismos que hacen posible el acceso a la información estatal en las áreas que dependen del Poder Ejecutivo Nacional, estableciendo en relación a cada uno de estos instrumentos, un procedimiento común al universo de organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione en la jurisdicción de este poder del Estado; y b) el segundo, es establecer el acceso libre y gratuito vía Internet a la edición diaria de la totalidad de las secciones del Boletín Oficial, durante el día hábil administrativo de su publicación gráfica. Los anexos de los actos administrativos emanados del Poder Ejecutivo Nacional no publicados en la edición gráfica, podrán visualizarse a través de sitio de Internet creado a tales efectos.

En todos los supuestos de participación, salvo para el caso de las Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, se prevé que la autoridad de aplicación será el órgano de mayor jerarquía dentro de esa repartición estatal dependiente del Poder Ejecutivo. Asimismo, se podrá requerir en estos supuestos la participación a) del Organismo Coordinador, -cuya función es asistir técnicamente a la autoridad convocante-, b) de la Subsecretaria para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros y c) -en casos relacionados con temas de su competencia- de la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

Para los mecanismos de Publicidad de la gestión de intereses y para el acceso a la información pública la autoridad de aplicación será directamente el órgano controlador en los otros casos; es decir, la Subsecretaria para

la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la democracia de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Para los cinco institutos se garantiza el respeto de los principios de igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad.

Ahora bien, si no hay aún una ley no significa que no ha habido iniciativa al respecto dado que se han presentado, a partir del año 1990 y hasta la actualidad más de una decena de proyectos¹⁴, de los cuales sólo uno de ellos había tenido un tratamiento más avanzado, logrando media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación¹⁵.

Sin embargo, el 9 de noviembre de 2004 se aprueba en el ámbito del Senado un dictamen de las comisiones Asuntos Constitucionales; Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión; Asuntos Administrativos y Municipales y la Comisión de Defensa Nacional aconsejando la aprobación de un Proyecto de Ley, distinto al proyecto de origen. El mismo tiene media sanción de la Cámara de Senadores desde 1° de diciembre de 2004, luego volvió a la Cámara de Diputados para su revisión, pero actualmente ha perdido Estado Parlamentario.

El texto aprobado por el Senado restringe sustancialmente el derecho de acceso a la información pública; porque exige que los ciudadanos acrediten, en un formulario con carácter de declaración jurada, los motivos por los cuales solicitan información. A su vez establece aranceles acordes a los motivos indicados y habilita la discrecionalidad de los funcionarios al no expresar claramente los supuestos que habilitan que los organismos se exceptúen de brindar la información requerida.

3. El derecho fundamental de acceso a la información pública en Iberoamérica.

Los antecedentes en el mundo relativos a la incorporación de este derecho en las constituciones y legislaciones son abundantes.

¹⁴ 0017-S-02; 0189-D-02; 0462-D-02; 0010-PE-02; 0833-D-02; 0891-D-02; 1940-D-02; 2265-D-02; 2580-D-02; 0154-S-03; 0809-S-03

¹⁵ Proyecto 0010-PE-02, presentado por Eduardo A. Duhalde, Jorge M. Capitanich y Jorge R. A. Vanossi. Este proyecto obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación el 8 de mayo del 2003 e ingresó a la Cámara de Senadores el 15 de mayo del mismo año. El marco de la legitimación activa es muy amplio, por cuanto disponía que *“toda persona tenía derecho a solicitar, acceder y recibir información de cualquier órgano perteneciente al Sector Público Nacional, del Poder Legislativo de la Nación, de la Auditoría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo de la Nación, del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Nacional, en estos dos últimos casos en todo aquello relacionado con las actividades que realicen en ejercicio de funciones administrativas”*¹⁵. A su vez, no se exige acreditar derechos subjetivos, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado para solicitar información. Con relación a la legitimación pasiva también se establece un amplio marco de aplicación, detallando en su artículo 1º, como se considerado integrado el Sector Público Nacional. En forma taxativa establece aquellos supuestos en los cuales los órganos comprendidos podrán exceptuarse de proveer la información solicitada; siempre que así lo establezca una ley, decreto o resolución ministerial.

Hay varios países de América que ya cuentan con normas protectivas del derecho de acceder a la información estatal, tal el caso de México y Perú que podría decirse están más adelantados que el resto de la región, porque cuentan con experiencias fuertes en el abordaje del tema. Además, el derecho de acceso fue reconocido en la normativa de varios Tratados Internacionales. No obstante, aún falta mucho y deberán pasar algunos años para poder asegurar que el derecho de acceder a las fuentes de información estatales es un derecho fundamental reconocido en todo el continente.

Bolivia, ha sancionado el Decreto Supremo 27.329¹⁶, que está orientado a garantizar el acceso ciudadano a la información en poder del Estado. La norma dispone que: *"Para procurar la Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental:*

*a) Se reconoce y se busca lograr el respeto al acceso a la información a todas las personas, con el propósito de buscar, recibir, acceder y difundir información pública, como un derecho y un requisito indispensable para el funcionamiento y fortalecimiento de la democracia. b) El acceso a la información debe ser asegurado a todas las personas sin distinción, porque provee el insumo básico para el ejercicio de su propia ciudadanía".*¹⁷

Con relación a la legitimación activa, en el artículo 4 se establece que *"cualquier persona pública o privada podrá solicitar información específica"* relativa a los puntos mencionados en el artículo 3¹⁸, de conformidad al derecho de petición establecido en el inciso h) del Artículo 7¹⁹ de la constitución política del estado, y los procedimientos administrativos establecidos en la Ley N° 2341²⁰ de procedimiento administrativo. Y, que en caso de negativa de las autoridades y funcionarios o de restricciones al derecho a la información, el afectado podrá ocurrir por vía de queja ante la autoridad superior competente y/o ante el Defensor del Pueblo, además de hacer uso de los recursos constitucionales y de las acciones judiciales que el ordenamiento jurídico le franquea.²¹

¹⁶ Del 31/1/2005.

¹⁷ Decreto Supremo 27.329, artículo 2.

¹⁸ Decreto Supremo 27.329, artículo 3. *"Acceso a la Información. En el marco de transparencia de la gestión pública que está impulsando el Gobierno Nacional, se establece que todas las instituciones del Poder Ejecutivo tanto a nivel central como descentralizado, autárquico y desconcentrado, deberán hacer públicos, a través de las respectivas páginas electrónicas y/o por cualquier otro medio alternativo de cada Ministerio, Prefectura y entidad desconcentrada, las siguientes características e indicadores: a) Presupuesto aprobado por el Tesoro General de la Nación - TGN, el número de funcionarios y personal eventual pagados por el TGN así como por otras fuentes de financiamiento. b) Términos de Referencia del Personal Contratado. c) Objetivos y metas planteados en los respectivos Programas Operativos Anuales. d) Reportes de ejecución presupuestaria, de manera anual. e) Planes Anuales de Contratación de Bienes y Servicios enviado al Sistema de Información de Contrataciones del Estado - SICOES."*

¹⁹ Constitución de Bolivia, artículo 7: *"Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: a la vida, la salud y la seguridad; a emitir libremente sus ideas y opiniones, por cualquier medio de difusión; a reunirse y asociarse para fines lícitos; a trabajar y dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo; a recibir instrucciones y adquirir cultura; a enseñar bajo la vigilancia del Estado; a ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional; a formular peticiones individual y colectivamente; a la propiedad privada, individual y colectivamente, siempre que cumpla una función social; a una remuneración justa por su trabajo, que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano; a la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las leyes."*

²⁰ Del 23/4/2002.

²¹ Decreto Supremo 27.329, artículo 4° ap. II.

Uno de los grandes problemas que se presenta en torno a la aplicación del Decreto supremo es el de enfrentar y superar la burocracia que implican los mecanismos de implementación y cumplimiento. Así, uno de los cuestionamientos se da en cuanto a cómo se va a lograr una máxima apertura por parte de los funcionarios públicos, dado que la respuesta, se cree, reside en la voluntad política que al más alto nivel se vea en los resultados y en el cambio del funcionamiento de los servidores públicos.

La Constitución Política de **Brasil**, en el artículo 5º reconoce el derecho de acceso a la información pública al disponer que: *“Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:...XIV Queda garantizados a todos el acceso a la información y salvaguardado el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional...”* Asimismo en el mismo artículo, inciso XXXIII se establece que *“todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general que serán suministradas dentro del plazo de ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo sigilo sea imprescindible para la seguridad de la sociedad o del Estado”*.

Con referencia a la legitimación activa esta resulta ser amplia, toda vez que la norma expresa que *“todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones”*; asimismo no hay que acreditar interés legítimo puesto que la propia regla establece que puede solicitarse información de interés particular o de interés colectivo o general.

Respecto a la información reservada la regla es clara en tanto deja sentado que no será de libre acceso aquella información cuyo sigilo sea imprescindible para la seguridad de la sociedad o del Estado.

Por último, al referirse al sujeto pasivo y aludir a los “órganos públicos” debe entenderse que son todos los órganos públicos, de los tres poderes del Estado, lo obligados a suministrar información, salvo cuando la misma solicitada a cualquiera de esos órganos se refiera a materias reservadas.

La Constitución de **Chile**, de 1980, reformada sustancialmente en 1989 y 1991, garantiza a toda persona el respeto y protección a la vida privada y pública, a su honra y a la de su familia y la libertad de información²². Además, le otorga un "recurso de protección" frente a los actos u omisiones arbitrarios o ilegales, privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos antes mencionados.²³

Además, cuenta con la **Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575²⁴ (1999)** que fue modificada por Ley 19.653²⁵ e incorporó los artículos 11 bis y 11 ter los que disponen que los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan. Asimismo dispone que la función

²² Constitución de Chile, artículo 19.

²³ Constitución de Chile, artículo 20.

²⁴ Ley 18.575, Chile, publicada el 5/12/86.

²⁵ Publicada el 14/12/99.

pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella, siendo públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

La publicidad se extiende a los informes y antecedentes a) que las empresas privadas prestatarias de servicios de utilidad pública y b) las empresas a que se refieren los incisos 3º y 5º del artículo 37²⁶ de la ley N° 18.046²⁷, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización. Esta obligación pesa sobre esas empresas en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma.

En la Constitución de **Colombia**, el derecho de acceso a la información pública está reconocido en el artículo 20²⁸ que garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Además, el artículo 74 dispone que *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”*.

También, Colombia cuenta con la **ley 57**²⁹ de 1985, que garantiza a toda persona el derecho a consultar los documentos que se encuentren en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional³⁰.

²⁶ Ley 18.046. Chile, artículo 37: *“La calidad de director se adquiere por aceptación expresa o tácita del cargo. El director que adquiriera una calidad que lo inhabilite para desempeñar dicho cargo o que incurriera en incapacidad legal sobreviniente, cesará automáticamente en él. Cuando el Estado o sus organismos fueren titulares de acciones en una sociedad anónima, en un porcentaje tal que les permita nombrar uno o más directores, les será aplicable a éstos lo dispuesto en el Párrafo 3º del Título III de la ley N° 18.575. Igual norma se aplicará a los gerentes de sociedades anónimas cuando su nombramiento se hubiere efectuado por un directorio integrado mayoritariamente por directores que representen al Estado o sus organismos. Asimismo, quedarán sujetos a tales disposiciones los directores y los gerentes de las empresas del Estado que en virtud de leyes especiales se encuentren sometidas a la legislación aplicable a las sociedades anónimas. Lo dispuesto en los incisos tercero, cuarto y quinto se aplicará aun cuando de acuerdo a la ley fuese necesario mencionar expresamente a la empresa para que se le apliquen las reglas de las empresas del Estado o las del sector público, como en el caso de Televisión Nacional de Chile, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, la Empresa Nacional de Minería, la Corporación Nacional del Cobre de Chile y el Banco del Estado de Chile. La omisión de la declaración a que se refieren los incisos anteriores será sancionada por la Superintendencia de Valores y Seguros en conformidad al Título III del decreto ley N° 3.538, de 1980”*.

²⁷ Publicada el 22/10/81.

²⁸ Constitución de Colombia, artículo 20: *“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”*.

²⁹ Publicada en el diario oficial, N° 37056 del 12/7/85.

³⁰ Ley 57. Colombia, artículo 12.

En cuanto a la legitimación pasiva, la ley precisa el alcance del sujeto obligado a brindar la información, así dispone: *“se entiende por oficinas públicas las de la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales; las de las gobernaciones, intendencias, comisarías, alcaldías y secretarías de estos despachos, así como las de las demás dependencias administrativas que creen la Asambleas Departamentales, los Concejos Intendenciales o Comisariales y los Concejos Municipales o que se funden en una autorización de estas mismas corporaciones; y las de los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las cuales la participación oficial sea superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital social, ya se trate de entidades nacionales, departamentales o municipales y todas las demás respecto de las cuales la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal”*.³¹

En **Costa Rica**, la constitución de 1949, reformada en el año 2003, garantiza *“el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, quedan a salvo los secretos de Estado”*.³²

De la regla de surge una doble restricción; a) el ejercicio se limita a los departamentos administrativos requiriéndose la existencia o la finalidad de un interés público para facilitar el acceso a los mismos, y b) salvaguarda la información concerniente a los secretos del Estado.

Esta disposición constituye sin duda, una visión sesgada del DAIP, porque tal como lo ha expresado el relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *“la libertad de información entraña que los órganos públicos indiquen y difundan en general los documentos de suficiente interés público, por ejemplo, la información básica sobre su propio funcionamiento y el contenido de cualquier decisión o política que afecte a la población”*³³.

El artículo 81 de la constitución política de **Ecuador** garantiza el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a la que están sujetos todos los funcionarios del Estado.³⁴ A fin de hacer efectivo el principio de

³¹ Ley 57. Colombia, artículo 14.

³² Constitución de Costa Rica, artículo 30.

³³ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. E/CN.4/2000/63. Publicado en <http://www.cajpe.org.pe>. Del 18/1/2000.

³⁴ Constitución de Ecuador, artículo 81: *“El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales. Asimismo, garantizará la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación. No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley. Los medios de comunicación social deberán participar en los procesos educativos, de promoción cultural y*

publicidad de los actos, contratos y gestiones de las instituciones del Estado y de aquellas financiadas con recursos públicos o que por su naturaleza sean de interés público.

Además, la **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (LOTAIP)**³⁵ reglamenta el acceso a toda información que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades.³⁶

El principal objetivo es el de *“garantizar y normar el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la información conforme a las garantías consagradas en la Constitución Política de la República, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales vigentes, de los cuales es signatario”*.³⁷

A su vez, se establecen como objetivos secundarios; a) *Cumplir lo dispuesto en la Constitución Política de la República referente a la publicidad, transparencia y rendición de cuentas al que están sometidas todas las instituciones del Estado que conforman el sector público, dignatarios, autoridades y funcionarios públicos, incluidos los entes señalados en el artículo anterior, las personas jurídicas de derecho privado que realicen obras, servicios, etc., con asignaciones públicas. Para el efecto, adoptarán las medidas que garanticen y promuevan la organización, clasificación y manejo de la información que den cuenta de la gestión pública;* b) *El cumplimiento de las convenciones internacionales que sobre la materia ha suscrito legalmente nuestro país;* c) *Permitir la fiscalización de la administración pública y de los recursos públicos, efectivizándose un verdadero control social;* d) *Garantizar la protección de la información personal en poder del sector público y/o privado;* e) *La democratización de la sociedad ecuatoriana y la plena vigencia del estado de derecho, a través de un genuino y legítimo acceso a la información pública;* y, f) *Facilitar la efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y su fiscalización.”*³⁸

preservación de valores éticos. La ley establecerá los alcances y limitaciones de su participación. Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano.”

³⁵ Ley N° 24. Ecuador. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 337 del 18/5/2004.

³⁶ LOTAIP. Ecuador, artículo 1°. *“Principio de Publicidad de la Información Pública.- El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.”*

³⁷ LOTAIP. Ecuador, artículo 2.

³⁸ LOTAIP. Ecuador, artículo 2.

En **España**, el artículo 20 de la Constitución reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.³⁹ El artículo 105⁴⁰ dispone que *“una la ley regulará:....b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.*

En cuanto al principio de transparencia de la administración, éste se encuentra establecido en las **leyes 12/1989⁴¹ y 6/1997⁴²** que regulan la función estadística pública y la organización y funcionamiento de la administración general del Estado respectivamente.

Por un lado, la ley que reglamenta la función estadística pública, teniendo como punto de partida el principio de secreto estadístico y de transparencia, dispone que: *“los sujetos que suministren datos tienen derecho a obtener plena información, y los servicios estadísticos obligación de proporcionarlas, sobre la protección que se dispensa a los datos obtenidos y ala finalidad con la que se recaban”⁴³*. Por otro, la ley de organización y funcionamiento de la administración general del Estado ha incluido entre los principios a los cuales debe atender la administración, los de *“objetividad y transparencia de la actuación administrativa”⁴⁴*.

Desde la promulgación de la constitución el principio de transparencia se ha constituido en una obligación expresa que no puede ser dejada de lado por parte del estado. Así siguiendo tal lineamiento, en la exposición de motivos de la ley **6/1997** se ha sostenido que *“el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales debe estar caracterizado, como ha dispuesto la constitución, por la objetividad. Es decir la transparencia en la actividad administrativa debe no solo ser una garantía para los ciudadanos, sino un criterio de actuación general del*

³⁹ Constitución Española, artículo 20 *“1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.”*

⁴⁰ Constitución Española, artículo 105. *“La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”*

⁴¹ Sancionada el 9/5/1989.

⁴² Sancionada el 14/4/1997.

⁴³ Ley 12/1989, artículo 4.3.

⁴⁴ Ley 6/1997, artículo 3.2.g.

aparato público. Los titulares de los diferentes órganos administrativos no son más que gestores de intereses ajenos, los del cuerpo social, por lo que deben rendir cuentas de su gestión ante los ciudadanos.”

Guatemala consagra el derecho de acceso a la información pública en la constitución de 1985, en la que dispone que *“todos los actos de la administración son públicos y que los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.”*⁴⁵

Además, la **Ley de Libre Acceso a la Información**⁴⁶, tiene como objetivo garantizar el pleno ejercicio del derecho de los interesados en cuanto a la publicidad de esos actos establecida en el artículo 30 de la ley suprema. Asimismo, sistematiza el acceso a datos personales, el uso y tratamiento de los mismos, contenidos en archivos, registros, fichas, bases, bancos o cualquier otra forma de almacenamiento de datos, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los titulares de los datos.

En el caso de **México**, el artículo 6º de la Constitución de 1917 prevé que *“la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público y que el derecho a la información será garantizado por el Estado.”* En consonancia el 8º dispone que *“los funcionarios y empleados públicos respetaran el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa”* y que a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

El reconocimiento del derecho de acceso a la información se dio con la reforma constitucional de 1977, al incorporarse al artículo 6º, que *“el derecho a la información será garantizado por el Estado.”*

El máximo tribunal interpretó originalmente el artículo 6 de la Constitución como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente este concepto como comprensivo de la garantía individual de acceso a la información y la obligación estatal de brindar información veraz. En efecto, el Tribunal Pleno amplió los alcances de dicho precepto legal al establecer que *“el derecho a la información, estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad, exige que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, falsa o incompleta, so pena de incurrir en violación grave a las garantías individuales del artículo 97⁴⁷ constitucional.*

⁴⁵ Constitución de Guatemala, artículo 30.

⁴⁶ Ley de Libre Acceso a la Información. Aprobado por el Congreso en segunda lectura en octubre de 2002. Puede consultarse en: www.congreso.gob.gt/Pdf/Dictamen/PDF/Iniciativa2594 .

⁴⁷ Constitución de México, artículo 97, “(...) Los magistrados de circuito y los jueces de distrito serán nombrados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberán satisfacer los requisitos que exija la ley y durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueren reelectos o promovidos a cargos superiores, sólo podrán ser privados de sus puestos en los términos del título cuarto de esta Constitución. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar a uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna

Asimismo, el Estado Mexicano cuenta con la **Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental**.⁴⁸, que representa un instrumento por medio del cual el ciudadano tiene la posibilidad de conocer de manera precisa, oportuna, veraz y objetiva, las acciones y decisiones que las autoridades gubernamentales toman en su nombre y con su dinero.

La finalidad de la norma es garantizar que las personas tengan acceso a la información que poseen las instituciones que integran los tres poderes del Estado, así como cualquier otra entidad federal.

Los objetivos surgen con claridad del artículo 4 y denotan la amplitud que se dará al dispositivo legal estos son; *“1. Proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos; 2. Transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que tengan los sujetos obligados; 3. Garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados; 4. Favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos; de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados, 5. Mejorar la organización, clasificación y manejo de documentos; y 6. Contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del estado de derecho.”*

Además, se aplica no solo al conjunto de los órganos estatales federales (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) sino que también a los órganos constitucionalmente autónomos (Banco de México, Instituto Federal electoral, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, etc.) y los tribunales administrativos, y de manera indirecta a las entidades de interés público, tales como los partidos políticos. A lo que cabe agregar que se trata de la ley de acceso a la información con mayor ámbito de aplicación en el mundo.

Los poderes públicos son los responsables de la aplicación e interpretación de la norma, para lo que se prevé la creación de una Comisión, (Comisión de Garantías de la Información) especializada que tiene a su cargo cuatro funciones principales: 1. ser el órgano regulador en materia de información para el gobierno federal, 2. resolver mediante un proceso judicial y de manera similar a un proceso administrativo las controversias que se generen entre los particulares y la administración, 3. supervisar el cumplimiento de la ley y reportar las violaciones a los órganos de control interno y, 4. promover el ejercicio del derecho de acceso entre los ciudadanos y generar una nueva cultura del manejo de información, tanto en los servidores públicos como en los ciudadanos.

En **Nicaragua**, el artículo 66 de la Constitución dispone que *“los nicaragüenses tienen derecho a la información veraz. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea de manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección.”* Seguidamente el artículo 67

de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal; o algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual.(...)

⁴⁸ Publicada el 11/6/2002.

establece el derecho de informar como una responsabilidad social, que será ejercido con estricto respeto a los principios constitucionales.⁴⁹

El Estado de Nicaragua no cuenta con ley de acceso, sin embargo, existe una iniciativa de ley en la Asamblea Nacional⁵⁰, mediante el cual se pretende garantizar y regular el ejercicio del derecho de todos los ciudadanos a la información pública existente en los documentos, archivos y bases de datos de las instituciones del Estado, las sociedades mixtas y las subvencionadas por el Estado, así como las entidades privadas que administren o manejen recursos públicos. El proyecto dispone que la información es un bien público, lo que implica en primer término, que pertenece a los nicaragüenses y en segundo término, que será accesible a quien lo solicite.

En **Panamá**, el derecho de libre acceso a la información pública no se encuentra expresamente reconocido en la constitución panameña, sin embargo, puede inferirse del derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular, y el de obtener pronta resolución.⁵¹

La **Ley de transparencia en la gestión pública y habeas data**⁵² establece el derecho de acceso a la información pública, que reconoce a todas las personas el derecho a solicitar, sin necesidad de justificación o motivación alguna, la información de acceso público en poder o en conocimiento de las instituciones del Estado en virtud del principio de publicidad de los actos de gobierno. Estando obligadas, también, las empresas privadas que suministren servicios públicos con carácter de exclusividad, a proporcionar la información que les sea solicitada por los usuarios del servicio respecto de este.⁵³

La ley trata en el capítulo III la obligación por parte del Estado de brindar determinada información. Así dispone que *“Las instituciones del Estado, están obligadas a brindar, a cualquier persona que lo requiera, información sobre el funcionamiento y las actividades que desarrollan, exceptuando únicamente las informaciones de carácter confidencial y de acceso restringido.”*⁵⁴. En concordancia, el artículo 9, enumera taxativamente la información que dichas instituciones están obligadas a tener disponible en forma impresa, en sus respectivos sitios en Internet y a publicar; 1) el reglamento interno actualizado de la institución; 2) las políticas generales de la institución, que formen parte de su plan estratégico; 3) los manuales de procedimientos internos de la institución; 4) la descripción de la estructura organizativa de la institución; 5) la ubicación de documentos por categorías, registros, y archivos de la institución, y el funcionario responsable de, éstos; 6) la descripción de los formularios y reglas de procedimiento para obtener información de la institución y dónde pueden ser obtenidos.

⁴⁹ Constitución de Nicaragua, artículo 67º: *“El derecho de informar es una responsabilidad social y se ejerce con estricto respeto a los principios establecidos en la Constitución. Este derecho no puede estar sujeto a censura, sino a responsabilidades ulteriores establecidas en la ley.”*

⁵⁰ Puede consultarse en www.asamblea.gob.ni/frameserviciosinformacion.htm

⁵¹ Constitución de Panamá, artículo 41.

⁵² Ley N° 6. Publicada en la Gaceta Oficial el 23/1/2002.

⁵³ LTGP y HD. Panamá, artículo 2: *“Toda persona tiene derecho a solicitar, sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna, la información de acceso público en poder o en conocimiento de las instituciones indicadas en la presente ley. Las empresas privadas que suministren servicios públicos con carácter de, exclusividad, están obligadas a proporcionar la información que les sea solicitada por los usuarios del servicio, respecto de éste.”*

⁵⁴ LTGP y HD. Panamá, artículo 8.

La Constitución de **Paraguay** reconoce en el artículo 28 titulado “Del derecho a informarse” que *“las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.”*

En septiembre de 2001, el Poder Ejecutivo derogó la ley 1728⁵⁵ sobre Transparencia Administrativa y Libre Acceso a la Información, cuyo objeto era *“garantizar el acceso a la información relacionada con los actos administrativos y de gobierno, de conformidad con el principio de publicidad de la administración pública y establecer el procedimiento administrativo orientado a la solicitud examen y copia de los documentos requeridos.”*⁵⁶ Reconocía a todas las personas físicas y jurídicas el derecho de solicitar por escrito y recibir información veraz, responsable, ecuánime y oportuna. También dispone que *“la solicitud de información o acceso a documentos de carácter público puede hacerse sin expresión de las razones que la motivan.”*⁵⁷

Los órganos obligados a brindar la información eran *“todos aquellos pertenecientes a la administración central, los descentralizados, entes autónomos, autárquicos, empresas y sociedades comerciales con participación estatal mayoritaria, entidades binacionales, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, gobiernos departamentales, municipales y la Contraloría General de la Republica.”*⁵⁸

En **Perú**, la nueva redacción del texto constitucional reconoce como derecho fundamental de la persona: el de *“solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”*⁵⁹. Queda entonces constitucionalizada una legitimación activa verdaderamente amplia ya que el derecho de acceso se reconoce a “toda persona”, especificando que no se exige tener un interés directo o indirecto en la información solicitada, ni debe justificarse el pedido en base a otros derechos de los cuales pueda establecerse una dependencia, ya que se trata de un derecho totalmente autónomo.

A mayor abundamiento, la **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública**⁶⁰ tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en la constitución. A su vez, reconoce el derecho de cada persona a solicitar información, - sin tener que explicar por qué razón la requiere-, en cualquier formato, de cualquier organismo gubernamental o entidad privada que presta servicios públicos o ejecuta funciones administrativas.

En tal sentido, consagra el principio de publicidad, con un estándar alto de protección. Proporcionalmente implica un abanico importante de obligaciones estatales que son mencionadas en el artículo 3º de la misma; *“1) Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el*

⁵⁵ Ley 1728. Paraguay. Sancionada el 16/7/2001.

⁵⁶ Ley 1728. Paraguay, artículo 1.

⁵⁷ Ley 1728. Paraguay, artículo 2.

⁵⁸ Ley 1728. Paraguay, artículo 3º.

⁵⁹ Constitución de Perú, artículo 2.

⁶⁰ Ley 27.086. Perú. Publicada el 3/8/2002

artículo 15º de la presente Ley; 2) El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública y 3) El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.”⁶¹

En **Portugal**, la constitución establece que: *“Los ciudadanos tendrán derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley en materias relativas a la seguridad interna y externa, la investigación criminal y la intimidad de las personas.”⁶²*

Sin perjuicio de que no cuenta con una ley reglamentaria, puede desprenderse que la legitimación activa es amplia, toda vez que el ejercicio del derecho es reconocido a todos los ciudadanos.

Asimismo, pueden inferirse las excepciones al derecho de acceso, en virtud de la referencia que la constitución hace a las leyes de seguridad, investigación criminal e intimidad de las personas.

Uruguay, en el texto de la Constitución dispone que *“todo Legislador puede pedir a los Ministros de Estado, a la Suprema Corte de Justicia, a la Corte Electoral, al Tribunal de lo Contencioso - Administrativo y al Tribunal de Cuentas, los datos e informes que estime necesarios para llenar su cometido. El pedido se hará por escrito y por intermedio del Presidente de la Cámara respectiva, el que lo trasmitirá de inmediato al órgano que corresponda. Si éste no facilitare los informes dentro del plazo que fijará la ley, el Legislador podrá solicitarlos por intermedio de la Cámara a que pertenezca, estándose a lo que ésta resuelva. No podrá ser objeto de dicho pedido lo relacionado con la materia y competencia jurisdiccionales del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.”⁶³*

Del precepto constitucional puede inferirse el derecho de acceso, aunque con una legitimación activa muy estrecha, toda vez que se establece como una potestad o derecho en cabeza de “todo legislador” y no de todos los ciudadanos.

Por su parte, el artículo 72⁶⁴ reconoce todos los derechos inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno. Pude considerarse en esta enunciación no taxativa está comprendido el derecho de acceso a la información.

⁶¹ LTAIP. Perú, artículo 3º: *“Principio de publicidad. Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad. Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta Ley. En consecuencia: 1 (...).”*

⁶² Constitución de Portugal, artículo 268.

⁶³ Constitución de Uruguay, artículo 118.

⁶⁴ Constitución de Uruguay, artículo 72; *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”*.

Además, se ha presentado un **proyecto de ley de acceso a la información y acción de habeas data, Nº 16736**⁶⁵, con el fin de reglamentar el precepto constitucional establecido en el artículo 118 de la Constitución de la República, que evidencia el intento de superar una legitimación evidentemente restringida, dado que establece que todos los habitantes de la república tienen derecho a ser informados, y los medios de comunicación tienen la obligación de informarles, de todo aquello que concierna gravemente a la Nación o pueda considerarse de la importancia principal e interés general. Prevé, a mayor abundamiento que cualquier persona podrá solicitar a los organismos estatales o paraestatales, que se le permita consultar o se le expida copia auténtica de los actos administrativos que hayan dictado y de los fundamentos que de ellos emanen, hayan sido éstos publicados o no.

En **Venezuela**, la carta magna reconoce el derecho de acceso a la información pública al disponer que *“Toda persona podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas.”*⁶⁶ En consonancia con esta norma el artículo 58 agrega que *“La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.”*

También, la República Bolivariana de Venezuela cuenta con la **Ley de acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia**⁶⁷, mediante la cual se sostiene que un régimen democrático de acceso a la información pública debe permitir que todos los ciudadanos, sin exclusiones, puedan buscar, recibir y difundir información. Así, cuando un ciudadano busca información ejerce de manera conciente y plena el derecho al acceso a la información y el Estado debe promover la adopción de disposiciones legislativas que le garanticen ese ejercicio.

4. Conclusiones.

Conforme al análisis desarrollado, considero conveniente realizar el siguiente cuadro comparativo en relación a la protección Constitucional y leyes reglamentarias del DAIP en los países de Iberoamérica.

⁶⁵ Proyecto de ley presentado por los legisladores Marina Arismendi, Danilo Astori, Alberto Cid, Alberto Curiel, Eleuterio Fernández Huidobro, Reinaldo Gargano, José Korseniak, José Mújica, Rodolfo Nin Novoa, Manuel Núñez, Enrique Rubio y Mónica Xavier.

⁶⁶ Constitución de Venezuela, artículo 28.

⁶⁷ Ley de acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia. Declaración de la República Bolivariana de Venezuela. AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04). Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8/6/2004

País	Protección Constitución	Legislación
Argentina:	Artículos. 38, 41, 42, 43 y 75 inciso 22.	Decreto 1172/2003.
Bolivia	No tiene	Decreto Supremo 27.329. Artículos 3 y 4.
Brasil	Artículo 5	Ley 9472 Ley 9507.
Chile	Artículo 19	Ley 18.575. (LOCBGAE)
Colombia	Artículos 20 y 74.	Ley 57/1985.
Costa Rica	Artículo 30	Proyecto de ley.
Ecuador	Artículo 81	Ley 24 (LOTAIP)
España	Artículos 20 y 105.	Ley 12/1989. Ley 30/1992 Ley 83/1995 Ley 6/1997. Ley 27/2006.
Guatemala	Artículo 30.	LAI.
México	Artículo 6.	LFTAIPG.
Nicaragua	Artículos 66 y 67.	Proyecto de ley.
Panamá	No. Artículo 41 (peticionar a las autoridades)	Ley 6. (LTGP y HD)
Paraguay	Artículo 28.	1728 (derogada)
Perú	Artículo 2	Ley 27.086. (LTAIP)
Portugal	Artículo 268.	No tiene.
Uruguay	Artículo 118.	Proyecto de ley
Venezuela	Artículos 28 y 58.	AG/RES. 2057. XXXIV-O/04. (LAIP).

Además puede concluirse que:

- **a. Legitimación activa:** Entre los países que tienen una legitimación activa amplia, refiriéndose a “toda persona” o a “todo ciudadano”, se encuentran: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal y Venezuela. Mientras que **Costa Rica y Uruguay**, puede sostenerse que poseen una legitimación activa restringida, debido a que el primero de ellos exige acreditar la existencia o finalidad de un interés público; por su parte, en el caso de Uruguay la legitimación activa esta en cabeza de “todo legislador”.
- **b. Legitimación pasiva:** por lo general se prevé el acceso a la información existentes únicamente en Organismos Públicos del Estado; sin embargo **en Chile, Ecuador, Guatemala, México, Panamá y Paraguay**; también alcanza a empresas privadas que suministren servicios públicos o bien organismos descentralizados o autónomos, lo que importa un amplio marco de aplicación relativo a la legitimación pasiva.
- **c. Información reservada:** en la mayoría de los países se establece en forma taxativa aquellos supuestos en los cuales pueden los órganos exceptuarse de suministrar la información requerida, es así en, **Chile, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Perú.**
- **d. Estándares mínimos:** Por último es necesario advertir que en el caso de Perú, al igual que México, están sin duda en un plano muy adelantado en materia de acceso, en relación al resto de América Latina. Si bien están pendientes alguna cuestiones más perfectibles, han logrado una normativa y han comenzado a aplicarla de manera que pueda afirmarse que cumplen con los estándares mínimos exigibles para el ejercicio del DAIP.

FINES DEL METODO DE ENJUICIAMIENTO REPUBLICANO: ¿PÚBLICOS O PRIVADOS?

Robert Marcial González

INTRODUCCION

La actualidad procesal se encuentra claramente marcada por el debate existente entre dos posiciones antagónicas e irreconciliables, al menos, en lo que respecta a la esencia del sistema de enjuiciamiento que debe regir. De un lado, se encuentran aquellos que conciben al Proceso partiendo de ideas eminentemente publicistas⁶⁸. Del otro lado, en franca oposición con los conceptos publicistas, se ubican quienes entienden que el Proceso debe edificarse sobre la base del respeto irrestricto hacia las garantías consagradas constitucionalmente a favor de los ciudadanos. Esta corriente es conocida en doctrina como garantista o dispositivista⁶⁹.

Entendemos que uno de los tantos motivos que favorece la coexistencia de posiciones tan extremas, obedece a que parte de la doctrina especializada (o interesada) ha perdido de vista (o incluso pretende ocultar deliberadamente) cuál es la esencia del Proceso desde su génesis. Minimizando la importancia que tiene para el ciudadano conocer el trasfondo filosófico, histórico, jurídico, político e ideológico sobre el cual reposa el sistema de enjuiciamiento que debe regir en el marco del modelo republicano y democrático de gobierno, un sector, mayoritario por cierto, de la doctrina procesal ha sabido consolidar prácticas y potenciar institutos que subordinan los intereses del ciudadano al exclusivo parecer de la autoridad y no precisamente a los principios y garantías contenidos en las Constituciones Nacionales.

De este modo, al amparo de ideas apartadas claramente de la genealogía y de la raíz filosófica del proceso, desde la mayoría de los Códigos Procesales de América Latina, se estructura un modelo de enjuiciamiento que reposa sobre postulados filosóficos que riñen abiertamente con el marco teórico que nos brindan la República y la Democracia, con lo cual, inevitablemente, se pierde de vista la quintaesencia del Proceso, al menos, si se

* Nacionalidad paraguaya. Abogado por la Universidad Católica de Asunción. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Magíster en Acción Política por las Universidades “Rey Juan Carlos” y “Francisco de Vitoria”, ambas de Madrid, España. Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Docente de Introducción al Derecho Procesal en la Universidad Católica de Asunción.

⁶⁸Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, EGACAL, Lima, 2006, p. 8. La doctrina Publicista surge a partir de la actuación de “ciertos jueces decisionistas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente”.

⁶⁹ El garantismo procesal está constituido por el conjunto de ideas que preconiza la vigencia irrestricta de la Constitución por sobre la ley y ni que hablar por sobre la voluntad de los jueces. En ese orden de cosas, no se busca a jueces comprometidos con ideas como la justicia y la verdad sino que se contenta modestamente con que los jueces se limiten a declarar la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional, todo ello, claro está, siguiendo y respetando las reglas del proceso.

pretende guardar coherencia con la lógica prevista en las Constituciones libertarias que rigen en el mundo occidental.

Con la mirada puesta en aportar algunos elementos de juicio que puedan servir, si no para uniformar criterios en función al respeto irrestricto hacia los textos fundamentales, al menos, para dejar en evidencia a quienes por diversas razones rompen la estructura del Proceso, desde este espacio consideramos prudente repasar, aunque más no sea en forma esquemática y a grandes rasgos, la genealogía y la raíz filosófica del método de debate que la humanidad supo darse desde la antigüedad para dirimir sus conflictos de intereses.

Poniendo el acento tanto en la genealogía así como en la raíz filosófica del Proceso, estimamos que la ciudadanía en general y los operadores del derecho en particular, tendrán mayores insumos para determinar con mayor precisión cuál es la posición ideológico - doctrinaria que, acerca del sistema de enjuiciamiento, cada uno defiende a diario (sea inconsciente e irreflexivamente, sea consciente y deliberadamente) más allá de los nobles adjetivos utilizados para maquillar lo que en la realidad práctica, muchas veces termina operando como una herramienta más al servicio de los que ejercen el poder y no, como dicen las Constituciones, como un método de debate garantizador de derechos fundamentales.

De suerte a cumplir con el objetivo propuesto, como recurso didáctico haremos una breve referencia a la génesis del Proceso y nos referimos también a los fines que éste ha perseguido durante el desarrollo de la humanidad a la luz de las diversas concepciones filosóficas que lo han inspirado en los diversos momentos históricos.

En efecto, el tema que se aborda en el presente trabajo se relaciona íntimamente con el debate doctrinario que sostienen publicistas y garantistas dado que, conforme se irá viendo, puede afirmarse que los primeros, coherentes con la filosofía en la que se inspiran, entienden que el Proceso debe responder a fines públicos; mientras que los segundos, también respetando la raíz filosófica sobre la que estructuran sus ideas, afirman que el Proceso, por regla general, sirve a fines privados.

Para una mejor aproximación a todo cuanto refiere a la genealogía y las bases filosóficas que pueden inspirar al Proceso, se hace necesario un repaso histórico que permita, al menos esquemáticamente, recordar cómo fue concebido el método de debate en sus comienzos para de esa manera determinar con mayor precisión si, en el marco de un sistema republicano y democrático de gobierno, el Proceso debe responder a fines públicos o privados.

Resultaría difícil dimensionar los **fines** públicos y privados del Proceso sin hacer previamente un breve recordatorio acerca de los **orígenes** privados y públicos del mismo. Así también, cabe aclarar que más allá de los por menores históricos que fueron envolviendo al tema y con total prescindencia de la definición que dan muchos autores partiendo exclusivamente del texto de la norma, desde el presente trabajo entendemos al Proceso como un **método de debate dialéctico para la resolución de los conflictos que surgen entre los ciudadanos como consecuencia de la interacción humana**.⁷⁰.

⁷⁰ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, Tomo I, p. 44. El Maestro rosarino enseña que el proceso “es un método de debate dialéctico y pacífico entre

ORIGENES DEL PROCESO: EXCLUSIVAMENTE FINES PRIVADOS

Sin que se pretenda desconocer que aún en nuestros días sigue sin poder precisarse con exactitud cómo operaba exactamente el derecho procesal en las sociedades antiquísimas, es factible afirmar que en una primera etapa, el Proceso se caracterizó por la extremada violencia con la que se resolvían los conflictos entre los individuos ya que básicamente se apelaba a la razón de la fuerza lo cual, obviamente, generó un estado de beligerancia permanente que terminaba siempre con el sometimiento del más débil a la pretensión del más fuerte. A esto debe añadirse que la venganza era considerada como una herramienta justa y legítima a favor del ciudadano que había sido dañado por otro miembro de la comunidad.

En una segunda etapa, pareciera que debido a la espiral constante de violencia generada por las prácticas judiciales, los miembros de la comunidad decidieron establecer algunas pautas para reglar la venganza, que si bien legítima, debía ser organizada. Aparecen así institutos tales como las ordalías y los juicios de Dios.

Finalmente, el duelo entre el que se consideraba víctima y aquel que era sindicado como responsable del daño se racionalizó y perdió su sentido místico. Aparecen entonces los ritos verbales y las fórmulas sacramentales como una forma de regular el debate a partir de ciertas pautas comunes para todos los litigios.

En apretadísima síntesis puede decirse que esta fue la evolución del Proceso desde la antigüedad y hasta aproximadamente el Siglo XII de la era cristiana.⁷¹

Se advierte fácilmente que, más allá de cuales fueron los mecanismos de debate utilizados por los hombres para zanjar sus disputas, en ningún momento aparecía la autoridad como interesada en la controversia.

Es cierto sí, que en algún momento de la evolución jurídico procesal fue necesario que la discusión se realice ante un funcionario público quien simplemente se encargaba de asegurar la regularidad de la contienda; sin embargo, el mismo no ostentaba ningún tipo de interés personal o institucional en la cuestión debatida por lo que el Proceso, servía con exclusividad a los particulares afectados, es decir, respondía únicamente a fines privados.

CONFISCACION DEL PROCESO POR PARTE DEL PODER POLITICO

La concepción netamente privada que se tenía sobre los fines del Proceso⁷², la cual rigió al menos durante 1700 años, cambia radicalmente a partir del siglo XIII de nuestra era. En efecto, mientras las monarquías europeas

dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad y como tal debe mantenerse imparcial, imparcial e independiente”.

⁷¹Los interesados en profundizar el desarrollo histórico del proceso desde sus orígenes pueden encontrar trabajos sumamente completos e interesantes consultando, entre otras, las siguientes obras: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003; FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2003; y, SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal Penal – Temas Conflictivos*, Juris, Rosario, 1998.

⁷² Una muestra clara acerca de la estructura privada del proceso ya desde épocas remotas puede ser encontrada en el maravilloso Dialógo de Platón “*Apología de Sócrates*”. En dicha obra, que data del Siglo V A.C, se grafica claramente

iban imponiendo su dominación a toda la superficie de la tierra, el método de resolución de conflictos vigente hasta entonces cambia de manera radical con la invención de nuevas formas de justicia, de prácticas y de procedimientos judiciales⁷³.

Con la mira puesta en potenciar los intereses de los monarcas de turno, la guerra, la circulación de bienes y el litigio judicial o Proceso, conformaron un gran bloque de dominación y poder. Las ansias de conquistas, de expansión territorial y de aumento de riquezas fueron el justificativo para que los más poderosos procuraran por todos los medios controlar los litigios judiciales impidiendo que se desarrollen espontáneamente entre los particulares.

De este modo, el poder político encontró en el Proceso a un aliado para cumplir con los fines públicos que justificaban la intervención del Estado en los asuntos más variados. Lógicamente, detrás del interés estatal de supervisar los litigios entre los particulares se ocultaba el interés personal de los que ejercían el poder, quienes de esta forma podían cumplir con sus objetivos económicos, políticos y religiosos.

Los rasgos característicos de la nueva concepción del Proceso pueden sintetizarse en los siguientes puntos: **1)** desde el siglo XII el Proceso dejó de ser la puja de dos individuos que se enfrentaban en función a ciertas reglas de disputa y se convirtió en una discusión en la que ambos se sometían a un poder jurídico y político exterior a ellos. **2)** En este pasaje de la historia es que aparece la figura del Procurador como representante del soberano. De este modo, el poder político paulatinamente se fue apoderando de los procedimientos judiciales. **3)** Aparece la noción de “infracción” para significar que cualquier daño entre particulares implicaba también una ofensa al soberano. **4)** Como consecuencia de ello, el perdedor del pleito debía reparar la ofensa causada al Soberano lo que derivó en la confiscación masiva de bienes como medio de incrementar las riquezas y las propiedades del rey.

Como se ve, basta un somero análisis histórico para apreciar que desde la antigüedad más remota y hasta aproximadamente el siglo XII de nuestra era, la esencia y como consecuencia de ello, la finalidad del Proceso, coherente con su genealogía, fue eminentemente privatista; mientras que desde el siglo XII en adelante, se dio una profunda transformación que hizo que el sistema de enjuiciamiento responda a fines puramente públicos ligados a intereses políticos, económicos y de poder.

Foucault resume todo este fenómeno diciendo que “Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitía mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de la transformación del proceso de privado a público”⁷⁴.

CONSOLIDACION DEL PROCESO AL SERVICIO DE FINES PUBLICOS

que todo el debate judicial es realizado a instancia de parte, en audiencia pública y con reglas claras y definidas de antemano, esto, sin mencionar que la sentencia fue dictada por mayoría de ciudadanos pares.

⁷³ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 75

⁷⁴ FOUCAULT, Michel, *ob. cit.*, pp. 80 - 81

La nueva concepción publicista del Proceso se pudo enraizar en la mayoría de las sociedades mediante la prolija y sistemática labor desplegada primero, por la Santa Inquisición y luego continuada por la Inquisición española.

La idea de que el Proceso apunte a “fines públicos” fue potenciada en los Estados Autoritarios incorporando a toda la legislación de los siglos XVIII, XIX y XX el método inquisitivo desarrollado en la edad media por las autoridades de la iglesia y los monarcas de turno.

A modo de ejemplo pueden mencionarse las siguientes disposiciones procesales: **1) El Reglamento Josefino de 1781:** Dictado en Viena por José II, Emperador Germánico y corregente de los Estados Habsburgos, el cual es considerado como el primer código procesal moderno y, sin duda alguna, es un monumento al absolutismo y al despotismo ilustrado del siglo XVIII ⁷⁵.

2) La Ordenanza Austríaca de 1895: A finales del siglo XIX, Franz Klein, quien ocupaba el cargo equivalente a lo que hoy sería un Ministro de Justicia pero en la Corte Real de Francisco José I, Emperador de Austria y Rey de Hungría, por orden directa del mandamás dictó una ley con la idea firme de enfrentar a las fuerzas liberales que socavaban la autoridad imperial. Para ello le bastó endurecer más aún, desde la propia ley, el control sobre las masas, primero con el ejército y luego, con los jueces. De esta manera el Proceso se consolidó como un instituto de derecho público en el cual estaba involucrado no sólo el interés de las partes sino un valor superior: La razón de Estado⁷⁶.

3) La Ordenanza Alemana de 1937: En ese año Alemania estaba gobernada por Adolfo Hitler quien impuso el dominio del partido Nacional – Socialista el cual terminó con la idea de Estado de Derecho. De este modo, no creemos que pueda discutirse que el Proceso obedecía solo a fines Públicos.⁷⁷

4) El Código Italiano de 1940: Proyectado por Dino Grandi, Ministro de Justicia de Benito Mussolini. Su exposición de motivos, que se conoce como “La relación Grandi”, es tal vez la muestra más clara de que atribuirle al Proceso fines públicos, además de contradecir la genealogía y la filosofía primigenia que inspiró al sistema de enjuiciamiento, responde únicamente a la concepción totalitaria del Estado⁷⁸.

Para no exceder los límites del presente trabajo, sólo serán reseñadas algunas ideas sobre las que se apoyan quienes ven en el Proceso fines Públicos. En la “Relación Grandi”, por ejemplo, se remarca que el Proceso debe servir **como meta de la revolución fascista y lograr una más alta justicia social**. Se habla también de **renovar el concepto de autoridad y dignidad del Estado**. Se afirma que **el Proceso, aún en disputas de intereses meramente privados, no puede quedar librado al interés individual de los litigantes**. Se destaca que **el proceso ha ampliado notablemente el ámbito de la averiguación de la verdad por impulso de oficio**,⁷⁹ etc.

⁷⁵ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, p. 82

⁷⁶*Ibidem*, p. 83.

⁷⁷*Ibidem*, p. 88

⁷⁸*Ibidem*, p. 89

⁷⁹ Una transcripción literal de las partes pertinentes de la “Relación Grandi” puede ser encontrada en el libro ya varias veces citado “*El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*” del Profesor Adolfo Alvarado Velloso, pp. 89 a 96.

Todos estos modelos legislativos, que por otra parte y por diversos motivos sobreviven hasta nuestros días en la mayoría de los Códigos de la América Latina, grafican suficientemente qué es lo que debe entenderse cuando quienes ejercen el poder hacen referencia a que la ciudadanía debe respetar y someterse a “los fines públicos del Proceso”.

Bajo el rótulo que el Proceso debía apuntar a fines públicos del Estado, se entronizó la figura del juez director que podía *-en rigor sigue pudiendo-* imponer su exclusiva voluntad al tramitar un Proceso so pretexto de buscar la verdad real o de hacer justicia.

Como puede apreciarse, la filosofía que inspiraba al Proceso desde su génesis fue deliberadamente pervertida y dejada de lado pues de otro modo, jamás se hubiese podido justificar que el sistema de enjuiciamiento sea funcional a quien ejerce el poder y no al ciudadano. De allí que se imponga analizar la genealogía del Proceso cómo alternativa válida para encauzar el método de enjuiciamiento por el derrotero Constitucional y de ese modo, lograr que se respeten los pilares que cimientan el sistema republicano y democrático de gobierno y que protegen a los ciudadanos de potenciales abusos y excesos.

REPUBLICA, DEMOCRACIA Y DEBIDO PROCESO.

Hasta aquí se ha visto un panorama amplio, general y más bien descriptivo de cómo fue concebido el Proceso desde su origen y cómo, por intereses políticos, fue mutando en su concepción filosófica a lo largo de la historia. Para determinar con el mayor rigor posible si las mutaciones o transformaciones infringidas por el poder político a la raíz y la genealogía del Proceso son aceptables desde el marco teórico que nos brindan las Constituciones Nacionales, corresponde analizar a continuación si dentro del sistema republicano y democrático de gobierno el Proceso debe tender a fines públicos o privados.

De manera a establecer parámetros referenciales que nos ayuden a comprender cuál debe ser la raíz filosófica del Proceso dentro del sistema republicano de gobierno, consideramos prudente realizar un repaso previo de los rasgos característicos tanto de la República como de la Democracia. De ese modo, contaremos con mayores insumos para precisar si el sistema de enjuiciamiento debe permanecer fiel a su genealogía primigenia tal como se sostiene desde el garantismo procesal o, si por el contrario, es legítimo apartarse de las raíces filosóficas del Proceso so pretexto de privilegiar el “orden público”, el “bien común”, el “interés general” o la “razón de Estado” tal como se entiende desde el publicismo procesal.

República

La palabra República es de origen y raigambre latina. Está formada por la conjunción de dos palabras “*res*”, que en latín significa asunto o cosa y “*publicus*” que, en el mismo idioma, significa público. Es decir, la palabra República quiere decir cosa o asunto público.

El politólogo Robert Dahl nos informa que “aproximadamente en el mismo período en el que el gobierno popular fuera introducido en Grecia (507 a.C), hizo también su aparición en la península italiana, en la ciudad de Roma. Los romanos sin embargo, decidieron designar a su sistema con el nombre de república”⁸⁰

No podemos profundizar lo relativo al desarrollo, evolución, saltos y retrocesos que tuvo a lo largo de la historia el modelo republicano pues hacerlo desbordaría los límites que nos hemos fijado. De cualquier manera, no resulta desacertado señalar que luego de varios siglos de permanecer en el olvido, la idea de establecer un modelo republicano de gobierno volvió a cobrar protagonismo en el Renacimiento.

Robert Dahl explica este fenómeno de manera brillante cuando dice “Como una especie extinta que resurge después de un cambio climático masivo, el gobierno popular comenzó a reaparecer en muchas ciudades del norte de Italia en torno al 1100 d.C. Una vez más, el gobierno popular se desarrolló en ciudades – Estado relativamente pequeñas, no en grandes regiones o países. Siguiendo una pauta ya familiar en Roma y que luego se repetiría durante la aparición de los modernos sistemas de gobierno representativo, la participación en los cuerpos gubernamentales de las ciudades – Estado se restringió en principio a los miembros de las familias de las clases altas; nobles, grandes terratenientes y similares. Pero a su debido tiempo, residentes urbanos de menor nivel socio – económico comenzaron a reclamar el derecho a participar. Grupos de los que hoy llamaríamos clases medias (...) no solo eran más numerosos que los de las clases altas dominantes, sino también capaces de organizarse a sí mismos...”⁸¹

Cierto es que hacia el siglo XIV de nuestra era el gobierno republicano volvió a ceder ante los enemigos de la libertad⁸², pero de cualquier manera, lo que interesa resaltar para los fines de este trabajo es que a partir del siglo XVIII, con el nacimiento de la Constitución americana y el ímpetu inyectado por la Revolución francesa, el modelo republicano se institucionalizó sobre la base de la estricta división de poderes, de la participación ciudadana y del control y límites al ejercicio del poder público en todas sus esferas.

En este sentido, el procesalista argentino Gustavo Calvino refiere “Ya importantes pensadores del siglo XVII difundieron al republicanismo como una teoría de tinte progresista que serviría como antídoto a la concentración autocrática del poder, a la vez que busca la conformación de una comunidad política sostenida por la igualdad y la libertad. El mantenimiento institucional parte del respeto a la ley, gestándose de este modo la idea moderna del Estado de Derecho.”⁸³

⁸⁰ DAHL, Robert, *La democracia- una guía para ciudadanos*, Taurus, Buenos Aires, 1999, p. 19

⁸¹ *Ibidem*, pp. 21-22

⁸² Cfr. MONTANER, Carlos Alberto, *La Libertad y sus enemigos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2005, pp. 67-83. La obra referida en este tramo, es altamente recomendable para quienes deseen profundizar (y polemizar) sobre algunos aspectos referidos al complejo entramado de compatibilizar orden, progreso, desarrollo, pluralidad y libertad.

⁸³ CALVINHO, Gustavo, *El sistema procesal de la democracia*, San Marcos, Lima, 2008, p. 39

La ciudadanía no debe perder de vista que la Constitución, ante todo, debe garantizar mecanismos para que aquellos que ejercen el poder público sean debidamente controlados pues esa es la esencia del régimen republicano de gobierno tal como ya fue expuesto hace más de doscientos años por los federalistas⁸⁴ en el arduo debate que precedió el nacimiento de una de las Constituciones más sólidas de la historia.

La previsión constitucional referida a los mecanismos que tienen los ciudadanos para controlar el ejercicio del poder se hace patente sobre todo y particularmente en el Proceso, el cual, a nuestro criterio, se erige en el ámbito de control ciudadano al ejercicio del poder por antonomasia. La posibilidad de controlar el ejercicio del poder que ejercen los jueces es fundamental para un Estado de Derecho porque gracias a ello, los ciudadanos quedan a resguardo tanto de la llamada tiranía de las mayorías como así también de los potenciales excesos de parte de aquellos que cumplen el rol de autoridad o ejercen el poder sea en el ejecutivo, en el legislativo o en el judicial. Este fue acaso, el principal logro del constitucionalismo moderno dado que de esta manera, por fin el sistema pudo institucionalizar el poder y encorsetarlo a estrictos parámetros cuya inobservancia posibilita que cada individuo haga valer sus garantías frente a los potenciales excesos.

La lógica que sirve de motor al modelo republicano, esto es, otorgar mecanismos de protección individual a los ciudadanos frente a los potenciales y eventuales abusos del poder público en todas sus formas (legislativo, ejecutivo y judicial) ya había sido anticipada al menos desde el siglo XVII por los padres del Estado moderno⁸⁵ - quienes a no dudarlo- fueron también los precursores del movimiento que culminó con el constitucionalismo democrático y republicano. Desde entonces, la teoría constitucional comenzó a insistir sobre la importancia de recortar y limitar los poderes a las personas que administran el poder, sea desde el ejecutivo, sea desde el legislativo, sea desde el judicial.

De esta forma, se pone en práctica la exigencia democrática de permanente autogestión, compromiso y militancia ciudadana. En este sentido, ya Montesquieu había dicho que “El pueblo que detenta el poder soberano

⁸⁴ Cfr. HAMILTON, A; MADISON J; y JAY, J, *El Federalista*, N° 10, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2006, pp. 35-41. En este tramo de la obra citada, Madison aboga por una estructura republicana como mejor alternativa para organizar el gobierno de la unión remarcando la importancia de controlar las tendencias facciosas que desde el poder muchas veces pretenden imponer su exclusiva voluntad al margen de las reglas del sistema.

⁸⁵ Si bien Maquiavelo en su obra “El príncipe” (1513) no desarrolló un tratado acerca de teoría del Estado sino más bien del poder, puede decirse que fue a partir de él que la concepción respecto a la legitimidad del poder público da un vuelco importante en la historia. Thomas Hobbes, en su “Leviatán” (1651), obra que a pesar de ser cuestionable si consideramos que el autor justifica el modelo de Estado absoluto, tuvo el gran mérito de “bajar el poder del mundo divino y ubicarlo en el mundo terrenal”. Sin embargo, quien verdaderamente sentó las bases para el moderno Estado republicano, democrático y constitucional fue John Locke quien escribió varios Tratados acerca del gobierno civil donde defiende la idea del pacto entre los ciudadanos. Muy especialmente, en el “Segundo Tratado...” (1689) es que concibe la moderna idea de democracia, división de poderes y Constitución. Allí también se empieza a hablar por primera vez de los derechos humanos y lo más importante, se propone una clara división de poderes que terminó complementándose con el gran trabajo desarrollado por Montesquieu en “El espíritu de las leyes” (1748). Así, Locke, por derecho propio y parafraseando a Christiane Zschirnt “es el padre intelectual de la primera democracia implantada en el mundo: la de los Estados Unidos de América. La proclamación de los derechos democráticos básicos alude a Locke, quien expresó que todos los hombres tienen derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad”. Cfr. ZSCHIRNT, Christiane, *Libros – todo lo que hay que leer*, Taurus, Buenos Aires, 2004, p. 84.

debe hacer por sí mismo todo aquello que pueda hacer bien; lo que no pueda hacer bien lo hará por medio de sus ministros”⁸⁶.

La sentencia extraída del “Espíritu de las leyes” es perfectamente aplicable a la lógica del Proceso pues la sociedad civil, debe tener muy en cuenta que dentro del Proceso, mejor que en cualquier otro campo de la vida pública y política, tiene en sus manos la posibilidad de establecer una guía, trazar el camino para que sean los ciudadanos interesados (no la autoridad) los que “por sí mismos” -diría Montesquieu- y en base a sus intereses, establezcan sus prioridades.

Democracia

Atendiendo a que la propuesta pasa por aportar ciertas claves teóricas que posibiliten llegar a la génesis del Proceso para poner en evidencia si las bases filosóficas que inspiran tanto al Publicismo como al Garantismo son igualmente compatibles con los Textos Fundamentales, resulta de suma importancia esbozar algunos lineamientos que nos permitan, graficar primero y comprender después, qué debemos entender cuando hablamos de democracia.

Esto es así por cuanto que si bien son muchas las cuestiones antagónicas entre Publicistas y Garantistas, hay un aspecto en el que están de acuerdo, al menos en el plano discursivo que no en la praxis, y es precisamente que ambas corrientes dicen ser respetuosas de la Democracia.

Ahora bien, pese a que la democracia constituye una suerte de imperativo categórico desde finales de la segunda guerra mundial, al menos en los países occidentales, ¿se puede afirmar que los cultores del Derecho Procesal tienen claro lo que implica vivir en Democracia? A juzgar por la evidencia que muestra a un Poder Judicial cada vez más imprevisible y más omnipotente, la respuesta a la interrogante es negativa.

La falta de respeto y de coherencia, demostradas por un sector importante del procesalismo hacia los principios rectores de la Democracia, puede explicarse por varias razones. Resulta que, paradójicamente, la tarea de caracterizar a la democracia se presenta hartamente compleja⁸⁷ pues, como nos lo recuerda Dahl “Irónicamente, el mismo hecho de que la democracia posea una historia tan dilatada, ha contribuido a la confusión y al desacuerdo, pues “democracia” ha significado muchas cosas distintas para gente diferente en diversas épocas y lugares.”⁸⁸.

Señala Sartori que “Definir la democracia no es nada simple ni fácil. Democracia es una palabra que se usa en largos discursos. Al desarrollar los planteamientos, debemos cuidarnos de toda clase de trampas. La insidia de

⁸⁶ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Ediciones Orbis, Barcelona, Libro II, Capítulo II “Del gobierno republicano y de las leyes relativas a la democracia”, 1984, p.37

⁸⁷ SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Buenos Aires, 2003, p. 21. El prestigioso politólogo señala que “...el problema de definir la democracia es mucho más complejo (pues) entre la palabra y su referencia, entre el nombre y la cosa, el paso es larguísimo”

⁸⁸ DAHL, Robert, *La democracia – una guía para los ciudadanos*, Taurus, Buenos Aires, 1999, p. 9.

fondo y siempre recurrente es el simplismo y por ello (en frase de Lenin) “la enfermedad mortal del infantilismo”. Es cierto que se debe hacer fácil, en lo posible, la idea de democracia, ya que la ciudad democrática exige, más que cualquier otra, que sus propios principios y mecanismos sean generalmente entendidos. Pero de mucha simplificación también se puede morir. El único modo de resolver los problemas es conociéndolos, sabiendo que existen”⁸⁹

Los aportes teóricos y la visión profunda del constitucionalista argentino Jorge Alejandro Amaya pueden ayudarnos en la tarea de superar la paradoja remarcada por Dahl y la dificultad expuesta por Sartori para no reducir el vocablo y por el contrario, establecer con claridad los rasgos que mejor caracterizan a una democracia. De esta forma, la ciudadanía en general y el procesalismo en particular, tendrán mayores elementos de juicio para adecuar su accionar a la esencia misma de la Democracia.

En este sentido, Amaya nos enseña que “La teoría se ha interrogado desde siempre sobre ¿qué es la democracia?, coincidiendo -como anticipamos- que es un concepto complejo y multívoco. Es que la democracia posee distintas aristas, las cuales podemos simplificar en la extensión de sus aspectos material y formal. La democracia en su sentido material es sin duda un sistema político que intenta hacer efectivas la igualdad y la libertad. El origen etimológico de la palabra democracia (*demos*: pueblo, *kratos*: poder) expresa completamente su significado. La democracia es el poder del pueblo, es decir aquella forma de gobernar en la cual es el pueblo quien gobierna. Pero desde la antigüedad, también significa algo más, es el régimen de la libertad y de la igualdad de derechos entre los ciudadanos. Como bien señala Véronique Fabré-Alibert “no estamos ante una sociedad auténticamente democrática mas que cuando las libertades fundamentales son efectivamente garantizadas. La democracia no es solamente una manera de ser de las instituciones sino algo más, ya que puede ser una exigencia moral”. Además de su aspecto material o sustancial, la democracia también posee un aspecto formal: es un conjunto de procedimientos de decisión. No podemos reducir la democracia a los procedimientos, pero tampoco olvidar que necesita y exige de técnicas de decisión, de procedimientos y de instituciones concretas.”⁹⁰

Atendiendo a que desde este espacio intentamos esbozar algunos lineamientos que ayuden a entender cuál es, desde su genealogía misma, la raíz filosófica que inspira al Proceso, no podemos sino adherir plenamente a la caracterización formulada por Amaya, quien, en resumidas cuentas, nos dice que debemos entender a la democracia desde dos perspectivas; por un lado, como un conjunto de procedimientos tendiente a regular la toma de decisiones entre los ciudadanos (democracia formal, procesal o jurídica); y por otra parte -acaso más importante- también como un sistema político que se muestra capaz de hacer efectivas la igualdad, la libertad y la dignidad de las personas (democracia sustancial o material).

De ese modo, no solo se logra zanjar la disyuntiva excluyente que introdujera Madison⁹¹ cuando priorizaba el concepto de República por sobre el de democracia pura, sino que además, se enfatizan aspectos relacionados

⁸⁹ SARTORI, Giovanni, *ob. cit.*, p. 30.

⁹⁰ AMAYA, Jorge Alejandro, *De mayorías y minorías en la democracia*, artículo publicado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXI, N° 197, julio/diciembre de 2006.

⁹¹ Cfr. HAMILTON, A; MADISON J; y JAY, J, *El federalista*, N° X, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2006, p. 39

con la autonomía de los ciudadanos, con el respeto a las garantías constitucionales, con el Estado de derecho y con los límites necesarios que deben contener al poder público⁹².

Para develar cuál debe ser la finalidad del Proceso, deviene imprescindible entender a la democracia de la manera descrita por Jorge Alejandro Amaya pues solo de ese modo se podrá manejar la estrecha conexión que existe entre la Democracia y la ley⁹³ o mejor, entre la Democracia, la República y la Constitución.

Si desde la ciencia procesal se pretende seriamente respetar el Estado de Derecho y la Constitución Nacional, se debe poner el acento en el núcleo duro del régimen democrático dado que dentro de éste, todo el sistema gira (o al menos debería girar) en torno al ciudadano, es decir, es el ciudadano (y no las autoridades que ejercen el poder) quien ocupa un lugar prioritario en el esquema.

Esa es la razón por la cual, las Constituciones republicanas y verdaderamente democráticas no solo contemplan sino que traducen en realidad, todas las garantías fundamentales previstas para los ciudadanos. Sin embargo, para llegar a un nivel aceptable de calidad democrática, los países serios, previamente se preocuparon de realizar el arduo trabajo que representa diseñar un ordenamiento fundamental en base a valores universales y no en función a las expectativas de quien circunstancialmente ejerce el poder público.

De ahí la importancia de concebir a la democracia sobre todo como un régimen que apunta y protege al ciudadano en su dignidad y no como un esquema elemental que posibilita que los que ejercen el poder puedan aplicar su voluntad discrecional so pretexto de estar “haciendo justicia” o “buscando la verdad”.

Debido Proceso

Como acabamos de ver, los rasgos característicos de todo sistema Democrático y Republicano de gobierno son básicamente los siguientes: **1)** una clara división de poderes, **2)** el intercontrol recíproco entre estos, **3)** el respeto hacia la dignidad del individuo, **4)** el poder al servicio de la sociedad y no a la inversa, **5)** la vigencia irrestricta de las garantías constitucionales, **6)** límites precisos y bien definidos al poder de la autoridad, etc.

Por tanto, no son Repúblicas, ni en el fondo ni en la forma los Regímenes Monárquicos, los Regímenes Autocráticos, los Dictatoriales o los Totalitarios por más que se autotitulen de manera presentable ante la opinión pública.

⁹² SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Buenos Aires, 2003, p. 39. El lúcido pensador señala “Quiero decir que aquel pueblo está legitimado para mandar conforme a la regla mayoritaria, en tanto ejerza su poder “dentro de los límites determinados” en cuanto entren en juego elementos del todo extraños a la voluntad popular”.

⁹³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Democracia y el lugar de la ley*, Discurso pronunciado en fecha 26 de setiembre de 2001, consultado en <http://campus.academiadederecho.org/news>

A fin de determinar si la estructura filosófica de las dos corrientes procesales que estamos analizando son igualmente compatibles con el sistema de gobierno democrático y republicano, corresponde enunciar a continuación qué se entiende por “debido proceso”.

El Debido Proceso “es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y como tal, imparcial, *impartial* e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios.”⁹⁴

Ahora bien, cuáles son los principios procesales que necesariamente deben estar contemplados en toda Constitución que se considere Republicana. En efecto, para que una Constitución pueda caracterizarse como respetuosa de los preceptos republicanos debe contemplar un Proceso que se estructure en base a los cinco principios procesales definidos por la corriente garantista: igualdad de las partes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie, eficacia de la serie y moralidad en el debate.⁹⁵

Dentro de este marco, parece razonable sostener que los fines públicos atribuidos al Proceso desde la corriente Publicista, resultan incompatibles con la idea de República.

A lo largo del presente trabajo se ha mostrado que la genealogía y la raíz filosófica primigenia que dio origen al Proceso, fue dejada de lado en un momento histórico caracterizado por la concentración de todo el poder político en manos de la persona del soberano, quien como tal, gozaba de una especie de derecho de vida y muerte sobre los súbditos. Esta potestad del soberano se hacía particularmente visible sobre todo dentro del proceso⁹⁶.

Michel Foucault, en su obra “Vigilar y Castigar”, grafica muy bien por qué el Proceso adquirió finalidad pública cuando señala que “todo el procedimiento estaba ordenado en torno a los derechos formidables del soberano...”. El extraordinario filósofo agrega que “El suplicio judicial hay que comprenderlo también como un ritual político. Forma parte, así sea en un modo menor, de las ceremonias por las cuales se manifiesta el poder.”⁹⁷

Si se analiza mínimamente el funcionamiento de la justicia durante la edad media, estructurada *-como ya se dijo-* por y para el soberano y a ello se le suma la barbarie cometida por los Estados Totalitarios del siglo XX, justificada siempre a nivel discursivo por “altos fines Públicos”, resulta muy difícil sostener, al menos lógica y coherentemente, que la filosofía del Proceso republicano está inspirada por fines públicos.

⁹⁴ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, ob. cit., p. 250.

⁹⁵*Ibidem*, p. 260

⁹⁶Cfr. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, p. 59. En el tramo citado, el autor dice “El soberano está presente en la ejecución no solo como el poder que venga la ley, sino como el que puede suspender la ley y la venganza. Sólo él debe ser dueño de lavar las ofensas que se le han hecho; si bien es cierto que ha delegado en los tribunales el cuidado de ejercer su poder justiciero, no lo ha enajenado; lo conserva íntegramente para levantar la pena tanto como para dejar que caiga sobre el delincuente...”. El mismo autor en su obra ya citada “*La verdad y las formas jurídicas*”, p. 79, al referirse a la figura del Procurador agrega que “...De esta manera, el soberano, el poder político, vienen a doblar y paulatinamente a sustituir a la víctima. Este fenómeno, que es absolutamente nuevo, permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales....”.

⁹⁷*Ibidem*, pp. 52 y 53.

Sin embargo, a pesar de las dramáticas evidencias que aporta la historia y sin contemplación hacia toda la sangre vertida para alcanzar la libertad, muchos procesalistas, sin duda, pletóricos de buenas intenciones pero ubicados en las antípodas de la Constitución, siguen insistiendo en que el Proceso responde principalmente a una finalidad pública.

Desde este espacio, no concordamos con dicha posición. Entendemos que ni desde el punto de vista lógico ni desde el punto de vista jurídico se puede sostener que el Proceso previsto para que los ciudadanos de una República solucionen sus conflictos intersubjetivos de intereses tienda a fines públicos. Antes bien, todos los principios procesales contemplados en las Constituciones Republicanas así como la génesis misma del método de enjuiciamiento, indican que el Proceso, en primer término, cumple fines privados y accesoriamente, pero solo accesoriamente, sí ayuda al Estado a cumplir con determinados fines públicos.

La base filosófica del diseño de Proceso estructurado desde su génesis misma pero potenciada en todas las Constituciones Republicanas, responde a la idea – fuerza del valor **Libertad**. La razón de ser del proceso no es otra sino erradicar la fuerza ilegítima de la sociedad y lograr con ello la restauración y el mantenimiento de la paz social. ⁹⁸

Por tanto, en el marco de una República y dada la genealogía del Proceso, éste ostenta, como regla, una finalidad Privada cual es permitir el debate racional y dialéctico de dos partes que mantienen un conflicto de intereses y por ello acuden ante un tercero *imparcial*, imparcial e independiente designado para darle la razón a uno o a otro en base a ciertas reglas lógicas predeterminadas y conocidas por todos. Así fue en un comienzo y así debería ser ahora aunque le pese a aquellos que estructuran el Proceso en función a los intereses del que ejerce el poder y no del ciudadano.

Parece claro que los diseños jurídicos y filosóficos de conceptos tales como “Democracia”, “República” y “Debido Proceso”, con los caracteres ya enunciados, no hacen sino reafirmar que el Proceso debe tender principalmente a fines privados y por tanto, solo excepcionalmente podrá hablarse de que el Proceso persigue fines Públicos.

No se pretende desconocer que en determinados asuntos se presente legítimamente un interés o un fin Público que merezca ser tenido en cuenta. Sin embargo, la solución para esos casos no pasa por exigirle al juez que comprometa su imparcialidad cumpliendo funciones tutelares tal como lo propugna la corriente Publicista, sino por ensanchar, desde la misma ley, la legitimación para que la defensa de ese interés público sea asumida por otra institución llámese Ministerio Público, Procuraduría, etc. pero siempre respetándose el principio de igualdad de partes dentro del Proceso pues sobre esa base filosófica se inspiró y se inspira el sistema de enjuiciamiento republicano.

En este sentido, resulta importante destacar el documento elaborado en el mes de enero de 2006 en la ciudad de Valencia, España, por juristas de la talla de Federico Domínguez, Juan Montero Aroca, Franco Cipriani, Eugenia Arano, Adolfo Alvarado Velloso entre otros y que se conoce con el nombre de la “Moción de Valencia”.

⁹⁸ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, ob. cit, p. 21.

En el citado documento se sintetiza claramente que el Proceso, como garantía para el ciudadano y al mismo tiempo límite para la autoridad, solo puede obedecer a Fines Privados en tanto y en cuanto ha quedado demostrado que las concepciones ideológicas desde las que se conformó el proceso civil en el siglo XX han quedado superadas y el futuro debe estar en la idea de “libertad de los individuos como función básica del Estado democrático y republicano”⁹⁹.

Particularmente, estoy convencido que la humanidad o mejor, la civilidad solo puede avanzar si es capaz de aprender de los errores del pasado y en este sentido entendemos que la historia nos ha enseñado, con mucha sangre de por medio, que quienes ejercen el poder sin límites claros, tienden invariablemente a abusar de él, con el agravante de que todo esto ha ocurrido y en algunos países sigue ocurriendo bajo el pretexto de que el Estado debe cumplir con “altos fines públicos”.

Por tanto, si admitiéramos que dentro de una República la filosofía del Proceso está orientada hacia fines Públicos antes que fines Privados, no nos queda otra alternativa más que darle la razón a Maquiavelo.

CONCLUSIONES

1) El estudio acerca de la genealogía del proceso muestra que el mismo se inspiró en una filosofía libertaria y privatista desde la antigüedad y hasta el Siglo XII de nuestra era, es decir, durante al menos 17 siglos.

2) A partir del Siglo XII en adelante, motivos económicos, religiosos y políticos hicieron que los poderosos de turno se apropiaran del método de enjuiciamiento para de esa manera contar con una nueva herramienta de dominación. De este modo, la genealogía del Proceso es dejada de lado y la filosofía del sistema de enjuiciamiento cambia radicalmente y va adquiriendo paulatinamente finalidad Pública.

3) Tanto los rasgos característicos de una República así como el diseño de las Constituciones verdaderamente Democráticas indican que el Proceso no puede apuntar a fines Públicos.

4) El análisis genealógico del Proceso y la raíz filosófica que lo inspiró desde sus orígenes, nos permite concluir que si el mismo tiene en miras pacificar a la sociedad por medio del debate racional y reglado entre los individuos afectados, es porque responde a **finés Privados**; por el contrario, si el Proceso apunta a **finés Públicos**, es porque está al servicio de los que ejercen el poder, quienes confiscan de las manos de los particulares el método de resolución de conflictos para de esa manera contar con una herramienta más de sometimiento, dominación y control social.

5) Resulta claro que la genealogía del Proceso fue dejada de lado y adquirió finalidad Pública única y exclusivamente para servir a aquellos que ejercían el Poder en una época y lugar determinados, por lo que parece razonable concluir que los fines Públicos no se compadecen con los principios rectores de una República.

⁹⁹ MONTERO AROCA, Juan y otros, *Proceso Civil e ideología*, Metropolitana, Santiago de Chile, 2008, PP. 441 - 446.

6) La visión filosófico – jurídica que tengan los interesados acerca de la relación que se da entre el Estado y los individuos integrantes del mismo, determinará qué posición se adopte respecto a los fines del proceso en una República. Así, los que entienden que el proceso es un instrumento para dirimir conflictos de interés privado, afirmarán que el carácter del Derecho Procesal es fundamentalmente “privatista”, mientras que aquellos que sostienen que toda la sociedad está interesada en los litigios¹⁰⁰ asegurarán que el Derecho Procesal ostenta un carácter “publicista”.

7) En resumen: puede afirmarse que en el marco de un sistema Democrático y Republicano de Gobierno, aquellos que ven en el Proceso Fines Privados son conscientes de que se debe privilegiar el Método por sobre la Meta, mientras que para los que tienen una visión Publicista del tema (*visión incompatible con los principios Republicanos*), poco importa ser respetuosos de la genealogía y la filosofía del proceso debido a que “el Fin justifica los Medios”.

¹⁰⁰Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 25. Se entiende por litigio “la simple afirmación, en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, aun cuando de hecho él no exista.”

BIBLIOGRAFIA CITADA O CONSULTADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Primera parte, 1997 y Tercera parte, 2008.

----- *El Debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

ALVAREZ GARDIOL, Ariel, *Derecho y realidad*, Juris, 2005.

----- *Lecciones de Epistemología*, UNL, Santa Fe, 2004

AMAYA, Jorge Alejandro, *De mayorías y minorías en la democracia*, artículo publicado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXI, N° 197, julio/diciembre de 2006.

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Juris, Rosario, 2006.

BENABENTOS, Omar, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, 2001.

BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 2005.

BOBBIO, Norberto, *El futuro de la Democracia*, FCE, México D.F., 2005

CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Juris, Rosario, 2005.

----- *El problema de la pena*, Rodamillans SRL, Buenos Aires, 1999.

CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces*, El Foro, Buenos Aires, 1997.

CALVINHO, Gustavo, *El sistema procesal de la democracia*, San Marcos, Lima, 2008

----- *Estudios procesales – Enfoque sistemático pro homine*, San Marcos, Lima, 2008

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial B de F, Montevideo, 2004.

DA SILVEIRA, Pablo, *Política & Tiempo*, Taurus, Buenos Aires, 2000.

DAHL, Robert, *La democracia- una guía para ciudadanos*, Taurus, Buenos Aires, 1999

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Buenos Aires, 1995.

FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2003.

----- *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Bs.As. 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Democracia y el lugar de la ley*, Discurso pronunciado en fecha 26 de setiembre de 2001, consultado en <http://campus.academiadederecho.org/news>

HABERMAS, Jurgen, *Interés privado y acción pública*, FCE, México, 1986.

HAMILTON, A; MADISON J; y JAY, J, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2006

MENDONCA, Daniel, *Democracia Vulnerable – Un estudio sobre el sistema político paraguayo*, Intercontinental, Asunción, 2010.

MONTANER, Carlos Alberto, *La Libertad y sus enemigos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2005.

MONTERO AROCA, Juan (Coordinador) y otros, *Proceso Civil e ideología*, Metropolitana, Santiago de Chile, 2008.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Folio, Barcelona, 2001.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2004.

PORTILLO, José, *El camino a la libertad*, Trilce, Montevideo, 2008.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1995.

SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?*, Taurus, Buenos Aires, 2003.

SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal Penal – Temas Conflictivos*, Juris, Rosario, 1998,

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología crítica y control social - El poder punitivo del Estado*, Juris, Rosario, 1993.

----- *El derecho penal liberal y sus enemigos*, Ponencia presentada ante la Universidad Castilla -La Mancha en 2004 en ocasión del Doctorado *Honoris Causa*. Consultado en: [www.http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/25/el-derecho-penal-liberal-y-sus-enemigos-e-zaffaroni/#more-43](http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/25/el-derecho-penal-liberal-y-sus-enemigos-e-zaffaroni/#more-43)

“LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL COMO MECANISMO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TÁCITO”

Rosalba Garay Stéfani,

Candidata a Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Asunción. Máster en protección a la infancia por la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay. Abogada y Notaria por la Universidad Católica de Itapúa. Jueza de Paz de Bella Vista. Investigadora de la Función Pública. Docente universitaria de Derechos Humanos y Derechos de la Niñez y la Adolescencia en la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Itapúa y la Universidad Autónoma de Encarnación. Docente y Tutora de Tesis de la “Maestría en atención integral de la niñez y la adolescencia”, de la Universidad Nacional de Itapúa. Correo electrónico: albigaray@hotmail.com. Paraguay

RESUMEN

La presente monografía tratará el tema de la interpretación judicial como mecanismo de control constitucional tácito. El objetivo principal es determinar si los jueces como intérpretes de la Constitución Nacional pueden o no dejar sin efectos una norma jurídica que contraríe las disposiciones constitucionales y en caso que lo hagan, si es válida tal decisión.

Es una investigación bibliográfica y jurisprudencial que estudia el ordenamiento jurídico paraguayo en la materia y determina el alcance de la disposición constitucional que determina al Poder Judicial como custodio de la Constitución.

Para ello, se analizará la labor de los jueces como intérpretes de la Constitución y el ordenamiento jurídico, así como la posibilidad de remitir a la Corte casos de Inconstitucionalidad, en especial, sobre la garantía judicial de Amparo, ya que la legislación hace una especial referencia sobre la inconstitucionalidad para estos casos.

Por último se examinarán algunas decisiones de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la que autorizan a los jueces de inferior jerarquía a dejar sin efecto leyes contrarias a la Constitución Nacional.

El análisis se centrará en la situación práctica que se da hoy día con el rol de intérprete del ordenamiento jurídico que tiene el Poder Judicial, en especial los jueces de inferior jerarquía, frente a la Corte Suprema de Justicia.

Abstract

This paper will examine the judicial interpretation as a mechanism of constitutional tacit control. The principal questions addressed are: a) whether the judges as interpreters of the National Constitution could override legal norms that contradicts constitutional dispositions, and b) whether such overriding decision should be valid.

It begins with a brief review of control of constitutionality and the diffuse and concentrate systems. It follows up with the study of the Paraguayan juridical order on the matter and the scope of the Judicial Power as guardian of the Constitution.

For such task, I will analyze the labor of judges as interpreters of the Constitution and the juridical order, as well as the possibility of transfer unconstitutional cases to the Supreme Court of Justice, especially; those regarding the judicial guarantee of Protection, since the legislation particularly refer to unconstitutionality for such cases.

Finally, I will examine some decisions of the Constitutional Chamber of the Supreme Court in which it bestow judges of lower hierarchy the competence to override the effects of laws opposite to the National Constitution.

The paper will focus on the analysis of the practical situations encounter by the role of interpreter of the juridical order that have the Judicial System, especially the judges of low hierarchy before to the Supreme Court of Justice.

Control de constitucionalidad. Sistema Difuso y Concentrado

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia definió, en un fallo del año 2012, al control de constitucionalidad como “el mecanismo que permite que prevalezcan las disposiciones contenidas en la Constitución, ante los eventuales ataques de los que pueda ser objeto la Ley Suprema.”¹⁰¹

El control de constitucionalidad puede ser concentrado o difuso, el primero se caracteriza por tener un órgano determinado y especializado para ejercer el control constitucional; que puede ser un Tribunal Constitucional, independiente del Poder Judicial o incluido en tal Poder del Estado; otra característica, es que los efectos de la inconstitucionalidad son *erga omnes*. Mientras que, en el control difuso todos los jueces ejercen el control de constitucionalidad y los efectos de la declaración son *inter partes*.

¹⁰¹ Acuerdo y Sentencia N° 695 del 09.07.2012. “R.A.M.G s/ solicitud de declaración constitucional de objeción de conciencia”. Sala: Constitucional, Ministro Preopinante: Antonio Fretes.

Si bien, la diferencia parece ser tajante en la doctrina, la segmentación de la tarea del juez constitucional de acuerdo con los poderes que cada sistema le asigna probablemente sea equivocada, porque, en definitiva, en ambos tienen la misión de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso. La función de los magistrados no aparece tan dispar en el control difuso o concentrado, pues siempre tienen que decidir de acuerdo a la normativa vigente en cuya cúspide está la Constitución. Para aplicar la ley, los jueces obligatoriamente hacen un primer examen: si la ponderan constitucional la aplican; de lo contrario ingresan en el procedimiento propio de la declaración de constitucionalidad/inconstitucionalidad, sea su declaración directa -sistema difuso- o el planteo o elevación del tema al tribunal constitucional -sistema concentrado (Highton, 2010).

Respecto al sistema adoptado por Paraguay, la mayor parte de la doctrina expresa que es un sistema eminente o absolutamente concentrado, sin embargo, existen constitucionalistas como Lezcano Claude (2000), que tienen otra opinión al respecto:

“...el mismo no puede ser encuadrado dentro de ninguna de las dos variantes que presenta el control jurisdiccional. En efecto, toma elementos tanto del control descentralizado o difuso, como del control concentrado o centralizado. Podemos afirmar, pues, que es de carácter jurisdiccional, pero en cuanto a los sistemas que éste comprende, puede ser calificado como mixto o ecléctico”.

Aclarando que del sistema centralizado adopta: a) el control de la constitucionalidad por un órgano único y específico del Poder Judicial -la Corte Suprema de Justicia-, el cual se reserva en forma exclusiva el ejercicio de dicho control, y b) la posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad por vía de acción. Y del control descentralizado o difuso adopta: a) la posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad por vía de excepción en cualquier instancia, y b) la decisión que se adopte sólo produce efectos entre las partes, es decir, en relación con el caso concreto de que se trate (Lezcano Claude, 2000).

LA INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA TÁ-CITO DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Paraguay, como lo establece la Constitución Nacional en su artículo 1, es descentralizado y conforme a su artículo 247, el Poder Judicial es el custodio de la Constitución, expresando que: “La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercida por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley”. Cumpliendo con la política de descentralización, el Poder Judicial tiene diversos Tribunales y Juzgados diseminados por toda la República, con competencia territorial determinada.

Es así, que a estos Juzgados, Tribunales y la Corte Suprema de Justicia, se les encomienda la función de interpretar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, administrando justicia sobre los casos concretos que llegan a su conocimiento, gracias a la jurisdicción que les fue investida por el Estado.

Ahora bien, qué implica el rol de intérpretes de la Constitución que tienen estos organismos, la misma Constitución aclara en su Artículo 256, 2° párrafo: “toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley”. También el Código de Organización Judicial establece en el artículo 9°, 1er. párrafo que “los Jueces y Tribunales aplicarán la Constitución, los Tratados Internacionales, los Códigos y otras Leyes, los Decretos, Ordenanzas Municipales y Reglamentos, en el orden de prelación enunciado”. Por su parte el Código Procesal Civil establece como uno de los deberes de los jueces, en su artículo 15, inc. b) “fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia bajo pena de nulidad”.

Los Juzgados debe abstenerse de aplicar las disposiciones legales que considere violatorias de la Norma Fundamental ya que el artículo 556, inciso b, del Código Procesal Civil establece que la acción de inconstitucionalidad procede contra resoluciones de los jueces o tribunales que se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución. En caso que los jueces dicten tres sentencias definitivas que fueran declaradas inconstitucionales en el lapso de un año judicial podrán ser removidos de sus cargos, pues constituye mal desempeño de funciones que autoriza la remoción de magistrados judiciales¹⁰².

En definitiva, cada juzgado siempre deberá realizar de alguna manera un control de constitucionalidad. Sería un sinsentido no hacerlo, pues de lo contrario las decisiones podrían alejarse de los designios constitucionales y el Poder Judicial no cumpliría su rol de custodio constitucional. Para la aplicación de la ley, es necesario interpretar también la Constitución, al respecto Prieto Sanchez (2003) expresa:

“La interpretación de las leyes es un competencia propia de los tribunales y, al fin y al cabo la constitución no deja de ser una ley, aunque fundamental; y del mismo modo que nos parece juiciosos y razonable que, en caso de conflicto entre dos leyes, el juez aplique la posterior, así es igualmente plausible que cuando el conflicto se entabla entre normas de distinto valor, se prefiera la de mayor jerarquía” (Amaya, 2015)

Pero, ¿qué pasa cuando en el marco de ese análisis interpretativo el Juzgado establece que la ley inferior es contraria a la Constitución? Según lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución Nacional que dispone la

¹⁰² Artículo 14, de la Ley N° 1084, “Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados

jerarquía del orden jurídico, la Constitución está por encima de cualquier otra norma y “...Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”.

Al disponer que los Juzgados y Tribunales que conforman el Poder Judicial son intérpretes de la Constitución y que las disposiciones que no respeten lo establecido la misma, no tienen validez, se formula el interrogante: ¿pueden estos dejar sin efectos normas jurídicas que se opongan a la Constitución?

La doctrina opina al respecto: “Cuando se atiende a la eficacia, el hecho de preferir una norma frente a otra no significa que la norma desplazada sea nula o inválida, sino que sencillamente no se aplica (Amaya, 2015).” Eso para los casos en que exista otra norma aplicable, pero qué pasa con los casos en que no hay otra norma aplicable, sino que simplemente es necesario privarla de efecto o de lo contrario, se actuaría en contra de la Constitución. La elección de qué norma aplicar o variar el sentido de una ley por aplicación de principios o normas establecidos en la Constitución Nacional, si bien no es declarar la inconstitucionalidad en forma expresa, es en algunos casos y de alguna forma dejar a una norma sin efecto para el caso concreto, que es el mismo fin perseguido por la inconstitucionalidad en nuestro país.

Sin embargo, la Constitución Nacional establece en el artículo 259, inciso 5, como un deber y atribución exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, el conocer y resolver la inconstitucionalidad, siendo la Sala Constitucional la específicamente encargada.¹⁰³

El artículo 18, inciso a) del Código Procesal Civil establece: “Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales”¹⁰⁴. Al decir que los jueces y tribunales “podrán” realizar la consulta sobre la constitucionalidad de una norma a la Corte Suprema de Justicia, se establece una facultad y no una obligación, por lo que puede interpretarse que los jueces tienen la opción o la posibilidad de remitirla, pero no deben hacerlo en todos los casos. Por ejemplo, podrían remitir la consulta en los casos en que la interpretación sea dudosa o altamente controvertida, pero deja abierta la posibilidad, que en los casos en que el Juzgado o Tribunal tenga la claridad que la norma es inconstitucional podría dejar de realizar la remisión.

¹⁰³ Artículo 260 de la Constitución Nacional.

¹⁰⁴ El artículo 200 de la Constitución de 1967 se refería al control de constitucionalidad.

Amparo

La legislación que reglamenta la Garantía Constitucional del Amparo, se refiere en forma especial a la cuestión del Control de la Constitucionalidad, regulándola de forma diferente, pues establece en forma imperativa la remisión a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El artículo 582 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 600/95 dispone: “si para decidir sobre la acción de amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el Juez, una vez constatada la demanda, elevará en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que en la mayor brevedad declarará la inconstitucionalidad si ella surgiere en forma manifiesta”.

El artículo 134 de la Constitución Nacional en el que se establece el Amparo dispone que puede ser planteado por cualquier persona lesionada gravemente en sus derechos o que esté en peligro inminente de serlo, por un acto u omisión manifiestamente ilegítimo y que por la urgencia no pudiese remediarse por la vía ordinaria. Tal artículo establece, además: “El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”. El Juzgado competente es cualquiera de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto, omisión o amenaza ilegítima tuviere o pudiese tener efectos, según lo dispone el artículo 566 del Código Procesal Civil.

Analizando tal cuestión podríamos advertir que la Constitución otorga al Juzgado competente la facultad de salvaguardar el derecho directa e inmediatamente, ya que al ser una cuestión urgente, se entiende que no pueden haber dilaciones y pudiendo entender que si la afectación proviene de la aplicación de una norma o la realización de un acto que atenta contra los dictados de la Constitución, el Juzgado debiera revertirlo automáticamente. Sin embargo, la ley reglamentaria -que por supuesto, es de menor jerarquía- determina que la declaración de inconstitucionalidad debe ser remitida a la Corte, situación que demora en forma excesiva cualquier decisión.

Es así, que se pone en duda la constitucionalidad de tal determinación legal, surge la interrogante de si tal presupuesto legal no atenta contra el artículo 134 de la Constitución Nacional.

Existe Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, relativa al Amparo, en los que los Jueces inferiores dejaron sin efecto una norma por considerarlas contrarias a la Constitución en forma directa, sin haber remitido previamente la consulta a la Corte. En estos casos la Corte decidió estudiar directamente el fondo de la cuestión sin detenerse en la declaración de inconstitucionalidad por la mera formalidad de la falta de envío previo, pues entendió que sería una pérdida de tiempo, ya que se remitiría a un nuevo Juzgado, para que este le realice el envío y recién luego estudie el fondo de la cuestión (Lezcano Claude, 2000).

Cuando los jueces de instancias inferiores -durante el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico- determinan dejar sin efecto para el caso concreto, una norma jurídica de inferior jerarquía, por considerarla contraria a la Constitución. En otras palabras, cuando declaren de forma tácita la inconstitucionalidad de una norma, se podrá siempre recurrir a la Corte Suprema de Justicia para que realice el control de constitucionalidad definitivo y expreso, estudiando el fondo de la cuestión y determinando en última instancia la constitucionalidad o inconstitucionalidad de lo resuelto.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Objeción de conciencia

El derecho a la objeción de conciencia se encuentra consagrado en la Constitución Nacional, en sus artículos 37 y 129, recién desde el año 1992. Resulta obvio que la Ley N° 569/75 que reglamenta el Servicio Militar Obligatoria –anterior a aquella- no contuviera ninguna excepción referente a los objetores de conciencia.

Es por tal motivo, que los primeros objetores de conciencia tuvieron que recurrir al ámbito judicial para que no se les aplique la obligatoriedad del mismo, ni la permanencia en la reserva de las Fuerzas Armadas. Fue por sentencia del 29 de setiembre de 1993 que un Juzgado de Primera Instancia hizo lugar al Amparo planteado, declarando a los primeros objetores de conciencia al Servicio Militar Obligatorio, dejando sin efecto la ley vigente, dejándolos exentos de las multas previstas y de las listas de reserva militar.

En otro caso, el joven Rivas Esquivel, planteó *habeas corpus* preventivo ante el Juzgado De Primera Instancia del Crimen del Tercer Turno en fecha 6 de febrero de 1997, invocando haberse declarado objetor de conciencia y solicitando al juez se libere una orden para que no sea detenido y reincorporado al Servicio Militar Obligatorio. El Juez dictó la SD N° 18 de 7 de marzo de 1997, haciendo lugar a la acción planteada y con relación al posible proceso que la Justicia militar pudiera iniciar a Rivas, el juez concluyó que la declaración de objeción de conciencia:

"...debe tener como efecto inmediato la exención del cumplimiento de la obligación militar. La responsabilidad penal militar que pudiera sobrevenir en estos casos, necesariamente debe seguir el criterio de que la obligación accesoria sigue la suerte de la principal, debiendo en consecuencia quedar sin efecto la posible pena que pudiera emerger al extinguirse la exigibilidad de la obligación militar o de su cumplimiento. Por lo tanto ante esta hipótesis, la declaración

de la objeción de conciencia sustrae al declarante de la jurisdicción militar en todos sus extremos, y por lógico resultado torna inaplicable la legislación militar". (Valiente, 1997)

Pero ante la falta de modificación de la ley y la imposibilidad de ejercer el derecho constitucional, se presentaron otros pedidos de inconstitucionalidad contra la referida Ley ante la Corte Suprema de Justicia, para dar mayor notoriedad y que sea declarada formalmente la inconstitucionalidad de algunos artículos, sin embargo, la Corte rechazó la acción, argumentando, entre otras cosas:

"...se equivocan cuando afirman que, sobre la base de lo precedentemente mencionado, la mencionada ley "se ha tornado irreversiblemente inconstitucional"... dado el desfasaje entre la ley reglamentaria y la Constitución, es evidente que se necesita modificar aquella para adaptarla a la norma superior. Pero mientras esto no se produzca debe entenderse que varias de las disposiciones de la Ley N° 569/75 han sido derogadas o modificadas por la Ley Fundamental. Es decir, ésta, al contemplar la situación de los objetores de conciencia, por ejemplo, ha establecido disposiciones que deben ser tomadas en cuenta por las autoridades administrativas respectivas en el momento de la aplicación directa de los distintos artículos de la ley a los casos concretos. En otras palabras, la referida ley no puede ser aplicada atendiendo sólo a lo dispuesto por ella misma, sino que en este caso particular es de extrema importancia encuadrarla en lo prescripto en la Ley Suprema e interpretarla de acuerdo con el espíritu inmanente en las normas que al respecto ella contiene. Como decimos, lo mejor en cuanto al tema que nos ocupa es adecuar las disposiciones legales a los mandatos de la Constitución, pero, mientras tanto, el desfasaje que pudiera existir deberá ser superado por una acertada labor interpretativa que las autoridades administrativas están facultadas a realizar."¹⁰⁵

Si bien, fue un juzgado de primera instancia quien determinó por primera vez la inaplicabilidad de la ley del Servicio Militar Obligatorio. Posteriormente, la Corte rechazó la acción de inconstitucionalidad de algunos artículos de tal ley, aceptando que se oponen a lo prescripto constitucionalmente, pero delegando a los órganos administrativos el rol de dejar sin efecto en forma directa tal ley. Recién, por "Ley Núm. 4013/2010 que reglamenta el ejercicio del derecho a la objeción de

¹⁰⁵ Acuerdo y Sentencia N°:61, del 2-03-2000 en los autos: "Acción de inconstitucionalidad en el juicio: "Ramón Báez Machado y otros c/ Ley N° 569 del 24 de diciembre de 1975 del servicio militar obligatorio". Año: 1.998, N° 489 en <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1> última consulta: 21-09-2015

conciencia al servicio militar obligatorio y establece el servicio sustitutivo al mismo”, se salvó tal contrariedad, sin embargo, se plantearon nuevas acciones de inconstitucionalidad en contra de la nueva ley¹⁰⁶.

Cuestiones de Filiación

Respecto a la cuestión de filiación, existe un gran desfasaje entre la legislación, que sigue siendo la establecida en el Código Civil del año 1985, y el avance de la tecnología genética, la modificación de las relaciones familiares y la modificación del paradigma de protección a la infancia.

Eso desencadena que varias acciones de filiación planteadas ante Juzgados de Primera Instancia y remitidas a Tribunales tengan el dilema de determinar qué legislación aplicar en casos de lagunas o conflicto entre normas vigentes, pues en el último caso, el Código Civil puede contraponerse con normas o principios que rigen en la Constitución de 1992, con normas internacionales como la Convención de los Derechos del niño o con nuevas leyes como el Código de la Niñez y la Adolescencia, que no derogan expresamente el Código Civil.

Respecto al tema y a modo de ejemplo, la Corte Suprema ha entendido una acción de inconstitucionalidad en un caso que trata tanto de desconocimiento, como reconocimiento de filiación, pues fue presentado por quien dice ser el padre biológico de un niño, en contra de quien figura como padre del niño ante los Registros Públicos. En primera instancia se hace lugar a su petición, que es revocada en segunda instancia alegando que no se cumplen los requisitos exigidos por el Código Civil, el Tribunal sostuvo, entre otros argumentos: que el accionante no tenía legitimación, por no tratarse del marido de la señora F. M. C. G. Indicando que la acción de desconocimiento de filiación o de impugnación de paternidad, regulada en el Código Civil es privativa para el marido “Artículo 236.- El marido podrá desconocer al hijo concebido durante el matrimonio” y 237: “Mientras viva el marido, sólo a él compete el ejercicio de la acción de desconocimiento”.

¹⁰⁶ Hasta ahora se presentaron dos acciones de inconstitucionalidad en contra de los artículos 2,3 y 5 de la misma ley, la primera en el año 2010, la que fue rechazada por defectos de forma y la segunda, en el año 2012, sin que hasta ahora se haya resuelto. Los fundamentos de ambas acciones atacan cuestiones propias de la objeción de conciencia, como, por ejemplo: 1) que nadie puede ser indagado u obligado a declarar por causa de sus creencias o ideologías y que la ley autoriza al Consejo de Objeción de Conciencia a hacerlo 2) que no se regulan los motivos por los cuales la autoridad de aplicación puede rechazar la objeción de conciencia.

En el caso citado, ni el padre que reclama la paternidad, ni el que la ejerce ante los registros es el marido de la madre, pues ella es soltera, por lo que el Código Civil impediría absolutamente el ejercicio de la acción. El Código de la Niñez y la Adolescencia no regula sobre la legitimación activa en casos de filiación y remite directamente al Código Procesal Civil y demás normas vigentes.

La Corte consideró: “...que el Tribunal ha realizado una interpretación aislada y hasta distorsionada de ciertos preceptos jurídicos, sin considerar el contexto legal, obviando los principios fundamentales que rigen la materia, contenidos en nuestra misma Carta Magna e instrumentos internacionales, para entender que el accionante carecía de legitimación activa para emprender esta demanda”.

Es decir, que la Sala Constitucional de la Corte, nuevamente habilita a Jueces inferiores a dejar sin efecto para el caso concreto, una norma del ordenamiento por ser contraria a la Constitución.¹⁰⁷

Cuestiones de género

También la cuestión referente a los derechos de la mujer sufrió grandes cambios y en ese proceso, se dan hasta hoy día la vigencia de normas jurídicas que para parte de la doctrina y la jurisprudencia es inconstitucional e inaplicable, sin embargo, sigue vigente.

En un caso sobre apelación promovida en una demanda de nulidad de transferencia de un inmueble por simulación. La actora era una mujer que había vivido en unión de hecho con su pareja, hasta que la relación –de larga data- se deterioró. Dos meses después del inicio del juicio de disolución y liquidación de la comunidad conyugal, el marido vendió a un pariente el inmueble con la casa que entre ambos habían construido. La propiedad adquirida en 1983 luego del inicio de la convivencia, estaba a nombre de él. Las leyes vigentes al momento del reconocimiento de la unión de hecho y de la adquisición del inmueble eran notoriamente discriminatorias contra la mujer y desfavorables para la igualdad entre los concubinos.

¹⁰⁷ Acuerdo y Sentencia N°:936, del 9-08-2013 en los autos: “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “D.M.D.C s/ desconocimiento de filiación”. Año: 2008, N° 363 en <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/default.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1> última consulta: 21-09-2015

La reforma del Código Civil que se realizó por Ley N° 1/92 era inaplicable al caso, en virtud al principio de irretroactividad de las leyes. El Tribunal¹⁰⁸, no obstante invoca la CEDAW, ratificada por el Paraguay con anterioridad a los actos jurídicos objetos del juicio. Al reconocer el carácter supra legal de dicho instrumento, con un orden de prelación sobre la ley nacional se “permite una lectura un tanto diferente de las relaciones familiares extraconyugales con carácter de permanencia o estabilidad y su repercusión patrimonial entre las partes”. “Desconocer el aporte que el trabajo de la mujer en el hogar, independientemente de su estado o situación de casada o soltera, significa para la formación de la masa de gananciales constituye sin duda una expropiación del trabajo de la mujer en beneficio del varón y un enriquecimiento indebido a favor de éste” “Desconocerlo solo porque se trata de mujer soltera también es desigualitario en términos de equidad de género”.

En esta sentencia, se constata cómo la autoridad judicial pudo resolver un obstáculo jurídico real –la irretroactividad de la ley- dejando sin efectos normas positivas discriminatorias pero vigentes al momento del hecho, en virtud de la preeminencia normativa del derecho internacional.

CONCLUSIONES

La pregunta principal que impulsó este trabajo es si los jueces como intérpretes de la Constitución Nacional pueden o no dejar sin efectos una norma jurídica que contraríe las disposiciones constitucionales y en caso que lo hagan, si es válida tal decisión.

A lo largo del trabajo se ha demostrado que, sin duda, la interpretación que realizan todos los Juzgados y Tribunales de la República debe incluir el análisis constitucional. Sin embargo, el problema radica en los casos en que luego de tal estudio se determine que la norma es inconstitucional. Desde ahí, puede haber varios efectos, el primero es buscar otra norma aplicable, para reemplazar a la que se cree inconstitucional.

La segunda opción es remitir el caso a consulta de la Sala Constitucional para que, como único órgano competente de la declaración formal de inconstitucionalidad, dictamine la aplicación o no de la norma para el caso

¹⁰⁸ Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. Acuerdo y Sentencia N° 84 de 27 de julio de 2006. Votos concurrentes de Martínez Prieto (preopinante) Villalba y Bunggermini.

concreto. Como se analizó en el desarrollo del trabajo, tal remisión fijada en la ley, está redactada como una posibilidad, no una obligación, según lo dispuesto en el Código Procesal Civil. Salvo para el caso del Amparo, en el que la ley establece un mandato de remisión, aunque, como se mencionó, podría analizarse con mayor profundidad en un siguiente trabajo si tal legislación está acorde con lo dispuesto en la Constitución respecto al Amparo.

La tercera opción estudiada en el trabajo, es la solución aplicada por varios Juzgados y Tribunales, en la que se deja directamente sin efecto para el caso concreto, una norma jurídica vigente de inferior jerarquía, por considerarla contraria a la Constitución.

Como sabemos el efecto de la garantía constitucional de la Inconstitucionalidad respecto a las normas jurídicas es declarar su inaplicabilidad, es decir, dejarla sin efecto para el caso concreto. Si bien, como mencionamos más arriba, esto solo puede declararlo formalmente, la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la tercera opción descrita tiene el mismo resultado, pues los Jueces y Tribunales determinan que la norma es inaplicable y se la deja sin efecto para el caso concreto. En otras palabras, podríamos decir que proceden a declarar tácitamente la inconstitucionalidad de la norma inferior.

En varios casos, estas decisiones fueron validadas por la Corte Suprema de Justicia, como se vio en algunas jurisprudencias citadas, provenientes de la Sala Constitucional.

Ante tales decisiones de Juzgados y Tribunales inferiores, la Corte no vio peligro ni amenaza contra el ordenamiento jurídico, ni el sistema judicial, ya que siempre la revisión final, definitiva y la declaración oficial de inconstitucionalidad queda en manos de la máxima instancia judicial. Incluso, en varios casos la Corte confirmó la decisión de los jueces inferiores sobre la inconstitucionalidad de la norma respecto al caso. Y en otros, como la objeción de conciencia al Servicio Militar Obligatorio, incluso encomendó a los órganos administrativos la tarea de dejar sin efecto normas vigentes, debido a su manifiesta inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Amaya Jorge, *Control de constitucionalidad*, 2° Edición, Editorial Astrea, 2015
Highton, Elena I. *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2010

Lezcano Claude, Luis. *El control de constitucionalidad en Paraguay*. La Ley Paraguaya S.A., 2000,
Prieto Sanchez, Justicia constitucional y derechos fundamentales, p. 52 en Amaya Jorge, *Control de constitucionalidad*, 2° Edición, Editorial Astrea, 2015
Valiente, Hugo, *Objeción de conciencia al Servicio Militar Obligatorio*, en *Informe de Derechos Humanos en Paraguay*, CODEHUPY, 1997

Jurisprudencia

Acuerdo y Sentencia N°:61, del 2-03-2000 en los autos: “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Ramón Báez Machado y otros c/ Ley N° 569 del 24 de diciembre de 1975 del servicio militar obligatorio”. Año: 1.998, N° 489

Acuerdo y Sentencia N° 695 del 09.07.2012. “R.A.M.G s/ solicitud de declaración constitucional de objeción de conciencia”. Sala: Constitucional, Ministro Preopinante: Antonio Fretes.

Acuerdo y Sentencia N°:936, del 9-08-2013 en los autos: “Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “D.M.D.C s/ desconocimiento de filiación”. Año: 2008, N° 363

Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala. Acuerdo y Sentencia N° 84 de 27 de julio de 2006.

Votos concurrentes de Martinez Prieto (preopinante) Villalba y Bungeremini.