

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ASUNCIÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN
MAESTRÍA EN INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA CON ÉNFASIS EN
MÉTODOS CUALITATIVOS Y CUANTITATIVOS**

**JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL EN PARAGUAY**

Shirley Diana Franco Mancuello

Asunción, Paraguay

2017

Shirley Diana Franco Mancuello

**JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL EN PARAGUAY**

Tesis preparada a la Universidad Autónoma de
Asunción como requisito parcial para la obtención
del título de Máster en Investigación Científica con
Énfasis en Métodos Cualitativos y Cuantitativos.

Tutor nacional: Dr. Aníbal Herib Caballero Campos

Tutor internacional: Dr. José Antonio Torres González

Asunción, Paraguay

2017

Franco, S. 2017. **Judicialización de políticas y Justicia constitucional en Paraguay**
/Shirley Diana Franco Mancuello. 121 páginas.

Nombre del tutor nacional: Aníbal Herib Caballero Campos

Nombre del tutor internacional: José Antonio Torres

Disertación académica en Maestría en Investigación Científica con Énfasis en Métodos
Cualitativos y Cuantitativos – Universidad Autónoma de Asunción, 2017.



“La Maestría en Investigación Científica con Énfasis en Métodos Cualitativos y Cuantitativos Código 14-POS-017 es financiada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología – CONACYT, a través del Programa Paraguayo para el Desarrollo de la Ciencia y Tecnología - PROCIENCIA con recursos del Fondo para la Excelencia de la Educación e Investigación – FEEI”.

Institución ejecutora del programa: *Universidad Autónoma de Asunción*.

Shirley Diana Franco Mancuello

**JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL EN PARAGUAY**

Esta tesis fue evaluada y aprobada en fecha __/__/__ para la
obtención del título de Máster en Investigación Científica con Énfasis
en Métodos Cualitativos y Cuantitativos por la Universidad
Autónoma de Asunción

Asunción, Paraguay

2017-

Para mi familia, por su apoyo incondicional.

En el año 2015 apareció una nueva oportunidad en mi vida académica: una beca para esta Maestría. Sin dudar por supuesto, la aplique y luego de pasar por el proceso de selección fui adjudicada. En este proceso tuve la dicha de conocer a una persona especial que tendría una influencia notable en mi desempeño como estudiante, me refiero a una “maestra” con todas las letras: la profe Myriam como cariñosamente le decimos. Este trabajo, este paso por la Universidad es en gran medida gracias a ella.

A mi tutor: el profesor Herib, que con su constancia y profesionalismo supo acompañarme incansablemente, dándome las orientaciones acertadas para cada momento.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) por apostar a la investigación científica y darme la posibilidad de ser parte del cambio en mi país.

A mis padres Juana y Francisco, quienes fueron, son y serán el sostén en mi vida.

A mi hijo Nicolás, porque a sus apenas seis años comprendió que su “mami” tenía que hacer la tesis.

Gracias.

“No hay barrera, cerradura ni cerrojo que puedas imponer a la libertad de mi mente”

(Woolf, V., 1967)

RESUMEN

En la región latinoamericana se asiste, de modo creciente, a una redefinición de la administración de justicia constitucional respecto de los conflictos sociales y políticos. Esta novedosa forma de intervención judicial permite el empoderamiento de los jueces y a su vez un mayor grado de involucramiento en la realización de políticas públicas desde la judicatura, para la tutela de los derechos fundamentales. Las implicancias de la judicialización de políticas hacen que las Cortes Supremas amplíen sus competencias y establezcan un “poder de agenda” para interactuar con los demás poderes estatales. Esta investigación analiza el desempeño de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, en materia de control de constitucionalidad a partir de la Constitución de 1992. A este efecto, se realizan dos abordajes: uno teórico y otro empírico; para el primero se acude a tres disciplinas, la Ciencia Política, el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho; mientras que para el segundo, se examinan cuatro entrevistas abiertas realizadas a ex Ministros de la Corte y seis sentencias de la Sala Constitucional referentes a derechos sociales. La experiencia de la Corte Suprema de Paraguay muestra que los jueces constitucionales rompen con el modelo positivista y transitan hacia una justicia transformadora, por un lado, pero por otra parte, y negativamente, todavía no pueden liberarse de las injerencias de los otros poderes políticos que impiden su independencia efectiva. Este obstáculo implica que, a pesar de encontrarse legitimada para administrar conflictos sociales, la labor de la judicatura sea escasa en cuanto a la contribución para la realización de políticas públicas.

Palabras claves: Justicia Constitucional, judicialización de políticas, independencia judicial, políticas públicas

ABSTRACT

In Latin America there is an increasing redefinition of constitutional justice when dealing with social and political conflicts. This new approach of judicial action lets to the empowerment of judges and, at the same time, a higher degree in their involvement in the protection of fundamental rights. The consequences of the political judicialization have let the supreme courts to increase their powers and to have the chance to set the agenda when interacting with the other state powers. This research analyzes the performance of the magistrates of the Supreme Court of Justice of Paraguay in the area of constitutional control since the approval of the Constitution in 1992. In order to do so we will follow two different approaches, both theoretic and empirical. In the first one we will use three scientific disciplines: political science, constitutional law and philosophy of law. In the second one we will analyze four open interviews with former Ministers of the Supreme Court and also six sentences of the Constitutional Court on social rights. The experience of the Supreme Court in Paraguay shows that constitutional judges do not follow the positivist model but they have rather turned to a transformative justice although they still cannot get rid of the interferences coming from the other power states, what prevents them to be really independent. This obstacle means that, despite the fact that the judicial power has legitimacy to deal with social issues, their performance has shown a very poor contribution in conducting public policies.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
LISTA DE TABLAS	xii
LISTA DE GRÁFICOS	xiii
LISTA DE FIGURAS	xiv
LISTA DE ABREVIATURAS	xv
INTRODUCCIÓN	1
MARCO TEÓRICO	6
1. EL POSITIVISMO JURÍDICO FRENTE AL ESTADO CONSTITUCIONAL	
CONTEMPORÁNEO	6
1.1. El nuevo paradigma del Estado Constitucional.....	7
1.2. Transformación de la visión acerca del juez constitucional.....	13
1.3. El juez constitucional como agente de cambio social	19
2. LA ADMINISTRACIÓN DE CONFLICTOS POLÍTICOS Y SOCIALES COMO	
NUEVA FORMA DE INTERVENCIÓN JUDICIAL	24
2.1. El modelo de judicatura desde la construcción del juez estructural de Fiss.	26
2.2. La judicialización de políticas en sí.	29
2.3. La satisfacción de los derechos sociales mediante la realización de políticas públicas desde el Poder Judicial.	33
2.4. Limitantes de la judicialización: la separación de poderes, la legitimidad del Poder Judicial y su independencia.....	37
3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN PARAGUAY.	41
3.1. Judicialización de políticas.....	42
3.1.1. Mecanismos de protección de derechos fundamentales.....	42
3.1.2. Expansión judicial: satisfacción de derechos.	48
3.2. Realización de políticas a través de sentencias judiciales.....	51
3.2.1. Desde un Enfoque de Derechos.....	51
3.2.2. Las Acciones Declarativas de Derechos.	52
3.2.3. Efecto de las sentencias.....	54
3.3. Indicadores de judicialización de políticas.....	56
3.4. Factores que inciden en la independencia judicial.	58
3.4.1. Sistema de selección de Ministros de la Corte Suprema de Justicia.	60

3.4.2. Lobby o cabildeo político.....	67
3.4.3. Autarquía presupuestaria.....	71
3.4.4. Ética del magistrado.....	73
4. METODOLOGÍA.....	76
4.1. El problema de investigación.....	76
4.2. Objetivo general.....	77
4.3. Objetivos específicos.....	77
4.4. Diseño, tipo y enfoque de investigación.....	77
4.5. Informantes de la investigación. Muestra.....	77
4.6. Técnicas de recolección de datos.....	80
5. ANALISIS DE DATOS: EL DESEMPEÑO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PARAGUAY.....	82
5.1. Cantero de Romero c/ IPS s/ Amparo.....	85
5.2. Benítez Viveros c/ IPS s/ Amparo.....	86
5.3. González Vázquez C/ IPS S/ Amparo.....	87
5.4. Jara Albarez C/ IPS S/ Amparo.....	89
5.5. Salinas Sosa C/ Ministerio de Hacienda S/ Amparo.....	90
5.6. Defensoría Del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo s/ Amparo.....	92
CONCLUSIONES.....	95
REFERENCIAS.....	101
DOCUMENTOS DE CONSULTA.....	104

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Integración de la Corte Suprema de Justicia año 1995.....	Error! Bookmark not defined.
Tabla 2. Integración de la Corte Suprema de Justicia año 2004.....	Error! Bookmark not defined.
Tabla 3. Resumen del contenido de las ideas principales de las entrevistas.	46
Tabla 4. Categorización de la independencia judicial.	75

LISTA DE GRÁFICOS

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Sentencias dictadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema en el periodo 1995-2005..... 83

LISTA DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la función jurisdiccional en un Estado Constitucional tiene el objetivo de controlar los actos de otros poderes públicos y de proteger los derechos fundamentales, sean sociales, económicos y culturales, estos llamados de segunda generación. Sin embargo, se cuestiona la legitimidad de los magistrados porque dicho control de constitucionalidad emerge de una Constitución cuya interpretación y aplicación depende de los jueces quienes no fueron votados. Zagrebelsky (2008), el eminente juez constitucional italiano, y máximo exponente del neo constitucionalismo, se pregunta si se trata esta situación de una contradicción. Se habla entonces de una función política del Poder Judicial, pero que no forma parte de la política, que tiene que ver con la democracia pero no deriva de ella.

El rol político del Poder Judicial se materializa a través de sus sentencias, y es indicador de una nueva forma de hacer justicia con miras a la protección de los derechos fundamentales. La doctrina se ha ocupado de este debate, desde la Ciencia Política, el Derecho y la Filosofía del Derecho han tratado de explicar este fenómeno. De esta manera surgen los conceptos de politización de la justicia y la judicialización de políticas, como dos caras de una misma moneda.

El positivismo jurídico tuvo y sigue teniendo su notoria influencia en el quehacer judicial. No obstante, el Estado constitucional fue gestándose y va mostrando indicios de cambios estructurales mediante respuestas innovadoras en la protección de los derechos de los ciudadanos. Es en este camino que transita esta tesis. Este fenómeno denominado judicialización de políticas será abordado desde las tres disciplinas referidas.

La judicialización de políticas es un fenómeno que aparece en América Latina los últimos quince o veinte años. Para Domingo (2004) la judicialización de la política significa, en primer lugar, una mayor presencia de la actividad judicial en la vida política y social; en

segundo lugar, nos habla de que los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad se resuelven cada vez más en los tribunales; en tercer lugar, es fruto del proceso a partir del cual diversos actores políticos y/o sociales ven como ventaja recurrir a los tribunales con el fin de proteger o promover sus intereses.

La utilización de estrategias jurídicas, de alguna manera, amplía el poder político de los jueces y apunta, en cierto modo, a una tendencia creciente de que la legitimidad del sistema político va ligada a la capacidad del Estado democrático moderno de cumplir con sus promesas del Estado de Derecho, de proteger los derechos del ciudadano, de garantizar el principio de dicho proceso y los mecanismos de rendición de cuentas de los gobernantes. Por lo tanto, la judicialización de la política implica un empoderamiento de los jueces y por ende un mayor grado de involucramiento en la realización de políticas públicas con el objetivo de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos, sean éstos, civiles y políticos, sociales, culturales o económicos, desde la perspectiva de los Derechos Humanos en aras de la formulación de mecanismos o estrategias de desarrollo y en respuesta a la necesidad de una presencia del Estado y consolidación del Estado de Derecho (Domingo, 2004).

En este proceso de transformación surgen los tribunales constitucionales, que se van instalando principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, en casi todos los países con regímenes democráticos. América Latina no estuvo ausente. Las democracias recientes fueron proclives para el establecimiento de estos órganos a partir de las décadas de los setenta u ochenta, luego de una larga etapa de autoritarismos, golpes de estado y gobiernos militares. Los estudios son escasos respecto del impacto que han tenido los tribunales constitucionales latinoamericanos en sus países, por lo que abordar el tema se encuentra plenamente justificado. La doctrina se ha ocupado del estudio de países como Colombia, Argentina, Costa Rica y Brasil (Feoli, 2012; Basch, 2010), y los ha considerado tribunales más activistas, para bien o para mal. Es por ello que, indagar el caso de Paraguay será

relevante dado que la judicatura experimentó un cambio de paradigma a partir de la Constitución Nacional de 1992, instrumento jurídico que introdujo una serie de derechos fundamentales y sus garantías de protección efectiva que permite un empoderamiento de los jueces anteriormente desconocidos por la Carta Magna de 1967. El cambio significó sobre todo que el Poder Judicial abandone su posición de mero garante para constituirse en actor clave y agente de cambio social. De esta manera, dicho Poder del Estado se ubica en igualdad de condiciones con los otros Poderes para trazar políticas públicas, convirtiéndose en una institución que no solo interpreta el Derecho sino que lo construye y lo transforma.

El contexto histórico de Paraguay, marcado por una vida de regímenes militares dictatoriales, está experimentado esta novedosa forma de comportamiento judicial a partir del nuevo diseño institucional introducido en la Constitución. Sumado a ello, será de considerado valor esta investigación porque se carece de un estudio profundo del comportamiento judicial y de la transformación que ha ido teniendo desde que fuera implementado efectivamente el sistema democrático de gobierno a partir del año 1989 con la caída del Gral. Alfredo Stroessner, quien estuvo al frente del Poder Ejecutivo durante treinta y cinco años. Es así que, desde el punto de vista del constitucionalismo, se asiste a la creación de un órgano especial que atiende las demandas de control de constitucionalidad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema que, si bien, forma parte del Poder Judicial se constituye en una Sala autónoma con decisión exclusiva en materia de constitucionalidad.

Este trabajo de investigación se propone como objetivo, analizar el desempeño de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, en materia de control de constitucionalidad. De ahí a que esta tesis formule como principal pregunta de investigación la siguiente: ¿Cómo deciden los jueces constitucionales en Paraguay? La pregunta es compleja, y se disgrega, a su vez, en otras preguntas: ¿La Sala Constitucional se encuentra legitimada para administrar conflictos políticos y sociales?, ¿Cuáles son las causas que

pueden interferir en las decisiones judiciales? ¿Es ejemplo de un nuevo protagonismo judicial? ¿Contribuye a la formación de políticas públicas? Estas preguntas para ser respondidas imponen, indefectiblemente, que se realice un abordaje en dos frentes, uno teórico y otro empírico.

Para el desarrollo de la tesis, se ha estructurado en cuatro capítulos. En el capítulo primero “*El positivismo jurídico frente al Estado Constitucional contemporáneo*”, se introducirá la crisis del positivismo jurídico y su paso a un neo constitucionalismo. Se pasará revista a los principales doctrinarios de Derecho, de la Ciencia Política y la Filosofía del Derecho, a fin de explicar la manera en que ha ido evolucionando la visión del juez constitucional, su actividad como método de interpretación del Derecho Constitucional y por supuesto, el quehacer judicial dentro de este nuevo paradigma.

En el capítulo segundo, “*La administración de conflictos políticos y sociales como nueva forma de intervención judicial*” se ahondará plenamente en el debate teórico sobre la judicialización de políticas. Se partirá del concepto del juez estructural dado por el profesor de la Universidad de Yale (EEUU), Owen Fiss en 1979, lo cual permitirá comprender respecto de la expansión judicial y los cambios ocurridos en la judicatura. Este concepto abre otra discusión respecto de la legitimidad democrática de los jueces constitucionales para decidir en este tipo de casos. La experiencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sirve de antecedente para la construcción de un nuevo modelo de justicia constitucional, y se intentará justificar la necesidad de extrapolar dicho análisis a nuevos casos en América Latina, tomando en consideración el contexto social y político en particular. Se pondrá especial énfasis en delimitar el concepto de judicialización de políticas para diferenciarlo del activismo judicial y se propondrá una serie de indicadores para la medición de judicialización de políticas.

El capítulo tercero *“La justicia constitucional en Paraguay”*, se hará una descripción del modelo de justicia que tiene este país, para lo cual se toma como punto de partida el contexto histórico y político en que se desenvuelve. No se abundará en detalles del ordenamiento jurídico pues no es la premisa de esta tesis, sino simplemente para comprender el funcionamiento de la justicia constitucional y cuál es el modelo de judicatura adoptado. Para ello, se pondrá especial interés en el sistema de selección de los magistrados de la Corte, a partir del sistema establecido en la constitución nacional a fin de determinar posibles interferencias que pueden tener los jueces constitucionales a la hora de dictar sus sentencias.

En el capítulo cuarto *“El desempeño de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay”*, se realizará un estudio a profundidad del quehacer judicial, a partir de las sentencias dictadas desde la Constitución de 1992. Se tomarán solamente las sentencias sobre derechos sociales, en los que se puede analizar el impacto de la labor de la judicatura en la administración de conflictos de este tipo, excluyéndose los eminentemente políticos para evitar confusiones con el activismo judicial y la doctrina de las cuestiones políticas.

MARCO TEÓRICO

1. EL POSITIVISMO JURÍDICO FRENTE AL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO.

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

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

desarrollados en el capítulo siguiente, la judicialización de políticas y el activismo judicial como dos caras de la misma moneda.

1.1. El nuevo paradigma del Estado Constitucional

La constitucionalización de los derechos es producto de un cambio estructural en el ámbito jurídico, concepto propio de un Estado constitucional moderno que se sustenta en el positivismo jurídico, doctrina que apunta a la ley como único fundamento para la interpretación y la aplicación del derecho.

La constitucionalización de los derechos supone no solo la aparición de códigos políticos, sino que implica la concurrencia de causas más sutiles y profundas, como la perdurabilidad de la conciencia constitucional, la buena fe y la honestidad, en la Carta Magna, la redefinición de su naturaleza y funciones, con sujeción a los derechos inalienables de la persona, a cuyo servicio deben estar el Estado y el Orden internacional (Cea Egaña, 1996).

La llamada constitucionalización de los derechos supone la positivización de los derechos en una Constitución. Diversos países en la Europa Continental como Francia, España, Italia y Alemania introdujeron cambios importantes en sus ordenamientos jurídicos a partir de la creación de los Tribunales Constitucionales¹. Comanducchi (2009) en (Comanducci, Ahumada, & González Lagier, 2009) señala que “*Se trata de un proceso al*

¹ En Europa ocurre una mundialización de la justicia constitucional, cuyo proceso ocurrió en tres momentos históricos: la primera ola entre las dos guerras mundiales cuando ven la luz los tribunales de Checoslovaquia en 1920, Austria en 1920, Liechtenstein en 1921, que tiene además la particularidad de ser el único tribunal que se ha mantenido vigente permanentemente, lo que lo convierte en el más antiguo de Europa dado que en el caso de Austria y Checoslovaquia su funcionamiento fue irregular en atención a distintos acontecimientos ocurridos durante la primera mitad del siglo XX, y España en 1931; mientras que la segunda ola comienza al término de la segunda guerra mundial y concluye en la década de los sesenta, en ella toma nota de la reinstauración del Tribunal Constitucional de Austria en 1945, la creación de otros, como los tribunales constitucionales de Italia en 1948 y de Alemania Federal en 1949, de Francia en 1959, de Turquía en 1961 y de la antigua Yugoslavia en 1963. Luego a lo que denomina la tercera ola, en los principios de la década de los 70 y 80, se da la creación de los tribunales constitucionales de Portugal en 1976, España en 1978, Bélgica en 1983 y Polonia en 1985. Nogueira (2003) en Aragon (2009).

término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución”.

La corriente jurídica dominante del estado constitucional en sus inicios fue el positivismo jurídico², donde el Derecho por el solo hecho de ser derecho, es justo, y sirve en su máxima existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de sus fines deseables tales como la orden, la paz, la certeza, y, en general, la justicia legal (Atienza & Manero, 2007). Para esta corriente, la ley es el principal argumento, que no tiene en cuenta su contenido, sino que considera a la norma un fin en sí misma, y en razón de su existencia debe ser interpretada y aplicada por la judicatura³.

El positivismo jurídico como *ciencia de la legislación positiva*, pone en punto de unión al derecho con el principio de legalidad, la cual presupone la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Esto supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho, esto es, los derechos y la justicia, a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, y lo conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador (Zagrebelsky, 1995).

El positivismo jurídico sustentaba pues a un constitucionalismo rígido basado en constituciones rígidas, con un cuerpo de normas inmutables. Sin embargo, en la segunda guerra el cambio de paradigma de un constitucionalismo liberal basado en libertades

² Norberto Bobbio (1965) hizo una distinción de la expresión “positivismo jurídico” en tres sentidos: 1) conceptual, como teoría del derecho y; 2) metodológico, como enfoque o modo de acercarse al estudio del derecho; 3) ideológico, el positivismo como ideología. Es en este último sentido cuando trata de explicar al positivismo que servía de sustento al Estado Constitucional moderno (Atienza & Manero, 2007).

³ Esto ocurría dentro de un Estado liberal, una sujeción de la administración y de la jurisdicción a la ley. Se afirmaba un estado legislativo a través del principio de legalidad, el cual expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento, ni siquiera la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales). La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime*. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho (Zagrebelsky, 1995)

individuales se transforma en un constitucionalismo abierto a los derechos sociales, políticos y económicos. De esta manera se habla de un constitucionalismo contemporáneo que, a decir de algunos autores, es la vertiente política de este nuevo Estado Constitucional que procura superar el positivismo característico del estado moderno (Copetti & Santi, 2013).

La Segunda Guerra Mundial y la derrota del nazi-fascismo crearon el clima propicio para el surgimiento del estado constitucional actual. La Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Constitución italiana de 1948, la ley fundamental de la República Federal de Alemania de 1948, dieron un valor a la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos. Ambos principios que fueron rechazados absolutamente por el nazi-fascismo y que precisamente se constituyen en la negación de este. Se produce así, un cambio en la naturaleza de la legalidad positiva del Estado constitucional de Derecho, pues ya no es condicionante, sino que esta misma legalidad es condicionada por su contenido (Ferrajoli, 2001).

El movimiento constitucional de las posguerras mundiales presenta críticas a este modelo imperante, y se adopta una posición diferente, en la cual el derecho y la moral encuentran puntos de unión, cada vez más crecientes, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Surge entonces una nueva corriente bautizada con el nombre de “neoconstitucionalismo” que encamina a una conexión entre derecho y moral como una antítesis de la separación adoptada por el positivismo (Alvarez, 2014).

El término “neoconstitucionalismo” es una etiqueta utilizada por algunos integrantes de la escuela genovesa de teoría del Derecho –Susana Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci - que comenzaron a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, multiplicándose después a Europa y toda Latinoamérica (Comanducci, Ahumada, & González Lagier, 2009).

Ahora bien, como movimiento iusfilosófico, el neoconstitucionalismo habría comenzado a fraguarse en los años sesenta, para adquirir carta de naturaleza ya en los setenta, con un hito en la célebre polémica Dworkin-Hart. Desde entonces el neoconstitucionalismo gana terreno favorecido por el fenómeno de la progresiva constitucionalización del derecho, Ahumada (2009) en (Comanducci, Ahumada, & González Lagier, 2009).

El neoconstitucionalismo es fruto del proceso de la constitucionalización de los derechos al cual pretende superar, y en un sentido suplantarlo al positivismo jurídico como también al naturalismo. Comanducci (2009) en (Comanducci, Ahumada, & González Lagier, 2009), hace una distinción entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. El primero fue una ideología dirigida principalmente a la limitación del poder y la defensa de libertades individuales; mientras que intenta una clasificación tripartita del neoconstitucionalismo, en: teórico, metodológico e ideológico, similar a la realizada por Bobbio (1965) respecto del positivismo; y realiza una explicación de cada uno de ellos. El neoconstitucionalismo no se presenta solamente como una ideología, y su correlativa metodología, sino también, y explícitamente como una teoría concurrente con la positivista, que pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales.

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

En efecto, el positivismo jurídico ahora es incapaz de servir como herramienta dentro de la nueva realidad del Estado constitucional, porque existen juicios de valor subyacentes a las directivas de los sistemas jurídicos. El acentuar casi exclusivamente la dimensión directiva de las normas tiene como consecuencia el que quede descuidada, o al

menos comprendida como subordinada, su dimensión valorativa. Los conflictos entre principios de Derecho Constitucional se resuelven necesariamente más allá de lo que el constituyente ha ordenado y no pueden hallarse en otro lugar más que las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en los juicios de valor que subyacen a las mismas (Atienza & Manero, 2007).

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

De ahí la importancia en señalar al neoconstitucionalismo como ideología y no reducirla simplemente a un debate dentro de la teoría del Derecho. La discusión significativa se realiza desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, y es precisamente en este, que resaltan la posición de Alexy (1994), Dworkin (1986), Nino (1985) y Zagreblesky (2008), quienes afirman que no debe sostenerse de que exista nítida separación entre el Derecho y la Moral, pues ambas proveen de fundamentos al Derecho Constitucional. En tanto Raz (1991) y Alchourron & Bulygin (1991) niegan la conexión entre ambos. Mientras que algunos tienen una posición contingente; aquí se encuentran Hart (1998), Carrió (1986), Moreso (2004) y Prieto Sanchís⁴ (1997), que afirman la conexión no necesaria entre ellas pero subsistentes.

⁴ Este autor propone que la relación entre derecho y moral no sucede de norma a norma sino que se da en el centro del ordenamiento jurídico a través de la Constitución, cuyos principios con contenido moral impregnan ese ordenamiento mediante el control constitucional y su aplicabilidad a través de la labor interpretativa de los jueces. A esto señala como simbiosis entre Constitución y Jurisdicción.

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

No fue sino Dworkin (1986), quien se constituyó en uno de los principales exponentes de la ideología neo constitucionalista. Con su tesis de la solución correcta, en la que argumenta que el derecho es formado no sólo por reglas, sino también por principios fundamentales, las que tienen su fuente en una moral objetiva, que a su vez puede tendencialmente llegar a ser totalmente determinado. Para esta tesis los principios informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante.

El modelo positivista es incapaz de describir correctamente el derecho. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. Se habla entonces de la función garantizadora del juez no creadora, de esta manera se utiliza la teoría como criterio de solución de conflictos sociales (Dworkin, 1986)

Zagrebelsky (1995) coincide en la decadencia del positivismo jurídico, sin embargo, reconoce la existencia de resabios de esta ideología en la actitud de la judicatura, y si todavía no ha sido abandonada es por la fuerza de la inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos históricos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado.

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

1.2. Transformación de la visión acerca del juez constitucional

Si para el constitucionalismo de los siglos XVIII Y XIX las decisiones eran discrecionales y limitadas⁵, en la que las constituciones solo pretendían un equilibrio de poderes, ya en el constitucionalismo del siglo venidero y más especialmente de éste, se produce una transformación del rol de las constituciones no solo en el ámbito jurídico, sino sobre todo en lo político y socioeconómico⁶.

La visión del juez constitucional también se transforma en la medida en que las tradiciones jurídicas constitucionales cambian. Es aquí donde tiene mucha relevancia el desarrollo de los modelos norteamericano y británico – *common law* - y el europeo continental –*civil law* - dependiendo de la ideología adoptada por cada uno de estos modelos⁷. Estas formas clásicas contribuyen a explicar por qué la judicatura ha sido forjada

⁵ Un interesante aporte realizado por Zagrebelsky (1995) permite entender el funcionamiento de los Estados donde imperaba el principio de legalidad, en la que los jueces estaban subordinados a la ley, se trataba de sancionar definitivamente la degradación de los cuerpos judiciales a aparatos de mera aplicación de un derecho no elaborado por ellos y la eliminación de cualquier función de contrapeso activo, del tipo de la desarrollada en el Antiguo régimen por los grandes cuerpos judiciales.

⁶ En la historia del Derecho Constitucional, el llamado Constitucionalismo Clásico, propio de los siglos XVIII y XIX entró en crisis, porque entró en crisis el modelo del estado liberal o el liberalismo, y de cuya consecuencia también entró en crisis el principio de legalidad del positivismo que definía a la ley como deber ser objetivo, inmutable, formal e impersonal. Frente a este enfoque surge el constitucionalismo social, mediante la concepción socialista del Estado desarrollada inicialmente por Engels, y luego por Marx, quien ejerció mayor influencia con su interpretación económica de la historia dado a conocer con su *Manifiesto Comunista* de 1848. Concomitante a ella, la otra corriente que influye notoriamente en la formación del constitucionalismo social es “la doctrina social católica” que, con la Encíclica *Renun Novarum* (De las cosas nuevas) del Papa León XIII de 1891, llamada La Carta Magna de los Trabajadores, y que fuera complementada por la Encíclica *Quadragesimo Anno* del Papa Pio X, que condena la lucha de clases, otorga una función primordial general al Estado en la consecución del bienestar general y establece los derechos fundamentales del trabajador. En esta línea del constitucionalismo social se destacan las constituciones de México de 1917, República de Weimar de 1919, Polonia de 1921, Austria de 1920, España 1931, Perú 1933, Brasil de 1934 1937, Paraguay y Cuba de 1940, entre otras (Feoli, 2012).

⁷ No se hará una profundización de ambas vertientes jurídicas, porque esta tesis no es una tesis de derecho ni mucho menos. Tampoco interesa su evolución histórica, sino simplemente importa la posición que ha sido dada al juez y a la conceptualización del derecho. Feoli (2012) expone al respecto que el *civil law* tiene su génesis en el derecho romano, el cual recibe la influencia determinante del derecho canónico. Esta tradición jurídica ha privilegiado el desarrollo del derecho civil y la codificación de las normas jurídicas. Muchos países de Europa

según unas características específicas que hacen que su papel en el entramado democrático pueda favorecer o no ciertos perfiles y que las transformaciones, de haberlas, traigan consigo un impacto distinto (Feoli, 2012).

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

En la tradición jurídica del *common law* los jueces se han distinguido por asumir una posición de más autonomía, lo que permitió que el poder judicial ocupara un lugar simétrico respecto de los otros poderes. De esta manera se asignó un peso significativo al derecho que surge de los pronunciamientos jurisprudenciales. Dicha dinámica consolidó un sistema de pesos y contrapesos (Feoli, 2012).

Desde la tradición del *civil law*, la posición de los jueces fue menos incisiva. La administración de justicia estaba subordinada en sus inicios a los órganos políticos representativos, u otros poderes del Estado denominados poderes políticos, y a las normas que estos dictaban. Se basaban en una idea profundamente arraigada del principio de separación de poderes, es decir, la división en compartimentos estancos del poder. Hubo una resistencia

continental –como España o Italia- y los de América Latina adoptaron este sistema jurídico. En cuanto a la familia del *common law* su origen data del siglo XI en Inglaterra, y se caracteriza, en el punto reseñado, porque la creación de las normas jurídicas no se agota en la ley escrita. A través de las decisiones contenidas en las sentencias judiciales se ha entendido, tradicionalmente, que también nace el derecho. El principio sería que es posible extraer reglas generales de los precedentes judiciales que se asumen como guías normativas para que los jueces, cuando tengan que resolver casos semejantes, se apoyen en esas resoluciones anteriores. En esta familia jurídica, principalmente, están comprendidos los sistemas del Reino Unido, las naciones de África, América y Oceanía que participan de la *Commonwealth*, la mayoría de los cuales aplican el derecho inglés y reconocen al monarca del Reino Unido como jefe de estado y los Estados Unidos de América.

a que los poderes traspasasen las competencias asignadas a cada uno para ejercer algún tipo de control sobre los otros (Autel Barros, 1998)

Ejemplos característicos del *common law* son el británico y el norteamericano, mientras que del *civil law* se tiene a los de Europa continental. Autel Barros (1998) aborda con extremada precisión ambas tradiciones, exponiendo que los países de tradición europea continental contaron con una judicatura de centenares de funcionarios, con no mucho prestigio y sí con muchísimas responsabilidades disciplinarias, civiles y penales, así como con una escasa participación popular en la administración de justicia. También se distinguieron por poseer sistemas jurídicos –sustantivos y procesales- muy detallados y nada flexibles. Mientras tanto, en los países de cultura jurídica anglosajona hubo una magistratura reducida, muy independiente, basada en una autoridad fuerte –que en algunos casos se origina en mecanismos de elección popular-, vinculación popular con la administración de justicia y sistemas jurídicos más flexibles basados, principalmente, en la costumbre y el precedente judicial. Como puede intuirse, se trata de diferencias que inciden en la definición de dos modelos de juez.

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

En los países de tradición anglosajona el juez se configura como conciencia jurídica de la sociedad por lo que está dotado de amplios márgenes de maniobra para decidir. Su actuación como conciencia jurídica no se reduce a un ejercicio legalista y positivista, sino a la búsqueda de soluciones justas sobre la base de un análisis de las posibilidades que puede ofrecer una norma jurídica. El juez no es visto como un burócrata. Cosa distinta sucede con el juez de tradición continental europea –el juez “boca de la ley”⁸– que se ajusta a las rigideces del sistema legal y de allí no puede apartarse. Existe rechazo, cuando no horror, a cualquier desplazamiento, por minúsculo que sea, al terreno de lo metajurídico. El juez es un burócrata más que limita su participación, en el funcionamiento de la democracia, a aplicar automáticamente las normas jurídicas dictadas por los otros órganos del Estado (Feoli, 2012)

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

El juez de la tradición continental europea con base en una serie de elementos – institucionales, culturales, históricos y políticos- fue concebido como un funcionario público que resolvía conflictos, especialmente entre particulares, y cuya tarea quedaba cumplida al aplicar a un supuesto fáctico el contenido de las normas jurídicas que le venían dadas por los otros poderes públicos. Estaba fuertemente controlado por factores externos e internos de la

⁸La expresión fue utilizada por Montesquieu (1750): “*Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’ en peuvent moderer ni la force, ni a rigueur*”

propia estructura judicial. El margen para que, mediante sus pronunciamientos, se incidiera a un nivel más general, más allá de casos concretos, fue más bien escaso (Feoli, 2012).

Siguiendo al mismo autor, señala que el juez del sistema del *civil law* ha sido visto como un ente pasivo e huidizo que se negó a impactar los modelos de sociedad en los que se encontraba inmerso. Ha estado encerrado en un aparato judicial que lo constreñía a subsumir simplemente hechos en normas formales.

Pero surge la interrogante del por qué sucede esto. Y quizás la respuesta tenga un poco que ver con el tipo de juez que se tenga, del sistema de acceso al cargo o de selección de los jueces y de las garantías de independencia que estos poseen de las posibles interferencias en su actuar, principalmente las influencias externas. No obstante, tal inquietud será desarrollada en capítulos posteriormente. Aquí solo se detiene en la visión que se tiene de cada juez de acuerdo a los modelos de las tradiciones jurídicas.

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

No puede dejar de observarse que de acuerdo a la teoría de la división de poderes propugnada por Montesquieu⁹, lo que se pretendía era que un Poder sirva de contrapeso al otro, de tal manera a que ninguno de ellos ostente el poder público. En el mismo sentido, y en el Constitucionalismo Británico, basado en las ideas forjadas por John Locke e inspirada en la doctrina liberal, el Parlamento, poco a poco, fue volviéndose fuerte en la creencia de

⁹ En este punto vale aclarar que la separación de poderes no fue idea originaria ni de Montesquieu en Francia, ni de Locke en el Reino Unido, sino que de Aristóteles en su obra “La política”, en la que refiere que el: “*En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente. Una vez bien organizadas estas tres partes, el Estado todo resultará bien organizado; y los Estados no pueden realmente diferenciarse sino en razón de la organización diferente de estos tres elementos. El primero de estos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el cuerpo judicial*” (Barrios González, 2013)

limitar el poder absoluto del monarca¹⁰, el cual supone una evolución sin rupturas en el reino unido del Siglo XVII. En cuanto a la magistratura norteamericana se fue forjando con problemas propios de un estado en formación. Trae las ideas de Montesquieu pero en contrapartida, otorga mayor preponderancia a un poder judicial ante posibles excesos de los otros poderes, principalmente del Legislativo (Jiménez Asensio, 2005).

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

El constitucionalismo europeo continental, con sustento en las ideas de la Revolución Francesa, se aleja de lo visto en las otras dos tradiciones constitucionales. A diferencia de Reino Unido, en el caso francés sí hubo un momento de ruptura. Para finales del siglo XVIII continuaba funcionando una monarquía absoluta que de alguna manera explica esa fractura violenta y revolucionaria que marca el proceso constitucional francés que, en un principio estuvo lleno de errores e indefiniciones conceptuales, diez constituciones en pocos años son sólo prueba de ello. Algunos propugnaban por un sometimiento a la constitución y por un posicionamiento más relevante de los jueces. Sin embargo, prevaleció un *legicentrismo*, esto

¹⁰ Esta teoría de separación de poderes fue incorporada a los textos constitucionales, constituyéndose en la base de la estructura del Estado y su organización. El efecto inmediato es que se disminuye el Absolutismo en Europa, logrando, en efecto, la creación de gobiernos más liberales y menos absolutos, encausados en la proclama del respeto a las garantías individuales aunque no se hicieran efectivas (Barrios González, 2013).

es una fe absoluta en el legislador y en la simple aplicación por parte del Poder Judicial de las disposiciones dictadas por el parlamento (Jiménez Asensio, 2005).

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

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

1.3. El juez constitucional como agente de cambio social

Las transformaciones que ha ido sufriendo la justicia constitucional no se limitan al texto legal, pues esencialmente tienen que ver con el accionar de la judicatura, traducida en la labor de los jueces. En ese sentido, es interesante la división efectuada por Sagüés (2010) en el concepto de “agente”¹¹, una es como convalidante y otra como promotor. En el primero, es decir, como agente convalidante, el juez constitucional solo convalida los hechos, no modifica. Un ejemplo de ello es el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos

¹¹ Esta distinción surge a partir de la inquietud motivada durante una visita realizada a Buenos Aires por Willian Koski, docente e investigador de la Universidad de Stanford, quien planteaba en términos contundentes la alternativa de que la Justicia puede y debe generar cambios sociales, cuando aquellos llamados u obligados a hacerlo, no lo hacen.

que en la década del 30 durante un serio conflicto ideológico y jurídico, después de verificar la inconstitucionalidad de varias leyes dictadas bajo la presidencia de Franklin D. Roosevelt, y conocidas con el nombre de *New Deal* o nuevo trato, terminó años después por consentirlas. Modifica su posición y las admite como constitucionales, y que desembocó en un sesgo político y social que permitió al Estado ser un estado de mayor regulación en el área económica. Adopta una postura consecuente con los intereses de los otros actores políticos, o más bien de acompañamiento o confirmación constitucional.

En el segundo ocurre como *agente de promotor* del cambio social. En ella los jueces constitucionales actúan como actores principales, pues adoptan un activismo mucho más manifiesto. Estos cambios sociales se refieren no solo a aquellos de naturaleza económica, sino política, cultural, educativa, religiosa, etc. (Sagüés, 2010). El juez constitucional no es un aplicador automático del derecho, porque debe considerar las frecuentes repercusiones políticas, económicas, sociales y culturales que sus resoluciones tendrán en la sociedad. El Derecho Constitucional no puede distanciarse de la política¹², no puede abstraerse de esa realidad, por lo tanto los jueces constitucionales tienen una relevante dimensión política (Solís, 1999).

La actividad del jurista o del juez es esencialmente lógica. El Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano, y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice, sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar (Atienza & Manero, 2007).

Sin embargo, el propio Sagüés (2010) reconoce la renuencia a este rol de la jurisdicción constitucional como agente de cambio social. Uno de los argumentos es justamente la legitimidad de la justicia para decir más de aquello que la ley propone, más

¹² Este concepto está totalmente alejado de lo que Kelsen (1986) construyó en el sentido de que el análisis jurídico no debe estar contaminado por aspectos políticos, ideológicos o valorativos (Solís, 1999).

allá de la tesis de Montesquieu sobre los jueces, como mero aplicador de la ley, casi técnico y robótico, una suerte de “operador tribunalicio”. En palabras de Sagüés (2010, p. 15) “Disponer un cambio social sería un asunto “político”, propio del Parlamento y del Poder Ejecutivo, ajeno al quehacer “jurídico” de los tribunales”

La doctrina negativista y que sostiene al juez mero aplicador de la ley, es la doctrina llamada de “las cuestiones políticas no justiciables¹³”. Para esta, hay cuestiones que no pueden salir del ámbito político, y están reservadas únicamente a ellas, no están sometidas al escrutinio judicial de constitucionalidad. En fin, son asuntos políticos y no jurídicos.

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

¹³ La tesis de la *political questions* tiene su origen en la célebre sentencia a partir del caso MARBURY vs. MADISON, en el año 1803, en la que corte estadounidense presidida por el *Chief Justice* John Marshal asevero que “La competencia de la Corte es, solamente, para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir cómo el Poder Ejecutivo, o los funcionarios del Poder Ejecutivo, desempeñan deberes en los cuales tienen completa discreción. Cuestiones en su naturaleza política, o las que, por la constitución o las leyes, están sometidas al Poder Ejecutivo, nunca pueden ser decididas por este Tribunal” Linares Quintana, S. (1978) en Sagüés (2012).

concretas ante el silencio del órgano legislativo intimándolo a sancionar la normativa faltante en el ordenamiento jurídico (Sagüés, 2010).

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

- a) Intérprete sistemático y conforme de la normatividad: no solo acude a la interpretación sistemática o normativa, sino que aplica la norma desde la óptica de los derechos humanos – principio *pro homine* – o “cláusula de la interpretación conforme¹⁴”.
- b) Atiende al orden jurídico nacional e internacional: el nuevo juzgador de perfil humanista no reduce su interpretación a la normatividad nacional, sino que y sobre todo atiende a los principios de los derechos humanos fundamentales de orden internacional.

c) su argumentación es innovadora, pues exige la superación de formulismo o rigorismos técnicos previstos en las leyes, y bajo la argumentación jurídica innovadora han roto esquemas tradicionales para que los ciudadanos accedan efectivamente a la justicia constitucional.

d) tiene actitud creativa-humanista; innova la norma, haciendo uso de nuevas herramientas hermenéuticas facilitadas por el derecho constitucional. Los juzgadores se convierten no solo en promotores de los derechos fundamentales, sino en la autoridad que garantiza su aplicación.

e) su actualización es permanente; el conocimiento es dinámico y la actividad cambiante, y es así que los asuntos de una misma temática pueden tener diversas alternativas

¹⁴ En palabras de Ferrer Mac-Gregor (2012, pag. 123) en Muñoz Alvarado (2014), se trata de una: “*Técnica hermenéutica para armonizar los derechos constitucionales, con los valores, principios y normas de los tratados internacionales de Derechos Humanos, signados por los Estados, así como con la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección*”.

de solución y solo la actualización constante permite visualizar la más adecuada para cumplir de manera eficaz y eficiente la delicada función jurisdiccional encomendada.

f) es actor académico; es de suma importancia que el juez se interese en la función académica porque se vincula con el compromiso social de los juzgadores. De ahí la importancia fundamental de los consejo de la judicatura en la formación de los profesionales de la judicatura.

g) desempeña su función con valentía; el juez no debe tener temor a la hora de resolver los conflictos que son requeridos para su juzgamiento.

El papel de la justicia constitucional está determinado por el perfil del juez que, como agente promotor de cambio social, tutela los derechos fundamentales e inaugura una nueva forma de entender la constitución preexistente, impactando en la sociedad en su conjunto.

“En países en transición a la democracia que vienen de períodos de extrema brutalidad impulsada por el Estado por el disenso social o la guerra, las cortes pueden dar un importante ejemplo de moralidad (liberal) y de ciudadanía democrática” (Hilbink, 1999, pag. 501)

2. LA ADMINISTRACIÓN DE CONFLICTOS POLÍTICOS Y SOCIALES COMO NUEVA FORMA DE INTERVENCIÓN JUDICIAL

El discurso de los Derechos Humanos fundamentales introducido por las democracias contemporáneas pone al tapete la articulación e implementación de un nuevo estado democrático de derecho, como lo es el neoconstitucionalismo (Cousso, 2010). En este contexto, las cortes son protagonistas del quehacer político, dado su creciente importancia en ese campo en contraposición a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. Boscán (2010) señala que el control de constitucionalidad realizado por los jueces sobre los actos políticos ha sido materia inagotable tanto en la ciencia política como en el derecho, pues la noción de que los jueces controlen la compatibilidad de las leyes con la constitución política de los Estados se conocía únicamente en los Estados Unidos mediante la *judicial review* hasta la segunda mitad del siglo XIX.

En ese orden de ideas, el Poder Judicial como poder contra-mayoritario¹⁵ en un Estado de Derecho tiene esencialmente una función política. Más allá de decir puramente el Derecho, el Poder Judicial tiene a su cargo la realización de principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema democrático.

¹⁵ Sobre el concepto de poder contramayoritario véase Ackerman (1991)

La creciente importancia de la actividad judicial promueve un viraje hacia la forma en que el poder judicial interviene y procesa conflictos políticos. En otras palabras, si antes la preocupación era la dependencia del Poder Judicial del poder político, la balanza ha comenzado a inclinarse hacia la preocupación por la dependencia del poder político de las decisiones judiciales (Ansolabehere, 2005). En la presente investigación se orienta –en esencia- al actor principal de esa intervención, es decir, a los tribunales constitucionales. Entiéndase que en todo momento, la referencia es específicamente al caso estudiado, al juez constitucional.

El papel que juegan las Supremas Cortes de Justicia es esencialmente un empoderamiento tal en la que modifican sus doctrinas de las cuestiones políticas no justiciables ampliando los márgenes de la jurisdicción del derecho sobre las cuestiones políticas. Dicho de otro modo, se amplían cada vez más las atribuciones de los poderes judiciales para actuar como árbitro entre poderes políticos, entre poder político y ciudadanía, así como para controlar que las decisiones políticas sean compatibles con la constitución (Ansolabehere, 2005).

Se ha dicho en el capítulo precedente que para la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables la frontera entre la política y derecho se hallan absolutamente delimitadas. Con ello se quiere significar que a cada ámbito cada hecho o circunstancia, y que, el Derecho no puede ni debe inmiscuirse en conflictos de naturaleza política. La tensión entre derecho y política se vuelve más candente si se analiza judicializar los casos políticos. De hecho el establecimiento de la frontera entre ambas doctrinas ha sido tema de discusión tanto para juristas como para politólogos¹⁶.

¹⁶ Para una mejor discusión desde la teoría política moderna, señala Ansolabehere (2005) que el debate puede encontrarse en Kant (1993), Bobbio (1999), Hamilton et al., (2001), Montesquieu (2001), Hobbes (2001) y sigue matizando las discusiones contemporáneas Ferrajoli (2002), Habermas (2000), Guarnieri y Pederzoli (1999), Sunstein (2000), O'Donnell (1994, 2000), Linz y Stepan (1997), Diamond, et. al, (1997, Elster y Slagstad (1999), Nino (1997), Ely (2001), Bickel (1978), Schapiro (1988), Golpeen, et al., (2004).

Además de administrar conflictos políticos, en doctrina de la Ciencia Política se debate acerca de un nuevo *poder de agenda* de la judicatura, pues el Poder Judicial se convierte en un actor capaz de obligar a las instituciones representativas a abordar ciertos problemas, deliberar sobre las distintas soluciones en juego, aprobar reformas y controlar el proceso de ejecución de las mismas (Linares S. , 2008). Progresivamente se asiste a una intervención judicial en la que dirimir litigios no se reduce a esferas privadas sino que a arbitrar disputas respecto de los derechos sociales, económicos y culturales, llamados en la Ciencia Jurídica los derechos de segunda generación por su aparición posterior a los civiles y políticos, con lo que una resolución de litigios no se reduce a los derechos políticos sino también a los derechos sociales.

La creación de los tribunales constitucionales sumado al incremento de las demandas políticas y sociales ante dichas cortes, ha permitido que el Poder Judicial se muestre más dispuesto a ejercer un contrapeso a los poderes Ejecutivo y Legislativo (Sieder, Schjolden, & Angell, 2005).

En este capítulo se pretende establecer el origen del concepto de “la judicialización de políticas”, para lo cual se partirá de la definición del “juez estructural” desarrollado por el profesor de Derecho de la Universidad de Yale, Owen Fiss en 1979, y la construcción de ese modelo de la judicatura a partir de los fallos jurisprudenciales que fueron ejecutándose en la justicia norteamericana inicialmente, y su extrapolación a América Latina, lo que permitirá caracterizar este tipo de actuación judicial y diferenciarlo del “activismo judicial”.

2.1. El modelo de judicatura desde la construcción del juez estructural de Fiss.

Owen Fiss, en 1979, luego de una serie de fallos emitidos por la corte norteamericana, se planteó cuál podría ser la contribución de la judicatura en la definición de los valores que se encuentran contenidos en una constitución política. Lo hizo a través de un

artículo “*The forms of justice*” el cual, varios años después, sigue dando algunas pistas acerca de las consecuencias del empoderamiento de los jueces en ámbitos que superan la simple resolución de los conflictos entre dos partes en litigio, porque pasan a decidir cuestiones mucho más complejas y de orden colectivo. El trabajo de Fiss constituye el primer aporte acerca de la construcción de un nuevo modelo de judicatura, y en teorizar sobre el tema del activismo judicial o los conceptos que guardan alguna suerte de parentesco con él (Feoli, 2012). Con esto, Fiss, da una explicación acerca de la apuesta a que jueces instalen valores compatibles con el Estado constitucional de Derecho.

Señala en su trabajo que esta nueva forma de litigio nace a partir de distintas decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos en los 50' y 60', presidida por el Juez Warren, llamada por algunos la Corte Warren,¹⁷ llamada así por quien fuera su presidente (*Chief Justice*) Earl Warren. El punto de partida es el caso *Brown vs. Board Education*. El objeto de dicho caso era el ejercicio del derecho a la educación en condiciones de igualdad, y esencialmente a la igual protección de la ley, que venían siendo violados de manera masiva y sistemática a través de las políticas de segregación racial practicadas en el sistema educativo de los Estados Unidos (Basch, 2010). En este caso, hubo dos decisiones asumidas por la Corte de Warren; en la primera, conocida como Brown I, declarándose que toda la política racial segregacionista hasta ese entonces propugnada por el gobierno estadounidense, era inconstitucional, y violatoria de derechos (347 US 483, del 17 de mayo de 1954). En la segunda decisión, conocida como Brown II, un año después, la Corte Suprema, en el entendimiento de que era insuficiente la simple declaración de inconstitucionalidad, ordena a los encargados de los asuntos públicos la realización de reformas necesarias para el

¹⁷ En el capítulo uno se ha dado los argumentos a favor y en contra desde el punto de vista ideológico con relación al rol político de las cortes constitucionales. En efecto, las obras de Hart (1977) y Dworkin (1986) puntualizan a la Corte Warren como la que introdujera el sistema de revisión judicial de los actos políticos y le dan una interpretación desde el punto de vista de los valores dentro de un Estado de Derecho.

cumplimiento del mandato constitucional, y ordenó, además, a los jueces la supervisión de esas reformas (349 US 294, 1955).

Los casos mencionados fueron producto de un esfuerzo de los tribunales para transformar radicalmente el *status quo* y reconstruir la realidad social. Se trata de una reforma estructural que se basa en la creencia de que los valores constitucionales no pueden ser plenamente garantizados sin efectuar cambios básicos en las estructuras de las organizaciones. La modificación de la doctrina “iguales pero separados¹⁸” convirtió en una oportunidad de vital importancia para las innovaciones procesales substantivas. El proceso de transformación se extrapoló a otros contextos de protección de derechos fundamentales como la seguridad de la persona, la protección de los abusos policiales y del trato humano en las cárceles, entre otros (Fiss, 1979).

Si bien el juez estructural de Fiss que explica un papel judicial activo, el propio autor plantea nuevas y distintas cuestiones respecto de la legitimidad de estos jueces. Estas cuestiones surgen del marco organizativo de la demanda estructural, del hecho de que el juez está respondiendo a una amenaza mediante la reestructuración de la organización, en donde la víctima ya no es un individuo-persona sino un grupo, un colectivo (Fiss, 1979). Sobre este debate, es decir, de la legitimidad de las decisiones judiciales que otorgan remedios estructurales se volverá con mayor amplitud en el siguiente capítulo, debido a la confrontación de posiciones en el debate doctrinario, lo cual es un aliciente importante para caracterizar al juez constitucional en las democracias contemporáneas.

¹⁸ Esta doctrina fue desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso: *Plessy v. Ferguson*”, mediante la sentencia 163 U.S. 537 del año 1896. El caso: *Plessy* era un ciudadano norteamericano de raza negra, residente en el Estado de Lousiana, quien pago un billete de primera clase para viajar en el ferrocarril del East Lousiana de New Orleans a Covington en el mismo Estado. Se subió al tren de pasajeros y se sentó en un asiento vacío en un vagón reservado para los pasajeros de raza blanca. El mismo fue expulsado de dicho vagón y fue encarcelado. En ese momento se encontraba en vigencia una Ley de la Asamblea General del Estado de Lousiana aprobada el 10 de julio de 1890, hecha y prevista para el efecto. *Plessy* acudió por constitucionalidad a la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuya sentencia estableció que la ley cuestionada no estaba en contra de la Constitución, resolviendo en forma desfavorable al planteamiento del accionante (Grau & Martínez, 2011).

El punto de partida se ha dicho que fue la obra de Fiss, pero concomitante a éste, y para explicar esta forma novedosa de intervención judicial, Chayes (1976) lo denominó litigio de Derecho Público, respecto de la legitimidad del rol del juez, y cuya principal característica era que los litigios no se generaban entre particulares acerca de sus derechos privados, sino que el objeto del litigio era la reivindicación de políticas constitucionales y legales. Para Chayes, la discusión no pasaba por el arreglo de disputas, sino más bien, si una política de gobierno podía ser llevada adelante (Basch, 2010). Posteriormente, Fiss considero que la denominación dada por Chayes era sobre abarcadora, entonces propuso otra nomenclatura y escogió una más específica “litigio de reforma estructural” (Basch, 2010).

A pesar de las diversas denominaciones iniciales, litigio de derecho público o litigio de reforma estructural, lo que se pretende aquí es establecer los indicadores para identificar la solución que otorgan los jueces constitucionales a los conflictos sean de naturaleza política o social, y que para este trabajo el enfoque se da hacia la judicialización de políticas.

2.2. La judicialización de políticas en sí.

La expresión “judicialización de la política o de políticas” –un concepto equivoco– alude a la relevancia que han adquirido las cortes de justicia en el campo político. De esta manera los conflictos que antes eran privativos de los poderes públicos –Ejecutivo y Legislativo– del Estado, o bien, de partidos políticos, sindicatos y otras instancias, son ahora resueltos en sede judicial, por tribunales de todo tipo, que utilizan el lenguaje de los derechos Glendon (1991) en (Cousso, 2004).

Cousso (2004) define de la siguiente manera: “*la judicialización de la política es un fenómeno multifacético y que reviste distintas significaciones, dependiendo de la modalidad de que se trate*”. Las variaciones se dan de acuerdo a si se trata de democracias consolidadas o democracias emergentes. En efecto, el caso de los Estados

Unidos a partir de la Corte Warren ha sido el ejemplo más característico de este tipo de participación política de la judicatura en una democracia consolidada. Sin embargo, cuando extrapolamos el concepto y la experiencia hacia América Latina, este fenómeno surge tan solo en la última década. En el mismo sentido Gisburg (2003) explica que la introducción de regímenes democráticos en los países de Europa oriental, África y América Latina,¹⁹ trajo consigo la inauguración de mecanismos de control judicial de la constitución, en el convencimiento de que ello sometería a los poderes públicos al imperio de la ley, a las reglas del derecho.

Domingo (2004) señala que la judicialización de la política significa, en primer lugar, una mayor presencia de la actividad judicial en la vida política y social; en segundo lugar, nos habla de que los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad se resuelven cada vez más en los tribunales; en tercer lugar, es fruto del proceso a partir del cual diversos actores políticos y/o sociales ven como ventaja recurrir a los tribunales con el fin de proteger o promover sus intereses.

¹⁹ Al terminar la década de los ochenta y principalmente durante el desarrollo de los noventa, varios países experimentaron un cambio en su sistema político, pues han establecido democracias electorales luego de convivir con largos periodos de regímenes dictatoriales. Samuel Huntington (1996), lo denominó “la tercera ola de la democracia”, y utiliza este concepto para referirse al proceso de diseminación de regímenes políticos democráticos entre 1974 y 1990. Durante esos años, más de 30 países iniciaron procesos de transición a la democracia, doblando el número de sistemas de tal índole que existían hasta ese momento. De acuerdo con Huntington, la primera “larga ola” democrática habría comenzado a comienzos del siglo XIX, con la expansión del sufragio en los Estados Unidos, extendiéndose hasta 1926, cuando el número de democracias alcanzó a 29. La “segunda ola democrática” habría partido inmediatamente después de la segunda guerra mundial, y hasta 1966, cuando se registraron un total de 36 sistemas democráticos en el mundo (Cousso, 2004). No obstante, a pesar del establecimiento de “democracias electorales”, muchos países a pesar de tener el título de “democráticos” –en realidad- se constituían en verdaderas dictaduras disfrazadas. Pero ello dependerá del concepto que se tenga de democracia. Sobre este debate existe mucha literatura, sin embargo, se citan algunos como Schumpeter (1942), Diamond y Platter (1993) Handelman y Tessler (1999:3), (O'Donnell et al., 1999) Karl y Schmitter (1996), Linz y Stepan (1996) Rogoswky (1998), entre otros. Estos procesos de transición y cambio de democracia electoral a otra de corte liberal, dieron lugar además a la necesidad de crear mecanismos de control entre poderes. De hecho, el Poder Judicial mediante su sistema de control constitucional ejerce de contrapeso a los demás poderes. O'Donnell (1998) señala que un elemento característico de una democracia liberal es la presencia de instituciones de control o *institutions of horizontal accountability* como mecanismos de control de los abusos de las autoridades elegidas por el pueblo, a lo que Cousso (2004, pag. 35) afirma que “Su terminología, sin embargo, puede ser sustituida por otras más clásicas, como “Estado de derecho” o “constitucionalismo”.

Hay una vasta literatura en el debate político sobre la judicialización de políticas en contextos de democracia consolidada y democracia emergente. Esto lleva a la necesidad de establecer ciertos factores que contribuyen a la caracterización del fenómeno estudiado, para que posteriormente se indague respecto de su existencia a partir de la evidencia empírica en América Latina, y específicamente del caso estudiado (Paraguay). Se parte de los estudios realizados por Neal & Vallinder (1995), Guarnieri & Pederzoli (1997), Epp (1998), Holland (1991), Shapiro & Stone Sweet (1994) y Kagan (1995).

Tate & Vallinder (1995) dicen que para la concurrencia de la judicialización de políticas, se deben detectar ciertos factores, institucionales y culturales, como: la presencia de un régimen democrático; un sistema de separación de poderes; una cultura de derechos; la debilidad de los partidos políticos o coaliciones de gobierno frágiles; es decir, cuando el Poder Ejecutivo no puede gobernar mediante partidos políticos disciplinados capaces de producir mayorías legislativas sólidas, será difícil que pueda desarrollar políticas públicas capaces de resistir el embate del uso opositor de los tribunales; y, por último, la delegación a las cortes de autoridad para tomar decisiones en ciertas áreas de las políticas públicas. Pero reconocen, sin embargo, que esta la judicialización de la política puede no darse, porque aún en condiciones favorables que la faciliten, el desarrollo real de la judicialización de la política requiere que los jueces tengan las actitudes personales apropiadas, y preferencias fuertes acerca del rol que desempeñan los otros poderes del Estado.

Guarnieri y Pederzoli (1999) en (Cousso, 2004), consideran que el factor principal se debe al rol que cumple lo que denominan “la estructura general del sistema político” en la judicialización de la política. Estos autores explican desde el punto de vista de la construcción de mayorías democráticas. Es decir que, en los sistemas mayoritarios de gobierno existiría una menor chance de judicialización de la política, ya que la posibilidad de

responder legislativamente de manera rápida a fallos constitucionales adversos reduciría el margen de maniobra de las cortes. Por el contrario, el Poder Judicial desempeñaría un rol político mucho más significativo en los sistemas políticos no mayoritarios, donde el poder se encuentra más disperso, sea como consecuencia de un federalismo robusto, la separación de poderes, o la representación proporcional.

La visión dada por Epp (1998) en (Cousso, 2004) en la propone un enfoque desde un estudio comparado sobre los factores, define, lo que sería para esta investigación, a la judicialización de políticas como *el proceso en virtud del cual una corte constitucional "crea o expande el número de derechos constitucionales"*. Al ocurrir esto, se producen lo que da en llamar *rights revolutions* o revoluciones de derechos.

Holland (1995) afirma que se requieren ciertas condiciones estructurales e intelectuales para un activismo judicial. Entre las características estructurales se encuentran: el federalismo, el contar con una Constitución escrita, la independencia del Poder Judicial, una carencia de cortes administrativas separadas, un sistema de partidos políticos competitivos, y mecanismos de acceso a las cortes constitucionales que faciliten un amplio acceso ciudadano a las mismas. Entre las intelectuales se encuentran ciertas tradiciones, doctrinas e ideas como la del Derecho común, el concepto de gobierno limitado, una alta autoestima en los jueces.

Shapiro & Stone (1994) en (Cousso, 2004), han argumentado que:

“El federalismo contribuye a legitimar el activismo judicial debido a la valiosa función que desempeñan las cortes superiores de justicia en preservar y dar más vuelo a los sistemas federales, lo cual a su vez provee a las cortes de suficientes grados de apoyo político para luego obligar al Estado federal a someterse a sus decisiones. En sus propias palabras: Puede suceder que las cortes constitucionales tengan una mayor influencia política cuando operan en sistemas políticos federales o cuasi federales. Su utilidad potencial como colaboradores del gobierno central en la difícil tarea de mantener los estados miembros bajo control, es un recurso político de tal magnitud que puede emplearse después para lograr obediencia para con sus decisiones, incluso en materias no relacionadas con el federalismo, y con respecto a decisiones que vayan en contra del gobierno central”.

Kagan (1995) da mayor relevancia al contexto político en donde se desarrolla la judicialización de políticas, al que denomino “legalismo adversarial”, el que sucede en los Estados Unidos. En este, existe un alto grado de activismo judicial, y que puede explicarse a cuestiones institucionales, históricas, y político–culturales específicas, que no necesariamente pueden reproducirse en otras latitudes. Este autor, identifica algunos factores que han contribuido al destacado papel que desempeñan en la formulación de políticas públicas las cortes de los Estados Unidos: 1) un alto grado de fragmentación política del sistema político; 2) un régimen federal fuerte; 3) un sistema presidencial de gobierno; y 4) partidos políticos relativamente débiles.

Los factores descritos podrían unirse a los elementos que Sieder, Schjolden, & Angell (2005) atribuyen al contexto latinoamericano, como: la débil eficacia de los derechos de ciudadanía, las inseguridades y las dificultades producidas por las crisis económicas, el fracaso de las políticas neoliberales para reducir la pobreza, circunstancias éstas que pudieron ocasionar el impulso al reclamo de derechos de los ciudadanos ante los tribunales de justicia constitucional.

2.3. La satisfacción de los derechos sociales mediante la realización de políticas públicas desde el Poder Judicial.

Los tribunales constitucionales tienen el poder de definir los valores constitucionales ejerciendo el control constitucional de las leyes como agentes sociales de cambio por una parte, y por otro, se constituyen en una herramienta institucional importante para los ciudadanos para ejercer sus reclamos ante el incumplimiento de los deberes del Estado en la protección de los derechos fundamentales. Basch (2010) confirma esta tesitura, esto es, que para el Poder Judicial no es lo mismo que la satisfacción de un derecho requiera una mera abstención del gobierno que ciertos cursos de acción específicos por parte de aquél, y ello tiene que ver con la forma y alcances en que los

tribunales constitucionales ejercen su control. De hecho, diferentes vulneraciones constitucionales requieren distintas formas de intervención judicial. En propias palabras del autor: *“Las mayores dificultades no aparecen cuando el gobierno es demandado por haber violado un derecho a través de una acción específica, sino en los casos en que la acción se entabla por la omisión de planear o reformar una cierta política necesaria para el disfrute del derecho en juego”*.

El Poder Judicial es llamado a intervenir cuando el gobierno incumple la necesidad de satisfacer cierto acceso mínimo a los derechos sociales que, en este caso, para que se satisfaga, el gobierno debiera llevar a cabo una política en particular, lo cual implica que el Poder Judicial implícitamente sea activado para que le ordene al gobierno diseñar e implementar una política nueva (Basch, 2010). La necesidad de reformas públicas está ligada a la satisfacción de derechos sociales y esto se debe quizás a que históricamente fueron satisfechos los derechos civiles y políticos, y en menor medida los sociales.

Esta forma de litigio fue definida de distintas maneras a lo largo de su desarrollo como doctrina explicativa. Como se ha dicho en el capítulo anterior, litigio de reforma estructural o litigio de derecho público, legislación negativa, activismo judicial o judicialización de políticas. Sin embargo, la precisión conceptual aquí no es menos importante porque la intervención de la justicia constitucional ocurre no solamente para interpretar las normas sino que esencialmente para proteger los derechos fundamentales que se encuentran amparados por las constituciones de los Estados. La judicialización de políticas implica además de la protección de derechos sociales, el establecimiento de remedios estructurales²⁰ que garanticen el ejercicio efectivo de esos derechos por parte de los ciudadanos.

²⁰ La referencia a remedios estructurales se hace para aludir a la respuesta del poder judicial a las demandas que los ciudadanos presentan ante la judicatura con el fin de modificar el *status quo* en que se encuentran sus

La utilización de procedimientos judiciales para proteger derechos sociales es una actividad legal que permite a los ciudadanos activar los poderes coactivos del Estado para perseguir sus intereses, y es una forma paradigmática de participación política. En otras palabras, es una forma de control social para la satisfacción de derechos que puede ser incoada por un individuo o un colectivo (Smulovitz, 2001). Es necesario que el órgano judicial –tribunal constitucional- sea excitado para pueda decidir la controversia que surge entre el Estado y la sociedad. Esto se explica por la naturaleza de la función del Poder Judicial cuya acción es directamente en relación a los requerimientos de los ciudadanos.

En ese sentido, los tribunales constitucionales constituyen una pieza fundamental para ejercer el control sobre el poder político, para garantizar la supremacía de la constitución, asegurar la democracia y proteger el efectivo goce y respeto de los Derechos Humanos Brewer-Carías (1996) en Boscán (2010). El fenómeno de la judicialización de las políticas es un proceso que de esta manera nace en los tribunales, proyectándose hacia los otros poderes públicos y hacia la sociedad misma, pero también es una herramienta valiosa para la sociedad que a través de ella desarrolla discursos de reivindicación de derechos.

La expansión judicial que fue incrementándose en los últimos años mediante la intervención de los jueces en la política, requiere necesariamente una actitud proactiva de los jueces que estén dispuestos a tomar decisiones con implicancias políticas, las que sin embargo, dependerán de las características particulares de cada Estado y sociedad. Para Guarnieri & Pederzoli (1997) dichas diferencias podrían atender a algunas variables

derechos. Para este trabajo se sigue la conceptualización dada por Basch (2010) que se centra en las reparaciones propias del modelo de justicia bilateral tradicional para distinguirla de otras como por ejemplo las medidas dialógicas o justicia dialógica entre Estado-Sociedad. Sobre justicia dialógica ver: Linares, S. (2013) "Justicia dialógica interinstitucional: *de lege referenda y de lege data*". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14, Pag. 1-5; Linares Rejalaga (2008) "El dialogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas". *Revista Mexicana de Sociología*, 70, 3, pag. 487-539.

como: el nivel de reclutamiento o sistema de selección de jueces, el sistema judicial en el que actúan, es decir, su estructura, y el nivel de las características del sistema político.

Ahora bien, es importante pasar revista a las modalidades de realización de la judicialización de políticas. Puede distinguirse aquí dos modalidades: “desde arriba” y “desde abajo” (Sieder, Schjolden, & Angell, 2005). Se produce la primera cuando el impulso de las políticas esta manejado desde las élites o los grupos de poder²¹, como también aquellas reformas constitucionales que se produjeron en América Latina en las últimas dos décadas. Estas reformas, indica Gill (2002) en (Boscán, 2010) que tanto la introducción de tribunales constitucionales como los consejos de la judicatura fueron creados para fortalecer el Poder Judicial y principalmente procurar la independencia de los jueces. En tanto, se produce la segunda modalidad cuando el impulso es ejercido por los ciudadanos con amplia conciencia de derechos de ciudadanía quienes se han movilizado para obtener respuestas a sus demandas; dicho en otros términos, los ciudadanos accionan ante las cortes constitucionales para solicitar la protección de sus derechos o para conseguir amparo de otros que están en peligro de ser vulnerados, a efectos de la creación de precedentes que sirvan con posterioridad para que su exigencia.

El diseño propuesto en este apartado permite problematizar si quien debe ejercer la facultad legislativa en el Estado, y si las cortes constitucionales pueden convertirse o no en legisladores negativos. Embargo, aquellos que sostienen una posición contraria a esta, coinciden en afirmar la limitación de este tipo de actuar judicial, y que para este

²¹ (Boscán, 2010) advierte que esta modalidad es el caso de los países donde los magistrados de las Cortes Constitucionales muestran una marcada tendencia para controlar la constitucionalidad de los actos legislativos y las practicas gubernamentales, lo que define un activismo judicial; o bien, donde sus políticos, sean oficialistas u opositores, recurren ante los tribunales para cambiar o bloquear ciertas políticas, a lo que llama politización.

trabajo se ha dividido en tres categorías a saber: la separación de poderes, la legitimidad de la judicatura y la independencia judicial, cuestiones que se desarrollan en el apartado siguiente.

2.4. Limitantes de la judicialización: la separación de poderes, la legitimidad del Poder Judicial y su independencia.

En la teoría constitucional ha sido materia de debate algunos aspectos que hacen relación al rol de la justicia constitucional, sobre todo en cuanto a su legitimidad en las democracias contemporáneas para ejercer el control constitucional de los actos de los otros poderes públicos. Los críticos de la justicia constitucional cuestionaron el sistema de pesos y contrapesos ya desde sus inicios en los Estados Unidos a finales de Siglo XVIII por la tradición liberal representada por Paine y Jefferson. En efecto, este debate se traslada al ámbito académico desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho y la Filosofía Política, siendo uno de los pioneros y principales Alexander Bickel en su trabajo "*The Least dangerous Branch*" de 1962, quien apunta su tesis relativa al tema, en cuya opinión la revisión judicial de los jueces supone también que los jueces tengan el poder no solamente de aplicar, sino además de dar forma y contenido a la constitución, mediante sus interpretaciones. Los jueces pueden utilizarlo incluso en contra de la voluntad de la mayoría del congreso, que ha sido elegida por los ciudadanos, cuando declaran inaplicable una ley. De esta manera, la revisión judicial no es del todo compatible con la idea de democracia, lo que representa la "dificultad contramayoritaria de la institución" (Ferraro, 2005).

La crítica de Bickel sobre el sistema estadounidense ha sido continuada y profundizada por muchos otros autores como Bruce Ackerman y John Ely. Ackerman (1991) sustenta su posición en que en una democracia debe ser el pueblo quien decida las cuestiones fundamentales de su organización política, como lo son las cuestiones

relativas a la Constitución y no un cuerpo de elite como la Corte Suprema o el propio Poder Judicial en su conjunto. De esta manera, el autor distingue dos tipos de decisiones que el pueblo puede tomar en democracia. Por una parte, las decisiones que se llaman superiores o constitucionales, las cuales implican una movilización previa y un amplio debate por parte de los ciudadanos, como lo es la constitucional al momento de dictarse en condiciones ideales. Dentro de este tipo de decisiones propone la incorporación de la idea de “activismo estatal” en la totalidad de los principios fundamentales de organización política de los Estados Unidos, que fue el resultado del *New Deal* y que vino a sustituir a la doctrina del *laisser faire*, la que hasta entonces era considerada por la Corte Suprema norteamericana como un principio de nivel constitucional, aun cuando ninguno haya sido mencionado en el texto de la constitución. En cuanto al segundo tipo de decisiones, refiere que es más corriente y son las que los ciudadanos toman a través de sus representantes sin movilización ni debates previos. (Ferraro, 2005). En la palabras de Ferraro (2005, pág. 205) “*dicha transformación política tan fundamental, en los EEUU, fue el resultado de un largo proceso que tuvo como protagonista principal una amplia movilización ciudadana, acompañada de extensos debates sobre la vida colectiva, la solidaridad social y el rol del Estado en la economía*”.

Finalmente hay que decir que para Ackerman (1991) que las decisiones del congreso tienen importancia fundamental o constitucional porque expresan un amplio consenso o movilización política, independientemente del formalismo del texto constitucional, con el cual, por lo general, se quiere justificar el papel elitista de las cortes constitucionales (Ferraro, 2005).

John Ely (1980) en tanto, adopta una posición mucho más restrictiva que la anterior, pues afirma que la constitución tiene dos aspectos principales, esto es, valores sustantivos por un lado, y del procedimiento de participación en el gobierno

representativo, por el otro. En esencia, su crítica apunta a que la Corte Suprema pretenda formular valores sustantivos de la vida política a partir de su interpretación del texto constitucional, los que únicamente pueden surgir de una amplia participación ciudadana, por lo que la Corte Suprema debe abstenerse de realización interpretación relativa a dichos valores fundamentales, y su rol legítimo no es más que la de un árbitro en los procedimientos de participación política, debiendo mantenerse abiertos para otorgar especial protección a las minorías (Ferraro, 2005).

En Europa, específicamente Alemania, se suscitó el interés crítico de la justicia constitucional desde principios de los noventa, sin embargo, hay que destacar que un antecedente de gran interés lo constituye el debate durante la década de los treinta, entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, el cual influyó de manera decisiva entorno a la justicia constitucional prácticamente hasta nuestros días. Dentro del debate aparecen Böckenförde, Grimm, Habermas y Peter Haberle. De gran importancia, este último en su libro *“La sociedad abierta a los intérpretes constitucionales”* de 1975, sostiene que la interpretación de la Constitución, que es formalmente confiada a un grupo de expertos del tribunal constitucional, constituye, en realidad un proceso abierto de discusión democrática, del que toda sociedad participa de diversas maneras, y así propone lo que da en llamar “una democracia de ciudadanos”, pero que en ningún caso debe afirmarse que la majestad unitaria del pueblo emana únicamente el día de las elecciones, sino que también proporciona legitimación en el proceso de interpretación de las normas constitucionales. Además propone una revisión judicial mucho menos rigurosa por parte de los jueces, como una suerte de control estricto de los legisladores cuando estos no se ocupan de promover el debate público (Ferraro, 2005).

En Latinoamérica, la crítica también se hizo presente mediante los trabajos de Carlos Nino de 1984 y 1989. En el segundo trabajo propone un constructivismo

epistémico que rechaza por principios la institución del control constitucional de normas, y asegura que este tipo de control solo sería admisible si fuera ejercido por un organismo político sometido al proceso democrático pero no por jueces. Otro crítico de la justicia constitucional lo fue Ernesto Garzón Valdéz, en su *Fundamentación racional y objetiva de las normas morales*, que se puede predicar la legitimidad de un político cuando las normas de comportamiento en él vigentes coinciden con las de una moral esclarecida o ética. Aquí más bien traslada al ámbito ético y filosófico para explicar la falta de legitimidad de los tribunales constitucionales. Por otra parte, Farrel (1998) niega el carácter democrático de la justicia constitucional, pero afirma su racionalidad para cualquier sujeto que tenga un auto interés esclarecido, pues nadie podría querer arriesgarse a que sus derechos fundamentales, sean desconocidos por las mayorías democráticas (Ferraro, 2005).

“La independencia judicial no es un fin, es un medio, un medio para lograr una buena justicia” E2.

3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN PARAGUAY.

Desde su independencia, el Estado paraguayo se enfocó en su organización política basada en la división de poderes, y en ese afán, uno de los presupuestos desde el advenimiento de la democracia fue la de garantizar la independencia del Poder Judicial. La Constitución de 1992, instaurada luego de un largo régimen no democrático como fue el del General Alfredo Stroessner, sustituyó a la Constitución de 1967. En el nuevo diseño constitucional, la Corte Suprema de Justicia fue dividida en Salas (Art. 258), una de las cuales es la Constitucional, otorgándosele la función exclusiva del control constitucional de las normas y de las resoluciones judiciales, con el efecto para cada caso concreto, esto es, *“inter partes”*.

Con la Constitución de 1992, el Poder Judicial y en especial, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia adquiere profunda relevancia tornándose más activo en el proceso de democratización, pues aumenta su capacidad de legitimación de fiscalización de los actos de los funcionarios públicos, aumenta su capacidad de revisión de normas sancionadas por los poderes políticos, y aumenta su capacidad para la resolución de conflictos políticos y sociales, mediante la revisión de las acciones de los poderes políticos – Ejecutivo y Legislativo- de manera tal que se constituye en un actor clave del juego político (Franco, 2011).

La función de la Justicia constitucional en Paraguay tiene una profunda transformación en el contexto democrático, pues de ser una Corte Suprema de Justicia limitada a una función de mera aplicación de la norma, pasa a intervenir en conflictos que anteriormente estaban vedados a otros actores políticos y se vuelve un actor clave

en el proceso de democratización y consolidación del Estado de Derecho. En el presente capítulo se presentan, desde la experiencia de los propios actores, los ex Ministros de la Corte Suprema; los resultados respecto de la expansión de la justicia constitucional hacia la protección de derechos fundamentales o judicialización de políticas por un lado; y por otro, los factores que inciden en la independencia judicial. Se identifican dos categorías principales, primero referente a la judicialización de políticas y la segunda, sobre la independencia judicial.

3.1. Judicialización de políticas.

3.1.1. Mecanismos de protección de derechos fundamentales

La Constitución de Paraguay contiene una lista de derechos en su primera parte, también denominada parte dogmática, es decir, aquellos principios que deberán regir la administración de justicia de la república, que no es otra cosa que los derechos fundamentales, los deberes y las garantías de protección de esos derechos, sin embargo, la nominación no es taxativa, y por esa razón la protección se otorga a todos aquellos que sin estar enunciados, son inherentes a la dignidad humana. Los derechos de la persona en cuanto a convivencia en sociedad, por su naturaleza necesitan de amparo especial porque permiten la una calidad de vida al ser humano.

Los mecanismos se convierten entonces en formas de protección de derechos fundamentales, los cuales son establecidos en la carta magna. Pero debe aclararse que no es limitativo pues el engranaje jurídico es vasto y la judicatura es un sujeto decisivo para tomar decisiones incluso que crean mecanismos no previstos en la constitución misma.

Señala uno de los entrevistados:

La Constitución establece derechos fundamentales y garantías constitucionales a partir del Art. 132, 133, 134, 135 que habla de las acciones de

inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus y habeas data. Algunas de esas garantías violadas pueden ser este digamos solucionados o subsanadas por vías que la misma ley permite a que directamente los jueces de primera instancia sean los que decidan, como son los amparos, habeas corpus y habeas data, pero la garantía de la acción de inconstitucionalidad previsto en el Art. 132 de la Constitución Nacional, que solamente puede ser atendida por la Corte Suprema Justicia, ya que la Constitución dice que la misma es el custodio de la Constitución, la interpreta, la cumple y la hace cumplir, o sea que es el intérprete final, único y exclusivo de la Constitución Nacional. Esas garantías por supuesto que son resguardadas por la constitución y las leyes, pueden ser recurridas de acuerdo a lo que establece el procedimiento. E-3.

El entrevistado quiere significar que el empoderamiento de la Justicia Constitucional desde la propia Constitución, distribuye la protección de derechos tanto a los jueces de inferior jerarquía, en este caso los de primera instancia, como a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. En ella se establecen las garantías constitucionales, sean de amparo, habeas corpus y habeas data, que pueden ser planteados directamente ante cualquier juez de primera instancia de la república, en tanto, la acción de inconstitucionalidad es función exclusiva de la Corte Suprema por ser esta la que interpreta finalmente la normas establecidas en la Constitución Nacional. Cada una de estas garantías tienen su propio procedimiento para el acceso a la justicia constitucional: el amparo y la acción de inconstitucionalidad son interpuestas en forma de demandas autónomas y son regidas por el Código Procesal Civil paraguayo, en tanto, el habeas corpus cuenta con una ley reglamentaria cual es la Ley 1500/01; finalmente la menos feliz de las garantías es el habeas data que como no tiene un procedimiento especial determinado por alguna ley, los jueces deben ensayar el procedimiento y elegir

la norma aplicable, lo que implica que según sea el fuero del juez, civil, penal, laboral o niñez, la suerte del habeas data estará echada.

Paraguay adopta un sistema de control de constitucionalidad concentrado, porque otorga dicha atribución a un solo órgano, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Empero, como señala el E3 la Constitución también garantiza la protección de los derechos fundamentales mediante otros mecanismos y no se reduce a la acción de inconstitucionalidad, esto es, las garantías constitucionales de amparo, habeas corpus y habeas data, cuya particularidad es que pueden presentarse ante un magistrado inferior para solicitar la salvaguarda del derecho conculcado. De un modo u otro, la tutela judicial se hace efectiva no solo por la Corte Suprema sino también por los jueces.

En el mismo sentido, otro de los ex Ministros de la Corte sostiene:

La Corte Suprema puede garantizar no solamente a través de las acciones de inconstitucionalidad, sino también cuando llega en tercera instancia en algunos casos, este...en tercera instancia en juicios ordinarios, o incluso en aquellos recursos en el área penal, que se dan eh...y bueno....digamos de carácter político, no político macro político sino que la política cuando examina o tiene derecho a revisar las sentencias del superior tribunal electoral verdad. Esas son las vías a través de las cuales se puede llegar a la Corte Suprema y la Corte Suprema podrá pronunciarse al respecto. Ehh... en qué medida la Corte Suprema puede eventualmente adelantar o fortalecer un sistema de garantías sociales o garantías políticas y eso en primer lugar la Corte tiene que atenerse a lo que dispone la Constitución Nacional. E-2.

Coincide en principio con la posición anterior, pero introduce un aliciente importante en cuanto a los mecanismos, referente al acceso a la justicia constitucional mediante los recursos de tercera instancia en los juicios ordinarios y la revisión de las

sentencias del tribunal electoral. Es decir que, la protección de derechos fundamentales no solamente puede darse mediante los mecanismos establecidos taxativamente en la Constitución, sino que además, ejerce un control de la actividad judicial para verificar si estos no han violado algún derecho protegido especialmente por la ley fundamental. De esta manera, la Corte Suprema examina las decisiones de otros jueces incluso en materia electoral, lo cual permite el fortalecimiento del sistema de garantías políticas y sociales dispuestas en el ordenamiento jurídico.

Yo creo que lo único que está en manos de la corte es el control de constitucionalidad, de sentencias que se hayan dictado, en cuanto a casos que exista relevancia respecto de derechos económicos o sociales, y quizás también el control de leyes, leyes referentes a esos puntos, pero lo que puede realizar la Corte es muy limitado, o sea se trata de jueces de derecho, todos los integrantes del Poder Judicial actúan como jueces de derecho y eso significa una gran limitación. E-4

Una exposición contrapuesta a las dos anteriores, es la que se puede notar precedentemente porque limita la función de la Corte Suprema al control de constitucionalidad de resoluciones y al control de leyes, aclarando que este rol es absolutamente jurídico y en ningún caso puede hablarse de un papel político de la Corte. La posición de este entrevistado es que los mecanismos de acceso a la justicia constitucional son restrictivos y que, en todo caso, la protección de derechos sociales o económicos debe ser efectivamente realizada por los otros poderes. La legitimidad del rol político es cuestionada en ese sentido, mostrando así una postura afín a la doctrina positivista, pero explica y aclara que es por el diseño constitucional, que le impide a la Corte ejercer un rol más activo.

“...Pero requiere de mucha interpretación, entonces hay muchas corrientes como la corriente anglosajona, que se basa fundamentalmente en el

sistema de Estado de Derecho tipo judicial.....nuestro sistema de Estado de Derecho es el tipo legal.....cada vez más está avanzando en materia de garantías constitucionales....Todo depende de la decisión que adopte la Corte. Todo lo que llegue a la Corte en virtud de la competencia que le otorguen las leyes” E-2

Una de las características del sistema constitucional paraguayo, y que indica el E2, es que al estar absolutamente estructurado en base a las normas que integran el derecho constitucional, se convierte en un Estado de Derecho Legal y no Judicial como lo es en Estados Unidos, en donde el derecho es creado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En cambio, Paraguay todavía ha hecho muy poco porque todo depende de la interpretación que adopte la Corte en sus sentencias y solamente de acuerdo a la competencia que le otorguen las leyes.

Las principales ideas fuerza de las entrevistas realizadas, y que corresponden a este apartado, se presentan a continuación:

Tabla 1. Resumen del contenido de las ideas principales de las entrevistas.

Unidad de análisis	Segmentos	Códigos			
		I ICON	P RODER	G ARCON	F UNPOL
E1					
E2	<i>carácter político, no político macro político sino que la política cuando examina o tiene derecho a revisar las sentencias del superior tribunal electoral verdad</i>				✓
E3	<i>La Constitución establece derechos fundamentales y garantías constitucionales a partir del Art. 132, 133, 134, 135</i>	✓	✓	✓	
E4	<i>Yo creo que lo único que está en manos de la corte es el control de constitucionalidad</i>	✓	✓	✓	

Nota: Elaboración propia

En la tabla se observa la sistematización de los contenidos de las entrevistas en la categoría de análisis determinada por los mecanismos de protección de derechos fundamentales. Se codifican los segmentos de la siguiente manera: 1) DICON: diseño constitucional, 2) PRODER: protección de derechos, 3) GARCON: garantías constitucionales, 4) FUNPOL: función política del Poder Judicial. EL DICON refiere a la estructura organizativa que establece la Constitución Nacional en cuanto a los derechos y tipos de derechos; el PRODER alude a protección de derechos como actividad necesaria del juez; GARCON: mecanismos de protección que gozan los ciudadanos para hacer efectivos esos derechos.

3.1.2. Expansión judicial: satisfacción de derechos.

Los derechos políticos como sociales, económicos y culturales forman parte de la gama de derechos que son requeridos al Poder Judicial, y en particular, a la Corte Suprema, para que intervenga en su protección, especialmente cuando estos no son satisfechos por los poderes públicos. De acuerdo a lo que se ha visto con relación a la judicialización de políticas, la expansión de la judicatura indica una actividad judicial interventora para la garantía de cumplimiento de los derechos fundamentales. En ese sentido, los ex Ministros de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay han expuesto sus experiencias “desde arriba”, es decir desde el lugar que les cupo incidir: el Poder Judicial.

“la pretensión de que yo puedo cambiar de sexo cuando quiero y que eso es cultural y no natural” E-1.

“la experiencia mía era la independencia total, que la mayor garantía de independencia que yo tenía era mi propio concepto de lo que era la dignidad la función del juez” E-2

“la función de la Corte no se agota en un procedimiento, bilateral o contradictorio y que no siempre ni necesariamente tiene que haber un caso entre una persona y otra, o una persona y una institución, se tiene que entender mejor y yo creo que se tiene que legislar mejor inclusive en lo que respecta a la justicia constitucional, al procedimiento constitucional” E-3.

“la Justicia constitucional tiene una función mucho más amplia que la simple decisión de atender cuestiones bilaterales, prima mucho el concepto positivista del abogado cuando encara el análisis sobre la justicia constitucional y justamente lo que menos tiene de positivismo es la justicia constitucional” E-3.

“en el Derecho Constitucional, la Corte tiene que ir más allá de la norma escrita, tiene que aplicar principios” E-3.

“no se puede agotar en la norma la enumeración de los derechos sociales” E-3

“donde vas a encontrar la norma que diga que tenes que partir de abajo, del medio, de arriba?, tenes que hacer eso o aquello...no existe...para esto están los principios” E-3

“en el campo de cuestiones sociales y económicas o socioeconómicas, la verdad que es muy poco, yo no recuerdo ningún caso de trascendencia y siempre son casos particulares, son casos concretos que se presentan a la Corte” E-4

Desde la percepción de los entrevistados, pueden identificarse algunos indicadores que hacen a la mayor o menor posibilidad de expandir la judicatura en términos de judicialización como ser: la filosofía jurídica del juez constitucional, el derecho constitucional como producto cultural y no jurídico, y la formación ética del magistrado.

La Filosofía jurídica del juez constitucional: los jueces, además de ser jueces comparten objetivos y métodos de los filósofos, porque apuntan a entender mejor la moralidad, los valores y los principios que establece la Constitución, y principalmente los

jueces constitucionales que toman elecciones filosóficas no de manera ocasional cuando se presenta algún caso particularmente difícil sino como una cuestión de rutina (Dworkin, 2010).

Muestra el E3 que la transformación de la justicia constitucional en Paraguay, advierte un crecimiento bastante lento pero a su vez un avance en términos de evolución en el desarrollo del Derecho Constitucional paraguayo. Sobre esto, señaló que se debe especialmente a que en el pensamiento de los propios usuarios del sistema de justicia, en este caso abogados litigantes o “pasilleros”, todavía prima el concepto positivista, que impide la correcta utilización de los mecanismos de acceso a la justicia constitucional. Este positivismo se constituye en un obstáculo a la evolución del Derecho Constitucional.

Para el E3 debe hablarse desde el punto de vista jurídico de un Derecho Procesal Constitucional porque la Constitución Nacional no es taxativa en la enumeración de derechos fundamentales, y le corresponde al juez garantizarlos mediante la aplicación de principios. La justicia constitucional no se agota en la norma escrita, ya no puede hablarse de un constitucionalismo positivista sino de un nuevo constitucionalismo que va más allá de las normas. La satisfacción del derecho dependerá de si el magistrado acoge una actitud positivista o neo constitucionalista, entonces será más activista o menos activista, en la que su labor viene a ser esencialmente la aplicación de principios de Filosofía del Derecho.

El Derecho Constitucional como producto cultural y no jurídico. En este punto es notable la posición del E1 porque refleja que la decisión final del magistrado es producto de un hecho cultural y no jurídico. Con eso no quiere decirse que la decisión que tome el juez no sea jurídica, sino solamente que aquella ardua tarea de interpretar la norma constitucional se hará más bien de acuerdo a la construcción cultural de los hechos que tenga el magistrado de acuerdo a su convicción ideológica, verbigracia, el cambio de identidad de una persona

por cambio de sexo no podrá hacerse vía judicial según lo estima el E1, porque “*el cambio de sexo no es natural*”, es decir, va contra la ley de la naturaleza.

Sin embargo, dejando de lado el análisis jurídico del tema en cuestión, pues no es materia de esta investigación, y sí un análisis de contenido de la entrevista, se denota una posición sumamente afín al positivismo jurídico ya que el argumento sostenido apunta a que las decisiones judiciales en el ámbito constitucional, y que debieran satisfacer derechos inherentes a la persona humana se encuentra en contradicción con la formación cultural del magistrado, determinado sea por su religión o por prejuicios de la sociedad a la cual pertenece. El juez, en consecuencia, se convierte en mero aplicador de las normas; o lo que Jeremy Bentham denominaba *Juez & Co*, un juez mecánico o *mechanical jurisprudence* (Dworkin, 2010).

El dilema para decidir una cuestión compleja como la señalada requiere afrontar que el proceso de toma de decisiones judiciales implica hacer juicios sobre cuestiones morales profundas y polarizantes en una sociedad, que son objeto de un intenso y continuo estudio de confrontaciones filosóficas (Dworkin, 2010)

La formación ética del magistrado, como tercer indicador, se traduce en una garantía de actuación del juez, y por consiguiente la independencia de sus decisiones. El fuero interno del juez es una suerte de filtro para resolver los conflictos y de la propia función que cumple, de tal modo a que cualquier elemento extraño no podrá permear la dignidad del magistrado.

3.2. Realización de políticas a través de sentencias judiciales.

3.2.1. Desde un Enfoque de Derechos

La utilización del enfoque de derechos humanos en la realización de políticas públicas involucra a todos los actores institucionales como obligación estatal. Comúnmente se habla de que la función por antonomasia de ello compete a los poderes políticos que, en un concepto restringido estarían los Poderes Ejecutivo y Legislativo;

sin embargo, el rol político del Poder Judicial ha atravesado una importante evolución en la protección de los derechos humanos en los últimos tiempos mediante el lenguaje de derechos con la toma de decisiones que impliquen cambios estructurales

Este lenguaje de derechos tiene de por sí un valor ético y político y puede servir para fortalecer las demandas sociales frente a situaciones de inequidad, sus implicancias concretas en las relaciones sociales, las que no siempre se consideran adecuadamente (Abramovic, 2004). Así también, la utilización de procedimientos judiciales por los sectores desplazados constituye una forma paradigmática de participación ciudadana en democracia (Smulovitz, 2001). De ahí que no en vano Garapón (1997) afirmaba que el nuevo lenguaje de la política es el Derecho y su gramática el procedimiento.

Sobre esta posibilidad de hacer políticas desde el Poder Judicial, señala el E3 que: *“se tiene que dar la posibilidad de que se pueda recurrir a la Corte no solamente por esas vías que se prevé, que la Constitución aparentemente prevé que se pueda recurrir.”* La Corte Suprema es el órgano encargado de dictar la inconstitucionalidad de las leyes, es una atribución constitucional, en tanto ejerza el control constitucionalidad de las normas y de los actos judiciales, pero abrir la instancia constitucional no es restringida únicamente a la ley fundamental, sino que además, lo establecen las leyes como el Código Procesal Civil paraguay y la Ley 609/95 “Orgánica de la Corte”. Por la primera, se faculta al juez de primera instancia a consultar a la Corte antes de aplicar una ley que tiene visos de inconstitucionalidad, es decir que, existen otros mecanismos por los cuales la máxima instancia judicial puede garantizar derechos.

3.2.2. Las Acciones Declarativas de Derechos.

Otra contribución que muestra el E3 es el:

“de las sentencias meramente declarativas, quiere decir que la ley prevé que existan las acciones meramente declarativas y que eso abre la posibilidad de la

ciudadanía, a las personas o a los usuarios de justicia, que creen o que tienen dudas sobre la existencia de un derecho constitucional que le favorece puede plantear a la Corte a ver si realmente tiene o no ese derecho, para eso está, y la Corte declara con certeza si tiene o no tiene.”

Las acciones declarativas a las que hace referencia el E3 es aquella que tiene la finalidad de interpretar el derecho establecido en la Constitución, declarar con certeza sobre ese derecho para que no sea vulnerado. La participación de la ciudadana es viable mediante esta herramienta jurídica que otorga la ley para requerir que la Corte Suprema determine la existencia o inexistencia de un derecho y que incluso ante la falta de protección de las instituciones gubernamentales se envíe directrices de modificación de las condiciones de vulneración en que se encuentran. El E3 quiere significar que hay mecanismos solo que la ciudadanía no se vale de ello.

Una posición contraria a la expuesta es la del E4, quien la Corte Suprema no puede hacer mucho: *“así en la forma en que están estructurados los órganos de gobierno ehh la Corte y el Poder Judicial prácticamente no puede hacer nada, salvo lo que corresponda a esos casos concretos, los litigiosos concretos que se lleguen a la Corte, por ese carácter verdad como jueces de derecho, los efectos de la sentencia. Jueces de Derecho y no de Equidad.”* La atribución de la Corte es obstaculizada por el diseño normativo, según sostiene, porque solo puede decidir en casos concretos y con el efecto para el caso concreto. Distingue a los jueces en dos polos, jueces de derecho y jueces de equidad. Para los jueces de derecho no es posible una decisión que provoque transformaciones estructurales, y deja esta función exclusivamente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

“El Poder Judicial no influye en cambiar la estructura social. Podemos decir que tendría que ser medio revolucionarios para cambiar la estructura

social. Por ejemplo el caso de las tierras malhabidas, el Poder Judicial no puede hacer prácticamente nada. E4. Para el E4 entonces, la solución a los problemas económicos y sociales no es el papel de la Corte porque la decisión política la tienen los otros órganos.

3.2.3. Efecto de las sentencias.

El punto de inflexión quizás en este apartado lo constituye el efecto de las sentencias de la Corte Suprema que, por disposición constitucional tiene efecto *inter partes* y no *erga omnes*, porque dependerá hasta donde puede ir la Corte Suprema a través de sus sentencias. El E3 hace un esbozo respecto del efecto *erga omnes* y una crítica a la Constituyente de 1991:

“yo fui partidario de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley no solamente tenga como efecto la inaplicabilidad de la ley en relación a ese actor, sino que tenga carácter erga omnes porque una ley es de carácter general y esa ley de carácter general es inconstitucional lo tiene que ser para todos...el Art 137 dice que todo acto contrario a esta Constitución es nulo y sin ningún valor, y si la Corte considera que una ley es nula porque es inconstitucional por que va a ser nula para una y no para otra? E3.

Si la propia norma constitucional establece que cualquier acto contrario a la Constitución es nulo, entonces el efecto de las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema debe ser *erga omnes* para el E3. La ley considerada inconstitucional debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, porque no tendría sentido emitir un sinnúmero de fallos sobre la misma cuestión, generando un cumulo innecesario de acciones que se vuelve costoso tanto para los demandantes como para los agentes de justicia.

Por otro lado, respecto del cuestionamiento que han argumentado los constituyentes de 1991, el E3 hace memoria:

“Y hubo mucha discusión y muchos dijeron que porque la corte no es legislador no es Poder Legislativo, etc., es cierto, la Corte no puede crear leyes porque solamente los que tienen la facultad de legislación positiva pueden crear leyes, pueden sancionar leyes, esa función es del Poder Legislativo, pero puede declarar inconstitucional la ley y derogarla, entonces se convierte en un legislador negativo, no un legislador positivo.”

Desde la Constituyente se ha cuestionado respecto del rol político del Poder Judicial, y la legitimidad de su papel para hacer políticas públicas a través de sentencias. Sobre esto se han visto las posiciones doctrinarias en capítulos precedentes; de que los jueces de las altas cortes se convierten en legisladores negativos es una realidad que no puede desconocerse hoy en día. El precedente judicial tiene fuerza de ley en los países donde el efecto es *erga omnes*; la interrogante y hasta si se quiere la limitante es en aquellos países en que el efecto es para el caso concreto, si podría servir de antecedente *sine qua non* para la toma de decisiones judiciales posteriores y más aún como emisor de mensaje a los demás poderes públicos.

La respuesta para el E3 es que efectivamente la Corte Suprema se convierte en legislador negativo, aun cuando el efecto es *inter partes*, y esto ocurre por aplicación directa del Art. 137²² de la Constitución de Paraguay. Sin embargo, es de notar el escaso diálogo entre la Corte Suprema y el Poder Legislativo, circunstancia aludida a que:

²² PARAGUAY, CN. 1992 Art. 137. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

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

“hay poderes que creen que están por encima de otros poderes, y que lo que vale es lo que ellos dicen, cuando que la Constitución dice que los tres Poderes del Estado, tienen que trabajar en coordinación y recíproco control, separación porque cada uno es independiente. Pero algunos Poderes del Estado creen que pueden controlar a la Corte pero que la Corte no les puede controlar a ellos.”

Se observa la debilidad de las instituciones democráticas y en consecuencia un frágil Estado de Derecho, porque a pesar de la división de poderes establecida en la Constitución, el Poder Judicial todavía es visto por los otros poderes como un Poder accesorio consecuente a criterios políticos partidarios y no jurídicos.

Para el E2, la interpretación que la Corte Suprema haga de la Constitución y sus consecuencias políticas, dependerá en gran medida de la ideología de sus miembros:

“depende mucho de la fuerza moral que tenga y de las líneas trazadas realmente por la Corte Suprema. En una hipótesis que piense de una manera tiene que haber una línea correcta en ese sentido, y también depende mucho de la sensibilidad hasta si se quiere de ideología, de la ideología que tengan los Ministros de la Corte”

3.3. Indicadores de judicialización de políticas

Luego del examen de la literatura y combinada con el análisis de las entrevistas a los protagonistas del desempeño judicial constitucional, es necesario establecer los indicadores a partir de los cuales podrá evaluarse de qué manera se comportan los jueces constitucionales. Tomando como base a la doctrina desarrollada por Epp (1998),

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

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

Courtis (2005), Rubio Llorente & Jiménez Campo (1997) en Feoli (2012) se establecieron los siguientes indicadores de judicialización:

a) reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretativas;

b) uso de sentencias interpretativas;

c) definición de una política pública.

Primer indicador: *Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretativas*: al delimitar los alcances de las normas jurídicas los jueces pueden establecer significados que no se encuentran en la literalidad de aquellas. En el trabajo propuesto por el autor, el reconocimiento o la expansión de derechos sucede cuando no aparecen textualmente en un precepto normativo. Este indicador se consideró importante para la tesis por cuanto que fue identificado por el E3 como una de las características de la justicia constitucional en Paraguay.

Como segundo indicador se tiene el *uso de sentencias interpretativas*: son las que disponen que una norma debe interpretarse de una manera específica si quiere salvarse su validez. Ello supone que el texto legal tiene al menos dos interpretaciones posibles, de las cuales una sola es constitucional, y que dicha tarea corresponde exclusivamente a los tribunales constitucionales (Linares S. , 2008). Para Rubio Llorente & Jimenez Campo (1997): *“Tienen un carácter estrictamente declarativo, que ha de ser entendido, además, en términos estimatorios. En atención a lo primero, la sentencia se limitaría a realizar una interpretación conforme a la constitución del enunciado legal y a desechar una u otras por su incompatibilidad con ella.* Posiblemente, este es el indicador es más exacto para medir la judicialización de políticas, porque no se busca saber sólo si el juez interpretar literalmente las normas o que busca descubrir cuál fue la intención del constituyente, algo de por sí casi imposible de descifrar (Gargarella, 2006 en Feoli, 2012); sino constatar que el juez cuando

ejerce el control de constitucionalidad, declara una interpretación válida imponiendo su razonamiento, en forma definitiva, lo que incluso podría llevarlo a suprimir o adicionar algunos contenidos al acto examinado (Feoli, 2012).

El tercer indicador *definición de una política pública*. Para ello se hace necesario establecer lo que se entiende por política pública. Normalmente se asocia el concepto a aquellas estrategias realizadas por el gobierno para satisfacer las demandas de los ciudadanos en las distintas áreas de actuación. Ferraro (2009, pag. 105) conceptualiza a la política pública como “*cualquier cosa que que un gobierno decide hacer o dejar de hacer*”. Otra definición mas sofisticada dice este autor es la que realiza Tamayo (1997, pag. 281) “*conjunto de objetivos, decisiones, y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios*”. Asimismo afirma el mismo autor que las políticas públicas forman la agenda de los gobiernos, por ello se entiende que es un proceso en el que pueden intervenir varios actores como la Legislatura, el Poder Ejecutivo, una agencia independiente de gobierno o un tribunal, verbigracia, un juez podría sentenciar que una prisión no reúne las condiciones suficientes para cumplir con los fines de la pena y puede exhortar a los otros poderes a generar los mecanismos para para un programa de mejoramiento.

Aquí se entendera que la definición de una política pública desde un tribunal o corte constitucional ocurre cuando envía directrices a los otros poderes del Estado o simplemente envía señales sobre la necesidad de generar acciones para cubrir algunas necesidades en distintos ambitos como la salud, la educacion, la diversidad, la vida, etc.

3.4. Factores que inciden en la independencia judicial.

La judicialización de la política lleva a una redefinición de las relaciones entre los poderes; ahora bien, cómo influye en la sociedad, dependerá, de jueces independientes,

receptivos socialmente y dispuestos a ejercer un activismo judicial. De ahí la importancia en identificar posibles obstáculos a la independencia judicial.

El concepto de independencia judicial ha tenido diversas connotaciones en la literatura jurídica y política, formando parte del debate si cuales serían las dimensiones o el marco de referencia sobre el tema. Linares (2004) muestra que aún no se ha llegado a un consenso en la doctrina al respecto, no obstante, aquí se hablara de independencia judicial como la ausencia de cualquier tipo de injerencias externas en sus decisiones²³.

El elemento clave en el desempeño de los jueces es su independencia. La independencia del Poder Judicial es el presupuesto del cumplimiento eficaz de su función específica y natural, la tarea de juzgar, al mismo tiempo que es condición indiscutible de la Democracia y Estado de Derecho (Riera Hunter, 2002).

El término “independencia” es utilizado para caracterizar las relaciones entre la Justicia y otras instituciones o agencias, y de las cuales el juez debe tomar distancia, pues solo será independiente siempre que no esté bajo la influencia o control de nadie (Fiss, 1993). Para que un juez ejerza su magistratura en forma independiente se requieren algunas cualidades como: 1) una adecuada formación en derecho, sea en normas, principios generales del derecho, jurisprudencia, doctrina, y las reglas de la lógica y la experiencia, 2) la ausencia de injerencias indebidas (Linares S. , 2004). Divide este autor entre cualidades intrínsecas y extrínsecas, mientras las primeras tienen relación con el aspecto interno del magistrado, la segunda se refiere a las presiones que pueden ejercer otros actores sean institucionales o no sobre los jueces.

²³ Para ampliar sobre la conceptualización y diferentes dimensiones Linares (2004) señala que pueden consultarse: Cappelletti (1988); Toharia (1999); ABA/CEELI (1999); Sharman (1996); Binder (2001), Larkins (1996), Méndez (2000), Salzberger (2001), Díez Picazo (1992), Karlan (1998); Negretto y Ungar (1997), entre otros.

Ahora bien, determinar las razones por las que unos jueces asumen un rol más activo que otros e independiente de factores exógenos, es tarea compleja, pero pueden lanzarse algunas pistas para aclarar la cuestión y para que, en posteriores investigaciones, pueda medirse la independencia judicial; por ello no se pretenden realizar generalizaciones a partir del caso estudiado, ni que las variables encontradas se aplique a todo el universo de jueces del país. Conviene aclarar previamente que las categorizaciones del presente capítulo se realizaron exclusivamente de acuerdo a la información proporcionada por los entrevistados a partir de sus experiencias como Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Se tienen las siguientes categorías: a) el sistema de selección de magistrados de la Corte, o dicho en otros términos, si cómo han llegado a ser jueces; b) la el “lobby” o cabildeo político, c) autarquía presupuestaria del Poder Judicial, y, d) ética del magistrado.

3.4.1. Sistema de selección de Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

El diseño institucional marca la pauta sobre el tipo de juez que será nombrado. *“En la medida que, por un lado, los requisitos de elegibilidad establecidos —por rigurosos o laxos que sean— no sólo son la puerta de acceso a la magistratura, sino que además construyen un perfil a partir de un «ideal de juez» que previamente ha sido consensuado; y, por otro lado, la forma del proceso en sí mismo”* (Rubio, 2012). Este diseño tiene a su vez varios elementos que lo contienen, como el procedimiento a seguir, las autoridades que intervienen, los plazos, entre otras cuestiones; pero depende de cómo son orientados para que uno u otro tenga mayor o menor peso en la designación.

Los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay son designados por el Senado, con acuerdo del Presidente de la República, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura. Una vez designados son inamovibles en el cargo y cesan a la edad de 75 años. El proceso de selección de Ministros tiene un primer filtro, el Consejo de la

Magistratura organismo extra poder que elabora las ternas de candidatos. Los actores que participan en el proceso de selección son actores políticos pertenecientes a los poderes Ejecutivo y Legislativo, en tanto no se establece la participación de la sociedad civil sino como mero contralor de dicho procedimiento²⁴. A este diseño normativo constitucional se denominará a los efectos metodológicos, “criterios formales de designación”.

Con los criterios formales de designación, en el año 1995 se procedió a la renovación de la totalidad de los integrantes de la Corte Suprema, mediante el nuevo sistema de selección adoptado por la Constitución de 1992. Al frente del Ejecutivo se encontraba el ingeniero Juan Carlos Wasmosy (1993-1998), afiliado al Partido Colorado, con una mayoría en el Congreso lo que le permitió una cierta gobernabilidad y sobre todo, los votos necesarios para efectuar las reformas en el Poder Judicial.

Sin embargo, como se verá en los análisis subsiguientes, han prevalecido otros componentes decisivos en la selección de jueces a lo que se dará en llamar “criterios no formales de designación”. En ese sentido señala Linares (2008) que

“los partidos políticos no sólo están conscientes del enorme valor que tiene la función judicial en el ejercicio del poder político, sino que, además, no son nada ingenuos en el desarrollo de su actividad política; por lo que, han procurado controlar la designación de jueces para extender sus brazos de poder en toda la institucionalidad estatal. Esto es porque bajo el pretexto de insistir en la inexorabilidad de la filosofía política de los jueces, los partidos tienden a confundir filosofía política con fidelidad partidaria”

²⁴ En las últimas convocatorias para llenar las vacancias dejadas por los Ministros José V. Altamirano (2009) y Víctor Núñez (2014), el Consejo de la Magistratura implementó un sistema de audiencia públicas, a fin de que la sociedad civil y la ciudadanía en general pueda conocer a los candidatos, además de la posibilidad de efectuar denuncias anónimas contra los candidatos, salvaguardando la identidad del denunciante.

Los partidos políticos tradicionales, Colorado (PC) y Liberal Radical Auténtico (PLRA), juntamente con el Partido Encuentro Nacional (PEN), con escaños en el Congreso, conformaron una mesa de diálogo interpartidaria denominada “pacto de gobernabilidad”, con el objeto de comprometerse a viabilizar la gobernabilidad en la república, pero que en realidad se trataba de una repartición de poderes o “cuoteo político” que incluían cupos en el Poder Judicial, es decir que, cada partido debía tener un Ministro en la Corte Suprema (Franco, 2011). El pacto de gobernabilidad es considerado como un mecanismo o criterio no formal de designación de jueces de la alta magistratura.

“la composición del Poder Judicial fue resuelto en tratativas políticas entre los líderes de los partidos, entre el presidente de la república que era Wasmosy y los principales líderes de otros partidos políticos, tenía mucha influencia el Dr. Domingo Laíno en ese momento, y otros líderes de partidos políticos, algunos otros también había intervención de miembros del Congreso, autoridades del congreso y también senadores y diputados que tenían influencia, y se habló ya acerca de la composición de la Corte, incluso se hizo un reparto de la Corte, el pacto de gobernabilidad, como uno de los puntos del pacto de gobernabilidad, tenía que ser a ver cuatro del Partido Colorado, tres del Partido Liberal, y después tenía que haber uno de otro partido que no sea ninguno de los tradicionales E-4”.

El sentido de pertenencia a un partido político o, en otras palabras, la afiliación partidaria tenía consecuencias directas en la designación. Al Partido Colorado le correspondían 5 Ministros, 3 Ministros al Partido Liberal Radical Auténtico, y 1 a un partido no tradicional. Este mecanismo informal, es un poco paradójico, porque si lo que se quería era una Corte Suprema independiente de

presiones exógenas, es un tanto contradictorio advertir que mecanismos pensados para garantizar la fortaleza del sistema estén siendo utilizados para politizarla²⁵.

“Acá la idea es tener el Ministro (como se hablaba verdad) colorado, el Ministro liberal, como se decía: “nuestro Ministro”, la idea de que uno por ser de un partido se hacían los cálculos de que en qué sentido se iban a pronunciar, por ser colorado, por ser liberal, había un cálculo de cuál iba a ser su postura en un caso concreto” E-4

“Acá la idea es que uno tiene que responder al partido que le puso en el cargo” E4

Los Ministros especulaban respecto de los votos de sus colegas cuando se trataban de conflictos jurídicos en donde había interés político partidario, o que intervenga un determinado partido político. La influencia de los partidos políticos se vislumbraba en la percepción entre los mismos integrantes de la Corte que, de hecho ocurría indirectamente. La dependencia de la Corte de los partidos políticos se evidenciaba en las sentencias de carácter político o cuando los casos concretos eran de naturaleza política. Como lo mencionara el E4, la idea era que cada Ministro debía responder a su partido, que lo puso en el cargo. Esto se contrapone directamente a la noción de independencia judicial porque interfiere negativamente en el juez y que en un modelo ideal no se debería seguir un cálculo estratégico en la resolución de un caso.

La primera Corte Suprema de Justicia de la era democrática, conformada en el año 1995, fue integrada finalmente por los siguientes Ministros: 1) Luis Lezcano Claude, 2) Raúl Sapena Brugada, 3) Oscar Paciello, 4) Jerónimo Irala Burgos, 5) Felipe Santiago Paredes, 6) Enrique Sosa Elizeche, 7) Elixeno Ayala, 8) Carlos Fernández

²⁵ A pesar de que la Constitución de Paraguay de 1992, estableció en su Art. 248, las garantías de la independencia judicial mediante sanciones de inhabilitación para ejercer cargos públicos por 5 años para aquellos que atenten contra ella, hasta la actualidad no es conocida ninguna sentencia al respecto.

Gadea, y 9) Wildo Rienzi. Estas designaciones, como se ha dicho, fueron mediante un acuerdo constitucional entre todos los actores políticos partidarios. El E4 formó parte de esa Corte, la primera, en donde las designaciones se realizaron por cupos partidarios.

“el Dr. Sapena, libre así por decir, a pesar de que era de extracción colorada pero más independiente. Colorados: Paciello, Fernández Gadea, Paredes y Wildo Rienzi; tres liberales: Sosa, Elixeno Ayala y yo; Irala Burgos de otro partido no tradicional y Sapena era el de equilibrio digamos” E-4

Había una suerte de relación simbiótica entre partidos políticos y decisiones judiciales²⁶. Sin embargo, la mayoría de los entrevistados decía no estar de acuerdo con el sistema de selección. Aquellos que fueron designados para la primera Corte Suprema cuestionaron al pacto de gobernabilidad, mientras que los Ex Ministros designados en el gobierno correspondiente a los años 2003-2008²⁷, también se mostraron escépticos respecto de los mecanismos de selección.

²⁶ El periodo constitucional del gobierno de 1998-2003 estuvo afectado por una aguda crisis política en la que la Corte Suprema de Justicia no estuvo ausente. El General Lino Cesar Oviedo, Comandante de la Caballería, era el candidato electo en las internas del Partido Colorado para pugnar por las presidenciales del año 1998, pero a raíz de un intento de golpe fallido al Gobierno de Juan Carlos Wasmosy que había ocurrido en el año 1996, y que fuera atribuido a Oviedo, finalmente no pudo presentarse a las elecciones generales porque fue condenado a diez años de cárcel por un tribunal militar acusado de amotinamiento. Su lugar fue ocupado por el entonces candidato a vicepresidente Raúl Cubas Grau, y el lugar de este paso a ser ocupado por Luis María Argaña. Las elecciones dieron como resultado el triunfo del Partido Colorado que logro mayoría absoluta tanto en presidenciales como en las legislativas (Barreda & Costafreda, 2002). Esta decisión del Tribunal Militar fue confirmada por la Corte Suprema. Un hecho no menor fue que en el año 1999 se produjo el asesinato del vicepresidente de la Republica, Luis María Argaña, de cuya muerte fue acusado como autor intelectual el General Lino Cesar Oviedo, promoviéndose desde la ciudadanía la manifestación más grande en época democrática, lo que ocasiono la renuncia del presidente Raúl Cubas Grau, y en consecuencia ocurre la doble acefalia presidencial, asumiendo el presidente del Congreso como presidente de la Republica, Luis Ángel González Machhi, quien mediante la sentencia de la Corte Suprema fue legitimado para continuar en ejercicio hasta la culminación del periodo presidencial 1999-2003 (Franco, La politización de la Justicia en Paraguay. Una visión desde la independencia hasta nuestros días., 2011).

²⁷ En este periodo de gobierno el titular del Ejecutivo fue Nicanor Duarte Frutos quien, como una de las promesas durante su campaña antes de ganar las elecciones, advirtió sobre su intención de “pulverizar la Corte”. En efecto, ya en el poder, Duarte Frutos mediante una serie de maniobras políticas y con apoyo mayoritario en el Congreso, procedió a la “Reforma Judicial” consistente en el cambio de casi la totalidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Para esa época habían fallecido los Ministros Oscar Paciello y Elixeno Ayala, a quienes habían sustituido los Ministros Antonio Fretes y Bonifacio Ríos. Siete Ministros dejan el cargo. Luis Lezcano Claude, Felipe Santiago Paredes, Jerónimo Irala Burgos, Enrique Sosa Elizeche y

“si acá se hiciera como se está previsto que se eligiera a los mejores, pero tendríamos los mejores” E-1

“Lo que pasa aquí es que el nominado, el elegido, realmente no es o casi nunca es el mejor, sencillamente eso” E-1

“yo creo que todos estos mecanismos son instrumentos. Si estos instrumentos son bien manejados ¡Fantástico!, pero si los instrumentos son ultramodernos, pero nadie sabe majearlos no sirve para nada” E-2

“la designación o selección de los Ministros de la Corte son actos políticos con mayúscula. No son actos partidarios, son actos de “macro política” E-2

“no es la forma en que se debe constituir la Corte, no se tienen que tener en cuenta los partidos políticos para integrar la Corte Suprema, pero funciono en aquel tiempo hasta cierto punto, y particularmente entre 1995 y 2000 la Corte funciono bastante bien, la Sala Constitucional también” E-4

Para el E1 no se seleccionan a “los mejores” para ejercer el cargo de la máxima instancia, por el contrario, se eligen con criterios políticos que no concuerdan necesariamente con las expectativas del diseño constitucional. Similar a esta posición, el E2 considera que los mecanismos de selección son apenas instrumentos que, bien manejados se tendrían mejores designaciones. Pero que durante los años 1995-2000 la Corte Suprema había funcionado muy bien a pesar de que las designaciones hayan sido realizadas de forma totalmente político partidaria, hecho que podría explicarse por la aceptación de los Ministros por la comunidad jurídica y de la sociedad civil, dado que gozaban de la simpatía y el respeto de los ciudadanos

Raul Sapena Brugada presentan renuncia; Bonifacio Ríos y Carlos Fernández Gadea son destituidos por juicio político; mientras que Wildo Rienzi y Antonio Fretes son confirmados (Franco, La politización de la Justicia en Paraguay. Una visión desde la independencia hasta nuestros días., 2011). Inmediatamente el Consejo de la Magistratura llama a concurso para cubrir las vacancias, para las que fueron designados: Victor Manuel Nuñez Rodríguez, Sindulfo Blanco, Cesar Antonio Garay Zucolillo, Miguel Oscar Bajac Albertini, y Alicia Pucheta de Correa.

“yo no estoy absolutamente de acuerdo con el mecanismo actual, y en la constituyente ya no estuve de acuerdo con ese mecanismo porque uno de los requisitos para que sea Ministro de la Corte es que sea persona honorable, persona conocida en la comunidad, en la sociedad, y justamente lo que primero se ataca es su honorabilidad, cuando se le exige que como un alumno de una universidad vaya con su carpeta de hoja de vida a demostrar que es honorable” E-3

La crítica que hace el E3 guarda relación con el mecanismo actual del sistema de selección de Ministros, que como se ha mencionado, es mediante un proceso burocrático consistente en la presentación de la hoja de vida del postulante ante el Consejo de la Magistratura, órgano que conforma la terna de candidatos. En la Constitución se establece como requisitos: tener nacionalidad paraguaya natural, haber cumplido treinta y cinco años de edad, poseer título universitario de Doctor en Derecho y gozar de notoria honorabilidad, además de haber ejercido efectivamente durante el término de diez años, cuanto menos, la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o alternativamente.

La exigencia de notoria honorabilidad es un concepto asociado a la conducta pública del postulante, o más precisamente, es la percepción que se tiene de la persona y no se puede demostrar con papeles, señalaba además el E3. Refiere además respecto de la composición del Consejo de la Magistratura, que deslegitima su actuación pues una persona de entre 50 y 65 años de edad tiene que someterse a la evaluación de personas recién egresadas de sus carreras de grado y que no tienen la más mínima preparación para someterla a examen.

3.4.2. Lobby o cabildeo político.

Si bien el proceso de selección de Ministros de Corte está diseñado constitucionalmente con garantías que la protegen y la alejan de elementos internos y externos que puedan afectar el posterior desempeño judicial; existe en este caso un “elemento no formal” o fase informal que puede resultar determinante a la hora de la designación definitiva: el denominado “*lobby*” político.

En el debate académico hay un cierto consenso en cuanto a los tipos de criterios que influyen en las dos etapas del proceso de selección: nominación–confirmación. Se identifican en primer lugar las cualidades profesionales del candidato, pero además de ello existen otros factores como la afiliación partidaria, afinidad ideológica u otras de índole personal que están relacionadas a las características sociodemográficas de los candidatos, con los intereses de las élites del momento o con el desarrollo de alguna política gubernamental (Rubio, 2012).

El cabildeo está vinculado con los criterios reales de selección, pues mientras el diseño constitucional establezca los requisitos formales, en la práctica entran en juego otras cuestiones al momento de seleccionar a los magistrados de las altas Cortes. Una cosa es lo que determinan las leyes y otra totalmente distinta es la que en realidad operan. Mediante el *lobby* los candidatos se reúnen con cada uno de los senadores de todos los partidos y sectores políticos a fin de buscar apoyo para su designación.

“los Ministros son debidos, que significa que tienen que pagar después las consecuencias de su elección, porque se deben este señor o mediante este organismo, entonces tienen que tener necesariamente una dependencia y además, lamentablemente, nuestros Ministros y Nuestros jueces no entienden que una vez electos ya no pertenecen a nadie, que pertenecen a un poder,

que pertenece a la sociedad, y que tienen que ser garantes de esa sociedad”

E-1

El *lobby* afecta al desempeño judicial según afirma el E1 porque genera una dependencia necesaria y una deuda que debe ser saldada cuando acceden al cargo. La fidelidad partidaria podría ser una motivación fundamental para el voto de los 45 senadores del parlamento paraguayo. Para García Pascual (1996) se establece una especie de red clientelar en el seno del Poder Judicial, con la designación de jueces obedientes y sumisos que responden más a intereses partidarios que normativos, por lo que la independencia queda fuertemente relativizada.

“a mí me chocaba un poco ir a pedir un cargo, llevar mi carpeta y dije: yo no me voy a presentar jamás; si me quieren elegir que me elijan en otro sistema”E2

“Yo soy liberal de formación, y en mi juventud participe en movimientos estudiantiles, liberales, contra la dictadura, etc., y me llamo un ex compañero que era presidente del PLRA, y me dice: queremos presentar gente buena -“textual”- y bueno te voy a rogar que me dejen pensarlo porque prácticamente no se me había ocurrido esto”E2

“Luego me presente y ahí termino mi gestión, no tuve necesidad de ir a hablar con nadie, ni de hacer lobby en tal parte, de hacer esto o aquello....nada, porque en el fondo no quería que lo eligiera a otro”E2

La experiencia de E2 revela el desánimo en el sistema de nominación-confirmación, pero habrá de entender igualmente el contexto en que se había presentado para ocupar un cargo en la Corte. La mesa interpartidaria o pacto de gobernabilidad debilitaba un poco el *lobby* porque no había necesidad de visitar despacho por despacho a los senadores de los distintos partidos con escaños en el Congreso. Se necesitaba

solamente del apoyo de uno de los partidos mayoritarios, en este caso el de su partido, el PLRA.

“La verdad que fue una cosa muy particular realmente, primero que mi nombre aparecía mi nombre en los medios periodísticos como candidato a la Corte Suprema de Justicia, es decir, los medios manejaban la integración de la Corte Suprema y mi nombre ya aparecía tal cual después fue la Corte en el 95, así como quedo integrada después de 1995 ya publicaban los medios quienes iban a ser los integrantes de la Corte, eso aparecía ya a fines de 1994, y exactamente quienes iban a ser, y aparecía mi nombre en reiteradas veces, y cuando ya estaba por fenecer el plazo de presentación de postulación y como finalmente nadie me había hablado a mí de que iba a tener el apoyo de un partido (porque se tenía que tener el apoyo de un partido político) hasta que estaba llegando el vencimiento del plazo yo me puse en contacto con el que era el líder del partido porque se hablaba mi candidatura por el Partido Liberal Radical Auténtico, y entonces hable con el Dr. Laíno para preguntarle si me tenía que presentar o no porque nunca nadie me había hablado de que era el candidato, y ahí presente mis papeles, claro que si me dijo, entonces presente mis papeles al consejo, y la composición del poder judicial fue resuelto en tratativas políticas entre los líderes de los partidos, entre el presidente de la republica que era Wasmosy y los principales líderes de otros partidos políticos, tenía mucha influencia el Dr. Domingo Laíno en ese momento, ehh y otros líderes de partidos políticos, algunos otros también había intervención de miembros del congreso, autoridades del congreso y también senadores y diputados que tenían influencia, y se habló ya acerca de la composición de la corte, incluso se hizo un reparto de la Corte.”E-4

La situación de E4 es particular porque no sabía que debía postularse para ocupar el cargo de Ministro de Corte. Se enteró por la prensa acerca de la composición de la Corte Suprema para el periodo que iniciaría en 1995, en donde figuraba como posible integrante. En efecto, fue el candidato de su partido el PLRA y luego de un acuerdo entre los líderes de los partidos tradicionales y de otros partidos políticos, junto con el presidente de la República, finalmente la Corte se integró en su totalidad, siendo designado para dicha magistratura judicial. Tampoco hubo necesidad de hacer ningún *lobby* porque únicamente fue precisa la anuencia del partido político al que se encontraba afiliado.

El E1 afirma que tampoco necesito hacer *lobby* para que sea designado. A su juicio, llegó al cargo por sus méritos, y por la confianza depositada en él por un partido político minoritario en ese momento, pero aclara que era parte de la cuota política partidaria resabio del pacto de gobernabilidad.

“No no, no hice lobby. Ya le digo, por mí apostó el Partido Patria Querida creo que es. Ellos apostaron y realmente creo que fue una suerte de cuota política porque así se maneja.”E1

La repartija de cargos por cupos en el Poder Judicial hasta ahí era una constante. Esta circunstancia cambia según señala otro de los entrevistados. El E-3 por ejemplo, confirma que habló con la mayoría de los senadores para obtener el apoyo político necesario.

“Yo integre una terna, integrada por un magistrado y un académico. Luego allí, sí debo confesar que he tenido que hablar con la mayoría de los senadores, el cabildeo eso es lamentablemente necesario, lamentablemente porque no debería ser así. Uno se presenta por lo menos para que le conozca, para que le haga preguntas, etc.”E-3

El cabildeo -como elemento informal- es un criterio real para la designación de los Ministros de la Corte quienes están condicionados a realizar este *lobby* para contar con los votos de los senadores. Sin embargo, el E3 está disconforme y lamenta esta circunstancia porque considera que en un ideal supuesto, los candidatos ternados deberían presentarse solo para que sean conocidos en su trayectoria profesional y honorabilidad.

El sistema de selección judicial basado en criterios no formales debilita la independencia judicial. Los jueces finalmente elegidos tienen un deber de gratitud hacia quienes los designaron, sean estos los políticos de los partidos al que se identifican o de otros partidos, influyendo negativamente en la ciudadanía y en el prestigio de la Corte Suprema.

3.4.3. Autarquía presupuestaria.

Cuando para la doctrina la variable “autarquía presupuestaria” facilita la independencia judicial porque se hallan sustentadas en hipótesis y que le libra de cualquier injerencia de manipulación de fondos económicos (Linares S. , 2004); el estudio empírico abordado en esta investigación sugiere lo contrario porque el presupuesto se constituye en factor de gran interferencia en la labor del Poder Judicial.

La administración del presupuesto del Poder Judicial no es tarea exclusiva y excluyente de este Poder del Estado. Si bien la Constitución establece que el tres por ciento del presupuesto general del Estado corresponde al Poder Judicial, lejos está de cumplirse esta disposición. El E3 identifica esta circunstancia como un obstáculo a la independencia judicial.

“Lo que atenta directamente contra la independencia de los Ministros de la Corte es el sistema de manejo del presupuesto nacional. En el Parlamento no se cumple lo que dice la Constitución en materia de presupuesto que dice

que el Poder Judicial es el que tiene elaborar su presupuesto y enviar al Parlamento que este apruebe. Pero no dice que este modifique como quiera o no dice que este borre la mitad de lo que propuso la Corte y proponga la otra mitad de acuerdo a sus caprichos.”

De lo expresado por el E3, puede afirmarse que si bien el Poder Judicial elabora su presupuesto y lo envía al Congreso, no se aprueba tal como fuera remitido sino que el Parlamento modifica de acuerdo a sus intereses y lo utiliza como una herramienta de presión para obtener ciertos beneficios. Muchos de los parlamentarios cuentan con procesos judiciales en marcha, pendientes de resolución definitiva, entonces una buena forma de obtener una resolución favorable es ejerciendo un control sobre el presupuesto al momento de su elaboración. Es un tira y afloje entre Ministros y parlamentarios.

Según indico también el E3, en cada presupuesto anual se crean muchos cargos en la función judicial que, nombrados los funcionarios son comisionados a los poderes políticos. El Poder Judicial sufre un recorte real en ese sentido pues genera una fuga de empleados a otras instituciones dejando huecos en la institución judicial. Se utiliza el presupuesto del Poder Judicial para crear cargos que serán ocupados finalmente “de hecho” en el Parlamento.

“Una de las cuestiones más difíciles en la administración de la Corte era la injerencia de los políticos en la ejecución del presupuesto, no solamente en la elaboración sino en la ejecución del presupuesto porque cada año proponía una lista de personas que tenían que ser designadas o le penalizaba a la Corte en la elaboración del presupuesto, le recortaba asquerosamente” E-3 .

La injerencia parlamentaria ocurre en dos momentos, en la elaboración y en la ejecución del presupuesto del Poder Judicial. Es impensable una independencia total

cuando la función judicial se desnaturaliza para ceder al clientelismo partidario del Congreso. Al limitarse el presupuesto se impide la creación de cargos necesarios como son la de los juzgados de primera y segunda instancia, la edificación de las sedes del Palacio de Justicia en todo el país, compra de insumos, mobiliario, etc.

La independencia del Poder Judicial es totalmente ignorada si la institución responsable del servicio de la administración de justicia no cuenta con el presupuesto para satisfacer las exigencias propias de la función judicial o cuenta de manera insuficiente u oportuna. La autarquía presupuestaria de la Corte Suprema fue uno de los mecanismos introducidos por la Constitución para garantizar la independencia institucional del Poder Judicial (Riera Hunter, 2002).

La manipulación del presupuesto por el Poder Legislativo afecta a la separación de poderes porque al depender económicamente uno del otro, no se puede esperar en la práctica una independencia judicial, puesto que se hace que el Poder Judicial dependa para sus necesidades pecuniarias del Poder Legislativo, de su voluntad “omnipotente”. De nada servirían otras garantías de independencia como lo es la inamovilidad de los magistrados si estos se encontraran expuestos a la presión económica que el Poder Legislativo podría ejercer sobre ellos disminuyendo o suprimiendo su remuneración, que es su único medio de vida (Linares Quintana, 1963).

3.4.4. Ética del magistrado.

Los supuestos éticos que tenga el Ministro de Corte serán decisivos a la hora de interpretar la norma constitucional, porque es una tarea subjetiva interna de cada magistrado permeable o no a las presiones externas. El E1 identifica un problema de fondo en la sociedad que es la debilidad de los valores y que ocasiona un gran daño a todo el país, no es un problema únicamente del Poder Judicial sino que afecta a la comunidad en sí.

“el gran daño, el gran mal que tenemos en todo Paraguay es el problema ético, y eso está inficionado desde todos los sectores, en todos los sectores”

E1

Se evidencia una moderada tendencia de los políticos de los partidos a que pertenecían los Ministros de Corte en tratar de requerir favores, pero el E2 afirma con total certeza de que dependía siempre de la ética del Ministro para dejarse presionar.

“si viene un miembro del Poder Ejecutivo, un miembro del Poder Legislativo a pedirme algo, no le voy a decir que si, en primer lugar le voy a hacer en la medida que eso corresponda.”E-2

“yo tenía línea directa con Laíno pero nunca me llamó por casos, salvo un caso en donde no tenía ningún interés pero un problema de su secretaria que al final le salió en contra, tampoco era así como una orientación, pero una recomendación de el de que se podía hacer, una cuestión de adopción de un niño. Pero nunca me llamaron para un sentido determinado”E-4

“Y bueno, con ese criterio de pensamiento jamás, jamás nadie se puso a llamarme, la gente del PLRA nada nada por supuesto, ni fuerzas políticas ni nada”E-2

Los Ministros de Corte, sobre todo de la segunda época de la transición democrática, dejaron traslucir cierta interferencia de los políticos pertenecientes a los partidos por los cuales fueron designados. No obstante, la primera Corte fue una de las menos cuestionadas en su actuación, al menos durante aproximadamente ocho años.

“mi experiencia en la Corte fue muy positiva desde ese punto de vista. Hice lo que a mí me parecía que había que hacer. Podre haberme equivocado, podre haber cometido errores, sin duda, pero hice en conciencia lo que me parecía que había que hacer. Habrá me imagino otras formas de presión

más violentas no?, amenaza y chantaje, este tipo de cosas yo no tuve ninguna amenaza, no me pusieron ningún revolver en la cabeza, no tuve ningún tipo de chantaje ni nada por el estilo.”E-2

Dos entrevistados coincidieron en que la Corte en la que ejercieron sus funciones fue, dentro de todo, independiente en cierto sentido porque finalmente ellos tenían la última palabra en aceptar o no los requerimientos de los políticos, aun cuando fueran muy pocas de acuerdo a sus experiencias, y pudieron decidir de acuerdo a lo que en Derecho consideraban que debía hacerse.

En la tabla 4 se podrá observar a las variables encontradas en las entrevistas realizadas. La independencia judicial será la variable dependiente, en tanto, las demás expuestas son las independientes.

Tabla 2. Categorización de la independencia judicial.

Categoría dependiente	Categorías independientes	Sub categorías independientes
Independencia judicial	Selección de Ministros de Corte	Criterios formales: diseño constitucional (postulación, elaboración de la terna por el Consejo de la Magistratura, designación por el Senado, confirmación por el Poder Ejecutivo)
		Criterios no formales: cuoteo partidario, lobby o cabildeo político.
	Autarquía presupuestaria	Elaboración del presupuesto del Poder Judicial
		Ejecución del presupuesto del Poder Judicial
Ética del magistrado	Principios o valores.	

Nota: Elaboración propia

4. METODOLOGÍA.

4.1. El problema de investigación.

La tensión entre política y derecho está en constante debate. Dentro de esta tensión, y de manera creciente, la judicialización de la política ha pasado a formar parte de ella. Es en la democracia moderna que, concretamente en América Latina, es un fenómeno que ha surgido en la agenda de los últimos quince o veinte años. La judicialización de la política implica un empoderamiento de los jueces y por ende un mayor grado de involucramiento en la formulación de políticas públicas con el objetivo de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos, sean éstos, civiles y políticos, sociales, culturales o económicos, desde la perspectiva de los derechos humanos en aras de la formulación de mecanismos o estrategias de desarrollo y en respuesta a la necesidad de una presencia del Estado y consolidación del Estado de Derecho.

A partir de la tensión referida entre política y derecho puede decirse – concretamente- que el problema de investigación consiste en la legitimidad que tienen los jueces para hacer políticas a través de sus sentencias.

De allí que esta tesis formule como principal *pregunta de investigación* la siguiente: ¿La Sala Constitucional se encuentra legitimada para administrar conflictos políticos y sociales?, la que a su vez se disgrega en otras preguntas específicas: ¿Cuáles son las causas que pueden interferir en las decisiones judiciales? ¿Es ejemplo de un nuevo protagonismo judicial? ¿Contribuye a la formación de políticas públicas?

El estudio será relevante pues se pretende examinar la Sala Constitucional de la Corte Suprema constituida a partir del régimen democrático establecido en 1989. En ese aspecto, se parte de la Constitución de 1992, ordenamiento jurídico que incorpora fundamentalmente derechos económicos, sociales, culturales y colectivos, y sus garantías de cumplimiento efectivo.

4.2. Objetivo general.

Analizar el desempeño de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, en materia de control de constitucionalidad.

4.3. Objetivos específicos.

Determinar la legitimidad de los Ministros de la Sala Constitucional para administrar conflictos políticos y sociales.

Identificar cuáles son los factores que influyen en la decisión de los Ministros de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay.

Establecer el tipo de políticas públicas generadas a partir de las sentencias judiciales de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

4.4. Diseño, tipo y enfoque de investigación.

Es una investigación de diseño no experimental de tipo descriptivo y enfoque cualitativo. Se acudirá, en los dos primeros capítulos a la búsqueda y examen de fuentes bibliográficas de Ciencia Política, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho. En el penúltimo capítulo se analizarán el contenido de las entrevistas realizadas a cuatro ex Ministros de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, y finalmente el último capítulo describirá el desempeño de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en base a las fuentes jurisprudenciales. La investigación fue realizada desde tres disciplinas a saber: la Ciencia Política, la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional, contrastadas empíricamente con las entrevistas y las sentencias judiciales.

4.5. Informantes de la investigación. Muestra²⁸

²⁸ Los nombres de los magistrados que se enlistan en la presente tesis constan en fuentes públicas de información de acuerdo a lo estipulado en la Ley N° 1682/01 que establece: "Las fuentes públicas de información son libres para todos. Toda persona tiene derecho al acceso a los datos que se encuentren asentados en los registros públicos.

Como unidades de análisis fueron consideradas las entrevistas a ex Ministros de la Corte y los fallos jurisprudenciales de la Sala Constitucional. Para el criterio de selección de la entrevistas a los ex Ministros se juzgó conveniente su realización a aquellos que ya no están en el ejercicio del cargo. Esta selección fue intencional porque al no encontrarse dentro de la estructura judicial, se tiene menos posibilidades de que los ex magistrados se sientan condicionados por su propia institución u otra, como también de actores pertenecientes a sectores no institucionales, de tal manera que la información que brinden esté menos contaminada.

Se tuvo en consideración además de que la Corte Suprema de Justicia fue integrada con el nuevo diseño constitucional en el año 1995 y quedó de la siguiente manera:

Tabla 3. Integración de la Corte Suprema de Justicia año 1995

Sala Constitucional	Sala Civil	Sala Penal
Dr. Raúl Sapena Brugada	Dr. Enrique Sosa Elizeche	Dr. Felipe Santiago Paredes
Dr. Oscar Paciello	Dr. Carlos Fernández Gadea	Dr. Jerónimo Irala Burgos
Dr. Luis Lezcano Claude	Dr. Elixeno Ayala	Dr. Wildo Rienzi

Nota: Elaboración propia

De esta integración inicial se accedió a dos ex Ministros, uno de la Sala Constitucional y otro de la Sala Civil, teniendo en cuenta de que algunos ya han fallecido

Esta ley encuentra concordancia con la Convención Americana de los Derechos Humanos en su Art. 13, que fuera incorporado en nuestro sistema jurídico mediante la ley 1/89. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia a través del Acuerdo y Sentencia N° 1306/2013 resolvió la cuestión del conflicto de derechos entre el Derecho a informarse (Art. 28 CN) y el Derecho a la intimidad (Art. 33 CN), realizando un juicio de ponderación y armonización, sentencia que es materia de estudio en la presente tesis. A partir de esta sentencia, fueron dictadas varias normativas como la Ley N° 5282/2014 "De libre acceso a la información pública y transparencia gubernamental", y su decreto reglamentario N° 4064/2015. Finalmente, para mayor aclaración, la Corte Suprema de Justicia también reglamenta dicha ley por Resolución N° 1296/2014, a los efectos de garantizar la provisión de informaciones asignadas al servidor público, con lo cual se zanja el conflicto de derechos. Es así que todas las sentencias de la Corte Suprema se encuentran en acceso abierto en el portal web de la institución.

como es el caso de los Dres. Oscar Paciello, Carlos Fernández Gadea, Elixeno Ayala y Jerónimo Irala Burgos.

Luego se consideró realizar dos entrevistas a ex Ministros de la siguiente Corte, aquella que correspondió al periodo constitucional de gobierno 2003-2008, en la que se procedió la renovación de la institución judicial en el año 2004.

La Corte Suprema de Justicia del periodo referido quedo integrada de la siguiente manera:

Tabla 4. Integración de la Corte Suprema de Justicia año 2004.

Sala Constitucional	Sala Civil	Sala Penal
Dr. Víctor Manuel Núñez	Dr. Miguel Oscar Bajac	Dr. Wildo Rienzi
Dr. Antonio Fretes	Dr. Cesar Garay Zucolillo	Dr. Sindulfo Blanco
Dr. José V. Altamirano	Dr. Raúl Torres Kirmser	Dra. Alicia Pucheta de Correa

Nota: Elaboración propia.

En la tabla se muestra la lista de Ministros que todavía se encuentran ejerciendo el cargo en la alta magistratura judicial como es el caso de los Dres. Antonio Fretes, Miguel Oscar Bajac, César Garay Zucolillo, Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta de Correa y Raúl Torres Kirmser. En tanto que el Dr. Wildo Rienzi ha fallecido. Se optó por aquellos que han dejado el cargo.

En cuanto a la selección de la muestra jurisprudencial fue intencional debido a que se trata de un estudio cualitativo, cuya intención es abordar a profundidad ciertos aspectos del fenómeno examinado “la judicialización de políticas”, que se traduce en el control constitucional como mecanismo de protección de derechos fundamentales. Frente a la alternativa de hacer un estudio cuantitativo que supone obtener resultados más generales se consideró preferible la primera opción señalada en el entendimiento de que la Sala

Constitucional de Paraguay no está catalogada en la región como un tribunal supremo activista. Se consideró además centralizar el estudio a los derechos sociales, excluyéndose los derechos civiles y políticos, lo que implicaría mayor profundidad.

4.6. Técnicas de recolección de datos

Se empleó un cuestionario de entrevistas, el cual fue abierto y validado por tres expertos en materia metodológica en base a un esquema de validación estandarizado por la Universidad Autónoma de Asunción. Posteriormente fue aplicado a los seleccionados para la entrevista a quienes se les solicitó su participación voluntaria, quienes accedieron en colaborar con la investigación y autorizaron que sean citados en las entrevistas. No obstante, y atendiendo los principios éticos de investigación no se nominan a los participantes en el análisis respectivo.

En cuanto a la segunda unidad de análisis: “*sentencias representativas*”, conviene hacer la aclaración previa en cuanto a los siguientes puntos: 1) el universo de sentencias tomadas para el objeto de estudio fue del periodo 1995-2015, en el que se dictaron la cantidad total de 29.018 sentencias por la Sala Constitucional de la Corte, sin embargo, se seleccionaron aquellas que se ha denominado en esta investigación como sentencias representativas; 2) en este trabajo se define a *las sentencias representativas* como aquellas interpretaciones realizadas mediante los mecanismos de consulta constitucional y acciones de inconstitucionalidad, que declaran certeza sobre la ilegitimidad de la norma jurídica afectada, y por la que se ordenan la protección de derechos sociales o la formulación de políticas públicas; 3) se excluyeron los fallos referentes a la interpretación sobre derechos políticos ; 4) se identificaron seis sentencias de acuerdo a la conceptualización indicada, cuatro referentes a consultas constitucionales en amparos contra el Instituto de Previsión Social sobre la interpretación de una norma administrativa; una consulta sobre interpretación de la ley, y una acción de inconstitucionalidad sobre ponderación de derechos.

La decisión metodológica se restringe al estudio de las sentencias sobre control de constitucionalidad, la que obedeció a dos razones. En primer lugar, a que, históricamente, la función principal de las cortes constitucionales de Latinoamérica, herederas del modelo concentrado austríaco, es el control de constitucionalidad de las normas. Indagar este punto proporcionará los insumos necesarios para conocer el desempeño de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay en lo que representa la competencia que dio origen a la justicia constitucional.

Las sentencias fueron recabadas de la página web del Poder Judicial paraguayo, las que se encuentran en formato de acceso abierto.

Para el análisis de los datos presentados, se utilizó la técnica al análisis de contenido tanto de las entrevistas como para los fallos de la Corte.

5. ANALISIS DE DATOS: EL DESEMPEÑO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PARAGUAY.

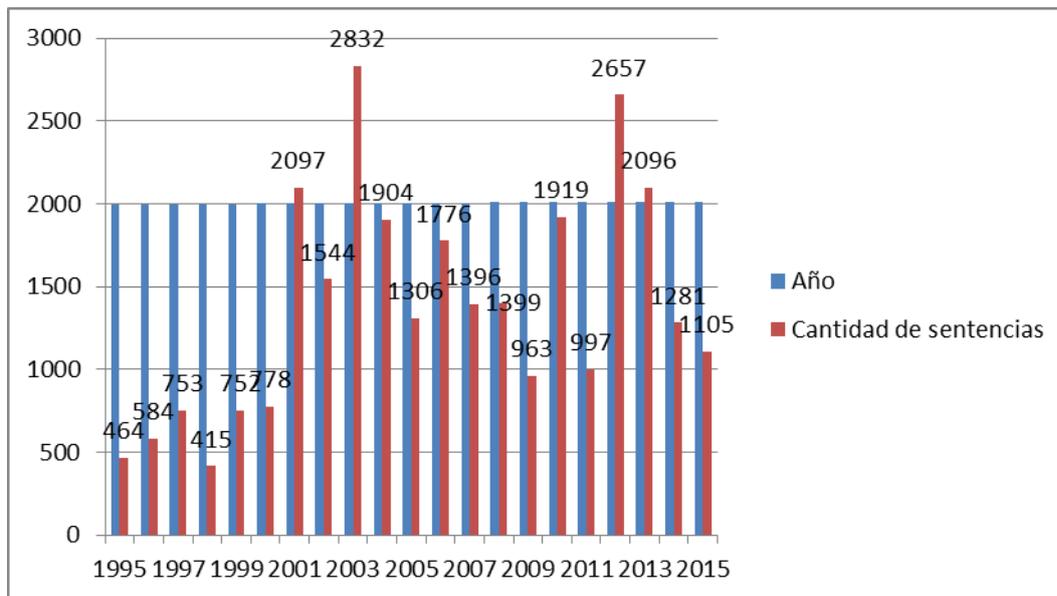
El juez constitucional es el que interpreta la constitución política y por ello se hace necesario conocer su comportamiento, pues es el encargado de establecer el significado de las normas constitucionales o el alcance de las otras normas jurídicas cuando se confrontan con el parámetro de legitimidad constitucional. No hacerlo conlleva el riesgo de que el análisis únicamente se quede en el nivel del deber ser, y no en el de la realidad del producto que ofrece un operador jurídico concreto (Feoli, 2012). Para conocer la realidad de la justicia constitucional debe indagarse la actividad de los jueces y su lógica de interpretación en el sistema jurídico. De hecho, en el constitucionalismo contemporáneo conjugan el deber ser y lo que es pero solamente se podrá encontrar el punto de inflexión si se examina el actuar judicial.

La expansión de la judicatura paraguaya en términos de judicialización de políticas solo puede visualizarse mediante el análisis de las sentencias dictadas en materia de derechos sociales y la profundización de los casos concretos que fueron resueltos por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de esa manera se podrá determinar sus alcances en las últimas décadas, desde una aproximación empírica.

La tendencia en la expansión de la justicia constitucional con el modelo adoptado en la constitución vigente y la integración de la Corte Suprema en el año 1995 por nueve miembros, es inicial pero de modo creciente. Los fallos analizados en presente capítulo, en materia de derechos sociales muestran un cambio de paradigmas en la justicia constitucional. La judicatura ha ido cambiando para la solución de diferentes temas, dicho de otro modo, los jueces de la Corte deciden en el entendimiento de que la realidad cambiante de las sociedades le impone a la ciencia jurídica el reto de transformar el derecho al ritmo de las dinámicas sociales (Franco, 2016).

Un hecho destacable es que la actividad jurisdiccional de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, desde 1995 con la integración de los 9 Ministros de la máxima instancia judicial, ha ido en aumento en cuanto a cantidad de sentencias dictadas. En el siguiente cuadro se puede observar la cantidad total de sentencias dictadas en un periodo de 21 años: 1995-2015

Figura 1. Sentencias dictadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema en el periodo 1995-2005.



Nota: Elaboración propia a partir de los datos de la página web del Poder Judicial:

www.pj.gov.py

La figura muestra un acelerado aumento de la actividad jurisdiccional de la Sala Constitucional, y tiene como puntos máximos a los años 2003 y 2012, con 2832 y 2657 sentencias respectivamente. El dato que se presenta indica, además, una alta demanda de los usuarios de justicia a la Corte Suprema para requerir la tutela de los derechos fundamentales, a través de la presentación de las acciones de inconstitucionalidad. En este punto debe aclararse que la única función de la Sala Constitucional es el control constitucional de acuerdo al modelo de justicia que ya se mencionara en capítulos precedentes, no ingresan los amparos ni los habeas corpus ni los habeas data que no fueran iniciados en juzgados de primera instancia. La Sala Constitucional no es una instancia originaria para otras garantías

que no sea la inconstitucionalidad y en su caso vía consulta como se verá en párrafos siguientes.

Si bien es cierto, la cantidad de sentencias no es sinónimo de activismo judicial porque se tratan de simples datos fríos, pero puede ser un indicador importante de que han permitido una activa y sostenida participación ciudadana desde 1995. Los años con menor ingreso de acciones y número de sentencias coinciden, con los años de su inicio. Es posible deducir que, en ese momento, al no existir todavía conciencia sobre los alcances de la nueva justicia constitucional de Paraguay, el número de acciones de inconstitucionalidad en los primeros meses fuera más bajo. Lo destacable, sin embargo, es que una vez pasado ese periodo, la Sala Constitucional se ha consolidado y se disparó su producción jurídica.

La ley procesal otorga un instrumento más para acudir a la Sala Constitucional, cual es la consulta constitucional. Aun cuando no se establezca en la Constitución como una garantía en específico para tutelar derechos fundamentales, es una herramienta que puede también puede dar certeza a las decisiones de la Corte y sirven de orientación a los jueces para evitar que apliquen una norma inconstitucional. La consulta constitucional está prevista para que los jueces de primera instancia soliciten la interpretación de la Corte respecto de una norma jurídica para determinar si la misma está o no en consonancia con la Constitución. El procedimiento es mediante la remisión del pedido a la Sala y debe hacerse: a) dentro de un caso concreto porque los efectos de las sentencias son *inter partes*; b) cuando, a criterio del juez o tribunal, una ley, decreto u otra disposición normativa que deba aplicar para resolver el caso, pueda ser inconstitucional, e) después de ejecutoriada la providencia de autos, y, lógicamente, antes del dictamiento de la sentencia, pues se pretende contar con el pronunciamiento previo de la Corte, y d) a los efectos de que la Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, decreto u otra disposición normativa, en relación con el caso concreto (artículos 132 y 260, inciso 1, de la

Constitución de 1992, equivalentes al artículo 200 de la Constitución de 1967). De acuerdo con lo señalado el pronunciamiento de la Corte no puede ser formulado en abstracto, ni a título de consulta, sino de resolución que declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinadas disposiciones normativas, en relación con un caso concreto²⁹.

La muestra seleccionada fue de seis acuerdos y sentencias dictados por la Sala Constitucional en materia de derechos sociales. Para el análisis de su contenido, se establecen los siguientes indicadores de judicialización de políticas, siguiendo a los ya establecidos por Feoli (2012): a) reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretativas; b) utilización de sentencias interpretativas; c) definición de una política pública.

En temas de Derecho a la Vida y Derecho a la Salud, se encontraron 4 sentencias en juicios de amparo que se iniciaron en primera instancia y llegaron a la Corte por la vía de la consulta constitucional. Todos tienen la misma característica, pero la más notoria es la ponderación de derechos que hizo la Corte con la interpretación de la norma constitucional.

5.1. Cantero de Romero c/ IPS s/ Amparo.

En este juicio, del año 2010 la demandante, asegurada del Instituto de Previsión Social (I.P.S.), solicita al Juzgado mediante el amparo constitucional, dicte la orden para que el I.P.S. provea en forma gratuita e inmediata el tratamiento médico de hemodiálisis que requiere con extrema urgencia, el cual le está siendo negado por el ente previsional por no reunir los requisitos establecidos en la Resolución N° 1973/98 dictada por el Consejo de Administración. Es decir, la citada resolución requiere un mínimo de antigüedad de 160 semanas (3 años) de aportes para poder acceder a la atención de sesiones de diálisis, siendo que la recurrente posee 12 semanas de aporte.

²⁹ Este procedimiento fue estructurado en el fallo: Banco Finamerica c/ Ministerio de Hacienda, Ac. y Sent. 276, 1996, con el voto del proponente el Ministro, Dr. Luis Lezcano Claude.

Como solución al caso, la Sala Constitucional evacuó la consulta otorgando preeminencia a los derechos a la vida y la Salud, antes que al derecho argumentado por la previsional que se sustentaba en la primacía del interés general sobre el particular. Se estableció que:

En estas condiciones queda claro que el Derecho a la Vida y a la Salud son derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, por tanto, no solo las instituciones públicas sino también las privadas están obligadas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones en cuando a la salud de cualquier ciudadano y más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en el que la vida de las personas está en juego. Es por ello que considero que ninguna disposición legal o administrativa pueda prohibir el acceso de los ciudadanos a la asistencia médica con pretexto de falta presupuestaria pues los Centros de Salud sean públicos o privados deben atender a los enfermos y en su caso el Estado es quien debe asumir los costos, de lo contrario estaríamos contraviniendo los principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional (Cantero de Romero c/ IPS s/ Amparo, 2010)³⁰.

5.2. Benítez Viveros c/ IPS s/ Amparo.

En este juicio, del año 2012, tiene como antecedente la demanda de Amparo Constitucional promovida por una asegurada del Instituto de Previsión Social, a través de su cónyuge, en contra del I.P.S. en la que solicita al Juzgado dicte la orden para que el I.P.S. provea en forma gratuita e inmediata el tratamiento médico de hemodiálisis que requiere con extrema urgencia, el cual le está siendo negado por el ente previsional por no reunir los

³⁰ Voto del Ministro Víctor Manuel Núñez Rodríguez. Integraron la Sala, los Ministros Miguel Oscar Bajac y Sindulfo Blanco, quienes no conforman originariamente la Sala Constitucional.

requisitos establecidos en la Resolución N° 1973/98 dictada por el Consejo de Administración. La citada resolución requiere un mínimo de antigüedad de 160 semanas de aportes para poder acceder a la atención de sesiones de diálisis, tratándose del asegurado cotizante, y de 200 semanas, si es familiar del cotizante, y siendo que la recurrente posee 25 meses –equivalente a 100 semanas de aporte.

El pronunciamiento de la Sala Constitucional fue favorable a la interpretación de la inconstitucionalidad de la resolución administrativa del entre previsional, y estableció que:

En estas condiciones queda claro que el Derecho a la Vida y a la Salud son derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, por tanto, no solo las instituciones públicas sino también las privadas están obligadas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones en cuando a la salud de cualquier ciudadano y más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en el que la vida de las personas está en juego. Es por ello que considero que ninguna disposición legal o administrativa pueda prohibir el acceso de los ciudadanos a la asistencia médica con pretexto de falta presupuestaria pues los Centros de Salud sean públicos o privados deben atender a los enfermos y en su caso el Estado es quien debe asumir los costos, de lo contrario estaríamos contraviniendo los principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional (Benítez Viveros c/ IPS S/ Amparo, 2012).³¹

5.3. González Vázquez C/ IPS S/ Amparo

En este juicio, del año 2014, el antecedente lo constituyó la demanda de Amparo Constitucional promovida por el señor González Vázquez, asegurado del Instituto de

³¹ Integraron la Sala Constitucional los Ministros Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Gladys Bareiro de Módica y Miguel Oscar Bajac Albertini. Este último no es originario de la Sala.

Previsión Social, en la que solicita al Juzgado dicte la orden para que el I.P.S. provea en forma gratuita e inmediata el tratamiento médico de hemodiálisis que requiere con extrema urgencia, el cual le está siendo denegado por el ente previsional por no reunir la antigüedad necesaria, requisito establecido en la Resolución N° 1973/98 dictada por el Consejo de Administración. La citada resolución requiere un mínimo de antigüedad de 160 meses de aportes para poder acceder a la atención de sesiones de diálisis, tratándose del asegurado cotizante, y el recurrente no poseería dicha antigüedad.

La Sala Constitucional otorgó el siguiente fundamento:

En estas condiciones, queda claro que el Derecho a la Vida y a la Salud son derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, por tanto, no solo las instituciones públicas sino también las privadas están obligadas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones en cuando a la salud de cualquier ciudadano y más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en el que la vida de las personas está en juego. Es por ello que considero que ninguna disposición legal o administrativa pueda prohibir el acceso de los ciudadanos a la asistencia médica con pretexto de falta presupuestaria, pues los Centros de Salud sean públicos o privados deben atender a los enfermos y en su caso, el Estado es quien debe asumir los costos, de lo contrario estaríamos contraviniendo los principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional (González Vázquez c/ IPS s/ Amparo, 2014)³².

³² Integraron la Sala Constitucional los Ministros Gladys Bareiro de Mónica, Víctor Manuel Núñez Rodríguez y Sindulfo Blanco, quien no es originario de la Sala.

5.4. Jara Alvarez C/ IPS S/ Amparo.

En este juicio, del año 2014, el accionante, asegurado del Instituto de Previsión Social, solicita al Juzgado dicte la orden para que el IPS provea en forma gratuita e inmediata el tratamiento médico de hemodiálisis que requiere con extrema urgencia, el cual está siendo negado por el ente previsional por no reunir la antigüedad necesaria, requisito establecido en resolución administrativa del IPS, que requiere un mínimo de antigüedad de 160 semanas de aportes para poder acceder a la atención de sesiones de diálisis, tratándose del asegurado cotizante, y el recurrente no poseería dicha antigüedad.

El pronunciamiento de la Sala Constitucional fue en el mismo sentido que los anteriores, y argumentó que:

En estas condiciones, queda claro que el Derecho a la Vida y a la Salud son derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, por tanto, no solo las instituciones públicas sino también las privadas están obligadas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones en cuando a la salud de cualquier ciudadano y más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en el que la vida de las personas está en juego. Es por ello que considero que ninguna disposición legal o administrativa pueda prohibir el acceso de los ciudadanos a la asistencia médica con pretexto de falta presupuestaria, pues los Centros de Salud sean públicos o privados deben atender a los enfermos y en su caso, el Estado es quien debe asumir los costos, de lo contrario estaríamos contraviniendo los principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional (Jara Alvarez c/ IPS s/ Amparo, 2014)³³

³³ Integraron la Sala Constitucional, los Ministros Gladys Bareiro de Mónica, Víctor Manuel Núñez Rodríguez y Sindulfo Blanco, quien no es originario de la Sala.

5.5. Salinas Sosa C/ Ministerio de Hacienda S/ Amparo.

En materia de Derecho la no discriminación por razón del sexto, en el juicio *SALINAS SOSA C/ MINISTERIO DE HACIENDA S/ AMPARO* del año 2006, el accionante a través de la inconstitucionalidad cuestiona la legitimidad de la Resolución N° 1987 del 24 de diciembre de 2001, dictada por el Ministerio de Hacienda. La resolución atacada resolvió denegar la solicitud de jubilación ordinaria presentada por el accionante. Según la demanda, la resolución es violatoria de su derecho constitucional a la igualdad ante la ley (Art. 47 CN) y asimismo, que da lugar a una discriminación de carácter sexual, pues, por el sólo hecho de ser varón le han denegado un derecho que la ley 39/48 claramente concede a todos los miembros del magisterio, contrariando de ese modo el artículo 46 de la Carta Magna. La petición fue que se le aumentaran los años de servicio en razón de un año por cada hijo a los efectos de acceder a la jubilación de acuerdo a la Ley 39/48. La Dirección de Jubilaciones y Pensiones del ministerio de Hacienda considero que la normativa solo es aplicable a mujeres por su condición natural de madre.

La resolución definitiva de la Sala Constitucional hizo lugar a la petición del demandante, en los siguientes términos:

No sabemos en qué palabra o frase de la disposición legal transcripta se basaron los asesores legales del Ministerio de Hacienda para interpretar que la misma no es aplicable a los docentes varones, pues la interpretación gramatical nos lleva a concluir, sin lugar a dudas, que el privilegio concedido a los docentes, es aplicable a hombres y mujeres. Y cuando la ley es clara, no cabe hacer distincos con el pretexto de penetrar su espíritu. De hecho, una interpretación contraria a la que sostenemos, resultaría violatoria de los derechos consagrados en los artículos 46 y 47 de la Constitución, los cuales,

respectivamente, prohíben la discriminación, y garantizan la igualdad ante las leyes de todos los habitantes de la República.

Si bien es cierto que existen leyes de carácter tuitivo, no por eso son discriminatorias, y en el presente caso no existen razones para diferenciar entre hombres y mujeres. En efecto, la crianza y el sostén económico de los hijos recaen igualmente sobre ambos progenitores. Es cierto que la mujer es la que soporta el embarazo, pero para compensar esa diferencia, se han dictado disposiciones legales que prohíben el despido de una embarazada, le conceden a ésta el permiso de maternidad correspondiente, etc. (Salinas Sosa c/ Ministerio de Hacienda s/ Amparo, 2006)³⁴

La respuesta de la Corte en su fallo es que categóricamente no puede haber discriminación y que cualquier interpretación contraria no puede considerarse válida. Con esta decisión la Corte Suprema ubica al hombre y a la mujer en un mismo nivel de requerimiento y protección de derechos sociales sin exclusión.

Tanto los amparos contra el Instituto de Previsión Social como el planteado contra el Ministerio de Hacienda, caen dentro de los indicadores de judicialización de políticas referentes al reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas y la utilización de sentencias interpretativas. Las sentencias analizadas contienen elementos de ambos indicadores porque se reconocen derechos sociales por encima de otros derechos o la llamada “ponderación de derechos” por un lado; y, por otro, se hace una interpretación de la norma jurídica, pues se entiende por sentencias “interpretativas” aquellas que disponen que una norma debe interpretarse de una manera específica si quiere salvarse su validez. Ello presume que el texto legal tiene al menos dos

³⁴ Integran los ministros Víctor Núñez Rodríguez, José V. Altamirano y Antonio Fretes, voto del Dr. Núñez preopinante.

interpretaciones posibles, de las cuales una sola es constitucional, y que dicha tarea corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

5.6. Defensoría Del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo s/ Amparo.

En la sentencia en materia de *Derecho de acceso a la información pública*, en el juicio *DEFENSORÍA DEL PUEBLO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN LORENZO S/ AMPARO* del año 2013, la Sala Constitucional ampliada³⁵ determina que el derecho de acceso a la información pública por los ciudadanos es prevalente y no vulnera la intimidad de los funcionarios públicos.

El caso: la acción de inconstitucionalidad fue promovida por el Defensor del Pueblo contra una las sentencias de primera y segunda instancia, que rechazaron la demanda de amparo incoada en contra de la Municipalidad de la ciudad de San Lorenzo³⁶. Se requirió el acceso a los datos sobre los salarios de los funcionarios del ente municipal: copia impresa de cantidad de empleados contratados y nombradas, con sus nombres y apellidos, puestos de trabajo y salarios respectivos de los que se encuentran trabajando en tos distintos departamentos de la municipalidad de San Lorenzo. Invocó a favor de su derecho las normas constitucionales así como los instrumentos internacionales que en la materia el Paraguay ha ratificado. La Sala Constitucional³⁷ convocó a quienes estén interesados en emitir opinión fundada en la controversia en carácter de “*amicus curie* o amigos del tribunal³⁸”, para

³⁵ La ley 609/95 que Organiza la Corte Suprema de Justicia, en su Art. 16 permite la ampliación de cualquiera de las Salas (Constitucional, Civil o Penal) y que la misma sea integrada por el pleno de la Corte cuando lo solicite cualquiera de sus miembros.

³⁶ Sentencia Definitiva N° 105 del 13 de marzo de 2008 dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno de Asunción; y, Acuerdo y Sentencia N° 78 del 16 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Quinta Sala, de la Capital.

³⁷ Por Acordada Nro. 479 de fecha 9 de octubre de 2007 de la CSJ, la Sala Constitucional puede requerir la intervención de los *amicus curie*.

³⁸ Se presentaron los siguientes *amicus curie*: a) El del “Open Society Institute- Open Society Justice Initiative” (Instituto de la Sociedad Abierta - Iniciativa Pro Justicia de la Sociedad Abierta) de la Ciudad de Nueva York, Estado de Nueva York, Estados Unidos de América; y, b) las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro extranjeras, integrantes de la denominada Alianza Regional por la Libertad de Expresión e Información: “Asociación Instituto Prensa y Libertad de Expresión – IPLEX” de la Ciudad de San José; “Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP”, de Bogotá; “Fundación Pro Acceso”, de Santiago; y, “Fundación Andina para la

proporcionar elementos técnicos que permitan a la Corte responder razonablemente al interés de la sociedad respecto al conflicto jurídico entre derecho a la información versus derecho a la intimidad de las personas.

El voto del preopinante en la sentencia menciona en esencia:

*“Como han ilustrado los Amigos del Tribunal a esta Corte Suprema de Justicia
“existe una clara tendencia en el mundo democrático a considerar el libre
acceso a los registros de información patrimonial como esencial para garantizar
la integridad y credibilidad del gobierno. Dicho acceso público representa una
restricción justificable y responsable al derecho de tales funcionarios a
mantener la confidencialidad de su información patrimonial, especialmente en
relación con los ingresos que perciben de las áreas públicas. Asumir un cargo
público y ser depositario de la confianza pública exigen que este interés en
resguardar la intimidad ceda en cierta medida en favor de la obligación de
rendir cuentas a la comunidad (Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San
Lorenzo s/ Amparo, 2013)³⁹”*

La opinión del Ministro refleja la ponderación realizada y la solución al conflicto al establecer que el derecho a la intimidad cede ante la obligación de responder por sus actos que tienen los funcionarios públicos cuando adquieren tal cualidad. Se otorga especial preferencia al derecho de acceso a la información sobre el patrimonio del funcionario estatal para garantizar la credibilidad del gobierno. De esta manera se dio acogida favorable a la

Observación y Estudio de Medios – Fundamedios”, de Quito. En tanto, se adhirieron a estas presentaciones: el “Centro de Información y Recursos para el Desarrollo – CIRD”; la “Asociación por los Derechos Civiles – ADC” de Buenos Aires; la “Asociación Nacional de la Prensa – ANP”, de la Ciudad de La Paz; el “Centro de Acceso a la Información Pública – CAINFO” de Montevideo; la “Fundación para el Debido Proceso Legal – DPLF”, de Washington DC; la “Alianza Regional por la Libertad de Expresión e Información”; la organización “Instituto Prensa y Sociedad – IPYS”, de Lima y la organización “Trust for the Americas” de Bogotá. Por Paraguay la organización “Semillas para la Democracia”.

³⁹ Voto del Ministro, Dr. Antonio Fretes al cual se adhirieron 7 Ministros con un voto en disidencia en cuanto a los fundamentos.

pretensión del accionante y se dispuso la nulidad de las resoluciones cuestionadas de constitucionalidad. La Sala Constitucional construyó los pilares fundamentales sobre los que descansa el derecho de acceso a la información, y estableció las líneas a seguir en los demás casos.

Esta decisión se adecua en el último indicador de judicialización de políticas señalado al principio de este capítulo – definición de políticas públicas - pues a partir de ella fue promulgada La Ley Nro. 5282/2014 “De libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental” en la que se establece la obligatoriedad de todas las instituciones públicas en dar a conocer información respecto de sus funcionarios, específicamente con relación al salario que estos perciben y el lugar donde prestan servicios. En este caso, el Poder Judicial como órgano político y quien tiene el monopolio de expresar aquello que significa “derecho”, define la realización de una política pública mediante la concreción de los derechos sociales.

CONCLUSIONES

Este trabajo de fin de maestría comenzó con una pregunta sobre el desempeño de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Para responder a esta interrogante general se elaboraron, a su vez, otras que permitan explicar el fenómeno estudiado. Se abordó, en un primer momento, la literatura sobre tres perspectivas disciplinarias, de la Ciencia Política, del Derecho Constitucional y de la Filosofía del Derecho para conocer si cual es la posición ideológica que adopta la judicatura para interpretar la norma jurídica por una parte, y por otra, si se encuentra legitimada para administrar conflictos sociales y políticos.

Desde el punto de vista axiológico o de la Filosofía del Derecho, en el que se debatieron las posturas positivistas y neoconstitucionalistas, es posible concluir que el Poder Judicial paraguayo ha superado el positivismo dejando de lado tradiciones jurídicas formalistas, y ha abrazado un nuevo paradigma jurídico caracterizado en una teoría constitucional enfocada en la protección de los derechos humanos. En su formación inicial, los jueces constitucionales que integraron la Corte Suprema en el año 1995 se mostraron un tanto escépticos para constituirse en una instancia innovadora, más bien fueron conservadores.

Las entrevistas efectuadas a dos ex Ministros de aquella primera Corte, demostraron que no se encontraban imbuidos dentro de la concepción ideológica de un Estado Constitucional contemporáneo, y que todavía se visualizaban los resabios de un positivismo legal; mientras que otro de los entrevistados puso especial énfasis en la religión como indicador axiológico en las decisiones, con la diferencia de que éste integró la siguiente Corte. Solo uno de los cuatro entrevistados demostró total adhesión a la visión neoconstitucional, postura que coincide con las sentencias sobre juicios de amparo contra el

Instituto de Previsión Social decididas en el periodo 2012-2014 y en la que este ex magistrado de la Corte fuera el preopinante en todos los casos. En estos fallos, el entrevistado sentó las bases interpretativas con relación a los derechos a la vida y a la salud.

En cuanto a la legitimidad para administrar conflictos políticos y sociales, se permiten extraer algunas conclusiones respecto del alcance de la judicialización de políticas en sistema judicial paraguayo: a) existe una mayor presencia de la actividad judicial en la sociedad porque la Sala Constitucional de la Corte ejerció el control constitucional a lo largo del periodo considerado; b) si bien el ejercicio del control constitucional es significativo dado el número de sentencias dictadas, es mínima la expansión judicial en términos de judicialización, pero un empoderamiento incipiente considerando el contexto histórico y constitucional del país, como también las variables indicadas sobre los factores que inciden en el actuar de la judicatura como: el sistema de selección de Ministros, la ética de los magistrados y la autarquía presupuestaria que en cierta medida inhiben el coraje en los jueces para decir más allá de la norma jurídica. En las entrevistas hubo posturas encontradas pues dos señalaron que definitivamente la Corte no está legitimada para resolver litigios políticos y sociales porque se encuentra dentro de un Estado de Derecho Legal, mientras que los otros dos expusieron argumentos un poco más abiertos hacia el constitucionalismo social.

La judicialización de políticas en Paraguay describe un mecanismo específico de protección de derechos fundamentales porque está determinado por el diseño constitucional ya que establece que la acción de inconstitucionalidad es la única herramienta para que los ciudadanos acudan a la Sala Constitucional. Sin embargo, uno de los entrevistados señaló que ello no debe ser limitativo porque la justicia constitucional es entendida ampliamente, argumento con el que se concuerda. De hecho, la ley procesal dispone de otros mecanismos como la consulta constitucional y la acción declarativa de derechos por las que puede recurrirse a la Corte para dar certeza interpretativa a las normas jurídicas, el único limitante

en este caso es el efecto de las sentencias porque resta solidez a la labor judicial. El efecto *inter partes* o en concreto, como contrapartida, puede generar que sobre el mismo tipo de derecho violado por una norma ya declarada inconstitucional tenga que promoverse numerosas acciones de inconstitucionalidad, con lo que se contribuye a un innecesario cumulo de expedientes que dificultan la labor judicial.

En el mismo sentido, se afirma que la judicialización de políticas tiene como consecuencia la intromisión necesaria del Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción valiéndose del proceso, sin que ello sea considerado como indebido o asuntos constitucionalmente definidos como de otros poderes políticos. La judicialización de políticas es un medio de promoción y tutela de los derechos fundamentales, de ahí que se constituye en el instrumento de protección del ser humano (Ruiz & Gomez, 2014). No se trata pues de una injerencia sino de lo que la propia constitución indica que deba ser la labor de la Sala Constitucional, esto es, el control constitucional de los actos de los otros poderes del Estado. He aquí que la legitimidad judicial cuestionada por algunos doctrinarios del derecho constitucional y dos de los entrevistados, cede ante la función política del Poder Judicial que fuera reflejada en el estudio empírico efectuado en esta investigación y que parte principalmente de la regla constitucional entendida desde la visión del constitucionalismo social o Estado Constitucional contemporáneo. Con todo, puede afirmarse que el constitucionalismo social en Paraguay está en sus inicios y se redimensiona el rol del Poder Judicial en el entendimiento de que un poder activo es necesario y legítimo al mismo tiempo para tutelar los derechos fundamentales.

El modelo de justicia constitucional permite llevar el análisis conclusivo a otro plano y dejar abierto el debate para próximas investigaciones respecto del sistema de justicia constitucional que tiene el país “el concentrado”, sencillamente porque la Constitución introdujo también las garantías constitucionales de amparo, habeas corpus y habeas data,

otorgando a los jueces de primera instancia el deber de tutelar los derechos fundamentales, entonces cabe la pregunta si realmente es un control concentrado o se trata más bien de un control difuso de constitucionalidad. Así también, sobre cuestiones que guardan relación con la necesidad de establecer diálogos entre los distintos poderes de tal manera a mejorar el servicio de administración de justicia.

Asimismo, siguiendo el hilo conductor de esta investigación, se propuso categorizar las causas que influyen negativamente en la labor de la judicatura y debilitan la independencia judicial, de cuya consecuencia se encontró que los jueces constitucionales son menos proclives para dictar sentencias que administren conflictos de naturaleza política y social porque pueden verse afectados por actores externos.

Los obstáculos a la independencia judicial fueron identificados por los ex Ministros de la Corte, distribuyéndolos en tres categorías. En cuanto al sistema de selección se han expuesto dos criterios contrapuestos, los formales y los no formales; es decir que por un lado se encuentran aquellos según lo que disponen las reglas jurídicas para la designación, no obstante priman aquellos informales como la cuota partidaria y el lobby o cabildeo político. La primera Corte Suprema fue producto exclusivo de un pacto entre actores partidarios donde se hizo la designación de Ministros de acuerdo a la cantidad de partidos con escaños en el Parlamento. De esta manera cada partido político contaba con un Ministro afín a sus intereses. Ahora bien, para las siguientes designaciones, luego de la “reforma del Poder Judicial” realizada en el año 2004 por el gobierno de turno lo que se busco fue que el presidente tenga los Ministros a su medida, razón que justifica la presencia de más magistrados pertenecientes a la línea partidaria del Ejecutivo. En esto sobresale como requisito “necesario” el *lobby* político para obtener el apoyo de la mayoría de los senadores y la bendición final del presidente de la república.

La autarquía presupuestaria es otro de los factores que interfieren en las decisiones judiciales. El Poder Judicial remite su presupuesto anual al Congreso, pero difícilmente es aprobado en la forma solicitada. Este hecho se explica en que el Parlamento utiliza como mecanismo de coacción y extorsión para obtener beneficios en la justicia ordinaria, dado que muchos parlamentarios tienen procesos judiciales en marcha. Sumado a esto es el clientelismo que abunda en el sistema partidista paraguayo. Los congresistas participan no solo en la elaboración del presupuesto del Poder Judicial sino también en su ejecución con la exigencia de la creación de cargos judiciales para cumplir con las promesas partidarias, funcionarios que una vez nombrados son comisionados a los poderes políticos y dejan varios huecos al servicio de justicia.

La ética del magistrado tiene dos vertientes, pues puede constituir un obstáculo como una garantía de independencia judicial. El sistema político para la designación de Ministros de Corte hace que se deban los cargos a los actores partidarios, pero los jueces no deberían ser consecuentes a los políticos. El plano del deber ser podría constituir la garantía, sin embargo, “lo que es” concreta el impedimento para el actuar independiente de la Corte Suprema.

El estudio empírico presentado en el capítulo final permitió analizar el trabajo de la máxima instancia judicial en el ejercicio del control constitucional, a través del examen de contenido de *las sentencias representativas*, lo que hace concluir de que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia refleja una baja judicialización de políticas, por lo tanto no es ejemplo de protagonismo judicial, sin embargo, debe reconocerse su empoderamiento en los últimos años, lo que refuerza la idea de que el Poder Judicial paraguayo transita hacia una consolidación como poder político, tomando decisiones que afectan la vida política y social de los ciudadanos.

En las consultas constitucionales realizadas en los juicios de amparo fue contundente la participación política de la Corte. La decisión interpretativa sobre la reglamentación administrativa de la institución previsional condujo notablemente a la protección del derecho a la vida y el derecho a la salud, primordiales para el Estado democrático y social de Derecho instaurado en la Constitución. En tanto, en la consulta proferida respecto del derecho a la no discriminación por razón del sexo, efectuó un control sobre los actos de otro Poder del Estado, el Poder Legislativo, pues interpreta que la ley dictada por el Parlamento es contraria a la Constitución. Penosamente, el efecto de la sentencia es para el caso concreto, de lo contrario se podría expulsar a la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico. Se impone en esta situación la propuesta de justicia dialógica y que en ese tren, el Legislativo responda a la decisión judicial con la derogación de la ley.

La judicialización por definición de políticas públicas en el caso Defensoría del Pueblo contra la Municipalidad de San Lorenzo, rompe con el mito positivista pues va más allá de cualquier dogmatismo, y fija los criterios de que el derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio para preservar y promover los derechos humanos. En ese afán, la Sala Constitucional de la Corte reinterpreta el Derecho, pues allana el camino a una justicia transformadora. Por lo demás, los resultados hallados han supuesto un cambio de perfil de juez constitucional menos tradicional y menos positivista por un lado, y por otro, que la actividad de la Sala Constitucional es escasa en cuanto a la contribución para la realización de políticas públicas, pero que transita hacia el camino de la innovación judicial.

REFERENCIAS

- Abramovic, V. (2004, Diciembre 9 y 10). Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo en América Latina. Santiago, Chile.
- Águila Grados, G. (2013). ¿Hacia un (neo) Constitucionalismo? *Revista Eletrónica Direito y Política.*, 1366-1394.
- Alchourron, C., & Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. (J. Seña, Trans.) Barcelona: Gedisa.
- Álvarez, L. (2014, Diciembre). Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo. Relación entre Derecho y Moral: unión necesaria vs separación radical. *Estudios de Derecho*, 71, 219-240.
- Ansolabehere, K. (2005). Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. *Isonomía.*, 39-63.
- Aragón, M. (2009). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M., & Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, 8-28.
- Autel Barros, J. L. (1998). *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*. Barcelona: CEDECS.
- Barreda, M., & Costafreda, A. (2002). La institucionalidad política paraguaya: capacidades y desafíos para la gobernabilidad democrática. *Instituciones y Desarrollo*(11), 167-194.
- Barrios González, B. (2013). *Introducción al constitucionalismo contemporáneo*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Basch, F. (2010). Breve introducción al litigio de Reforma Estructural. *Documento base para el Seminario "Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural"*. Buenos Aires, Argentina.
- Boscán, G. (2010). Judicialización y Politización en América Latina: Una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos. *Cuestiones Jurídicas.*, IV(2), 51-83.
- Brewer-Carias, A. (1996). *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Caracas: Jurídica Venezolana.
- Carrió, G. (1986). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cea Egaña, J. L. (1996). La Constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho Público.*, 11-22.
- Comanducci, P., Ahumada, M. d., & González Lagier, D. (2009). *Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Copetti, A., & Santi, R. (2013). O Paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, 409-421.

- Couso, J. (2004). Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, 29-48.
- Couso, J. (2010). Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional. *Anuario de Derechos Humanos*, 33-47.
- Domingo, P. (2004). Judicialisation of Politics or Politicisation of Judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratisation*, 11(1), 104-126.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. London: Fontana Press.
- Dworkin, R. (2010). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? *Isonomía*, 7-29.
- Epp, C. (1998). *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Courte un Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- Feoli, M. (2012). Activismo judicial y justicia constitucional. Los casos de Colombia y Costa Rica. *Tesis no publicada*. Salamanca, España.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferraro, A. (2005). El censor de la democracia. Problemas de legitimidad de la justicia constitucional en América Latina. In G. Fondevila, *Instituciones, legalidad y Estado de Derecho* (pp. 201-246). México: Fondevila-Fontamara.
- Ferraro, A. (2009). *Reinventando el Estado. Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. INAP.
- Fiss, O. (1979). The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice. *The Harvard Law Review*, 100-125.
- Fiss, O. (1993). The right degree of independence. In Stotzky, *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*,. Ssan Francisco.
- Franco, S. (2011). La politización de la Justicia en Paraguay. Una visión desde la independencia hasta nuestros días. In C. N. Bicentenario, *La Justicia en 200 años de vida independiente*. (pp. 11-104). Asunción.: Atlas.
- Franco, S. (2016). Judicialización de Políticas y Justicia Constitucional en Paraguay. *ACADEMO*, 1-12.
- Garapón, A. (1997). *Juez y Democracia*. España: Flor del Viento.
- Garapón, A. (2004). El poder inédito de los jueces. In M. Carbonell, H. Fix Fierro, & R. Vázquez, *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*. (pp. 368-388). México.: Porrúa-UNAM.
- Garcial Pascual, C. (1996). *Legitimidad democrática y Poder Judicial*. Valencia: Alfons El Magnanim.
- Grau, L., & Martínez, M. (2011, mayo 25). *Historia del Constitucionalismo americano*. Retrieved from Universidad Carlos III de Madrid: <http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/otros-recursos-2/tema-5-la-guerra-civil-y-la-epoca-de-la-reconstruccion/resolucion-del-tribunal-supremo-pleddy-v.-ferguson-163-u.s.-537-1896>

- Guarnieri, C., & Pederzoli, P. (1997). *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid: Taurus.
- Hart, H. L. (1998). *El concepto del derecho*. (G. Carrio, Trans.) Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Holland, K. (1991). *Judicial activism in comparative perspective*. New York: St. Martin Press.
- Jiménez Asensio, R. (2005). *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos de derecho constitucional*. Barcelona: Marcial Pons.
- Kagan, R. (1995). *Adversarial Legalism and American Government*. Baltimore: Johns Hopkins University.
- Linares Quintana, S. (1963). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y comparado*. Buenos Aires: Alfa.
- Linares, S. (2004). La independencia judicial. Conceptualización y medición. *Política y Gobierno*., XI(1), 73-126.
- Linares, S. (2008, julio-setiembre). Diálogo democrático entre corte e instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*., 70(3), 487-539.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Moreso, J. J. (2004, mayo). Legal Positivism and Legal Adjudication. Alicante, España.
- Muñoz Alvarado, F. (2014). El juez humanista. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*., 119-135.
- Nino, C. (1985). *La validéz del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Nogueira, H. (2003). Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales. (U. Austral, Ed.) *Revista de Derecho*, XIV, 43-66.
- O'Donnell, G. (1998). *Counterpoint. Selected Essays on Authoritarianism and Democratization*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- PARAGUAY. (1992). Constitución Nacional.
- Prieto Sanchis, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. Mexico: Fontamara.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ramos, M. (2006). *www.usal.es*. (U. d. Administracion, Ed.) Retrieved marzo 12, 2017, from <https://campus.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/4.3.poderjudicial.pdf>
- Raz, J. (1991). *Razón practica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Riera Hunter, M. (2002). Principios de Independencia Judicial. In E. Camacho, *Comentario a la Constitución. Homenaje al décimo aniversario*. (pp. 409-452). Asunción: Corte Suprema de Justicia.

- Rubio Llorente, F., & Jiménez Campo, J. (1997). *Estudios sobre justicia constitucional*. Madrid: Mc Graw-Hill.
- Rubio, S. (2012, Junio 30). *Mas allá de los consensos: selección judicial en El Salvador*. Retrieved from Revista Pensamiento Penal.: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41408-mas-alla-consensos>
- Ruiz, I., & Gómez, A. (2014). A judicialização da política como meio de acesso a uma ordem justa na defesa dos direitos fundamentais y e da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, 9-29.
- Sagüés, N. P. (2010). Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales. *Diálogo Político.*, 13-32.
- Sagüés, N. P. (2012). La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la coalición de Sadam Hussein). *Pensamiento Constitucional.*, 73-94.
- Shapiro, M., & Stone Sweet, A. (1994). The New Consitutional Politics of Europe. *Comparative Political Studies.*, 397-420.
- Sieder, R., Schjolden, L., & Angell, A. (2005). *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Smulovitz, C. (2001, Setiembre). Judicialización y Accountability Social en Argentina. Washington D.C.
- Solís, A. (1999). La dimensión política de la Justicia Constitucional. *Revista Parlamentaria de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.*, 10-348.
- Tate, N., & Vallinder, T. (1995). *The global expansion of judicial power*. New York: University Press.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta.
- DOCUMENTOS DE CONSULTA**
- Brown vs. Board Education, 347 (US mayo 1954, 1954).
- Salinas Sosa c/ Ministerio de Hacienda s/ Amparo, 375 (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional Junio 13, 2006).
- Cantero de Romero c/ IPS s/ Amparo, 1598 (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional octubre 11, 2010).
- Benítez Viveros c/ IPS s/ Amparo, 1521 (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional Julio 05, 2012).
- Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo s/ Amparo, 1054 (Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia Octubre 15, 2013).

González Vázquez c/ IPS s/ Amparo, 1162 (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional Setiembre 04, 2014).

Jara Alvarez c/ IPS s/ Amparo, 1569 (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional Setiembre 12, 2014).