



U N I V E R S I D A D
METROPOLITANA
D E A S U N C I Ó N



2024 REVISTA JURIDICA

Kuatiahai
Tekome'ẽhe'íva
UMA rehegua

VOLUMEN I

Equipo Editorial

La Revista Jurídica de la Universidad Metropolitana de Asunción es el resultado del esfuerzo y la dedicación de un equipo comprometido con la excelencia académica y la difusión del conocimiento jurídico.

Nos enorgullece contar con un equipo editorial compuesto por profesionales apasionados, académicos destacados y estudiantes talentosos que han aportado su tiempo, experiencia y entusiasmo para hacer realidad este proyecto.

Consejo Editorial:

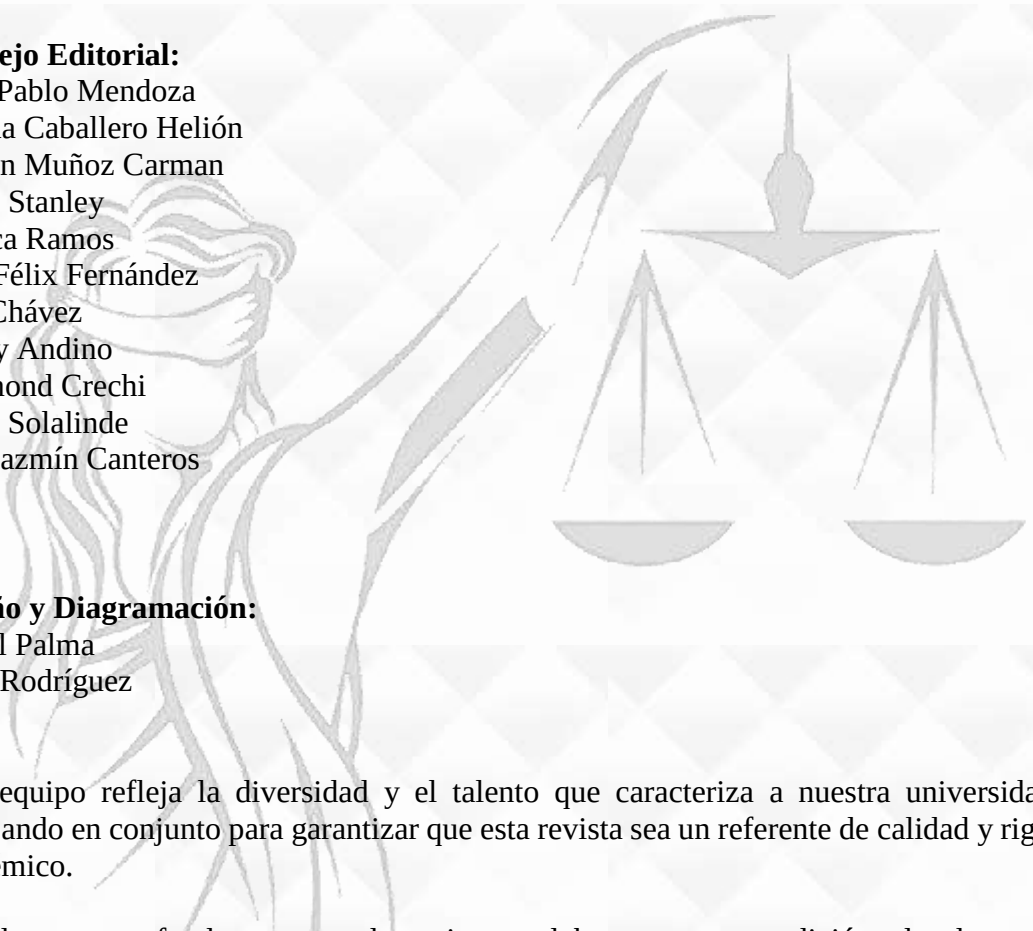
Juan Pablo Mendoza
Karina Caballero Helión
Martin Muñoz Carman
Gilda Stanley
Blanca Ramos
José Félix Fernández
Luz Chávez
Fanny Andino
Raymond Crechi
Hugo Solalinde
Ma. Jazmín Canteros

Diseño y Diagramación:

Ángel Palma
Julio Rodríguez

Este equipo refleja la diversidad y el talento que caracteriza a nuestra universidad, trabajando en conjunto para garantizar que esta revista sea un referente de calidad y rigor académico.

Agradecemos profundamente a todos quienes colaboraron en esta edición y les damos la bienvenida a explorar sus páginas con interés y espíritu crítico.



INDICE

Contenido

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA UMA	4
LA INDEPENDENCIA JUDICIAL A LA DERIVA	6
LA GARANTIA DE INCONSTITUCIONALIDAD	13
LOS PARTIDOS POLITICOS Y LA CONTRUCCION DE UN DEMOCRACIA SOSTENIBLE	23
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD y ALGUNAS POSTURAS DE LA CIDH.	50
LOS DESAFIOS PARA LA SEGURIDAD NACIONAL REPRESENTADOS POR LAS ACTIVIDADES DESARROLADAS EN EL CIBERSPACIO	59
EL CONTROL JURIDICO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACION Y RESOLUCION PROPORCIONAL DE CONFLICTOS”, EN LA ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA.	74

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA UMA

“Los libros me enseñaron a pensar, y el pensamiento me hizo libre”

Ricardo Corazón de León.

La presente publicación, que se inicia este 2024, la primera en su elaboración constituye un gran aporte para la investigación y el incentivo ideal para quienes se animan a publicar un artículo jurídico en una Alta Casa de Estudios.

En ese marco, la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de la Universidad Metropolitana de Asunción, UMA Carrera de Derecho, se complace en presentar la Revista de Derecho, como órgano de difusión de las ideas y de los trabajos presentados por Alumnos y Docentes, como así también de invitados especiales.

Una publicación jurídica universitaria es el registro intelectual permanente e histórico, que permanecen perennes y son testigos fieles de los temas que fueran actuales, las preocupaciones de un tiempo determinado, las circunstancias fácticas de un país específico. Como decía Cicerón, el gran jurista romano: *“La historia, es el testigo de los tiempos, la antorcha de la verdad, la vida de la memoria, el maestro de la vida, el mensajero de la antigüedad”*.

La presente obra de esta Alta Casa de Estudios divide su presentación en tres partes, en un primer apartado formula los trabajos de cuatro Docentes de Derecho de la Universidad y de una Jurista como invitada especial, en la segunda parte se incorpora el trabajo de distintas investigaciones de los alumnos de Derecho, y por último una legislación destacada.

En cuanto a los artículos de los Docentes, iniciamos la Revista con la Agente Fiscal Penal y Docente de Derecho Penal, la Prof. Dra. Karina Caballero Helión, con su obra titulada: **“Los partidos políticos y la construcción de una democracia sostenible”**. El debate que pretende introducir dicho artículo radica en la visión que pone en el centro de la discusión la naturaleza y funciones que cumplen las agrupaciones políticas como semilleros donde nacen los líderes que deberán llevar adelante y ejecutar el proyecto de país que el soberano tiene como previsto dentro del marco constitucional

Seguidamente con el Juez Penal de Sentencias y Docente de nuestra Universidad, el Prof. MSc Juan Pablo Mendoza, quien desarrolló sobre “La Independencia judicial a la deriva”. El tema tratado en el artículo aborda la independencia judicial, y las consecuencias que genera su debilitamiento en el Estado Social de Derecho, en las Instituciones públicas y en los mismos derechos subjetivos de los ciudadanos.

Por otro lado, y vinculada a la Constitución Nacional, el Prof. MSc. Martín Muñoz Carman, Defensor Público Penal y Docente de la UMA planteó el tema de: “La garantía de inconstitucionalidad”, El tema tratado en el artículo aborda la garantía de la Inconstitucionalidad, analizando en forma completa y concreta, en especial las tipologías del Control de Constitucionalidad, control concentrado en el Paraguay, describiendo sus alcances, el origen y evolución de la inconstitucionalidad en la Carta Magna del Paraguay,

y las consecuencias que genera el efecto “inter partes” en el Estado Social de Derecho, respecto a los Actos Normativos, y una posible interpretación “erga omnes” en algunos Fallos de la Corte Suprema de Justicia

Es momento de presentar a nuestra invitada de honor, la Prof. Dra. Alba González Rolón, Ella es Docente universitaria y ex jueza Penal de Sentencias de Crimen Organizado, abordó un tema de gran utilidad y actualidad: “Los desafíos para la Seguridad Nacional representados por las actividades desarrolladas en el ciberespacio”. En el artículo aborda los parámetros que se deben considerar para disponer de medios para hacer frente a un ciberataque, siendo esto esencial en la estrategia de un Estado, pues involucra a la Defensa y a la Seguridad Nacional.

Por último, y no por eso menos relevante, la Docente de la UMA, la Prof. MSc. Blanca Ramos, especializada en DDHH, y actual Defensora Pública en lo Penal, presentó un artículo respecto a: “El Control de Convencionalidad y algunas posturas de la CIDH”. El tema del artículo explica con gran claridad conceptual los parámetros y criterios sustentados por la Jurisprudencia y Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, conforme a los Pactos de DDHH vigentes en nuestro país, de aplicación obligatoria para el Estado, y de todas las Instituciones públicas vinculadas al Sistema Judicial.

Desde la UMA, esperamos que esta obra constituya un aporte jurídico más al conocimiento de la Comunidad Jurídica nacional.

Consejo Editor.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL A LA DERIVA

Por Juan Pablo Mendoza; Profesor.

Universidad Metropolitana de Asunción

RESUMEN: La Independencia Judicial es uno de los principios fundamentales sobre los que se estructura la administración de justicia. Se trata por mucho de uno de los requisitos fundamentales a los efectos de garantizar el cumplimiento de los fines del Poder Judicial, el cual se concreta en la resolución de los conflictos contenciosos mediante el ejercicio de la jurisdicción. Diversos factores, en la coyuntura social y cultural actual, coinciden en afectar de forma negativa los alcances y el propio ejercicio de dicha garantía, erosionando gravemente su significado en detrimento de la propia calidad de la democracia y de la vigencia del Estado de Derecho. El deterioro progresivo de la independencia judicial tiene por corolario necesario la involución del Estado de Derecho, y la consiguiente pérdida de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos.

PALABRAS CLAVE: principios – garantías – independencia judicial – poderes fácticos – pasividad – erosión – deterioro – proceso – involución.

Introducción

La independencia judicial constituye una garantía reconocida al Poder Judicial. Ella consiste, según el texto constitucional de 1992, en el reconocimiento de que el conocimiento y decisión en actos de carácter contencioso es facultad exclusiva del Poder Judicial. Al mismo tiempo, el texto constitucional contiene una prohibición expresa dirigida a los demás poderes del Estado, y demás funcionarios (no integrantes del Poder Judicial), para arrogarse atribuciones judiciales.

Finalmente, la Constitución dispone, en la parte final del art. 248, una sanción expresa dirigida a quienes atentan en contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, consistente en la inhabilitación para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la Ley. Esta redacción resulta relevante por cuanto señala con claridad que la independencia judicial no abarca exclusivamente al Poder Judicial en su carácter de Poder del Estado, como entidad estatal encargada de prodigar un servicio, a saber, el servicio de justicia; sino que se trata de una garantía que pertenece además a los magistrados, es decir, a cada juez (con independencia del fuero en el que ejerza; el grado o circunscripción en la que se encuentre; sea que cumpla funciones en un tribunal colegiado o de forma unipersonal), que cuente con la facultad para conocer y decidir en conflictos de carácter contencioso.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la independencia judicial en su art. 8.1. En el contexto de la redacción antes señalada, la Convención reconoce como un derecho el ser juzgado por un juez o tribunal independiente. En este caso, la Convención reconoce la independencia, encarnada en el juez o tribunal, como una garantía para el sujeto sometido a proceso judicial.

La Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen a la independencia judicial el carácter de garantía de primer orden a los efectos de asegurar que el Poder Judicial, encarnado en la figura de los magistrados que lo integran, pueden cumplir con su deber de conocer y decidir en los conflictos contenciosos sometidos a su competencia, alejados de la injerencia posible de otros Poderes del Estado, u otros funcionarios.

A pesar de la claridad de los textos legales, la garantía examinada pasa por sus momentos más oscuros, debido a múltiples factores que deben ser observados, y circunstancias culturales sobre las que cabe reflexionar. El deterioro detectado en la garantía de la independencia judicial determina una notable erosión en la calidad de la democracia con efectos sumamente perniciosos para el Estado de Derecho en general, y para los derechos de la ciudadanía en particular.

Concepto

La independencia judicial constituye una garantía de nivel constitucional y convencional, reconocida al Poder Judicial, y a través de él, a los magistrados que lo integran, a los efectos de que los jueces puedan ejercer sus facultades jurisdiccionales decidiendo en conflictos de carácter contencioso, libres de todo tipo de presión o injerencia de carácter externo o interno.

Se trata de una garantía central en el marco del Estado de Derecho, por cuanto asegura al Poder Judicial, un ámbito de protección concreto respecto al cumplimiento de sus funciones, a fin de que éstas se cumplan fuera del alcance de presiones o injerencias externas o internas.

Lo señalado supone la existencia de mecanismos que impidan de forma efectiva el ejercicio de presiones indebidas sobre los jueces.

La Independencia Judicial en crisis

El relacionamiento entre los poderes del estado fue transitando por el cauce establecido en el art. 3 de la Constitución Nacional, desde la sanción de la misma en junio del año 1992. Este relacionamiento se caracterizaba por la independencia entre los poderes del Estado, y el recíproco control, y fricciones ocasionales, normales en la vida institucional de la República.

Sin embargo, en el año 2003, el entonces Presidente, Nicanor Duarte Frutos logró una alianza con los partidos político de representación parlamentaria, a los efectos de conseguir el enjuiciamiento y remoción de los entonces integrantes de la Corte Suprema de Justicia. El objetivo de la maniobra política fue claramente la remoción de los entonces magistrados, desde un principio.

Con el inicio del juicio político en ciernes, se vieron obligados a renunciar los entonces Ministros de la Corte Suprema Jerónimo Irala Burgos y Raúl Sapena Brugada. Con anterioridad ya había presentado renuncia el Ministro Enrique Sosa. A éstos les siguieron los Ministros Felipe Santiago Paredes y Luis Lezcano Claude. Por su parte, los Ministros Bonifacio Ríos Ávalos y Carlos Fernández Gadea optaron por afrontar el procedimiento

de remoción. El enjuiciamiento de los Ministros finalizó el 12 de diciembre de 2003, mediante la Resolución Nro. 134, que declaró culpables de los cargos a los Ministros Bonifacio Ríos Avalos y Carlos Fernández Gadea, y dispuso su remoción del cargo, por la causal de mal desempeño en sus funciones.

En diciembre de 2003, tanto Ríos como Fernández presentaron acciones de inconstitucionalidad. Ríos cuestionó específicamente a través de la inconstitucionalidad la Resolución Nro. 122 del Congreso, por la cual se reglamentaba el procedimiento para el juicio político.

Posteriormente, la Sala Constitucional de la Corte integrada por los miembros del Tribunal de Cuentas: Juan Francisco Recalde, Meneleo Insfrán y Florencio Pedro Almada, anuló la resolución de la Cámara de Senadores de diciembre de 2003, por la cual se había resuelto la destitución de Ríos Avalos y Fernández Gadea. Sin embargo, y no obstante, el pleno de la Corte Suprema de Justicia, por Resolución 2382 del 05 de enero 2010, resolvió anular la decisión adoptada por la Sala Constitucional, esto como consecuencia de la amenaza de un nuevo juicio político.

El enjuiciamiento de los magistrados entonces integrantes de la Corte Suprema de Justicia, y su posterior destitución, se llevó a cabo en base a un acuerdo político propiciado por el ex presidente, Nicanor Duarte Frutos.

Ésta no fue la primera ni la última vez que el Congreso ha recurrido a la utilización del Juicio Político. Según refiere Casañas Levi, el mecanismo referido se utilizó por primera vez en marzo de 1999, en ocasión del enjuiciamiento del ex presidente Raúl Cubas Grau, consecuencia de los eventos del tristemente recordado episodio del “marzo paraguayo”, sin embargo en dicha ocasión la renuncia del mandatario impidió la remoción por vía de la decisión del Congreso. Por su parte, el 22 de marzo de 2012, fue removido del cargo, por vía del juicio político, el entonces Presidente Fernando Lugo Méndez, quien fue declarado culpable de mal desempeño en sus funciones, atribuyéndosele responsabilidad política por la muerte de 17 personas a raíz de un procedimiento de desalojo de campesinos acontecido en Curuguaty. También han existido otros casos posteriores de enjuiciamiento político, sin embargo y no obstante, lo más relevante al respecto es que la apelación al empleo del juicio político ha permanecido como una amenaza constante, una suerte de espada de Damocles, instrumentalizada por quienes ostentan las mayorías coyunturales en las cámaras del congreso, una verdadera herramienta de coerción sobre los demás poderes del Estado.

Con posterioridad a estos eventos, los exmagistrados Ríos Avalos y Fernández Gadea acudieron ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con sus reclamos basados en la ilegalidad de su destitución por parte del Congreso.

Consecuencias de la remoción de la “pulverización de la Corte”

El proceso de enjuiciamiento político que culminó con la destitución de varios magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y la renuncia de otros más, significó un verdadero golpe para el equilibrio de poderes, y para la independencia judicial. A partir de ese momento, el Congreso asumió como suya la facultad de evaluar, verificar o revisar las decisiones jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia, quebrantando con ello el principio de separación de los poderes, y asumiendo facultades que no le fueron otorgadas

por la Constitución Nacional, todo esto en desmedro de las facultades del Poder Judicial, que se vio en los hechos disminuido al perder independencia ante el avance de las facultades auto asignadas por el Congreso.

Ante éste panorama, la apelación al juicio político se convirtió en una suerte amenaza permanente sobre la cabeza de la Corte Suprema de Justicia, una herramienta de coerción o sujeción por parte del sector político preponderante del momento, en el entendimiento de que el único requisito para el enjuiciamiento político resultarían ser los votos mayoritarios requeridos para la condena y remoción de los enjuiciados.

De esta manera, partiendo del entendimiento de que la interpretación de la ley realizada por los jueces en el contexto de las decisiones jurisdiccionales adoptadas en la resolución de los casos contenciosos sometidos a su competencia, era materia revisable, el núcleo central de la garantía de la independencia judicial se fue erosionando, deteriorando, perdiendo significado en el contexto del Estado de Derecho que nos rige, y por tanto, también se fue deteriorando la calidad de la propia democracia paraguaya. Esto debido a la existencia de un factor externo (la posibilidad de enjuiciamiento político), con evidente poder de incidencia sobre las decisiones de los jueces.

El análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como consecuencia del procedimiento iniciado por los exmagistrados Ríos Ávalos y Fernández Gadea ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el caso llegó ante la Corte Interamericana de DDHH, que se expidió en el marco de la causa “Caso Ríos Ávalos y otro Vs. Paraguay”, en la sentencia del 19 de agosto de 2021 . Por la referida sentencia el Estado Paraguayo fue condenado por violar varios Derechos Humanos de los demandantes, en concreto: la violación de la independencia judicial, dispuesta en el art. 8.1 de la Convención; el Derecho a la protección judicial, consagrado en el art. 25.2 c) de la Convención; y la violación de la garantía del plazo razonable, prevista en el art. 8.1 de la Convención.

Pasaré a analizar, de forma sintética, algunos de los estándares sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de referencia, al tratar el reclamo por la violación a la garantía de la independencia judicial. A este respecto, la CorteIDH señaló:

- La CorteIDH señaló que la independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso; y que al afectar la permanencia de los jueces en sus cargos, se infringe el art. 8.1 de la Convención, que consagra la Independencia Judicial ;
- Uno de los fines fundamentales de la separación de los poderes resulta ser el garantizar la independencia de las autoridades judiciales. Esto se proyecta tanto de forma institucional, como respecto a la persona individual de cada juez o jueza. El objetivo de esto es el evitar que los integrantes del poder judicial sean sometidos a presiones indebidas en el ejercicio de sus funciones por parte de otros órganos ajenos al Poder Judicial;
- “la Corte ha señalado que de la independencia judicial se derivan las siguientes garantías en torno a la función de las autoridades judiciales: (i) a un adecuado proceso de

nombramiento; (ii) a la estabilidad e inamovilidad en el cargo, y (iii) a ser protegidas contra presiones externas” .

-“ En cuanto a la garantía de estabilidad e inamovilidad en el cargo de dichas autoridades, el Tribunal ha considerado que implica, a su vez, lo siguiente: (i) que la separación del cargo debe obedecer exclusivamente a causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período del mandato; (ii) que las juezas y los jueces solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y (iii) que todo proceso seguido contra juezas y jueces debe resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos, objetivos e imparciales, según la Constitución o la ley. Ello deviene imperativo, en tanto la libre remoción de las autoridades judiciales fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva que tienen de ejercer sus funciones sin temor a represalias”

-“ Todo lo anterior se sustenta en el importante rol que las juezas y los jueces desempeñan en una democracia, en tanto se constituyen en garantes de los derechos humanos, lo que exige reconocer y salvaguardar su independencia, especialmente frente a los demás poderes estatales, pues, de otro modo, se podría obstaculizar su labor, al punto de hacer imposible que estén en condiciones de determinar, declarar y eventualmente sancionar la arbitrariedad de los actos que puedan suponer vulneración a aquellos derechos, así como ordenar la reparación correspondiente” .

-“En definitiva, sin independencia judicial no existe Estado de derecho ni es posible la democracia (artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana⁹²), toda vez que juezas y jueces deben contar con las garantías adecuadas y suficientes para ejercer su función de resolver conforme al orden jurídico los conflictos que se producen en la sociedad. La falta de independencia y de respeto a su autoridad es sinónimo de arbitrariedad.”

Ya en lo que respecta al análisis del caso concreto planteado , la CorteIDH consideró probado que el proceso de juicio político realizado a los exmagistrados Bonifacio Ríos Ávalos y Carlos Fernández Gadea, se realizó en infracción a las garantías del debido proceso, infringiéndose además el derecho de contar con una autoridad imparcial, puesto que el enjuiciamiento y remoción se había pactado por acuerdo político con anterioridad a la realización del juicio, lo cual fue además demostrado.

Sin embargo, uno de los aspectos más relevantes acreditados resultó ser que la razón fundamental para el enjuiciamiento y remoción de los exmagistrados Ríos Ávalos y Fernández consistió en las decisiones jurisdiccionales adoptadas por dichos ex magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Según la CorteIDH al Congreso le estaba vedada la revisión de las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los ex magistrados en cumplimiento de sus funciones, vale decir, por el principio de separación de los poderes (art. 3 de la Constitución Nacional), el Congreso carece de facultades para “revisar, corregir, o evaluar”, los criterios legales dispuestos por los magistrados del poder judicial, en la interpretación de la ley, y en la decisión jurisdiccional. Cuando el Congreso resuelve enjuiciar y condenar a magistrados judiciales en base a sus criterios legales expuestos en la interpretación de las leyes concernientes a decisiones jurisdiccionales propias de su competencia, según la CorteIDH infringe el principio de independencia judicial.

La independencia judicial ante los estándares dispuestos por la CorteIDH

La sentencia Bonifacio Ríos Ávalos y otro Vs. Paraguay, aclara de forma didáctica, precisa, profusa y contundente cuál es el contenido y los alcances de la garantía de la independencia judicial, señalando una serie de estándares que los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos están en la obligación de observar .

En lo que respecta a la independencia judicial, la sentencia señala con toda claridad que el núcleo esencial de dicha garantía consiste en el respeto a la interpretación de la ley realizada por los jueces en sus decisiones jurisdiccionales respecto a los casos contenciosos sometidos a su competencia, la que sólo puede ser revisada mediante los medios de impugnación previstos en el sistema de recursos por los respectivos código procesales. Asumir que resulta factible el enjuiciamiento de magistrados como consecuencia de sus criterios interpretativos implementados en el contexto de las decisiones jurisdiccionales constituye un ataque directo a la independencia judicial, y por lo mismo es violatorio tanto de la Constitución Nacional, como de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los términos descriptos por la sentencia de referencia.

Los criterios empleados por el Congreso al tiempo del enjuiciamiento y remoción de los ex magistrados Bonifacio Ríos Ávalos y Carlos Fernández Gadea, y referidos a las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los mismos en el cumplimiento de sus funciones como integrantes de la Corte Suprema de Justicia, resultaron absoluta y terminantemente contrarios a la garantía de la independencia judicial, y ayudaron a menoscabar el principio de independencia y separación de los poderes (art. 3 de la Constitución Nacional), al tiempo de que expusieron al país a una condena internacional concretada en la sentencia analizada, sentencia cuyos costos económicos no serán nunca afrontados por los entonces responsables de la remoción de los ex ministros Ríos Ávalos y Fernández Gadea, sino por el Erario Público, vale decir, por los impuestos abonados mensualmente por todos los habitantes de este país, concretando otra situación de injusticia más.

La sentencia del caso Ríos Ávalos y otro Vs. Paraguay, nos obliga a reflexionar sobre el papel y relevancia que cumple la independencia judicial en el ámbito de la democracia y de la vigencia del Estado de Derecho, en el cual resulta vital, y determina la salud de la democracia vigente en nuestro país.

El deterioro de la independencia judicial constituye además una erosión más que preocupante en la vigencia de los derechos y garantías constitucionales y en el respeto a los Derechos Humanos, por cuanto que los jueces y juezas encargados de velar por su cumplimiento en las causas judiciales sometidas a su competencia, se ven expuestos al deterioro de los mecanismos que deberían asegurar el que se encuentren libres de cualquier tipo de presión, aspecto central en la garantía de la independencia judicial.

Los estándares asumidos por la sentencia del caso Ríos Ávalos y otros Vs. Paraguay nos obligan a adentrarnos en el contenido y relevancia de la independencia judicial en el contexto de nuestro tiempo. Es obligación del Estado adoptarlos y disponer las salvaguardas necesarias a fin de que la independencia judicial sea restaurada en los

términos descriptos por la sentencia, y todos los operadores de justicia, tanto públicos como privados, debemos asumir esa causa como propia, en favor de la vigencia de la Constitución, y de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Bibliografía

“NICANOR PULVERIZÓ ALTO TRIBUNAL”, nota del periódico ABC Color, edición impresa, sección política, del 28 de junio de 2014. Consultado por última vez el 20/11/24, 18:45 horas; en <https://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/nicanor-pulverizo-alto-tribunal-1260649.html>

“LA CORTE SUPREMA INSTALADA EN ÉPOCA DE NICANOR ESTÁ CASI INTACTA”, nota del Diario Ultima Hora, edición impresa, del 13 de marzo de 2016. Visto por última vez el 19/11/24, 19:00, en <https://www.ultimahora.com/la-corte-suprema-instalada-la-epoca-nicanor-esta-casi-intacta-n974734>

“CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL JUICIO POLÍTICO”, artículo del Dr. José Fernando Casañas Levi, consultado por última vez el 20/11/24, 17:00, en <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclcfndmkaj/https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/constitucional/Jose-Casanas-Levi-Consideraciones-juicio-politico.pdf>

NICANOR FUE EL IMPULSOR PARA DESTITUIR A EXMINISTROS DE LA CORTE, AFIRMAN, Nota del 05 de octubre del 2021, del Diario La Nación. Consultado por última vez el 18/11/24, 17:00 hs., en <https://www.lanacion.com.py/politica/2021/10/05/nicanor-fue-el-impulsor-para-destituir-a-exministros-de-la-corte-afirman/>

MARZO PARAGUAYO: LA JUVENTUD EN DEFENSA DE LA DEMOCRACIA, nota del diario ABC Color, 01 de agosto del 2022. Consultado en: <https://www.abc.com.py/especiales/55-anhos-de-abc-color/2022/08/01/marzo-paraguay-la-juventud-en-defensa-de-la-democracia/>, visto por última vez el 17/11/24, a las 21:00 horas.

DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO VI, Alberto Binder, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2022, pp. 60 al 130.

Constitución Nacional, editorial El Foro, Asunción, Paraguay, 2024.

Convención Americana de Derechos Humanos, consultado en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclcfndmkaj/https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf, visto por última vez el 20/09/24, 18:00 hs.

Sentencia “Caso Bonifacio Ríos Ávalos y otro Vs. Paraguay”, consultado en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclcfndmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_429_esp.pdf, visto por última vez el 19/10/24, 21:00 hs.

LA GARANTIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

“Breve análisis de una acción constitucional, sus antecedentes históricos y una propuesta interpretativa”

Martín Muñoz Carman. Profesor

Universidad Metropolitana de Asunción

SUMARIO:

1) Introducción. 2) Finalidad. 3) Antecedentes históricos de la inconstitucionalidad. 4) Evolución histórica de la Inconstitucionalidad en el Paraguay. 4.1) Nivel legal. 4.2) Nivel constitucional. 5) Posturas contrarias al control constitucional judicial. 6) Posturas a favor del control de constitucionalidad judicial. 7) Principio de la Supremacía constitucional. 8) Límites impuestos al ejercicio del control constitucional. 8.1) Caso de duda sobre la inconstitucionalidad de la norma atacada. 8.2) La cuestión constitucional debe ser decisiva para la suerte del litigio. 8.3) Interés en la declaración. 8.4) La declaración sólo puede pronunciarse sobre la inaplicabilidad de la norma. 8.5) Necesidad de que haya un caso concreto. 8.6) El pronunciamiento de oficio sólo cabe en sentido restringido. 8.7) Imposibilidad de juzgar el valor intrínseco o la equidad de la norma. 8.8) Imposibilidad de resolver cuestiones políticas. 9) Conclusión. 10) Bibliografía.

“Toda ley o decreto que esté en oposición a lo que dispone esta Constitución queda sin efecto y de ningún valor”

Art. 29 Constitución del Paraguay de 1870.

1) Introducción.

Como cuestión preliminar, es fundamental definir qué entendemos por garantías constitucionales, según Ossorio son las que ofrece la Constitución en el sentido de que se cumplirán y se respetarán los derechos que en ella se consagra, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los derechos de carácter privado, como a los de índole público. Por otro lado, Bidart Campos las considera como “los medios procesales específicos destinados a la protección de derechos constitucionales”. Mendonca expresa que se habla de garantía diciendo que “todo el derecho positivo del Estado debe ser creado de acuerdo con la Constitución y, sobre todo, en ningún caso en contra de la Constitución, de manera tal que ella resulta esencial para la vigencia efectiva”.

Nuestra ley fundamental la Constitución de 1992 establece cuatro garantías tipificadas, entre otras, en el Capítulo 12. 1º parte, entre los arts. 132 al 135 y son: la Inconstitucionalidad, el Habeas Corpus, el Amparo y el Habeas Data, respectivamente. A los efectos de esta monografía será motivo de análisis la primera de ellas.

2) Finalidad.

No es suficiente que el cuerpo normativo que llamamos Constitución se lo denomine Ley suprema, sino que además es preciso prever un mecanismo procesal idóneo que permita hacer prevalecer lo dispuesto en aquella, ante los eventuales ataques o conflictos de que pueda ser objeto. Esta herramienta jurídica permitirá disipar antinomias entre normas de rango inferior y las de rango supremo, en el sentido de acatar lo que estas últimas disponen. Es entonces fundamental en un Estado Social y Democrático de Derecho la existencia de un control de constitucionalidad que deberá ser ágil y efectivo y por medio de un órgano confiable y respetado en virtud de nuestro orden normativo constitucional. Aquel órgano de competencia privativa y excluyente es la Corte Suprema de Justicia. En efecto, con relación a ésta, establece que los órganos jurisdiccionales inferiores tienen el deber de elevar los antecedentes a la Corte para que sea ésta la que dicte la pertinente resolución, ya que en el Paraguay el sistema es concentrado y judicial.

De modo que tanto en la acción como en la excepción debe entender la Corte Suprema, con competencia exclusiva como decíamos y con la salvedad de que a partir del nuevo régimen constitucional el Poder Judicial es el custodio de la Constitución y se encuentra compelido a interpretarla, a cumplirla y hacerla cumplir.

Esa exclusividad no sólo surge de que la Constitución le atribuya a la Corte la potestad de declarar la inconstitucionalidad, sino que además de la circunstancia de que no le atribuye esta facultad a ningún otro órgano, ya que en Derecho Público rige el principio que establece que los órganos del Estado no les serán permitidos los actos no autorizados expresa o implícitamente en la ley, es decir, se da el principio de Legalidad.

Sin embargo, la Carta Magna de 1992 creó un órgano de relevancia constitucional en el art. 258 que preceptúa que la Corte estará integrada por nueve miembros, y que una de las Salas será la constitucional. Constituyendo esta una diferencia importante con la anterior Constitución (1967), pero desde el punto de vista procesal no influyó en el régimen procesal de la garantía en estudio, ya que el Código Procesal Civil entró en vigencia en medio de ambos cuerpos supremos normativos.

La Ley N°609/95 solamente armoniza la nueva estructura constitucional, simplemente ha establecido cuando entiende la Sala constitucional como regla y cuando entiende la Corte en pleno con sus nueve integrantes, como excepción a pedido de uno de los Ministros en su art 16.

3) Antecedentes históricos de la inconstitucionalidad.

El control político de la constitucionalidad y su doctrina de la revisión judicial se origina en las colonias de Norteamérica, es decir, en los Estados Unidos de América. Holmes vs Walton constituye el primer caso en el cual un tribunal regional revisó la validez de una ley sobre la base de que violentaba la Constitución, enseña Mendonca. González Calderón a este respecto expresó que antes de la sanción de la Constitución norteamericana muchas Cortes de justicia de los Estados se habían rehusado a aplicar ciertas leyes por considerarlas repugnantes a la ley suprema local como sucedió a partir del caso Josiah Philips en 1778 motivado por un “Bill of attainder” dictado por la legislatura de Virginia, de todos esos casos y que llamó más la atención fue sin duda el de Bayard vs Singleton porque fue resuelto cuando la Convención Nacional se hallaba

reunida en Filadelfia elaborando la Constitución Federal. Ramella concuerda con lo manifestado por el mencionado tratadista, no obstante, el caso relevante y clave de hecho posteriormente fue Marbury vs Madison sometida a decisión en 1803. En él por primera vez la Suprema Corte de los Estados Unidos de América estableció que era competente para revisar la constitucionalidad de las leyes.

El caso podría resumirse así: el Presidente John Adams poco antes de abandonar el cargo aprobó la designación de un gran número de nuevos jueces federales entre los que contaba William Marbury, el flamante presidente Thomas Jefferson ordenó a su secretario de Estado James Madison no remitir los nombramientos, Marbury promovió entonces en base a una ley judicial de 1789 una acción ante la Suprema Corte para conseguir que Madison despachase su nombramiento.

La Corte declaró con voto del conocido “Chief Justice” John Marshall que el señor Marbury había sido debidamente designado y que el secretario de Estado Madison había impedido en forma inapropiada, que tome posesión del cargo. Entre los fundamentos del voto del renombrado miembro presidente de la Suprema Corte se puede entresacar lo que sigue: “Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las Constituciones las contemplaron como formando la Ley fundamental y suprema de la nación y consecuentemente la teoría de cada uno que en tal gobierno debe ser, una ley de la legislatura repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría acompañó esencialmente a una Constitución escrita y debe ser en consecuencia considerado por las Cortes como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad” Lo importante de este caso no fue lo acontecido sino lo que se vinculaba de manera conexa, lo relativo a la Competencia de la Suprema Corte.

El razonamiento judicial que el Supremo Tribunal sostuvo fue que la ley invocada por el señor Madison era inconstitucional alegando que ampliaba indebidamente los supuestos de jurisdicción originaria establecidos en el art 3º de la Constitución Norteamericana y así de este modo Marbury vs Madison pasó a ser crucial en la historia del Derecho Público, porque sentó en términos firmes, categóricos y claros la doctrina de la revisión judicial que ha sido desde entonces el cimiento de la estructura constitucional. Agrega Mendonca que durante las dos primeras décadas de este siglo el mecanismo se consolidó definitivamente, y sucesivos casos fueron extendiendo su ámbito de aplicación, en 1810, con Fletcher vs Peck, en 1816 con Martin vs Hunter Lessee y en 1821 con Cohens vs Virginia, por citar solo algunos ejemplos. Luego ya en América del Sur con la Constitución argentina y con la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del mencionado país, inspiraron posteriormente a la Región, entre ellas al Paraguay .

4) Evolución histórica de la Inconstitucionalidad en el Paraguay.

- 4.1) Nivel legal: Por su parte, Lezcano Claude enumera los antecedentes en el derecho positivo e histórico nacional y los inicia con la Ley N° 325/18 Orgánica de los Tribunales, que le confería al Superior Tribunal de Justicia competencia exclusiva si bien muy limitada aún, para entender en las cuestiones de constitucionalidad que llegarán a su conocimiento a través de los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos contra los fallos de los Tribunales de alzada. El art. 44 establecía: “Conocerá por vía de Apelación y Nulidad de las Sentencias Definitivas de los Tribunales de Apelación en los siguientes

casos inciso 2: de las que recaigan en un litigio en que se haya cuestionado desde primera instancia la validez de un tratado, ley o decreto reglamentario bajo la pretensión de ser contrarios a la constitución...”. Sin embargo, la Constitución de 1870 de expresa adhesión liberal ya consagraba la garantía de inconstitucionalidad , aunque muy escuetamente en el art. 29 y, por otro lado, en la Carta Política de 1940 no se la mencionó.

- 4.2) Nivel constitucional: El control constitucional se estableció con mayor amplitud en la Constitución de 1967 cuyo art. 200 atribuía a la Corte la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y se elevaban los antecedentes a dicha Corte.

Una observación adicional, en el año 1988 entraba en vigencia el Código Procesal Civil y se consagró la posibilidad de ejercer el control constitucional con respecto a los actos normativos y a nivel legal, por primera vez, con respecto a los actos jurisdiccionales. Sin embargo, existió un precedente anterior al mencionado Código en que la Corte pretorianamente declaró por primera vez la inconstitucionalidad de un acto jurisdiccional

En el año 1992, la atribución de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de un acto jurisdiccional fue elevada a nivel constitucional en la Carta Magna que nos rige en la actualidad.

5) Posturas contrarias al control constitucional judicial.

Existen autores que sostienen que el control de constitucionalidad debe estar en manos de los órganos políticos electos a través del sufragio popular y democráticamente, por disponer de una mayor legitimación de origen. Por otro lado, además se argumenta que esto constituye una anomalía del régimen democrático, fundamentándolo en la circunstancia de que el control de las leyes emitidas en conjunto por dos de las funciones del poder, el Legislativo y el Ejecutivo establecidas democráticamente, serían controlados por el Poder Judicial, es decir por la Corte Suprema de Justicia. Todo ello por su origen no democrático e indirecto de designación, y además la Corte no estaría libre de abusar políticamente de su poder frustrando o anulando decisiones de los otros órganos elegidos y controlados por el pueblo.

A este planteamiento se le denominó “la dificultad contramayoritaria” de Alexander Bickel , entre otros autores. Dicha teoría se resume en que se tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora ejerciendo el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra.

Esta doctrina inspiró la discusión y el debate en el seno de la Convención Constituyente reunida entre los años 1991 y 1992, en la que algunos Convencionales, como Gonzalo Quintana y sostuvo entre otros fundamentos lo siguiente: “Creo que lo peor que le puede ocurrir a una República es que esté gobernada o desestabilizada por el Poder que justamente no tiene vinculación directa con el pueblo o a través de las urnas” en coincidencia pero en diferentes términos se adhirió el Convencional Evelio Fernández Arévalos

Es por ese recelo, quizás infundado, que finalmente, con un sentido restringido se atribuyeron a la Sala Constitucional en el art. 260 inc.1° de la Ley suprema, la de conocer

y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrán efecto con relación a ese caso o “inter partes”.

Ahora bien, el art. 259 de la Constitución. entre los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia (no de la Sala Constitucional) en el inciso 5° reza: “conocer y resolver sobre inconstitucionalidad” y así en el mismo artículo en el inc. 10° “los demás deberes y atribuciones que fijen esta Constitución y las leyes. Consecuentemente, ¿es viable la posibilidad (?) - conforme a esta interpretación que en virtud a una ley especial que reglamente las demás atribuciones de la Corte – de que pueda válidamente establecerse el “efecto erga omnes” o cuasi derogatorio contra actos normativos? Ya que el principio de legalidad aquí es abierto cuando hablamos de la Corte en pleno y no así respecto de la citada Sala Constitucional en donde sí claramente el principio de legalidad es cerrado.

6) Posturas a favor del control de constitucionalidad judicial.

Es importante el aporte del control constitucional al sistema institucional paraguayo, ya que sería de necios no apreciarlo como un mecanismo adecuado de protección contra la arbitrariedad, las libertades civiles, la protección de las minorías y del fiel resguardo de los derechos fundamentales. Por otro lado, no debe descartarse su intervención como órgano de control (o moderador) con poder de valorar desde el punto de vista constitucional, las decisiones político sociales y político económicas de los ejércitos del poder. defendiendo y conservando al principio de la supremacía constitucional desarrollado en el art. 137 de nuestra Carta Magna.

Camacho otrora convencional constituyente, se inclina a favor del sistema del Control Constitucional Judicial y además con efectos “erga omnes” con otros fundamentos a lo desarrollado en este ítem según lo manifestado en su obra jurídica, y lo desarrollaremos en el siguiente ítem respecto a la supremacía constitucional.

7. Principio de la Supremacía constitucional.

El principio de Supremacía constitucional como pilar y fundamento del control de constitucionalidad ha sido ya desarrollado y defendido por uno de los padres fundadores de los Estados Unidos de América, Alexander Hamilton, en una colección de 85 artículos y ensayos escritos, que como coautor del Federalista realizó comentarios al Art. 3° de la Constitución Federal en el capítulo relativo al Poder Judicial y dijo: “No hay posición que dependa de más claros principios que la de que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor de la comisión bajo el que es ejercido, es nulo. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución, por tanto, puede ser válido”

Posteriormente, la misma tesitura fue defendida por Hans Kelsen conocido por la idea de la pirámide jerárquica de normas en cuanto al principio que estamos analizando. El mismo afirmó: “Es necesario, si se quiere que la Constitución se encuentre eficazmente garantizada, que el acto sometido al control del Tribunal constitucional sea, en el caso de ser estimado irregular, anulado por la propia sentencia de esta. Esta sentencia debe, incluso cuando versa sobre normas generales y este es precisamente el caso principal tener fuerza anulatoria” Al respecto Camacho dijo: “la supremacía constitucional es uno de los principios básicos en que descansa todo el ordenamiento constitucional e implica reconocer a la Constitución como la norma fundamental de un Estado, ubicada en la

cúspide de la pirámide jurídica y que fulmina con la nulidad todas las demás normas y actos jurídicos contrarios a la misma. Se ha convertido en un principio de validez universal en todo el mundo occidental, a tal punto que no puede concebirse un sistema constitucional democrático escrito sin la vigencia plena de este principio, su origen se remonta al proceso de formación mismo del Estado liberal, que a medida que avanzaba apuntaba hacia la necesidad de contar con una norma suprema y referencial”. Sin embargo, tanto en la doctrina conteste y la jurisprudencia pacífica en los tribunales han desarrollado criterios, en cuanto a la limitación del instituto de análisis en esta modesta monografía.

8) Límites impuestos al ejercicio del control constitucional.

8.1) Caso de duda sobre la inconstitucionalidad de la norma atacada: En caso de duda debe estarse por la constitucionalidad de la norma atacada. La presunción de legitimidad que ampara a toda ley, tiene que privar no sólo por razones jurídicas, sino también por interés político. La independencia de los poderes exige que no haya injerencia de uno para juzgar los actos del otro, si el pronunciamiento no está plenamente justificado. Los jueces no pueden entrar a analizar los propósitos que han guiado al legislador en la sanción de una ley. Desde luego es doctrina admitida en la duda los tribunales deben pronunciarse a favor de la validez de la ley, y eso, aunque la duda fuese razonable.

8.2) La cuestión constitucional debe ser decisiva para la suerte del litigio: La Corte sólo debe pronunciarse cuando la cuestión constitucional es decisiva para la suerte del litigio, más no cuando éste pueda ser resuelto por aplicación de normas comunes. Tiene que venir impuesta por la imposibilidad de resolver el caso sin examinar la cuestión constitucional. Debe ser inexcusable.

8.3) Interés en la declaración: Si no media un interés en la declaración por parte del peticionante la Corte debe abstenerse de hacer el pronunciamiento. Por la misma razón de que ese pronunciamiento tendría carácter puramente abstracto y constituiría un innecesario control sobre el acto de otro poder, desde el momento en que no se estaría tutelando ningún derecho concretamente afectado, ya que, por su naturaleza, la inconstitucionalidad como garantía constitucional fue instituida para hacer efectivos los derechos por ella consagrados (Art. 131 de la Constitución Nacional).

8.4) La declaración sólo puede pronunciarse sobre la inaplicabilidad de la norma: El control constitucional no va más allá de la declaración de inaplicabilidad de la norma declarada inconstitucional, no alcanza a derogarla. Su declaración tiene efecto únicamente inter partes, no erga omnes, o sea que la ley sigue siendo válida para todos los que no la atacaron y, respecto del que lo hizo, no es propiamente inválida sino inaplicable, tema esté muy controvertido, y entraré a analizarlo más adelante

8.5) Necesidad de que haya un caso concreto: Para que la Corte pueda pronunciarse, es menester que haya un caso en concreto, en qué se alegue la inconstitucionalidad de una norma, según surge expresamente del art. 260 de la Constitución. Quiere decir que debe haber un juicio o proceso, iniciado por parte interesada, en el cual proceda a la declaración. González Calderón respecto a esta limitación opina: “Nunca el Poder Judicial procede de oficio, sino a requisición de parte interesada en una causa particular”

. Esta limitación está claramente establecida en el art. 248 de la Constitución: “Solo él (Poder Judicial) puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso...”

8.6) El pronunciamiento de oficio sólo cabe en sentido restringido: Sólo es dado a la Corte proceder de oficio a la declaración de inconstitucionalidad cuando hay proceso y éste ha llegado a su conocimiento mediante un acto improductivo de la instancia. Tratándose de actos jurisdiccionales el art. 563 del Cód. Procesal Civil preceptúa: “Cuando correspondiere la Corte Suprema de Justicia declarara de oficio la inconstitucionalidad de resoluciones en los procesos en que le fueren sometidos en virtud de la ley cualquiera sea su naturaleza.” En cuanto a los actos normativos lo regula el art. 18 inc. a) del C.P.C. en que los Jueces, en el marco de un proceso pueden petitionar a la Corte un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no de actos normativos. Otra vía también sería la establecida en la Excepción de inconstitucionalidad.

8.7) Imposibilidad de juzgar el valor intrínseco o la equidad de la norma: La Corte únicamente juzga de acuerdo con la ley, pero no juzga a la Ley, porque debe respetar la órbita en que actúan los otros poderes. Nunca les es permitido enjuiciar el valor intrínseco o la equidad de las leyes que aplican. Ejemplo: no puede entrar al estudio de las causas que fundan el Estado de Excepción, aunque puede pronunciarse sobre la validez del instrumento que lo impone y sobre su alcance, o qué que afecten derechos garantizados por la Constitución

8.8) Imposibilidad de resolver cuestiones políticas: La Corte no puede resolver cuestiones políticas “political question” en la terminología del Derecho Público norteamericano, su competencia no llega a las medidas adoptadas por los otros poderes en ejercicio de facultades que le son exclusivas, únicamente las cuestiones justiciables pueden ser sometidas a los jueces para que las resuelvan en ejercicio de la jurisdicción. Citando a Bidart Campos se agrega algo interesante y esclarecedor: “Cuando un Juez revisa un acto del Poder Ejecutivo o del Congreso, y lo descubre como lesivo de la Constitución (aunque ese acto sea “político”), no está penetrando en el ámbito de otro poder para violar la división, sino todo lo contrario, está controlando la supremacía constitucional, para volver a su cauce la actividad que se evadió de él en detrimento de la Constitución” Por último, menciono en este punto que no es posible una demarcación precisa entre cuestión judicial y cuestión política, ni creo tampoco que sea conveniente hoy hacerlo.

9) Conclusión.

A modo conclusivo, mencionamos que se ha descrito suficientemente - aunque es justificado el hecho que no se haya agotado el análisis de esta garantía- ya que el límite sugerido y la amplitud para este trabajo no lo permite. Los antecedentes han sido cuidadosamente seleccionados ya que fueron claves en su evolución. Se destacan dos elementos desarrollados, uno pretoriano institucional en *Marbury Vs. Madison* con *Marshall*, y otro desde la Doctrina en la Cátedra con *Hans Kelsen*, pero ambos reivindicando un punto común fundamental, la Supremacía Constitucional y cada uno con sus particularidades, desarrollo y sistemas.

Por otro lado, la evolución normativa de la Inconstitucionalidad en el Paraguay también ha sido idóneamente descrita, y rescatamos finalmente tres grandes diferencias entre la actual Constitución de 1992 y la anterior Constitución de 1967: a) la creación de la Sala

Constitucional, b) la facultad del Poder Judicial de interpretar la Constitución, y c) la impugnabilidad (expresa) de Actos Jurisdiccionales.

Por último, las propuestas interpretativas respecto al alcance de la impugnabilidad de Actos Normativos están bien claros en sus efectos con respecto a la Sala Constitucional, ya que si fuera inconstitucional una Ley o Decreto sería inaplicable, y con el efecto “inter partes”. Sin embargo, la cuestión es diferente cuando en la misma Constitución, al establecerse los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, (y no la Sala Constitucional) el principio de Legalidad se encuentra abierto, y no dispone limitación alguna, en la eventualidad de que la Corte en pleno dicte un Fallo y pueda válidamente hacerlo con efecto “erga omnes”. El principio de legalidad como dijimos no se agota en la Constitución, pudiendo habilitarse así previa Ley del Congreso, el referido alcance derogatorio, contra todos o “erga omnes”

Una variable interesante sugiere Camacho y propone que en el marco de la necesidad de la Reforma Constitucional se pueda establecer lo siguiente: “Mucho se ha discutido sobre la conveniencia del sistema escogido y existen quienes proponen pasar al sistema “erga omnes” de expulsión de la norma declarada inconstitucional. Considero que debe mantenerse el sistema actual con la siguiente variación: las leyes y decretos atacados deben ser estudiados por el pleno de la Corte y si son declarados inconstitucionales deben ser expulsadas del cuerpo normativo del país, es la solución que mejor se ajusta a nuestra tradición jurídica”. Barrio canal menciona que el efecto “inter partes” solo sería un impulso a la redundancia y a la violación del principio de la Igualdad, ya que, al darse la inaplicabilidad para algunos por inconstitucional, se daría el absurdo que para todos los demás seguiría siendo constitucional (?) en forma simultánea.

Con estas ideas, podemos tan solo decir que el sistema “inter partes”, es cuanto menos problemático e injusto, y poco práctico ya que lo único que generaría además (y sigue generando) es la saturación de demandas de inconstitucionalidad ante la Corte, para algo que, en principio con el sistema “erga omnes”, ya estaría resuelto.

Finalmente decimos que los problemas constitucionales, más que problemas jurídicos, son problemas políticos.

Bibliografía.

Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. 24° edic. Actualizada. Corregida y aumentada. Edit Heliasta. 1997. Buenos Aires. Argentina.

Bidart Campos, Germán. “La Corte Suprema, el Tribunal de las Garantías Constitucionales”. Ed. Ediar. 1984. Buenos Aires, Argentina.

Mendonca, Juan Carlos. “La garantía de Inconstitucionalidad”. Edit. Litocolor. 2000. Asunción, Paraguay.

García Pelayo, Manuel. “Derecho Constitucional Comparado” Edit. Alianza Año 1999. Madrid. España.

Lezcano Claude, Luis. “El control de constitucionalidad en el Paraguay”, Edit. A y C Año 2000. Asunción Paraguay.

Villagra Maffiodo, Salvador. “Principios de Derecho Administrativo” Servi Libro. Año. 2006. Asunción. Paraguay.

Mendonca, Daniel. “Cómo hacer cosas con la Constitución” Edit. Litocolor. año 1999, Asunción, Paraguay.

Mendonca, Daniel. “Estado Social de Derecho. Análisis y desarrollo de una fórmula constitucional” Ed. y Arte. Año 2000. Konrad Adenauer. CIDSEP. UCA. Asunción, Paraguay.

González Calderón, Juan. “Curso de Derecho Constitucional”, Ed De Palma.. 6ta. Edic Año 1988. Buenos Aires, Argentina.

Ramella, Pablo. “Derecho Constitucional” 3era. Edic. Depalma. Año 1986. Buenos Aires, Argentina.

Constitución Nacional de 1992 con sus fundamentos. Del diario de sesiones. Inv. Plano de Egea. Edic. AR Impresiones. Año 1993. Asunción, Paraguay.

Camacho, Emilio. “Lecciones de Derecho Constitucional” Tomo I. Interc Edit. 2001. Asunción, Paraguay.

Camacho, Emilio Lezcano Claude, Luis. Compiladores. Mendonca Bonnet, Juan Carlos. “El equilibrio de Poderes en la Constitución”. Comentario a la Constitución. Edit. Serv. Gráficos Poder Judicial. Año 1997. Asunción, Paraguay.

Camacho, Emilio. Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho. Universidad Católica. Tomo I. Edic. y Arte. Año 1999. Asunción, Paraguay.

Barriocanal Arias, Francisco. “Análisis sobre la Inconstitucionalidad de Leyes en el Paraguay. Proceso y Efectos” Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho. Universidad Católica. Tomo II. Edic. Arte Nuevo. Año 2000. Asunción, Paraguay.

Fallos Institucionales. Tomo I. Ed. Depto. Servicios gráficos Poder Judicial. CSJ. Año 2000. Asunción, Paraguay.

Ponencias de Derecho Constitucional. Organiz. por la Corte Suprema de Justicia, la Comisión de la Unión Europea y CIEJ. Edit. Litocolor. Año 2001. Asunción, Paraguay.

Fernández Arévalos, Evelio. “Órganos constitucionales del Estado” Intercont. Edit. Año 2003. Asunción, Paraguay.

Centurión, Francisco. “Derecho Constitucional” Ed. Emasa. Año 1998. Asunción, Paraguay.

La Constitución paraguaya de 1870

La Constitución paraguaya de 1967

La Constitución paraguaya de 1992

Ley N° 609/ 95 Que organiza la Corte Suprema de Justicia.

Código Procesal Civil del Paraguay.

LOS PARTIDOS POLITICOS Y LA CONTRUCCION DE UN DEMOCRACIA SOSTENIBLE

Liz Karina Caballero Heli3n, Profesora

Universidad Metropolitana de Asunci3n

Resumen

En este art3culo presenta una manera diferente de visualizar a los partidos pol3ticos y su funci3n dentro de la construcci3n de la democracia sostenible. Es una visi3n que pone en el centro de la discusi3n la naturaleza y funciones que cumplen las agrupaciones pol3ticas como semilleros donde nacen los l3deres que deber3n llevar adelante y ejecutar el proyecto de pa3s que el soberano tiene como previsto dentro del marco constitucional, eje central de la vida de un pa3s.

En esta visi3n se situar3 al lector desde una perspectiva constitucional del asunto y ser3 capaz de mirar a la pol3tica en el centro del intrincado mecanismo que es la democracia. Asimismo, podr3 identificar todas las herramientas con que cuenta el soberano para concretar su proyecto de vida como pa3s; agudizar3 su mirada del tema y comenzar3 a descubrir c3mo y en qu3 medida la pol3tica es una herramienta amigable y no nefasta.

En este art3culo se ha revisado la bibliograf3a existente utilizando el m3todo anal3tico-documental para comprender qu3 importancia tiene el financiamiento de las agrupaciones y movimientos pol3ticos dentro del marco constitucional, con lo cual el lector podr3 comprender mejor la situaci3n desde afuera, como ciudadano. Esa es la intenci3n y la propuesta.

Palabra claves: orientaci3n de la pol3tica nacional, partidos pol3ticos, programas pol3ticos, democracia, principio de lealtad constitucional, voluntad popular

Introducci3n

El pueblo paraguayo, por medio de sus leg3timos representantes reunidos en Convenci3n Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana, con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberan3a e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, sancionaba y promulgada en 1992 nuestra Constituci3n, un d3a 20 de junio en la ciudad capital, Asunci3n.

Nac3a un nuevo sol en el horizonte del pueblo paraguayo. Libertad, ¡Dictadura nunca m3s!

Este pre3mbulo marc3 los ideales y objetivos del futuro de la sociedad paraguaya, esbozaba los principios que sirvieron y sirven para guiar la producci3n normativa, adem3s de dirigir la hermen3utica constitucional.

Siguiendo la línea del constitucionalista argentino Germán Bidart Campos, para quien el preámbulo “contiene y condensa las decisiones políticas fundamentales” de quienes ejercen el poder constituyente originario, este exordio expone la descripción detallada del plan original del proyecto país.

Este fue nuestro primer programa político, o por lo menos lo era, el que definiría un nuevo rumbo de la nación. Establecía las bases fundamentales de la reconstrucción de un nuevo camino, dejando las viejas fórmulas del régimen saliente. Esas bases tienen como sostén principal a Dios, a la dignidad humana y a los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista. En otras palabras, una democracia sustentada en la participación de los grupos representativos de distintas ideas agrupados en variados sectores y partidos políticos, sociales, agrupaciones, y movimientos que expresan sus ideales bajo la postura filosófica del pluralismo.

Otra de las declaraciones fundamentales que la constitución de 1992 colocaba como cimiento es, la libertad, ladrillo sobre el cual el pueblo decidió construir el nuevo paradigma.

Así, en su Artículo 1, se establece la forma de estado y de gobierno que en adelante iría a regir, y se mandata que la República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Declaraciones que han de resurgir en diferentes momentos de nuestra historia.

Este es el primer y más importante mandato que los convencionales han colocado como principal base para rehacer el país.

Lo más importante de todo, se declaró que la soberanía de la República del Paraguay reside en el pueblo, quien la ejerce a través de sus representantes elegidos libremente en unas elecciones que prevén reglas claras para conseguir autoridades genuinas y queridas por la mayoría.

Por tanto, desde el 20 de junio de 1992 entró en vigencia la Constitución Nacional y su promulgación se operaron de pleno derecho a la hora veinticuatro de la misma.

Por otra parte, la constitución ordenó que tanto el proceso de su elaboración, su sanción, su promulgación y las disposiciones que la integran, no están sujetas a revisión jurisdiccional, ni a modificación alguna, salvo lo dispuesto para su reforma o enmienda. Es decir, se le daba una protección especial contra cualquier cambio radical no querido o no profundamente meditado y buscado por el pueblo.

Por último, decretó la eliminación total de la Constitución del 25 de agosto de 1967 y su enmienda del año 1977, y de ahí en más comenzó una nueva era en nuestro país, el que nos llevaría dando muchas idas y venidas en esto que llamamos la construcción de nuestra democracia.

Hemos tenido muchas luchas, desacuerdos, peleas, conflictos, muertes, odios y amores, y todos estos factores marcaron nuestra historia como pueblo, como nación, llevándonos por nuevas sendas y cambios a los que no podemos darles la espalda.

Sin embargo, venimos caminando un largo camino en búsqueda de esa tan anhelada tierra prometida, y aunque aún deambulamos en el desierto de los desterrados de la luz de la verdad, de la dulce sensación de justicia y de progreso, debemos tener la convicción de

que el día de nuestra redención está cada vez más cerca, porque cuando la tormenta arrecia con más fuerza, es señal de que pronto brillará para nosotros la luz de la mañana. No debemos rendirnos, así como el pueblo de Dios jamás se rindió. Rendirse es perder la corona de justicia, y somos muy jóvenes aun(como país) para morir sin dar la batalla.

Y llegó la democracia en 1992, aunque a veces pareciera haberse quedado en la puerta de entrada y aún no se ha sentado del todo en el sillón central de la sala de nuestra casa.

Una vez instalada y dueña de casa, podremos hablar del fortalecimiento institucional.

Una de las instituciones claves en cualquier democracia representativa, son los partidos políticos, pues se ha dicho que sin partidos fuertes no funcionan las democracias representativas.

Los partidos son importantes para que funcionen las democracias, porque de ellos depende la producción de líderes que guiarán a la nación hacia el final del camino: el proyecto de vida país. Por ello, resulta importante saber cómo fortalecer a los partidos políticos para conseguir una democracia sustentable.

Los partidos políticos nacen del sueño de los habitantes de llevar a cabo un proyecto de vida nacional, nacen de unas ideas que los unen, de unos ideales que anhelan alcanzar.

Estos ideales o proyectos de vida toman forma precisamente en el seno de los grupos y agrupaciones que conciertan para llevar adelante un plan previamente pensado.

Cuanto más fuerte son estos deseos de construir un proyecto, cuantas más personas apoyan y coinciden con estos ideales, podemos decir que más fuerte se vuelve ese objetivo, y de esta manera se van cimentando las bases del grupo, con cada persona que sostiene el mismo proyecto, un plan de país, una visión, un destino común.

De ahí que, un movimiento político puede ser entendido como la voluntad común de llevar adelante un proyecto. El proyecto de todos.

El partido político visto de esta manera, le pertenece a todo el pueblo y no solo a una cúpula, un grupo minúsculo, un sector apartado.

Entonces, los movimientos políticos primero nacen en el seno social para luego tomar forma e incardinarse en los actos de gobierno, porque el pueblo le da poder a los líderes elegidos para llevar a cabo el proyecto. La Constitución llama a esto la orientación de la política nacional.

Las agendas políticas o los temas que conforman estas agendas, como por ejemplo la educación, la salud, la economía, seguridad, desarrollo, constituyen la visión global del proyecto de vida imaginado y deseado en común, es el fin y objetivo último de la unión de voluntades.

Esta visión común es precisamente lo que une las voluntades, y en el seno de los grupos políticos surgen los líderes que llevarán a cabo las tareas principales de organización y disposición de todo lo necesario para concretar esa visión común.

Los líderes nacen de este deseo común, son aquellos ciudadanos que se han preparado o que tienen aptitudes y habilidades naturales para organizar y dirigir con asertividad,

quienes generan confianza y solidez. Estos líderes nacen y se hacen en el seno social y político.

La etimología de la misma palabra democracia nos lo demuestra. Democracia proviene del latín *democracia* y ésta, del griego *demokratía* ‘gobierno del pueblo’, formada por *demos* ‘pueblo’ y *kratein* ‘gobernar’, de *kratos* ‘fuerza’.

Remontándonos a tiempos antiguos, existen registros históricos que nos cuentan que en el siglo V a. de C., durante el gobierno de Pericles, surgió por aquellos años en Atenas un régimen político donde las decisiones populares tenían peso.

Los ciudadanos, que no pasaban del diez por ciento de la población, participaban efectivamente en la vida política y se reunían en lo que se llamaba *ekklesia* o ‘asamblea popular’ para deliberar y decidir sobre las cuestiones del gobierno. Es decir, el pueblo en Grecia tomaba las decisiones en una Asamblea. Actualmente esto ya no se puede hacer puesto que las poblaciones de los países superan los millones, y sería imposible hacer asambleas multitudinarias, por lo que se ha adoptado en mecanismo clásico de la elección de representantes a través de los cuales el pueblo decide. (Moro Albacete, 2017)

También podemos remontarnos a la Revolución francesa de 1789, momento en que el término “democracia” se hizo popular, cuando la monarquía cayó por mano del mismo pueblo en Francia, y luego con el proceso de democratización de los regímenes monárquicos en la mayor parte de Europa. Claro, también es cierto que los intereses de una clase elitista tenían intereses en desmontar las monarquías, y ya sabemos que las masas son manipulables, desconocer este dato no menor, es no seguir el hilo de la verdad de los hechos, negar la sociología y la ingeniería social.

Desde entonces, los gobiernos mundiales se atribuyen este calificativo, los gobiernos basados en el capitalismo y los países comunistas de Europa, de Asia, e Hispanoamérica. La calificación de “democracia” se basa especialmente en aquello de del mecanismo de elección de sus autoridades. Todos quieren ser o parecer democráticos, pero, en muchas ocasiones solo se trata de un discurso populista y no de una real democracia. Muchos solo aparentan ser democracias. En esto radica la importancia de que los grupos políticos sean lo más veraces posibles.

Entonces, el pueblo que tiene el poder es quien decide qué tipo de gobierno quiere y qué tipo de asamblea legislativa quiere, es decir, el decide si habrá mayorías o minorías en el congreso y la distribución de los curules. Por tanto, el pueblo tiene potestad para decidir estos aspectos: la distribución del poder entre los candidatos de los partidos políticos que se postulan. Esto es indiscutible.

En su artículo titulado “Pericles y la definición de democracia (Thuc. 2.37.1): Interpretaciones renacentistas, modernas y contemporáneas” del autor Juan Carlos Iglesias-Zoido, se pasa revista a las interpretaciones renacentistas, modernas y contemporáneas de la polémica definición de democracia que ofrece Pericles en su famoso discurso fúnebre. El citado autor afirma que la frase en la que Pericles ofrece la definición de democracia puede ser traducida de dos maneras muy diferentes. En primer lugar nos habla de una traducción de democracia como “el gobierno de la ciudad que se pone en manos de la mayoría” o como “el gobierno de la ciudad cuya administración de Atenas se ejerce en favor de esa mayoría”.

De lo que, no es lo mismo definir democracia como el poder en manos de la mayoría, que definirla como el poder que gobierna en favor de la mayoría. Claramente, son dos interpretaciones diferentes, con consecuencias diferentes, por lo menos a nivel de conciencia colectiva, porque sabemos que siete millones de personas no podrán reunirse en asamblea para tomar una decisión, y ese no es el punto de discusión en este caso.

Y sigue alegando el citado autor que, ambas interpretaciones dependen fundamentalmente del valor que Tucídides le otorga a los sintagmas ‘posesión’ o ‘interés’.

Es decir, según este autor, dependiendo qué interpretación elijamos, tendremos una interpretación donde el poder reside en el pueblo, o donde el poder se ejerce en su favor, es decir el pueblo aparece como un beneficiario del régimen más que como portador del poder o soberano.

Resulta muy interesante este artículo porque de hecho, actualmente depende mucho de qué tipo de interpretación le damos a la palabra democracia, para tener una real democracia o una fachada, un disfraz mal hecho. Si apoyamos la tesis de que la democracia es el gobierno en favor del pueblo, es decir, la tarea de proteger a la mayoría, la cuestión parece más bien un protectorado, y entonces estamos ante una fachada; pero si sostenemos la tesis que la democracia es aquella donde el pueblo ejerce el poder, entonces podríamos andar por buen camino.

Particularmente para nosotros, la segunda interpretación es la correcta, nos referimos a que democracia es aquella donde el verdadero poder radica en el pueblo, cuando éste realmente está involucrado en las decisiones relevantes, cuando está informado, expectante y manifiesta su malestar o su satisfacción de maneras adecuadas y siempre dentro del marco legal. La misma constitución nacional paraguaya así lo manda cuando dice que la República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista.

Finalmente el autor aclara que, a lo largo de la historia las interpretaciones del significado del concepto democracia se ha dividido en dos líneas interpretativas, por un lado los eruditos (desde Valla a Stephanus), y los defensores de la monarquía (como Seyssel), prefirieron mantenerse en una interpretación más conservadora (un régimen político que administra en favor de la mayoría) y por el otro lado, aquellos autores (como Bruni o Strozzi) que se decidieron por una interpretación ‘republicana’ del texto (el poder está en manos de esa mayoría). Y, posteriormente los venideros traductores solo ahondaron aún más en estas dos líneas interpretativas. (Iglesias-Zoido, 2021)

Es indudable que, nuestra Carta Magna establece el sistema democrático republicano.

En este punto resulta interesante volver al discurso de Pericles, que según los historiadores escribió en su discurso fúnebre lo siguiente:

“Tenemos un régimen político que no emula las leyes de otros pueblos, y más que imitadores de los demás, somos un modelo a seguir. Su nombre debido a que el gobierno no depende de unos pocos sino de la mayoría es democracia.”

El papel de los partidos políticos en la construcción de la democracia

Sabemos que, por mandato constitucional, los partidos políticos, como personas jurídicas de derecho público, deben ajustar su actividad a las normas y a las regulaciones que rigen a las personas jurídicas de carácter privado.

A través de los partidos políticos los ciudadanos expresan sus ideas e ideologías, siempre y cuando estén enmarcadas en los principios constitucionales y fundados en el reconocimiento de la dignidad humana, origen y fin de todo nuestro sistema estatal.

Asimismo, tienen la misión importante de concurrir a la formación de las autoridades electivas, en otras palabras, tienen la gran tarea de hacer efectivo estos principios democráticos de crear un gobierno representativo, participativo y pluralista.

Otra función primordial de la que se encargan los partidos políticos es la formación cívica de los ciudadanos, por dicha razón, son los semilleros donde surgen los líderes naturales.

Por ello mismo, por mandato constitucional, todo ciudadano tiene derecho a asociarse libremente en partidos o movimientos políticos para concurrir a la elección de las autoridades, y los partidos políticos tienen la importante misión de formar la orientación de la política nacional.

Consecuentemente, los partidos políticos como personas jurídicas de derecho público tienen la importante misión de procurar la buena marcha del estado, ajustando su actividad al marco constitucional.

Asimismo, todo Estado tiende a mantener la continuidad de su propia existencia como uno de sus objetivos principales. Para ello ha de manifestar permanentemente su voluntad encauzada al cumplimiento de sus fines propuestos, los que se hallan establecidos en su constitución nacional, por lo que, podemos decir que la expresión de esta voluntad se configura como una actividad fundamental y autónoma.(Usera, 1990)

Es esta acción unificadora y directiva, la que varios autores denominan actividad de orientación política. Es una acción unificadora, porque delimita el proyecto de vida país, y es directiva porque todos sus esfuerzos van dirigidos a conseguir el fin propuesto en el programa elegido.

El análisis científico de esta acción orientadora es objeto de los métodos de la ciencia política(Verdu, 1979); y creemos que además debe ser objeto de una investigación jurídica más profunda, pues para nosotros la relevancia de esta actividad es principalmente en el marco jurídico, y más concretamente en el marco constitucional.

Por lo que, para comprenderla resulta necesario recurrir a la ciencia del Derecho, para verificar qué operadores jurídicos, y por medio de qué técnicas se realiza esta actividad que llamamos orientación de la política.

La voluntad suprema (del Estado) se plasma en la Constitución, donde queda establecida por medio de la norma jurídica, que es la pretensión fundamental de la vida estatal, es decir, la consecución de la unidad política. (Hesse, Escritos de Derecho constitucional, 1992)

Esta voluntad expresada en la constitución es la misión principal de los operadores jurídico-políticos futuros, quienes van a desentrañar esa voluntad unitaria originaria, y esta voluntad se prolongará en el tiempo durante el proceso de reafirmación y

actualización de la Carta fundamental. Este proceso constituye la vida misma del Estado, es decir, la dinámica del Estado. (Hesse, Escritos de Derecho constitucional, 1992)

Además, la orientación política se entrelaza con otras actividades estatales, coordinándolas, dándoles una dirección, la que marca la constitución nacional. Por eso nos preguntamos, ¿sirve para algo la división de poderes siendo que la orientación política, como actividad moderadora del Estado, se halla presente de manera irresistible? Esta pregunta se la hace el derecho constitucional, y nosotros, al igual que algunos autores, creemos que es mejor hablar de funciones del Estado y no de división de poderes, preferimos referirnos a una acción unificada estatal y no a acciones estatales sin una dirección fija, porque esto contradice la existencia de un proyecto país. Si cada autoridad o líder político ejecuta diferentes proyectos y además son contradictorios, solo tendremos caos. De ahí que, el programa político es la agenda que debe persistir, a pesar de los mismos actores políticos (las personas). Por eso recobra significado la frase "las personas pasan y las instituciones quedan", sin embargo, siempre el soberano puede cambiar el rumbo del camino. En otras palabras, las funciones del estado se dividen a fin de que sean más efectivas y eficientes. (Loewenstein, 2018)

Es más, por todo lo expuesto, se impone la tarea de analizar más a fondo sobre esta actividad estatal que le fuera encargada a los partidos políticos como una de las principales funciones a cumplir dentro de su rol de promotor de la democracia.

El término orientación política también puede ser entendido como la toma de posición ideológica o toma de posición para obtener unos fines, frente a los principios y fines previstos por el poder constituyente de un Estado. Por tanto, tiene que ver con la actividad estatal y la consecución de los fines estatales.

Asimismo, se puede decir que la orientación de la política nacional es aquella actividad que coordina el quehacer de los poderes públicos para encauzarlos en la obtención de los objetivos previamente fijados.

Resumiendo, orientar la acción política del Estado es una tarea que se realiza a través de los órganos encargados que procuran la delimitación de los objetivos políticos a los que su vida ha de acomodarse. En otras palabras, se trata de establecer los fines cuya consecución el Estado se propone.

Es por esta razón que, les corresponde a los partidos políticos – base de la democracia – el protagonismo de la actividad orientadora de la política, puesto que los partidos políticos aglutinan a los ciudadanos cuyas voluntades e ideas están unidas y direccionadas hacia un fin común.

Es decir, en un sentido amplio estas acciones tendientes a la orientación política se realizan desde las instituciones, regionales, de formaciones políticas o sociales, como los partidos y los sindicatos.

La dirección política estatal se concreta en la unidad del Estado, se manifiesta como soberana, sujeta solo a los límites que el propio Estado se ha impuesto en su Carta Magna.

Entonces, el Estado legitimado por el pueblo, es el protagonista de la actividad legitimada en la necesidad de preservar su propia existencia, y está sometida únicamente a las normas impuestas o aceptadas y plasmadas en sus normas constitucionales. (Usera, 1990)

Entonces, la orientación política como función tiene relevancia constitucional y descansa en la doble naturaleza de ésta: política y jurídica; política, porque tiene fines políticos que se expresan a través de la acción de los órganos estatales que persiguen los fines dictados por la carta magna. Esta naturaleza política se halla plasmada en el programa político. El rasgo jurídico se halla plasmado en la misma carta magna que establece el marco legal de la actividad estatal.

La función orientadora de la política estatal es la que se plasma en el programa político, que debe estar ajustado a los fines políticos esenciales del Estado, dichos fines los hallamos en la carta magna. Por tanto, los programas políticos, las ideologías que los sustentan deben estar acordes a las normas que limitan la existencia misma del Estado.

Si se salen de este marco legal (que es la voluntad popular) podemos decir que el partido político no está cumpliendo su función de orientar la política nacional (la que está limitada por la misma constitución nacional en sus principios y fines), caso contrario, estarían cumpliendo un programa político que no sustentado en la constitución nacional, sino en intereses ajenos o particulares que no coinciden en lo más mínimo con la voluntad popular originaria (constitucional) y por ende, atenta contra la vida misma del Estado donde existen y se mueven.

Los programas, como sabemos, proceden de los partidos políticos, que proponen la consecución de objetivos acordes con su ideología, la que no puede alejarse o salirse del marco constitucional. Por ejemplo, si como nación hemos decidido defender la vida desde su concepción, no se puede sostener un programa político que proponga matar seres humanos desde el seno materno, porque se sale del proyecto de vida país originario.

En otras palabras, el programa político es la culminación de la orientación política o actividad que se propone desarrollar para darle continuidad al Estado que tiene como fines fundamentales los establecidos en su carta magna, en otras palabras, es lo que llamamos el plan de acción del Estado.

Tal y como lo define el autor Miguel A. Latouche, el programa político es el proyecto político sobre el cual se define la acción gubernamental y es el resultado del conjunto de ideas y creencias sobre las cuales se fundamenta la “visión conceptual” de la élite en el poder. (Latouche R, 2004)

Efectivamente, un programa político es el resultado del proceso de toma de decisiones a través del que se construye la estructura estatal, obedece a un trazado de líneas estratégicas, que se establecen en función de valores, creencias e ideas de los decisores. (Latouche R, 2004)

Un programa político es la concepción de un país, es la manera y modo en que se organizará la administración pública y estará en función de las ideas y las creencias particulares de la clase política que ejerce el poder en un tiempo determinado. (Latouche R, 2004)

La acción de los partidos políticos desarrolla y dirige la decisión del Estado, que se concreta en la incorporación de objetivos políticos, transformándolos en fines, también políticos, del Estado. Este proceso es regulado por el derecho adoptado por el Estado como sistema jurídico positivo. Este sistema de normas regula todo lo que tiene que ver

con la selección de los programas que el cuerpo electoral escoge mediante las elecciones, de ahí su importancia.

Por todo ello, el proceso de orientación política está regulado desde el instante electoral o de selección de candidatos y de programas. Inclusive la orientación política va más allá de la elección puesto que, dirige las decisiones políticas del Estado, las que son tomadas por los órganos que conforman dicho Estado, las que se traducen en actos administrativos ajustados plenamente al orden establecido por la Constitución Nacional, que impone límites y garantiza la eficacia de sus resultados, garantiza la existencia del Estado Social de Derecho, y de todas las normas que hacen que el Estado sea tal cual fuera diseñado en su origen.

La Constitución modera la actividad de orientación política. La división entre el programa político y la orientación política, dejaría inútil al primero y deslegitimaría a la segunda, originando una grave crisis del ordenamiento constitucional.

Reiteramos, la orientación política se fija precisamente para encauzar la actividad de los órganos estatales para garantizar su funcionamiento coordinado en un proceso integrador donde todos ellos coadyuven en la consecución de los fines del Estado. La eficacia jurídica, normativa, de la orientación es proporcional al grado de sumisión de los órganos estatales, y depende de la eventual sanción que el incumplimiento de las directrices fijadas acarrea para los que las contravienen.(Usera, 1990)

La Constitución Nacional se compone de cláusulas programáticas y principios que se constituyen en impulsores de la vida estatal en todas sus vertientes.

La Constitución, es la enumeración de los objetivos políticos esenciales del Estado, y faculta a sus órganos para conducir la actividad estatal hacia la consecución de sus fines propuestos, quedando de esta manera establecida la forma de Gobierno y el sistema político, una verdadera reglamentación de la actividad de orientación.

Por todo lo dicho, se entiende que la orientación política está limitada por la constitución.es decir, la orientación vista de esta manera es el conjunto sistemático y coherente de principios expresados por la norma fundamental, obra del poder constituyente que da y es marco necesario de todo programa político constituido por los partidos políticos.

Consecuente con los mandatos constitucionales, la ley 4743/12 que regula el financiamiento político estableció que los partidos políticos deben destinar los aportes anuales que el Estado les asigna, a las siguientes actividades:

a) Formación de ciudadanos en general en el conocimiento de sus programas, propuestas, principios y valores.

En este punto queremos introducir dos temas fundamentales. En primer lugar, la cuestión de si el elector sabe y puede interpretar adecuadamente las propuestas de los partidos políticos y, en segundo lugar, si el elector hace uso responsable de su derecho/deber de participación ciudadana. Recordemos que el sufragio es un derecho, deber y función pública del elector.

Por otro lado, y por imperio del artículo 73 de la Carta Magna, entre los fines de la educación tenemos el desarrollo pleno de la personalidad humana y la promoción de la libertad y la paz, la justicia social, la solidaridad, la cooperación y la integración de los pueblos, el respeto a los derechos humanos y los principios democráticos, la afirmación del compromiso con la Patria, de la identidad cultural y la formación intelectual, moral y cívica, así como la eliminación de los contenidos educativos de carácter discriminatorio.

Por tanto, esta actividad que los partidos políticos deben llevar a cabo debe estar firmemente fundamentada en la directriz que nuestra constitución nacional manda, y la formación cívica debe reflejar los fines propuestos en el artículo comentado. Por lo que, la formación ciudadana y formación en valores es imprescindible.

Recordemos que los programas y propuestas de los partidos políticos generalmente incluyen contenidos de ciencia presentes en los currículos de la secundaria y universidades del país.

Estos tópicos están presentes en tres ámbitos: Tecnología e Industria, Medioambiente, y Sanidad. Por ello, resulta importante determinar si estos temas propuestos por los partidos políticos en sus programas son comprendidos por los electores o necesitan un conocimiento preparación especializado, motivo por el cual, resulta importante determinar cuáles son los temas técnicos y científicos presentes en los programas electorales y estimar el nivel de comprensión que un ciudadano, con estudios a nivel de secundaria, puede alcanzar de las propuestas de los programas electorales. Al respecto de este tema, existen varios estudios realizados. (Magaña Ramos & Ezquerro Martínez, 2017)

Dentro de la financiación de la política, podemos decir que la formación cívica resulta importante, puesto que el elector debe y tiene derecho a saber quién financia a los candidatos, con este conocimiento puede saber a qué interés realmente responderán y, por ende, podremos decir que su voto será realmente libre, puesto que se es libre de elegir cuando se tiene la información veraz. Por lo que, el control de este rubro es importante para conseguir unas elecciones libres, genuinas y legítimas.

Otras actividades que la ley ordena a los partidos políticos que deben destinar los aportes anuales que el Estado les asigna, son:

- b) Capacitación de simpatizantes y afiliados en la adquisición de habilidades y destrezas para el desempeño de funciones vinculadas a los fines y objetivos de los partidos políticos.
- c) Investigación de la realidad nacional, no siendo considerada como tal las encuestas de intención de voto.
- d) Funcionamiento ordinario del partido para solventar sus necesidades operativas y administrativas, no siendo consideradas como tal los gastos para solventar actividades y publicidad electoral.

Para el financiamiento de las actividades descriptas en los incisos a), b) y c), deberán destinar no menos de treinta por ciento (30%) de lo que reciban en concepto de aporte estatal.

El proceso de formación de la orientación política nacional en el sistema paraguayo

La orientación política a la que nos referiremos a continuación, es la determinada por la mayoría en un país democrático.

La organización de todas las operaciones de dirección política se concreta en cada ordenamiento constitucional en estrecha dependencia de la forma de Gobierno.

La Carta de 1992 consagra en Paraguay un Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado, que adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

Es decir, los protagonistas en el proceso de orientación política nacional son el Congreso y el Gobierno, junto con el electorado, convocado por los partidos políticos que con su actividad legitima la acción parlamentaria y de gobierno.

Los pasos del proceso de formación de la orientación política en nuestro sistema pueden ser individualizados como sigue:

De conformidad con el art. 1, 2, 3 y 124 de nuestra Constitución, los partidos concurren a la formación de las autoridades electivas. Es decir, los partidos políticos son preparadores de la voluntad popular. Antes de la formalización de dicha voluntad, los partidos políticos proponen cuáles serán sus contenidos, y esos contenidos constituyen justamente la orientación política para la ejecución de los planes programáticos (voluntad estatal). Aquí no vamos a tratar cómo se deciden los contenidos ni cuál es el proceso de dicha selección, pero si diremos que deben estar acorde al proyecto originario, la Carta Magna.

En esta trama está muy claro ya que, los partidos políticos articulan los proyectos de acción estatal, los programas políticos.

El Código Electoral dispone que el partido o movimiento político tiene la obligación de exponer de manera clara y públicamente los principios políticos que inspiran su funcionamiento documentado en: declaraciones de principios, programas o bases que permitan a la ciudadanía hallarse permanentemente informada sobre los objetivos de su acción política. Aquí debemos acotar que estas declaraciones de principios no deberían ser solo declaraciones populistas, deben ser ideales reales, de lo contrario solo se estaría vaciando de significado a la democracia representativa, convirtiendo a los partidos políticos en un trampolín para agendas ajenas al proyecto país y ajenas a los objetivos de la gente. Sin embargo, también hay que decir que las cuestiones de opinión puramente políticas están exentas de la autoridad de los Magistrados.

Para hacer posible la publicidad de los principios políticos, los partidos tienen la obligación de publicar, por lo menos una vez en dos diarios de circulación nacional, la nómina de sus Directivos y un resumen de su acta de fundación, declaración de principios, estatutos y descripción de los símbolos, siglas, colores, emblemas y distintivos.

La carta orgánica o estatuto del partido político debe contener la expresión de sus fines, en concordancia con sus bases ideológicas, la participación y control de los afiliados de la administración y fiscalización del patrimonio y contabilidad del partido político a través de los organismos pertinentes, conforme a los estatutos, asegurándose la adecuada publicidad interna; las pautas para la determinación de los aportes económicos que deben hacer sus afiliados para sufragar los gastos de funcionamiento; los aportes económicos

obligatorios para quienes ejerzan cargos electivos no podrán exceder el cinco por ciento de la remuneración del cargo; las previsiones para la educación cívica de sus afiliados; los mecanismos de elaboración y aprobación de la plataforma electoral.

Por tanto, ¿dónde se genera la orientación política?, en el seno de los partidos políticos.

No hay decisión (orientación) sin proyecto de decisión (programas políticos de los partidos).(Usera, 1990)

La creación de los Programas políticos

Los programas políticos propuestos por los partidos políticos son parte esencial del proceso de elección de autoridades, selección que está regulada en nuestra ley, y una vez elegidos, estos asumen los cargos electivos, y comienzan a ejecutar los programas previstos, es decir, todo el proceso desemboca en la orientación política estatal.

En otras palabras, una vez que asume el poder político, el grupo ganador, comenzará a implementar su agenda política. De aquí que, sea muy importante proteger la creación de dicha agenda política, la que si no respeta las reglas constitucionales, pues devendrá en una agenda alejada de los intereses nacionales, y lentamente, podría resquebrajar la existencia misma del estado tal y como fue concebida por nuestros constituyentes y plasmada en la carta magna. A esto podríamos llamar el mecanismo de permanencia del estado en el tiempo.

El proceso de selección de autoridades en nuestro país es realizado por medio de elecciones democráticas.

Los partidos políticos deben insertar en sus programas políticos todas las aspiraciones populares, puesto que se supone que los partidos están conformados por ciudadanos que previamente han establecido el tipo de Estado y gobierno que quieren tener. Por esto, resulta fundamental la participación en la vida política, pero como marca nuestra norma, con base en la dignidad humana, pilar rector de todo el Estado de derecho paraguayo.

Luego, los electores darán su visto bueno en las urnas a los programas políticos y a las personas que los van a llevar a término. En esto radica lo principal de todo el proceso de elección, el cual resulta un sostén fundamental de la democracia.

La fuerza política ganadora inicia la ejecución de su programa político – orientación política-, el cual debe estar ajustado a los principios fundamentales de la Carta Magna, y sobre todo, sostenido sobre el pilar principal, la dignidad de la persona.

El programa de gobierno así concebido, ejerce sus efectos jurídicos sobre los órganos constitucionales encargados de determinar esa orientación.

Se debe procurar que el cuerpo electoral escoja el programa más idóneo, puesto que el más idóneo será aquel que se acerca más a los fines y objetivos trazados en la Carta Magna. Los electores, de esta manera, ejercen la soberanía popular. De esta manera el cuerpo electoral legitima el proceso formativo de la orientación política, caso contrario, no se podría hablar de democracia, puesto que la fijación de los fines esenciales del Estado es la opinión expresa de los ciudadanos.

Conocida la voluntad del cuerpo electoral, la fuerza política mayoritaria ejecuta los actos propios de gobierno a través de los órganos constitucionales encargados de fijar la orientación de la política nacional. En nuestro país, estos órganos son el Poder Legislativo conformado por la Cámara de Senadores y la de Diputados, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, quienes tienen en sus manos la ejecución de los fines del Estado plasmados en la Constitución Nacional. Tres funciones, un objetivo común.

Este programa político electo se convertirá en eje central de la vida institucional. Su tránsito hacia la conversión en orientación política se confunde con el proceso de formación del Gobierno.

De esta suerte, el candidato electo pone en marcha el proyecto de orientación política que obtuvo la confianza de los electores.

Posteriormente, y ya en el cargo, el partido político mayoritario adecúa su actividad al programa establecido y elegido por mayoría, y la actividad parlamentaria debe plasmar las finalidades esenciales del Estado en normas jurídicas que se irán adoptando, dándole forma a la estructura del Estado. Se unen a esta actividad la desarrollada por el poder ejecutivo. Ambas actividades realizan la orientación deseada, correspondiéndole a la legislación la determinación de los fines, y a la Administración, la realización de dichos fines. Asimismo, el Poder Ejecutivo y Judicial también interviene en un juego de poderes tendientes siempre a depurar la orientación política única válida para todo el Estado. De este juego de poderes surgirán las directrices que habrán de regir la acción de los poderes públicos. Es menos complicado de lo que se lee.

Finalmente, podemos decir que la iniciativa en cuanto a la orientación política corresponde en nuestro sistema político al Gobierno.

Sin embargo, la actividad de orientación política tiene límites los cuales están impuestos por la Constitución Nacional, como una garantía de que el Gobierno no cambiará la orientación política preestablecida en la Carta Magna.

Por ejemplo, existen mecanismos que garantizan la supervivencia del Estado tal y como fue concebido por los constituyentes. Ejemplo de ello lo tenemos en las cláusulas que predeterminan el contenido de las leyes futuras e imponen normas de conducta a los operadores jurídico-políticos, a lo que podemos llamar orientación política constitucional vinculante para los órganos de orientación política futuros. Por tanto, la actividad de orientación política ordinaria pasa por interpretar cuáles son los objetivos constitucionalmente fijados.

El gobierno paraguayo es ejercido por los poderes legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control.

Analicemos ahora cómo todos los límites se articulan en un sistema de garantías

La actividad de orientación política se halla limitada también por el Poder Judicial que tiene la misión de custodiar la Constitución, interpretarla, cumplirla y hacerla cumplir. Si bien el Poder judicial no es un órgano de orientación política, su naturaleza se presenta fundamentalmente como jurisdiccional.

Consecuentemente, y en consonancia con lo anterior, nuestra Carta Magna ha establecido ciertas prohibiciones a los partidos políticos a fin de precautelar los principios orientadores de la política nacional dispuestos en los artículos 1, 2 y 3.

Por esa razón, el artículo 126, establece que los partidos y los movimientos políticos, en su funcionamiento, no podrán recibir auxilio económico, directivas o instrucciones de organizaciones o Estados extranjeros. Con esta prohibición se blindará al Estado paraguayo de la injerencia extranjera y garantiza que la soberanía efectivamente sea ejercida por el pueblo. Esto de blindar de injerencia extranjera es por un lado comprensible, desde que la nación es el sello de identidad colectiva, lo que hace que las características de una sociedad las diferencie de otras, y para nosotros, eso es un rasgo que debe mantenerse, muy por el contrario de la nueva tendencia que busca desaparecer lo que identifica a un pueblo para desaparecerlo en el tan famoso globalismo. Sin embargo, estamos de acuerdo con el globalismo que nos mantiene unidos como raza humana.

Por otro lado, se prohíbe a los partidos y movimientos políticos establecer estructuras que, directa o indirectamente, impliquen la utilización o la apelación a la violencia como metodología del quehacer político, con lo cual se garantiza el mandato constitucional y último fin del Estado paraguayo: el reconocimiento de la dignidad humana, del cual derivan todas las demás garantías establecidas en nuestra constitución.

Finalmente, se prohíbe a los partidos y movimientos políticos la posibilidad de constituirse con fines de sustituir por la fuerza el régimen de libertad y de democracia, o de poner en peligro la existencia de la República, garantizándose con ello los pilares fundamentales sobre los cuales descansa nuestro Estado y su propia existencia.

De estas prohibiciones surgen otras que se aplican en la esfera del financiamiento de la política, y que reglamentan o desglosan las prohibiciones constitucionales que constituye la directriz que debe seguirse para proteger el Estado Social de Derecho instaurado en 1992.

El pluralismo político como principio básico constitucional

Según el Diccionario Panhispánico del español jurídico, de la Real Academia Española (Española, 2020), el pluralismo político es el principio básico constitucional que se manifiesta a través de los partidos políticos con estructura y funcionamiento democráticos y que tienen en la libertad ideológica el fundamento necesario para la definición de su identidad política.

La Constitución Nacional reconoce a los partidos políticos como personas jurídicas de derecho público que deben concurrir a la formación de las autoridades electivas, a la orientación de la política nacional, departamental o municipal y a la formación cívica de los ciudadanos. En esta tarea encomendada, los partidos políticos tienen garantizada la expresión del pluralismo. En ese sentido, los artículos 1, 117, 124, 125 de la Constitución Nacional garantizan que los ciudadanos pueden asociarse libremente en partidos o movimientos políticos para concurrir a la orientación de la política nacional a través de la elección de autoridades en un sistema democrático, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana. Este último aspecto es la báscula que mide el respeto de los valores esenciales que debe reinar en una democracia, como lo son la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Es decir, el pluralismo político tiene los límites impuestos por la misma Constitución, que a través de los Constituyentes ha decidido el destino de la patria, es decir, su destino como Nación. En otras palabras, si hemos renunciado a la guerra, no podemos admitir una agenda política que promueva la acción armada contra otro estado.

La Carta Magna reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional como una pieza esencial en el sostenimiento de la vida de nuestra nación, protege su existencia y delimita sus funciones principales como actor de la construcción del gobierno, no solo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y a participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político. En resumen, el sistema de partidos políticos es el mecanismo que, libre de todo vicio, produce la perpetuación del proyecto de vida del país.

Lo volvemos a repetir, porque lo consideramos muy importante: el sistema de partidos políticos es el mecanismo que, libre de todo vicio, produce la perpetuación del proyecto de vida del país.

Pero, para la protección efectiva de la libertad de partidos políticos, el constituyente ha contado también con la protección global de la libertad y del derecho general de asociación reconocido en el propio art. 125 y susceptible, por su colocación sistemática, de protección a través del recurso de amparo.

Se garantiza el pluralismo ideológico y el pluripartidismo en la formación de la voluntad política de la República.

Por otro lado, no se admiten partidos ni movimientos políticos que subordinen su acción política a directivas o instrucciones de organizaciones nacionales o del exterior, que impidan o limiten la capacidad de autorregulación o autonomía de estos.

Adicionalmente, el código electoral garantiza la libre difusión de las ideas. Los ciudadanos pueden participar sin restricción de actividades de capacitación político-doctrinaria, con los únicos límites impuestos por el programa de vida principal del país, la Constitución Nacional.

Por otro lado, el Código Electoral regula funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, a fin de asegurar el carácter democrático de los mismos. Se establece que solo se podrá cancelar la personalidad jurídica de los partidos y movimientos políticos en virtud de sentencia judicial. Este es el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos políticos.

Entonces, el pluralismo político está vinculado a la libertad, lo que asegura la participación ciudadana en los asuntos públicos, la constitución y funcionamiento de partidos políticos, la formación de las autoridades electivas y la concurrencia en la orientación de la política nacional.

La Constitución Nacional garantiza la existencia del pluralismo político, que debe a su vez respetar la dignidad humana, último fin de la democracia en el Paraguay conforme lo manda el art. 1 de la Carta Magna. Este pequeño detalle en el preámbulo de nuestra Constitución es el aglutinador de todo el conjunto de normas constitucionales, nos referimos a la dignidad humana.

Sin embargo, hay autores que pregonan que la democracia es la “tiranía de la mayoría”. Es más, estos autores defienden que el pluralismo va más allá y dicen que es el respeto a los derechos de las minorías. Alegan que el pluralismo permite el diálogo entre los grupos y la adopción de decisiones desde el mismo. Y concluyen que, el Estado ha de ser garante de este principio, asegurando los derechos que permitan su ejercicio.(Fuente, 2016). Para nosotros, la democracia es el terreno fértil donde la dignidad humana puede enraizarse más fácilmente.

En su libro donde expone una teoría de la buena sociedad, Giovanni Sartori (Sartori, 2000), alega que una buena sociedad es aquella sociedad pluralista o sociedad abierta, donde, según este autor, los «extraños o extranjeros» son personas que no son «como nosotros», tratando de sostener la existencia de una maldad intrínseca de los nacionales quienes discriminan a quienes son diferentes por su cultura, religión, raza, etc.

Se debe puntualizar que, la maldad humana no es producto de la migración, ni de las diferencias, que siempre han existido y seguirán existiendo, jamás se podrá lograr una población homogénea. La maldad es una condición que surge de las envidias, los pleitos, la codicia, la avaricia, el apego a los deseos propios, la falta de amor y bondad. En resumen, la maldad humana es un cáncer que solo puede ser curada con caridad, amor y bondad entre los seres humanos. Pretender acabar con la maldad humana atacando la dignidad del ser humano es como pretender acabar con la guerra con más guerra. Es un sin sentido a todas luces.

Además, reflexionar de esta manera constituye un atropello a la lógica formal del pensamiento, puesto que atenta contra los aspectos básicos de todo razonamiento formal, no es coherente con los principios básicos de la democracia y demuestra una falta de comprensión de los más básicos elementos que conforman un estado democrático.

Conjuntamente, esta tendencia de presentar a las minorías exponiéndolas como víctimas de una mayoría, es peligrosa, y ha dado nacimiento a conceptos poco claros como por ejemplo la tan mentada sociedad abierta de George Soros(Soros, 1999) y otros conceptos como la inclusión de minorías, hasta el punto de modificar la lengua española corrompiendo la dignidad humana para instaurar un nuevo orden de cosas, como por ejemplo la existencia de los híbridos, los sin género y otros tantos intentos por crear un falso y peligroso pluralismo, que solo ha terminado de enfrentar ciudadanos contra ciudadanos.

De hecho, no existe tal tiranía de una mayoría, ni existe un sufrimiento de una minoría subyugada, lo que sí existe es la maldad humana, tan antigua como la creación misma del mundo, contra la cual el estado democrático debe luchar con el amor y respeto de la dignidad de cada ser humano tal y cual es, y nada más.

Adicionalmente, no estamos de acuerdo con esta visión, puesto que rompe completamente con los principios de la democracia (que defiende la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley) y elimina completamente el fundamento sobre el cual descansa toda la estructura de gobierno: la dignidad humana (por lo menos bajo nuestra Carta Magna). Es lógico concluir que, si defendemos la dignidad humana, el gobierno incluirá en su programa político a todos los sectores de la sociedad, además, una de las garantías básicas de nuestra constitución es la no discriminación.

Por último, los partidos políticos tienen garantizada la expresión del pluralismo, pero basada siempre en el respeto de la dignidad humana, es decir, cualquier programa o proyecto político que viole este principio y fin último de nuestro sistema democrático, debe ser eliminado por atentar contra las mismas bases de la democracia instaurada por el poder constituyente de este país.

La Concurrencia a la formación de las autoridades electivas.

Además de las anteriores funciones citadas, los partidos políticos tienen la función primordial de la concurrencia a la formación de las autoridades electivas, dentro del esquema democrático de gobierno establecido en la constitución nacional, que prevé la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana (no nos cansaremos de repetirlo).

Esta misión fundamental, la de elegir a las autoridades electivas, descansa y pesa sobre el sistema de partidos políticos previstos en nuestra carta magna. Esta función constitucional es de tal magnitud, importante y trascendente, que de este sistema de elecciones depende el futuro de la Nación, en el sentido que, si el sistema funciona y es confiable, las autoridades electas serán legítimas, y se reforzará además la confianza ciudadana en este sistema de selección de autoridades que respeta la voluntad popular en la que radica la soberanía o el poder máximo.

A este sistema le llamaremos el mecanismo de relojería, todas sus partes deben ser cuidadosamente verificadas para ajustarlas. Una de esas partes la sostiene enteramente, esta es el financiamiento.

La Dignidad Humana como eje central de la vida democrática en el Paraguay.

Lo volvemos a repetir, conforme a nuestra Carta Magna, todo el orden constitucional se halla cimentado en el reconocimiento de la dignidad humana.

Adentrándonos en los orígenes del concepto de dignidad humana, lo hallaremos en pensadores como Platón, Aristóteles, Cicerón y Séneca, quienes con sus ideas trazaron los cimientos que dieron luz al moderno concepto de dignidad humana. Dedicados a detallar la condición humana, el valor del ser humano, la libertad, la racionalidad, y otros temas afines, el concepto de dignidad humana fue adquiriendo otras cualidades de la ética y de ideas modernas.

Se ha declarado que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). También que: "Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho" (Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión).

Sostuvo Aristóteles que en la medida que la sociabilidad es un elemento inherente a la naturaleza humana, la persecución de la felicidad no puede hacerse de forma aislada sino sólo en la sociedad. La felicidad no es por lo tanto una búsqueda egoísta, sino que el hombre, como ser político, logra este estado únicamente en el seno de la polis. (Pele, 2010)

Todo ser humano posee un valor inherente por el simple hecho de serlo, en cuanto que es un ser racional dotado de libertad. Esta cualidad no le fue otorgada por alguien, sino que le pertenece intrínsecamente, tal cualidad le viene por su misma esencia.

En otras palabras, nacemos libres. Luego, crecemos en una familia, en una sociedad que va condicionando esta libertad. Pero el aprendizaje y descubrimiento del mundo y de la verdad son factores relevantes que también moldean y liberan al ser humano. Cuanto más se busca, más se conoce, y cuanto más se sabe, más libre uno es. El conocimiento libera. Creemos que en ello radica uno de los pilares de la dignidad humana, en poder conocer libremente, y a esto llamamos libertad en última instancia en este artículo. La ignorancia es un grillete.

¿A qué conclusión queremos llegar con todo esto? Si el conocimiento nos hace libres, acceder a una información veraz es imprescindible. Recordemos que el derecho a una información veraz, responsable y ecuánime está garantizado en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Por tanto, si la ciudadanía vive en la oscuridad del desconocimiento no podemos afirmar que decide con libertad, por lo que, debe tener la información veraz a mano, siempre, para decidir en base a la verdad, con ello nos aseguraremos un futuro menos incierto y con menos obstáculos que salvar. Recordemos que el mecanismo de la democracia no es perfecto sino perfectible.

Por tanto, esta cualidad – la dignidad humana- no está sujeta a ningún tipo de condicionamiento, ni de diferencias étnicas, de sexo, de condición social o cualquier otro tipo. Siendo así, el ser humano nace libre y es responsable de sus propios actos, en la medida que va adquiriendo conciencia del bien y del mal. Esta libertad incluye, obviamente, la libertad de elegir.

Podemos decir también que, la dignidad humana sólo corresponde a aquellos seres que poseen, de hecho, aquella propiedad por la cual nos reconocemos unos a otros, la racionalidad y la capacidad de autodeterminación, es decir, pensamiento y voluntad. Estos últimos son manipulables. De esto se encargan tanto la sociología como la ingeniería social y otras disciplinas que estudian el mecanismo de la mente humana, y sus sentimientos. Estos estudios y sus resultados se utilizan en la elaboración de campañas electorales, recordemos que, se utilizan discursos populistas para confundir y engañar. El electorado es conciencia colectiva, y visto desde ese ángulo, puede ser fácilmente manipulada su voluntad, porque se mueve como colmena, donde va la Reina, van todos. Pero, la libertad viene cuando el elector corre las cortinas que tapan la realidad y puede acceder a la información; la información sobre las agendas y los proyectos de gobierno, y la información acerca de las personas que proponen dichas agendas, la información sobre las personas que quieren ejecutar dichas agendas, los motivos e intereses detrás de dichas agendas o programas políticos de gobierno, y finalmente, la información sobre el origen del dinero que se utiliza para llevar adelante dichos planes de gobierno, las agendas y el proyecto de país que se quiere instaurar, así como los objetivos de dichos programas, los beneficios y desventajas para el país, en resumen, todo el panorama completo que un elector debe conocer para poder afirmar que es libre para elegir.

Nuestra carta magna reconoce que todo cuanto rodea al ciudadano paraguayo debe estar fundado en su cualidad intrínseca que lo hace un ser libre y auto determinado, que decide como quiere vivir, y quienes regirán el destino de su país. Sin embargo, no perdamos de

vista todo lo que dijimos en párrafos anteriores, para ser libre el requisito indispensable e innegociable es: conocer la información veraz sobre los proyectos de país que se proponen y sobre sus financistas.

Nuestra Constitución Nacional constituye un pieza esencial y atemporal que funciona como una coraza o escudo contra los dardos venenosos del enemigo: la desinformación (o la mentira), pues el marco jurídico plasmado (como un cuadro permanente en el tiempo) no permite añadidos ni modificaciones, sino que existen mecanismos preestablecidos para poder llevar a cabo tales actos. Pero, como nada es perfecto sino perfectible, sobre la base del ensayo y el error, vamos perfeccionando la técnica de descubrir la mentira y encontrar la verdad, tal y como el juego de niños “ponerle la cola al caballo”, donde un infante vendado de ojos, intenta encontrar el punto y colocar su objetivo siendo animado por el resto de niños.

Los programas políticos que se diseñan por los partidos políticos deben estar fundados y basados en los principios y normas constitucionales, base de nuestro sistema democrático, no pudiendo estar basadas en ideologías foráneas, extranjeras o extrañas a las que están fijadas en nuestra carta magna. Por ejemplo, no se puede admitir programas políticos basados en ideologías que no respetan la dignidad humana, base fundamental de todo nuestro sistema constitucional.

Los programas políticos financiados por organizaciones o poderes que atentan contra los principios y garantías constitucionales deben ser pasibles de sanciones para evitar se violente el orden constitucional establecido por nuestro poder Constituyente, el pueblo paraguayo, único que puede cambiar el orden preestablecido y por los medios previamente constituidos y que están detallados en nuestra carta magna.

No podemos permitir que fuerzas extrañas (extrajeras o no) ajenas al poder constituyente, en detrimento del orden constitucional, se introduzcan en nuestra realidad nacional violentando el orden preestablecido y con ello pongan en peligro la existencia misma del Estado de derecho o intenten cambiar por medio del financiamiento el orden constitucional para obtener un beneficio a costa del bienestar del pueblo soberano y en su perjuicio directo. Por un lado, se trata de una corrupción de nuestras instituciones y por otro, es una invasión silenciosa de poderes foráneos con intereses oscuros o diferentes a los del pueblo soberano.

Por ejemplo, si el narcotráfico o cualquier otro lobby financiaran los partidos políticos, las agendas de estas fuerzas oscuras serían las que en realidad gobernarían el país y no el pueblo y sus representantes legítimos, que deben rendir al soberano sobre sus actos de gobierno.

Por tanto, lo que se debe proteger es un bien de valor incalculable para la nación, nos referimos al orden constitucional en su máxima expresión.

Es decir, debemos proteger ese orden constitucional que dicta los principios fundamentales que deben contener todos y cada uno de los actos de gobierno, esas directrices que deben ser el contenido de los programas de gobierno, de la política nacional, en definitiva, la orientación de la política nacional como norte de las decisiones políticas del estado social de derecho en un sistema democrático.

Con esta protección, la confianza en el sistema democrático se verá reforzada y con ello el orden constitucional se fortalecerá.

El principio de lealtad constitucional en defensa del Estado y de la Constitución.

El orden social está enmarcado en el orden jurídico, y éste último está diseñado desde el orden constitucional, de manera que el orden jurídico desempeña una función equiparable al orden político o moral. La regulación de las relaciones entre individuos solo es válida si proviene del máximo poder, que radica en la soberanía, y entonces podemos hablar de un orden soberano.

En este orden de ideas, la lealtad constitucional concibe como la pretensión normativa de la norma constitucional, es decir, es el principio normativo que debe tenerse en cuenta para determinar el contenido normativo del ordenamiento jurídico. Consecuentemente, pierden valor aquellas actividades que menoscaben la eficacia de las normas que determinan el orden constitucional establecido. Este principio de lealtad constitucional se erige en un muro de defensa del Estado mismo. Según nuestra visión, la lealtad constitucional es un instituto de defensa no solo del Estado sino también de la constitución que le da forma. Es decir, juega un doble papel, por lo que, en ello radica la importancia de blindar a los partidos políticos de fuerzas económicas externas a la constitución Nacional.

El mandato de respeto de la Constitución a los partidos políticos

El artículo 125 de la Constitución Nacional ordena a los partidos políticos que deben regir su actividad por métodos democráticos, y que la ley reglamentará la constitución y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, a fin de asegurar el carácter democrático de los mismos. Es decir, no pueden infringir las normas que consagra el principio democrático. Por tanto, aquellas conductas que menoscaben este principio deben ser perseguidas. Aquellas conductas que busquen violentar la titularidad del poder que radica en la ciudadanía, debe ser frenada.

La fidelidad a la constitución consiste en el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente y no intentar su transformación por medios ilegales, debiendo declararse la ilicitud de los partidos políticos que persigan el poder por medios e ideales antidemocráticos. (Alvarez, 2002)

El bien jurídico que se debe tutelar

Llegados a este punto, podríamos decir que el bien jurídico que se debe tutelar es el correcto funcionamiento y transparencia del sistema democrático de partidos, la confianza de los ciudadanos en este sistema y la constitucionalidad de la orientación de la política nacional plasmada en los programas de gobierno propuestos por los partidos políticos.

Que hacer político sin Constitución o fuera de la Constitución.

Con respecto al quehacer político, resulta útil traer a colación en este punto el famoso caso ocurrido en los Estados Unidos de América referente al expresidente Bill Clinton y la entonces becaria de 22 años de la Casa Blanca, Mónica Lewinsky, escándalo político sexual que surgió en 1998.

Con este ejemplo queremos demostrar como las acciones de los políticos pueden afectar el orden constitucional de manera indirecta, ya que la conducta de los candidatos o autoridades políticas hace parte del orden constitucional debido a que forman parte de la ejecución de los ideales previstos originalmente en la constitución, incluso si creemos que pertenecen a su vida privada.

El caso fue llevado a juicio político de la mano de los abogados Kenneth Starr y Robert Ray, quienes fueron los responsables del informe que desembocó en el juicio político al entonces presidente Bill Clinton.

Los abogados propusieron que el caso no se trataba de un simple incidente sexual, sino que se trataba de un tema político, por tratarse de una persona que pertenece a la clase política.

Los abogados, Kenneth Starr y Robert Ray, habían investigado si el entonces presidente Clinton había mentido o si había obstruido la justicia para ocultar sus relaciones "impropias" con una de sus becarias, Mónica Lewinsky.

Finalmente, el expresidente Clinton pidió perdón por su comportamiento durante el caso Lewinsky y dijo lamentar profundamente las consecuencias que ese comportamiento ha tenido para la marcha de la nación, debido a este terrible error moral. (Posner, 1999).

Los efectos de este escándalo en las votaciones del año 2000 en Estados Unidos fueron tangibles. La votación mostró que el escándalo afectó y se evidenció en el bajo índice de aprobación personal de Clinton durante el proceso electoral (Denton, 2002), además, analistas como John G. Geer de la Universidad Vanderbilt posteriormente concluyeron que "la fatiga Clinton" o un tipo de votación de moral impactaron de manera significativa al candidato del partido demócrata que apoyaba Clinton en aquellas votaciones, Al Gore. (Geer, 2004).

Consecuentemente, los errores del expresidente Clinton vinieron a desacreditar al partido demócrata que perdió en las elecciones siguientes.

Por tanto, las acciones de los actores políticos pueden afectar aquellos objetivos que se promulgaron como ideales para la construcción de una nación (orden constitucional), incluso pueden repercutir en las elecciones con tendencias desfavorables o favorables, con lo que se puede afirmar que la conducta de los candidatos o autoridades políticas hace parte del orden constitucional puesto que hace parte de la ejecución de los ideales previstos originalmente en la constitución.

Es decir, si una persona que ocupa un puesto de poder no se halla a la altura de los ideales de la nación, la nación se encargará de hacerle saber su descontento en las urnas, y a esto es lo que llamamos un sistema democrático eficiente.

Sin embargo, existen tendencias modernistas que querrán convencer de lo contrario, y defenderán que la vida del que ocupa un cargo público o político es privada, más se olvida que el cargo es público no solo porque pertenece a la administración de la cosa pública, y es político no solo porque implica el quehacer político, sino porque al ocupar un cargo público y político, la vida de la clase política se convierte en una vidriera expuesta en las calles constitucionales del país, nos guste o no, la realidad ha demostrado que así es.

Indiscutiblemente, engloban la clase política todos los que están comprometidos con el quehacer político, quienes ocupan cargos en las instituciones políticas del gobierno, es decir, en los poderes del Estado y órganos de creación constitucional, y de todas aquellas instituciones de naturaleza política como lo son los partidos políticos, movimientos políticos, alianzas, concertaciones electorales, y movimientos internos de un partido político, organismos de la llamada sociedad civil, gremios empresariales, inclusive, etc.

Por tanto, hay que afirmar que cuando hablamos de orden constitucional hablamos de la Constitución Nacional, puesto que es el ideal de la filosofía e idiosincrasia de una nación, asentada en un territorio y fundida en paradigmas concretados en derechos, deberes y garantías, constituida mediante un procedimiento especial, por un órgano creado única y exclusivamente para tal fin, la Convención Nacional Constituyente, a la que se da el nombre de Constitución Política, cuyo conjunto de normas tiene como finalidad principal al Estado mismo como persona.

Las normas constitucionales son, en sentido absoluto, principios, aunque algunos autores prefieran hablar de orden constitucional. (Schmitt, 1996)

Tal fue la proclamación realizada el 20 de junio de 1992, cuando el pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, sancionó y promulgó nuestra Constitución Nacional.

El poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión en conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo.

De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. La Constitución no se apoya en una norma, se apoya en una decisión política surgida de un cuerpo político acerca del modo y forma de ese cuerpo político o ser. Sin embargo, es importante aclarar que la emisión de la constitución no puede agotar, absorber o consumir al poder que la constituyó, no desaparece el poder constituyente, sino que existe al lado o por encima de ella. Todo conflicto debe ser resuelto por esta voluntad política. (Schmitt, 1996)

Con el tiempo, y durante el quehacer legislativo, suelen haber y existen leyes que rozan, contradicen o violan una disposición del orden constitucional, entonces la misma constitución ha previsto aquellos mecanismos para corregir esos errores. Asimismo, existen actos de gobierno o dictados por los poderes del estado, que pueden transgredir el orden constitucional.

Por lo que, cuando la clase política, a través de sus representantes, desde los cargos de gobierno u otros puestos políticos de autoridad o de influencia, actúan fuera del margen del error humano inevitable, y lesionan la constitución, obviando su existencia, en complicidad con el resto de actores políticos quienes callan por conveniencia, ya no se puede hablar de inconstitucionalidad, sino de un quehacer político sin constitución o fuera

de la constitución, es decir, obviando la existencia misma del orden constitucional, con lo cual, se causa un terrible daño a la existencia misma del Estado.

Pero, es importante recordar que la constitución no es una panacea y que no podemos esperar que de ella dependa el mejoramiento de las instituciones políticas ni de la clase política como por arte de magia, porque en estas cuestiones vale más "una costumbre mediana que cien constituciones buenas".(Castells, 1996)

Finalmente, el éxito constitucional depende de la necesidad que tiene la comunidad de contar con una constitución, lo que la hace imprescindible, puesto que organiza y limita el poder, pero sobre todo establece un orden querido por la comunidad, un orden al que llamamos orden político y que el pueblo lo considera un orden justo, el que permanece en el tiempo gracias a las normas constitucionales.

El problema de la ceguera paraguaya o la apatía

En Paraguay tenemos muchos problemas que hemos heredado desde la Triple Alianza, y si no abrimos los ojos para reconocer la gravedad de nuestros problemas, la corrupción hará metástasis y para cuando reaccionemos será muy tarde ya, y como la fábula del sapo y el agua caliente, la gente se torna complaciente y no se da cuenta de la realidad hasta que es muy tarde.

Si no podemos ver que ya está hirviendo el agua, podría costarnos nuestro país, nuestros jóvenes, y deberemos apelar por un milagro para recatar nuestra nación, y aunque creamos en los milagros, no debemos esperar a necesitarlos, sino más bien debemos adoptar una conducta previsor, pues no será fácil recuperarnos una vez que estalle unacrisis, y no queremos esperar un milagro durante 50 años o más.

Quizás los ciudadanos no lo vean tan claro porque a la gente se le entrena para que vean cambios lineales y no exponenciales, para no reconocer cuan pronto un problema puede salirse de control.

Podemos ver una sociedad en declive, tocando fondo. Si no atacamos la causa de la crisis, quizás sea muy tarde.

No esperemos que nos pase lo que han vivido otros países. Tomemos el ejemplo de El Salvador que ha sufrido una guerra civil con más de 250 000 mil fallecidos, la guerra de las maras o pandillas que llevaron a ese país a convertirse en el más peligroso de occidente, todo por no adoptar lamedidas a tiempo y ajustadas a su realidad.

Escuchar y hacer caso a recetas foráneas, los llevó por el despeñadero, ya que la las fuerzas foráneas no tuvieron la intención de ayudar a liberarse sino de utilizar la desgracia para sus propios fines. Estas medidas sugeridas por quienes no eran salvadoreños, fueron aplicadas de la mano de gobiernos traidores y corruptos que se vendieron al mejor postor. Aprendamos ya de los errores ajenos. Abramos los ojos. Participemos más activamente en la vida política y en la formación de la orientación dela política nacional para no repetir errores ajenos.

Hoy por hoy,estámás claro que nuca con el ejemplo de El Salvador que, la ayuda que viene de afuera no está, y nunca lo estuvo, desprovista de interesesno enmarcados en el

proyecto país, que la única ayuda efectiva es la que el mismo pueblo puede aplicar a su propio país.

Ha quedado muy claro que, un pueblo debe aprender a levantarse solo con sus propias fuerzas, aprender a construir y trabajar sin esperar que una potencia o fuerza externa lo haga por ellos. Ahí radica la importancia del pueblo. Ahí radica el núcleo central de un país, el poder del pueblo que trabaja y construye su propia nación. Solo así se posiciona un país en el mapa internacional como iguales. Solo así se puede tener un lugar en la mesa, con voz y voto. Solo así un país podría ser igual, no una colonia, o un protectorado de otros intereses ajenos al del pueblo. Esta es una de las razones por las que debemos cambiar esa mentalidad de víctimas (del subdesarrollo). A eso podemos llamar una democracia sustentable.

Si nuestro país tiene tantos recursos naturales, brazos fuertes de nuestros jóvenes y ganas de trabajar solo hace falta la voluntad y los líderes que encabezen la construcción del futuro. Esos líderes surgirán del semillero que el país provea desde sus bases. Esas bases son, en primer lugar la familia, la escuela, la universidad, y luego las agrupaciones y movimientos civiles y políticos. Pero, antes que todos ellos, como los convencionales constituyentes lo establecieron en el preámbulo, la voluntad de Dios.

Conclusión

Como dijimos, y como lo manda la carta magna, el poder lo ejerce el pueblo, conforme con lo dispuesto en la Constitución, y ella ordena que el pueblo vaya a votar para elegir a los líderes que han salido de sus semilleros, para que representen la voluntad popular. Es decir, no solo se escogen los líderes sino también las agendas que el pueblo quiere llevar adelante como proyecto de vida para su gobierno, para el país, a fin de llegar al destino que el mismo pueblo tiene en mente. Este es el sistema al que democracia, el poder del pueblo.

La democracia está en proceso de perfeccionamiento, porque no puede quedarse estática con la mirada fija en el tiempo. No puede desconocer los avances de la tecnología ni las nuevas metas de los jóvenes. Tampoco y mucho menos no zambullirse en las ideas innovadoras. Lo único que permanece inalterable son los fundamentos de libertad e independencia de los pueblos, y en nuestro caso también el respeto de la dignidad humana.

Las ideologías obsoletas del pasado ya no tienen cabida en la nueva construcción de lo que lentamente va transformando la democracia de los diferentes países que la ostentan. Estas ideologías que van quedando atrás pueden servir como casos de estudios, y pasaran a engrosar los libros de historia de la evolución de los pueblos.

Las formas de gobierno pueden y deben adecuarse a los nuevos tiempos, pero el poder de esos gobiernos deberá mantenerlo el pueblo, sin discusión.

Los legados nefastos de gobiernos corruptos deben quedar bien escritos en las hojas de los libros de nuestra historia, porque si bien es cierto se puede perdonar, lo que nunca se debe hacer es olvidar, porque si olvidamos volveremos a ser víctimas de lo mismo, por ello la verdad adquiere un significado más precioso, la verdad construye la libertad y la justicia.

Los gobiernos que han traicionado los proyectos de sus pueblos, serán recordados como ladrones y corruptos, aunque manden borrar del buscador de google la noticia, ella estará eternamente en la memoria y siempre puede y debe volver a salir a golpearnos para que jamás olvidemos lo que no debemos olvidar, los rostros de los que dañaron los sueños de la nación.

Por otro lado, tenemos a aquellas fuerzas externas, grupos que en realidad son políticos, tienen su propia agenda, y las quieren imponer sobre los pueblos soberanos. No son más que burócratas tratando de llevar adelante políticas públicas, ¿quién los eligió? No tienen un mandato democrático, y si pretenden un espacio en la mesa deberían postularse y ser electos.

Las políticas públicas son públicas, las políticas deben ser aquellas que el pueblo soberano decida, no organizaciones foráneas que el pueblo paraguayo no eligió, ni son constitucionales.

Las elites foráneas y las supranacionales temen a las sociedades, al poder del pueblo, a la capacidad del pueblo de elegir sus líderes porque no pueden controlar este poder. Las elites globales, los medios masivos de comunicación y tanques de pensamientos, tienen estas imágenes que usan para reforzar su agenda.

Las instituciones son vitales para una democracia, los medios masivos y tanques de pensamientos atacan las instituciones, y las elites que no forman parte del soberano también.

La corrupción no es privativa de la nación paraguaya, ni del sector público; reconozcamos que la corrupción del sector privado nos invade, nadie es dueño de este flagelo, sino que es compartido y distribuido por todos los ciudadanos en menor o mayor medida, de ahí la necesidad de la batalla cultural verbal como primera medida, y de la batalla de la lapicera como segunda medida. Otra medida abarca la protección de las bases mismas de la democracia, los partidos y agrupaciones que dan nacimiento al proyecto de vida del país.

Las instituciones han sido creadas para servir la gente y no para servirse de los ciudadanos. Por ello, se debe luchar por el propósito original de las instituciones, no solo por su existencia, es hora de borrar los paradigmas sin sentido. La credibilidad está en juego en todo el mundo.

Recomendación

La decisión del futuro de nuestro país es exclusivamente una decisión del pueblo y radica en adoptar aquellas posturas políticas y sociales asertivas frente a los problemas y obstáculos, con valentía.

Los agentes externos que quieren modificar las bases democráticas, los proyectos de vida de nuestro pueblo; deben enfrentarse a las murallas de nuestras trincheras constitucionales, y en esa lucha, los partidos políticos son el principal instrumento de defensa del plan de vida de la nación; en ello radica su importancia y la necesidad de rodearlos de mayor protección.

Por tanto, debemos recurrir a las armas legales y defender la patria en las arenas de la batalla cultural, con la palabra correcta y la lapicera adecuada.

Bibliografía

Álvarez, L. A. (2002). Lealtad constitucional y partidos políticos. Teoría y realidad constitucional. UNED Teoría y Realidad constitucional (10), 445-468.

Biblioteca y Archivo Central del Congreso Nacional. (13 de setiembre de 2020). Ley 6105/2020 Que Regula el Financiamiento Político. Obtenido de Ley 6105/2020 Que Regula el Financiamiento Político: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/1198/regula-el-financiamiento-politico>

Castells, A. (1996). Permanencia del orden constitucional democratico. AEQUITAS Revista de la Facultad de Ciencias Juridicas, 6(6), 342 - 356.

Denton, R. E. (2002). The 2000 Presidential Campaign: A Communication Perspective (Denton, Robert E. Jr. ed., Vol. 2000). Connecticut, Estados Unidos: Greenwood Publishing Group.

Española, R. A. (2020). Diccionario Panhispanico del español jurídico. España.

Fuente, J. R. (agosto y setiembre de 2016). REFLEXIONES SOBRE PLURALISMO POLÍTICO Y EDUCACIÓN. Aposta. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valladolid(70), 132/154.

Geer, J. G. (2004). Public opinion and polling Around the world: a Historical encyclopedia (Vol. 1). Santa Barbara , California , Estados Unidos: ABC-CLIO, Inc.

Hesse, K. (1992). ESCRITOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. (C. D. CONSTITUCIONALES, Ed., & P. C. VILLALON, Trad.) Madrid , España.

Hesse, K. (1992). Escritos de Derecho constitucional (Vol. 2DA EDICION). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia.

Iglesias-Zoido, J. C. (17 de enero de 2021). Pericles y la definición de democracia (Thuc. 2.37.1): Interpretaciones renacentistas, modernas y contemporáneas. Cuadernos de Filología Clásica, Estudios griegos e indoeuropeos, 183-205.

Latouche R, M. (2004). Programa Político. Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, Vol. X(No. 2 (jul-dic)).

Loewenstein, K. (2018). Teoría de la Constitución. (A. G. ANABITARTE, Trad.) Barcelona, Caracas, Mexico: Ariel .

Magaña Ramos, M., & Ezquerro Martínez, Á. (2017). ¿Tienen los ciudadanos una formación que les permite una participación responsable en la vida política? Enseñanza de las ciencias: revista de investigación y experiencias didácticas, 737-742.

Moro Albacete, F. (julio-diciembre de 2017). Democracia y populismo en la Atenas de Pericles: una mirada desde la actualidad. Revista de Historia y Ciencias Sociales, 32, 72-87.

Pele, A. (2010). LA DIGNIDAD HUMANA. Sus orígenes en el pensamiento clásico (primera ed., Vol. Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho). Madrid, España: Dykinson S.L. .

Posner, R. A. (1999). An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton. Cambrigde, Massachusetts, Estados Unidos: Harvard University Press.

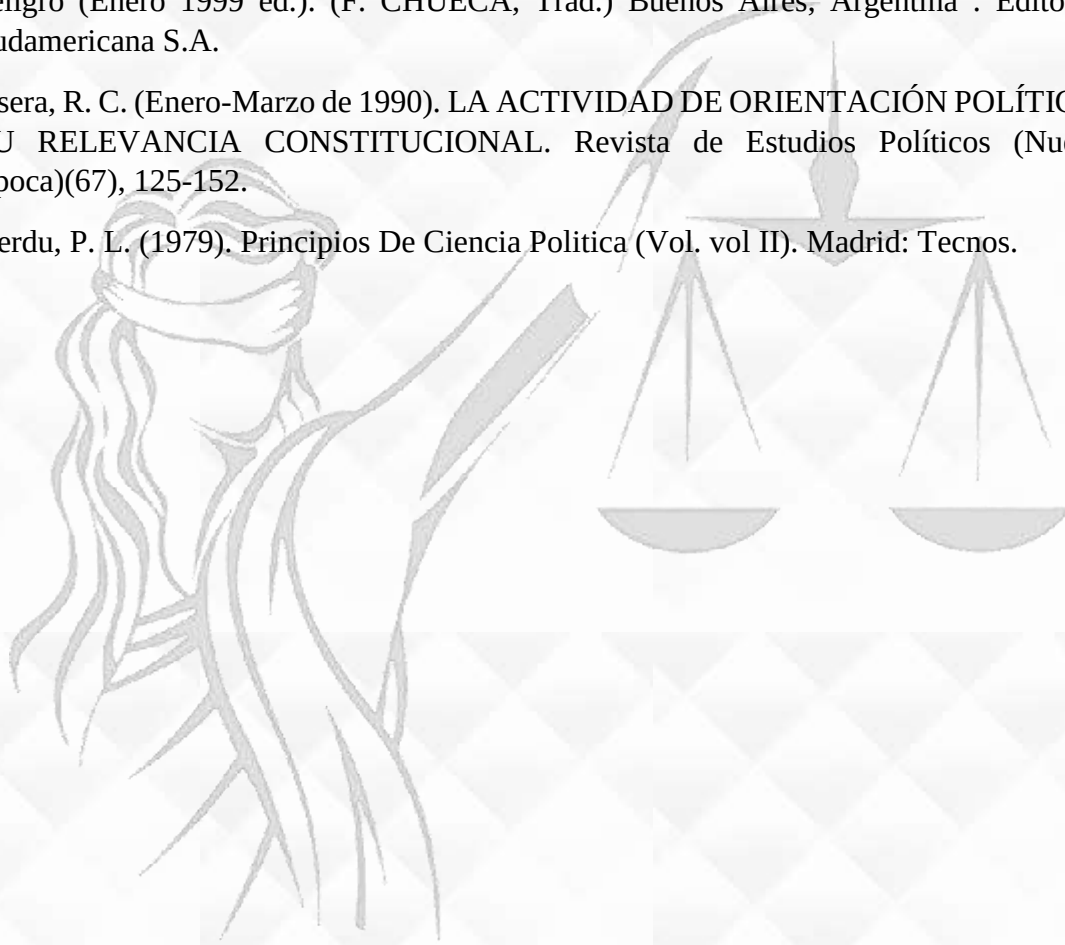
Sartori, G. (2000). La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. (E. d. Titivillus, Ed.) Nueva York, Estados Unidos.

Schmitt, C. (1996). Teoría de la Constitución. (F. Ayala, Trad.) Madrid, España: Alianza.

Soros, G. (1999). LA CRISIS DEL CAPITALISMO GLOBAL. La sociedad abierta en peligro (Enero 1999 ed.). (F. CHUECA, Trad.) Buenos Aires, Argentina : Editorial Sudamericana S.A.

Usera, R. C. (Enero-Marzo de 1990). LA ACTIVIDAD DE ORIENTACIÓN POLÍTICA. SU RELEVANCIA CONSTITUCIONAL. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)(67), 125-152.

Verdu, P. L. (1979). Principios De Ciencia Politica (Vol. vol II). Madrid: Tecnos.



EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD y ALGUNAS POSTURAS DE LA CIDH.

Blanca Ramos Ortiz, Profesora

Universidad Metropolitana de Asunción

RESUMEN

Considerando a los derechos humanos desde la perspectiva de la defensa procesal, y atendiendo a principios que rigen nuestro código de forma como son el debido proceso y la seguridad jurídica resulta interesante analizar nociones sobre el control de convencionalidad y compilar algunas posturas del sistema regional interamericano a fin de un mayor acercamiento y familiarización con estándares internacionales obligatorios para nuestro país, quien ha ratificado un importante caudal de instrumentos internacionales en la materia.

En el presente trabajo se analiza primeramente la figura de control de convencionalidad, se citan algunas de las normativas vigentes ratificadas por nuestro país en materia de Derechos Humanos, para luego referirnos a posturas asumidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sirven como argumentos importantes de apoyo para el ejercicio de la defensa técnica en condiciones de igualdad resguardando la dignidad humana, con lo cual se enriquece el litigio del sistema adversaria a nivel nacional.

Palabras claves: Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, debido proceso, defensa técnica, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DESARROLLO

El control de convencionalidad en el sistema regional interamericano es un instrumento o mecanismo que se utiliza para verificar si una ley, reglamento o acción de alguna autoridad estatal se adecua debidamente a normas y obligaciones ya preestablecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos,

Hay dos tipos de control, la primera es la externa que se da cuando dicho control recae en un Tribunal Supranacional y es interna cuando los órganos jurisdiccionales de un país verifican la congruencia con el Derecho Internacional de Derechos Humanos de una Constitución, ley, reglamento, etcétera.

El control externo del control de convencionalidad lo realiza la Corte IDH.

El Estado paraguay por Ley 1/89 ratifico la Convención Americana de Derechos Humanos. Es en esta convención que se fija competencia de la CIDH, así también en la Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, el protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos

relativo a la abolición de la pena de muerte; la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, y la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Existen muchos derechos y garantías que resguardan el caudal de normativa internacional citada, citando algunos a continuación: Derecho a la vida, integridad, proscripción de la esclavitud, tortura o penas crueles, libertad, reconocimiento de la personalidad jurídica y garantías judiciales, legalidad y no retroactividad, dignidad, libertad religiosa y de conciencia, de pensamiento y expresión, a la identidad, nacionalidad, propiedad, igualdad ante la ley entre otros.

Es así que el control interno es una obligación necesaria de los Estados que nace de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Solo interviene la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando la jurisdicción interna no opera o no resuelve debidamente sobre transgresiones. La comisión emite un informe previo para verificar la admisibilidad.

En cuanto a plazos es importante mencionar que la denuncia ante la comisión es de 6 meses posteriores a agotar los recursos internos. Entre los requisitos están la inclusión de nombre, nacionalidad, profesión, domicilio, firma de la persona y del representante legal.

La característica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la de un tribunal regional de instancia única, siendo que cualquier Estado parte de la Convención Americana o de otro Tratado que forma parte del “corpus juris” interamericano, a través de su adhesión y ratificación está obligado a implementar mecanismos eficaces para el cumplimiento de deberes, respeto de garantías y adecuación en ejercicio de su soberanía.

En cuanto a la importancia del Control de Convencionalidad se fundamenta en cuestiones que hacen al orden público internacional, y a principios internacionales como el “pacta sunt servanda” lo cual conlleva una responsabilidad estatal para concretar el respeto real de derechos humanos sin discriminación.

A continuación, resulta interesante abordar posturas asumidas por la CIDH referente a acciones u omisiones de los Estados, para precautelar el cumplimiento de los Derechos Humanos lo que acarrea una responsabilidad directa del Estado. Seguidamente se citan dentro del contexto del Derecho a la igualdad y no discriminación Jurisprudencias de la CIDH sobre casos llevados a esa instancia internacional:

1. Opinión Consultiva OC-18/03

Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos y que menciona sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, contempla que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado con el respeto y garantía de los derechos humanos. Estos principios tienen alcance en el derecho internacional. Implica que los estados deben aplicar a nivel internacional o nacional, y por actos de cualquiera de sus poderes realicen bajo su tolerancia, transgresiones en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de personas. Estos principios

tienen relación directa del “jus cogens” lo cual incide en un carácter obligatorio que permea todo el ordenamiento jurídico. Arbelaez de Tobón y otros (2022), pág. 103.

De lo expresado anteriormente se deduce que debe existir facilidad de acceso a la justicia y se configura mayor responsabilidad a los Estados para allanar las barreras.

2. Opinión consultiva OC-04/84

Solicitada por Costa Rica, que menciona “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza...”

3. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay

La CIDH estableció que: “268...el artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es “per se” incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación”.

Nuevamente se aprecia que la tendencia para los Estados parte del sistema interamericano debe regirse por buscar garantizar la operatividad de la normativa interna en relación a derechos humanos, lo cual implica aplicación de la ley a todos por igual que incluye lo referente a acceso a la justicia.

4. Caso Almonacid Arellano vs. Chile

La CIDH menciona que es consciente que tanto los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte de aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘Control de Convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado,

sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana...” .

6. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala

Así también la CIDH dice que cuando un Estado Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer “ex officio” un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

7. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, llega a la conclusión, con base en el control de convencionalidad, que es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

8. Caso: Cantos vs. Argentina

A través de la sentencia del 28 de noviembre de 2002 la CIDH asevera “La Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención [...] “Según el artículo 8.1 de la Convención Americana de DDHH, toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. “Esta disposición de la Convención consagra el derecho de Acceso a la Justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier

otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención. “El artículo 25 de la Convención establece que: “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de Acceso a la Justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

9. Opinión Consultiva OC-18/03

Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados 18 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 menciona “...100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del Derecho Internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado Tratado Internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

El Tribunal de la CIDH considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protector de la ley y no discriminación, pertenece al “jus cogens”, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico, es decir su recorrido es transversal en todos los casos que se judicializan.

10. Caso: Radilla Pacheco vs. México

La CIDH en la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 en los párrafos 339 y 142 menciona “...339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” “ex officio” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...” y en el párrafo 142 “... Al respecto ... Ello es consecuente con la obligación a cargo del Estado de respetar y garantizar los derechos contenidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana, la cual, según ha sido establecido por esta Corte, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección. En tal sentido, esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”

11. Caso: Rosendo Cantú vs. México

La CIDH en la Sentencia de 31 de agosto de 2010 en los párrafos 218 y 219 respectivamente indica: “... Para este Tribunal no sólo la supresión o expedición de las normas en el Derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y Acceso a la Justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana...” y “219...Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio

de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un Tratado Internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin...”

Como puede apreciarse existe basta jurisprudencia de la CIDH en la cual se sienta bases sólidas referentes al debido proceso, derecho a la defensa y acceso igualitario a la justicia. En ese sentido se denota responsabilidad de los Estados suscribientes del Pacto de San José de Costa Rica que conlleva a asumir responsabilidades para facilitar el cumplimiento a nivel interno a operativizar estas bases.

CONCLUSION

Con todas las opiniones consultivas citadas y casos señalados surgen lineamientos claros de sujeción a facilitar en materia procesal la idea de acceso igualitario a la justicia y la obligación a nivel interno que los jueces en Paraguay realicen el control de convencionalidad. Invocar estas posturas de la Corte Interamericana en casos nacionales no solo engrandecería el litigio sino coadyuvaría al cumplimiento estricto de garantías apuntadas lo cual beneficiaría a todos los habitantes del país, ya que estando inmersos dentro de un proceso penal democrático se darían las condiciones que impiden el uso arbitrario del “ius puniendi” estatal y no se incurriría en responsabilidad internacional.

Por otro lado, se tiene la preparación de la defensa como una consecuencia necesaria para velar por los derechos y garantías de sus representados que materializa la eficiencia y efectividad, ya que conforme a su criterio y conducción de la estrategia de defensa formal o técnica protege los intereses debidamente de su representado, por ello el conocimiento es decisivo para verificar la vigencia de garantías y dicha actuación implica mejor preparación y exigencia a los órganos de justicia. Entonces, se puede sostener que la justicia penal y procesal de nuestro país al cimentarse en valores democráticos y republicanos de gobierno supone que debe aplicarse con racionalidad y mesura el empleo de la fuerza estatal, lo cual se reafirmaría con breves recordatorios sobre casuística internacional dentro del litigio judicial.

En ese sentido, corresponde mencionar a la Convención Americana sobre derechos humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en razón a que en su artículo 8.1 trata de las garantías judiciales sosteniendo que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial” y el Art. 14.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde menciona que “todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de Justicia” .

Entonces dentro del proceso se debe tener la finalidad de brindar una tutela judicial efectiva real para todos los casos que se presentan y se entiendan dentro del sistema de justicia.

Todo lo mencionado anteriormente, coincide con nuestra Constitución ya que la misma desde el preámbulo reconoce la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, igualdad y justicia.

De todos modos, se evidencia y es comprobable que nuestra ciencia al ser humana es perfectible, por ello que tampoco puede anularse la posibilidad de falibilidad que puede darse en el proceso y en nuestro rol de defensa al citar estas posturas de la CIDH, la consecuencia es que los operadores de justicia están obligados en su caso a realizar el control de convencionalidad a fin de reencausar un proceso judicial.

Esta es la vía más acertada para convivir entre seres humanos en armonía otorgando la seguridad jurídica anhelada en los estrados judiciales paraguayos. Ello se consigue con la aplicación en la forma y alcance estipulada en la norma atendiendo a la finalidad misma de los institutos procesales.

Por ello, debemos ser celosos los auxiliares de justicia de precautelar la correcta aplicación del procedimiento siendo que esto debe ser una constante en la práctica tribunalicia, ya que objetando errores dentro del proceso y reclamando tales irregularidades se contribuye a evitar normalizar la actividad procesal defectuosa.

Estas reflexiones pretenden refrescar la memoria sobre cuestiones que deben persistir dentro de la actividad judicial. El profesor Binder menciona: "...El Derecho es un instrumento al servicio de las personas y de sus problemas, la dignidad humana es algo extremadamente valioso, la libertad, la igualdad y la fraternidad siguen siendo un ideal hermoso; en definitiva, estudiar varios años de leyes para terminar convertido en un tramitador de papeles borrosos, no vale la pena..." .

Por tanto, la responsabilidad y el compromiso es para todos nosotros quienes estamos inmersos en el sistema de justicia desde el rol que nos toque desempeñar como Jueces, Fiscales, Defensores Públicos Y Abogados particulares, ya que coadyuvando de la mejor forma con la gestión sensata de causas penales se tendría una práctica procesal responsable, lo cual engrandece la noble profesión de la abogacía y no solo eso sino todos contribuiríamos a una realidad tangible de patriotismo y ciudadanía.

BIBLIOGRAFÍA

Arbelaez de Tobon y otros. Guía para garantizar el acceso a la justicia a todas las personas sin distinción en Py. Paraguay: Edición 2022. Recuperado el 31 de julio 2022 de https://www.pj.gov.py/images/contenido/secretariadegenero/guia_para_garantizar_el_acceso_a_la_justicia_a_todas_las_personas_sin_distincion_en_py.pdf

Binder, Alberto. El proceso penal. Programa para el mejoramiento de la administración de justicia. San José de Costa Rica, Editora ILANUD – FORCAP, 1991.

Caferatta Nores y otros. Manual de Derecho procesal Penal. Córdoba, Argentina: Editorial Intellectus, 2da ed., 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984), Opinión Consultiva OC-04/84, recuperado en fecha 1° de agosto de 2022 de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003), Opinión Consultiva OC- 18/03 recuperado en fecha 22 de setiembre de 2022 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), Caso: Almonacid Arellano vs. Chile. Recuperado en fecha 1° de agosto de 2022
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf#:~:text=En%20%C3%A9ste%2C%20concluy%C3%B3%20que%20el,efectos%20de%20subsanan%20tales%20violaciones

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado en fecha 1° de agosto de 2022 de
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Recuperado en fecha 31 de julio de 2022 de
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Caso Cantos vs. Argentina, recuperado en fecha 22 de setiembre de 2022 de
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984), Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, recuperado en fecha 1° de agosto de 2022 de
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=336&lang=es)

García Ramírez, Sergio. Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Ciudad de México, México: Edición 2018.

González, José Ignacio. Preguntas Básicas sobre el Nuevo Código Procesal Penal, Asunción, Paraguay: Editora Intercontinental, 2001.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Manual auto-formativo para la aplicación de control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia. San José, Costa Rica: Edición 2015.

Levenne, Ricardo (1993). Manual de Derecho Procesal Penal (Tomos I y II). Ed. Depalma. Buenos Aires.

Llanes, Carolina. Lineamientos sobre el Código Procesal Penal. Asunción, Paraguay: GTZ, 2002.

Maier, Julio. Derecho procesal penal II Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ed. Del Puerto, 2003.

Ministerio de la Defensa Pública, Compilación de Instrumentos Internacionales de Promoción y protección de los Derechos Humanos. Asunción, Paraguay: Edición 2015.

LOS DESAFIOS PARA LA SEGURIDAD NACIONAL REPRESENTADOS POR LAS ACTIVIDADES DESARROLADAS EN EL CIBERESPACIO

Alba María González Rolón, Profesora

Universidad Metropolitana de Asunción

E-mail: alba.gonzalez.rolon@gmail.com

Instituto de Altos Estudios Estratégicos,

Consejo de Defensa Nacional

de la República del Paraguay

INTRODUCCIÓN

En el ciberespacio obran informaciones de índole pública, privada, financiera o social, entre otras. Su posesión genera ventajas determinantes que permiten cumplir más fácilmente cualquier tipo de objetivo. De esta forma ejercer poder sobre el ciberespacio consiste en evaluar y definir cómo usar la información adquirida dominando el espacio virtual de esa manera.

La tecnología avanza vertiginosamente, y cada espacio en la vida ya está presente en el ciberespacio almacenados en una base de datos conteniendo informaciones políticas, militares, del ámbito de la seguridad, financieros, sociales y hasta privados.

Las redes informáticas van aumentando de manera geométrica, y las circunstancias sociales, económicas, políticas, financieras, de salud, de educación, etc., se entrelazan en una espiral global dentro del esquema digital, aumentando los factores de riesgo a medida que se amplían las infraestructuras dentro del ciberespacio, mediante las actividades realizadas por organizaciones y actores cibernéticos.

Actualmente está vigente el Plan Nacional de Ciberseguridad, el mismo fue aprobado por Decreto N°7052 en fecha 24 de abril del 2017, dentro del marco de la Defensa Nacional, y en dicho contexto se ha elaborado una Doctrina de Ciberdefensa enfocada al crecimiento y fortalecimiento de la Estrategia de Seguridad que se halla en una etapa aun insipiente.

Se debe considerar que tener medios para hacer frente a un ciberataque es esencial en la estrategia de un Estado, pues involucra a la Defensa y a la Seguridad Nacional, atendiendo a que no existe un solo Estado que permanezca inmune a un ciberataque.

Como efecto directo del crecimiento de este estilo de amenazas del orden cibernéticos, en sus distintas modalidades, permiten indicar amenazas pero a la Seguridad Nacional de cualquier país, por ello a nivel mundial las circunstancias relativas a la ciberdefensa y la

ciberseguridad son parte de las estrategias puntuales que deben fortalecerse en las políticas públicas de los organismos encargados del área de Defensa Nacional y Seguridad Pública.

Estas regulaciones necesitan ser analizadas dentro del ámbito Constitucional y del Derecho Penal, en concordancia con el avance tecnológico y las sugerencias de distintos Organismos Internacionales de los que el Paraguay forma parte, teniendo en cuenta que el uso indiscriminado de las herramientas digitales y tecnológicas en el ciberespacio representan una amenaza real tanto a la Defensa como a la Seguridad Nacional.

La problemática planteada en esta investigación se relaciona con la falta de normativas que permitan controlar la actividad en el ciberespacio, con quienes proveen servicios de acceso a internet y las penas o sanciones de hechos punibles que surjan en estas áreas y que resulten en un riesgo a sistemas críticos que atenten contra el Estado paraguayo.

Con lo expuesto en los apartados anteriores, se genera la siguiente pregunta general: ¿Cuáles son los desafíos operativos y legales en el ámbito del Ciberespacio respecto a la Defensa y la Seguridad Nacional en la República del Paraguay?

Para responder a la misma, se formulan preguntas específicas para guiar este trabajo de investigación, las cuales son:

- 1.¿Cuáles son las adecuaciones legales en el ámbito Constitucional, Penal y presupuestario respecto al ciberespacio en beneficio de la ciudadanía?
- 2.¿Cuáles son las herramientas tecnológicas que pueden ser utilizadas para mejorar la respuesta estatal ante un ciberataque a sistemas críticos?
- 3.¿Quiénes son los sujetos que deben ser convocados para la elaboración de propuestas para mejorar la reacción a ciberataques?
- 4.¿Qué acciones estratégicas deben tomarse para la respuesta a situaciones críticas por parte de los organismos pertinentes?
- 5.¿Cuáles son los recursos necesarios para llevar a cabo un plan estratégico de mejoras para respuestas inmediatas a ciberataques?

A fin de responder a las preguntas surgidas, se establece el objetivo general de esta investigación que propone la Evaluación de los desafíos operativos y legales en el ámbito del Ciberespacio, respecto a la Defensa y la Seguridad Nacional en la República del Paraguay. Para ello, se establecen los siguientes objetivos específicos:

- 1.Proporcionar en el ámbito del ciberespacio las adecuaciones legales que deben implementarse para mejorar el acceso y la seguridad en beneficio de la ciudadanía.
2. Seleccionar las herramientas tecnológicas que pueden ser utilizadas para mejorar la respuesta estatal ante un ciberataque a sistemas críticos.
3. Enumerar los sujetos que deben ser convocados para la elaboración de propuestas para mejorar la reacción a ciberataques.
4. Definir las acciones estratégicas que deben tomarse para la respuesta a situaciones críticas por parte de los organismos pertinentes.

5. Determinar los recursos necesarios para llevar a cabo un plan estratégico de mejoras para respuestas inmediatas a ciberataques.

La investigación planteada es relevante porque dará una salida integral a la problemática generada por el vacío legal existente en cuanto a una restricción legal que permita controlar el acceso al ciberespacio para poder contrarrestar con eficacia cualquier ataque que amenace la estabilidad de infraestructuras críticas.

Resulta un tema de investigación sumamente actual e importante todo lo que respecta al ciberespacio, además de ser viable la investigación de este dada la importancia global de la actualización personal, estatal y regional en todo lo que tenga que ver con los desafíos que acompañen al ciberespacio.

En ese sentido debe recalcar a nivel país principalmente la falta de recursos, de personal capacitado, de herramientas actualizadas de TICs, de cooperación entre instituciones ya sean del sector público como privado, y especialmente de una concienciación de la importancia a nivel país que implica no contar con un enfoque cibernético para brindar las garantías que se establecen en la Constitución Nacional, ya que, todas las políticas estatales no podrán llevarse adelante en ningún ámbito si el ciberespacio se encuentra comprometido y no existe un plan real de ciberseguridad que aplicar.

A nivel país como aún no se han implementado ni reglamentado las normativas vigentes al respecto, por ende, no se han encontrado investigaciones o estadísticas públicas u locales respecto a esta temática.

DESARROLLO

La ciberseguridad: generalidades

La capacidad de los planes en cuanto a las políticas de ciberseguridad necesita un control continuado como el monitoreo y las evaluaciones periódicas. Al incorporarse estos mecanismos inclusive cruzados se obtiene una retroalimentación en las gestiones permitiendo correcciones de ser necesarias.

Cualquier medida que garantice el uso seguro y sobre todo confiable de las TICs, debe adoptar métodos de concientización al respecto, esto implica la incorporación positiva en el comportamiento, mediante la comprensión amplia del efecto que despliega la ciberseguridad en toda la sociedad.

La cyber cultura o cultura cibernética empieza mediante el conocimiento de técnicas y conceptos sobre ciberseguridad, orientado a las prácticas de los usuarios finales de la red. Esta última debe ser considerada con igual importancia al acceso a Internet, puesto que son interdependientes el uno del otro. Es por ello por lo que corresponde incluir la educación TIC en la malla curricular educativa, desde la educación inicial pues el uso de tecnologías se utiliza a lo largo de la vida actual.

De igual importancia resulta implementar a la par mecanismos facilitadores en lo que respecta al reporte en tiempo real de crímenes cibernéticos como los relativos a la pornografía de infantil, ya sea a través de líneas directas de reporte hotline que cuenten

con el apoyo activo de los proveedores de servicios de acceso a Internet, del Ministerio Público, y de las organizaciones no gubernamentales que actúan en esta área.

Si la intención es incorporar el aprendizaje sobre la ciberseguridad a nivel nacional, entonces este debe ser incluido desde la enseñanza en el nivel inicial para luego formar parte de la capacitación a nivel profesional en las diferentes áreas, o sea implementar una alfabetización digital.

Debe, sin lugar a duda formar parte substancial de la educación superior en sus líneas de investigación, incluyéndose en las mallas curriculares cursos de ciberseguridad.

Para ello la coordinación debe ser eficiente entre la sociedad civil, la academia, las empresas y el gobierno, pues solo esta colaboración impulsaría verdaderamente los proyectos en estas áreas, produciendo mejoras sobre la calidad de los servicios y de los productos, como también la calidad de vida de los habitantes del país.

Incidentes cibernéticos: protección y capacidad de respuesta

Los CERTs, son las siglas que denominan a los Centros de Respuesta ante Incidentes Cibernéticos, CERT por sus siglas en inglés, son los organismos encargados de proveer servicios de seguridad informática a los gobiernos y particulares, ocupándose también de la concienciación ciudadana.

El CERT-PY corresponde a la nominación del equipo nacional de respuesta a incidentes ocurridos en el Paraguay, y como tal colabora y coopera con otras entidades gubernamentales, y las del sector privado, la academia y la sociedad civil.

El ciberespacio es una idea asociada a Internet. Toda la actividad desarrollada en Internet, a través de sitios web, correos electrónicos, redes sociales, medios de comunicación digitales, etc., no tiene un lugar físico específico, pues son desarrolladas en el ámbito virtual y por ello el ciberespacio resulta más amplio que Internet.

Aunque a veces se utilicen estos términos ciberespacio e Internet como sinónimos o incluso se los confunda, es correcto entenderlos de forma jerárquica y pensar que Internet se encuentra en el ciberespacio, el conjunto de páginas y aplicaciones a las que se accede desde dispositivos móviles se encuentran alojados en un dominio infinito e intangible, donde inclusive ocurran experiencias futuras que aún no forman parte del concepto de Internet. (Porto, s.f.)

Las ciberamenazas corresponden a aquellas actividades desplegadas en el ciberespacio, cuya finalidad es la utilización de la información que circula por el mismo, y cuyo objetivo último es la comisión de diferentes conductas delictuales con su utilización, manipulación, control o sustracción.

Dentro del entorno terrorista, el uso del ciberespacio ha experimentado un importante avance sobre un medio como Internet siendo constante en ello, habiéndose demostrado vulnerabilidades lo que ha permitido que se convierta en un instrumento como también en un medio idóneo utilizado por los grupos terroristas.

En ese mismo contexto se convierte en medio y en instrumento, como también en objetivo de sus acciones, tratándose, llegado el caso de que los entornos de hackers y terroristas confluyan, desapareciendo los riesgos para convertirse en una amenaza real.

Una variante agravante de esta situación crítica es que la web posee una facción oculta y otra visible, esto es, la que se conoce como Deep Web o Internet profunda, y no se encuentra visible o disponible al acceso común, sumado a que debe considerarse que su tamaño estimado sería 500 veces mayor o aún más que la Internet superficial.

Esto indica que los buscadores tradicionales podrían aproximadamente detectar un 1% del contenido existente en internet. Las VPN, o redes privadas virtuales, como TOR o IP, que permiten la navegación anónima, tanto por el internet conocido como por el profundo son un real peligro para la seguridad pues no se pueden controlar.

Las constantes mejoras de estas herramientas utilizando el anonimato de la navegación, hace prácticamente imposible ubicar la localización del internauta que aunque acceda desde su dirección de IP, esta permanece oculta mediante los continuos cambios de servidores por donde circulan los paquetes de datos.

El tráfico incesante en Internet mundialmente y el avance del merchandising online o comercio electrónico, convierte al ciberespacio en un lugar inmenso y variado en contenido, debiendo recordarse que los servicios y movimientos de inteligencia y militares son sus principales usuarios.

Dentro de las ciberamenazas se deben citar al ciberterrorismo, el hacktivismo, el ciberdelito, el ciberespionaje y la ciberguerra. (ESTRATEGICOS, s.f.).

La falla de una infraestructura indica la generación de otros riesgos, así el riesgo tecnológico deviene en causa y también en consecuencia de otros riesgos consecuentes de otros ámbitos, como ser pérdidas financieras, multas, acciones legales, problemas operativos o afectar alguna o todas las estrategias de la organización atacada.

El control del ciberespacio es primordial en la obtención del objetivo en las operaciones militares, el cual requiere de la integración a los otros dominios tradicionales como, tierra, agua, aire y espacio, con la finalidad de asegurar el empleo eficaz del ciberespacio, como también disponer de la libertad de acción y dificultar el acceso a personas no autorizadas.

El nuevo escenario de actuación impulsó a algunos países a fortalecer en forma proactiva la doctrina, los recursos humanos, los equipamientos e infraestructura, a fin de mitigar las amenazas en el ciberespacio.

Amenazas actuales en el Ciberespacio

El más reconocido y utilizado es el hacktivismo, que es un vocablo compuesto surgido de la unión de las palabras hacker más activismo.

Esta modalidad utiliza herramientas o armas cibernéticas de manera no violenta, con objetivos políticos o distintos a un interés público. La Haxposición hacking + exposición de datos corresponde a una amenaza consistente en el robo y divulgación pública de información o datos confidenciales de sitios web, con la intención de cesación de alguna cuestión relativa a la actividad de quien sea se encuentre expuesto.

Si se plantea la situación de pertenencia a varias redes sociales, por ejemplo, Facebook, Pinterest, Instagram, etc. aplicaciones de celular con acceso en clave como WhatsApp, Telegram, etc., direcciones comerciales para compras, tales como Mercado Libre, Amazon, supermercados, etc. e instituciones bancarias, pues no es común operar

exclusivamente con un solo banco, permiten un nivel de vulnerabilidad individual que repercute en la red entera.

Ahora bien, esta vulnerabilidad puede fácilmente ser utilizada en otro ámbito, en ese sentido cabe mencionar que las operaciones preventivas de guerras realizadas por un Estado contra otro Estado o actor no estatal son aquellas que resultan de las amenazas a los intereses del primero.

Los ciberguerreros son aquellos sujetos que con su capacidad pueden diseñar softwares o programas y armas tecnológicas o Ciberarmas con capacidad de ingresar desapercibidos a un sistema informático de una organización o entidad, y hecho esto puede infiltrar información confidencial, plantar bombas tecnológicas o sabotear el funcionamiento de flujos de datos en una página web, inclusive controlar el funcionamiento de la red eléctrica de un país o una región completa, aprovechando las vulnerabilidades señaladas más arriba.

Existen comunidades de geeks, estas corresponden a aquellas personas con un interés en el estudio de programación, software y hardware, especializados en detectar fallos de sistemas operativos y demás programas informáticos, sean de propósitos académicos, o fines diferentes como perjudicar empresas y gobiernos, y que según el propósito que tengan pueden utilizar las vulnerabilidades mencionadas y actuar como ciberguerreros o guerreros digitales.

Políticas de la ciberseguridad estratégica: relevancia

La UE ha elaborado políticas y direccionamientos en lo referente a prevención y respuestas a todas las perturbaciones y ataques que sean capaces de afectar a sus sistemas de telecomunicaciones.

Debe considerarse que la UE agrupa no solo a 28 países industrializados que los posiciona en un importante lugar en lo que respecta a la economía digital mundial, sino que, en ellos, estas tecnologías digitales son primordiales en el ámbito comercial y social en conjunto.

Esto se encuentra relacionado al nivel de amenaza referido anteriormente, en el que estos países deben responder, en comparación a los otros actores del sistema, atendiendo los crecientes ciberataques dirigidos por grupos de delincuencia organizada internacionales que utilizan un elevado nivel técnico (Wegener, 2014)

Por su lado, la OEA ha venido trabajando en lo que respecta al fortalecimiento de capacidades de seguridad cibernética con sus Estados Miembros desde los inicios del año 2000. Con el paso de los años se ha posicionado como un real líder regional sobre asistencia a países en el fortalecimiento de capacidad técnica y seguridad cibernética con políticas que garanticen un ciberespacio seguro y resiliente.

En ese lineamiento el programa de seguridad cibernética de la OEA sustenta las iniciativas sobre la base de la realización de un análisis a profundidad con la comprensión de la capacidad de las amenazas (CIDH, 2015).

En el año 2004, todos los Estados Miembros de la OEA han aprobado la Estrategia Interamericana Integral en el Combate de las Amenazas a la Seguridad Cibernética, la

cual establece un esfuerzo coordinado de las numerosas partes interesadas en la lucha frontal a las amenazas cibernéticas en el hemisferio, para lo cual proporcionan un marco original que direcciona este enfoque.

Los Estados Miembros fueron previendo escenarios probables planteando estrategias evolucionadas en lo que refiere a la protección de la infraestructura de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), esto permite fortalecer a los países en respuesta y la consecuente mitigación a ataques cibernéticos.

Posterior a muchas declaraciones oficiales estas obligaciones asumidas van ratificándose, una de la más reciente, está aprobada respecto a las funciones y responsabilidades de la OEA y sus Estados Miembros en cuanto a la presentación y promoción de la seguridad cibernética, especialmente en la lucha contra la delincuencia informática y la protección de infraestructuras de información crítica.

Estudiando las distintas situaciones surgidas, debe mencionarse a Colombia respecto a la implementación de diversos planes, estrategias y políticas que corresponden a la Seguridad y Defensa Nacional. La seguridad de ese país luego del conocido conflicto armado ha permitido que su ámbito respecto a la seguridad sea esencial.

Aun cuando se han firmado los Acuerdos de Paz con la guerrilla de las FARC, la importancia de la seguridad continúa en el centro de atención.

En cuanto a los Acuerdos de Paz firmados con las FARC, la implementación de estos originó un cambio en manera transitoria en muchos aspectos institucionales para concluir en una implementación completa en territorio Colombiano, motivos por los que el Estado Colombiano ha reconocido, priorizado y fortalecido aspectos de las políticas nacionales sobre seguridad y defensa (Planeación, 2016).

En cuanto a una Política de Defensa y Seguridad desde un enfoque relativo a la legalidad, debe referirse al emprendimiento y la equidad en un contexto innovativo, conteniendo inteligencia estratégica, prospectiva e inteligencia artificial como aspectos de primer orden en el enfoque los lineamientos políticos dando un salto tecnológico hacia las nuevas tendencias en ciencia y tecnología, específicamente al utilizar inteligencia artificial y analítica de datos permitiendo volver más fácil el procesamiento de un alto volumen de información a ser utilizada por la inteligencia del Ejército para tomas de decisión estratégicas, operativizando a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional Colombianos.

La Política Marco de Convivencia y Seguridad Ciudadana corresponde a aquella que define las líneas de acción específicas protegiendo al ciberespacio, adoptando las nuevas capacidades (de una manera más específica) que otorguen protección a los ciudadanos de los factores de riesgo que amenacen la integridad física, mental o financieras, propias del espacio digital.

La primera línea relacionada es la tecnología para la convivencia y la seguridad ciudadana. Esta busca optimizar los recursos y aumentar la capacidad de control y vigilancia a través de cámaras para el reconocimiento facial que contribuyan a la persecución penal, la identificación de vehículos y placas, la protección de los derechos humanos en procedimientos policiales; el incremento de aeronaves remotamente tripuladas (RPAS), el fortalecimiento de las capacidades de análisis del Observatorio del

Delito y del Centro Nacional de Análisis Criminal de la Dirección de Investigación Criminal (DIJIN e Interpol), entre otras.

La segunda se enfoca en los ciudadanos ciberseguros, centrando su atención en tres acciones específicas: la prevención de los delitos en el ciberespacio, la persecución contra el ciberdelincuente y la articulación desde el ámbito institucional contra el ciberdelito.

Para dar respuesta a las nuevas amenazas que emergen del ciberespacio, se tiene un despliegue y unas capacidades desarrolladas en materia de investigación criminal e inteligencia policial para perseguir, anticipar y atender los requerimientos ciudadanos relativos a los delitos que ocurren en el espacio cibernético.

Todos estos elementos buscan contrarrestar fenómenos que atentan contra la ciberseguridad; fortalecer la economía digital y el comercio electrónico; proteger a la población especialmente vulnerable a delitos en el espacio cibernético como niños, niñas y adolescentes; prevenir y anticipar amenazas que devengan de espacios digitales; mejorar la educación y la capacitación en temas cibernéticos; fortalecer alianzas nacionales e internacionales para la mejora de las capacidades, entre muchos otros.

Como ejemplo tenemos al Grupo de Respuesta a Emergencias Cibernéticas de Colombia (COLCERT), el que define su misión como la coordinación de las acciones necesarias para la protección de la infraestructura crítica del Estado Colombiano frente a emergencias de ciberseguridad que atenten o comprometan la Seguridad y la Defensa Nacional.

Además, mediante el Sistema de Información del Centro de Operaciones del Ejército Nacional de Colombia (SICOE) las unidades operativas mayores y menores reportan todos y cada uno de los eventos y situaciones operacionales que se presentan en todo el territorio nacional colombiano.

Su objetivo primordial es promover la información en el momento requerido, permitiendo realizar análisis cuantitativos y cualitativos de cualquier situación operacional, bajo los niveles de seguridad que garanticen la integridad y la reserva de la información.

Por otra parte, el Sistema de Información Geográfica del Ejército Colombiano (SIGE) es una herramienta para la captura, almacenamiento, manipulación, análisis, modelación y presentación de datos militares referenciados que se apoya en información cartográfica y herramientas necesarias para el planeamiento y seguimiento de operaciones militares.

El SIGE es una herramienta de análisis espacial que brinda información geográfica detallada para facilitar el proceso militar en todas las decisiones (Páez, 2019), el cual es dirigido desde el Comando Conjunto Cibernético (CCOC).

En este orden de ideas podemos finalmente definir la gobernanza global de internet como el proceso de concertación y confrontación de intereses de diversos actores internacionales, mediante el cual se moldea la forma en la que se gestiona el internet a nivel mundial.

En este sentido, la principal evidencia de cómo se desarrolla la gobernanza global de internet y cuáles son sus particularidades recae en los diversos escenarios internacionales

de discusión respecto al internet, los acuerdos internacionales en esta materia y la normativa que regula el desarrollo de la red a nivel internacional (interesadas, 2016).

Si bien esta gobernanza involucra un gran número de actores que no son exclusivamente estatales, especialmente la sociedad civil y el sector privado, el protagonismo de los Estados ha sido determinante en el desarrollo de la global media and communication policy (Robin Mansell, 2011).

Tal como sostiene (Chenou, 2014), los representantes estatales han sido el grupo con mayor participación con relación a los demás grupos de interés en las instancias de discusión de la gobernanza global de internet.

Inclusive, siendo los Estados el grupo de interés con mayor representación en dicha gobernanza, estos no poseen necesariamente posturas convergentes respecto a la gestión del internet.

Por el contrario, dados los valores particulares de cada Estado y la manera diferenciada en que cada uno percibe la forma en la que debe actuar respecto a sus funciones estatales sustantivas en este ámbito, se defienden modelos diferentes para la gobernanza de internet en escenarios internacionales.

Un claro ejemplo de estas diferencias en los modelos estatales de gobernanza en internet son las posturas contrarias que defienden Estados Unidos y China. Chenou señala que las principales divergencias entre estas dos potencias se encuentran en el terreno de la seguridad informática y la libertad de expresión.

Mientras que Estados Unidos promulga una política de internet abierto fundamentado en la autorregulación privada de los contenidos, China defiende una postura más restrictiva respecto a los contenidos disponibles en la red como también al acceso de los datos privados por parte del Estado (Chenou, 2014).

Estos dos modelos generales dan cuenta de dos lógicas estatales basadas en valores culturales diferentes. Mientras que Estados Unidos es el abanderado del desarrollo pleno de las libertades individuales y de los valores democráticos a nivel mundial.

China se caracteriza por la cohesión social y la integración de su población dentro de un proyecto normativo en el que la población debe seguir las directrices estatales, permitiendo posicionarlo como un actor poderoso altamente organizado y protagónico en el sistema internacional.

Cada uno de estos modelos posee simpatizantes y detractores en los escenarios de discusión de la gobernanza global de internet. En términos generales, los planteamientos de Chenou (Chenou, 2014) nos permiten observar que los Estados han votado en dichos escenarios internacionales en dos bloques: uno a favor de un enfoque amplio respecto al desarrollo del internet y otro que sostiene una postura más restrictiva basándose en el control mínimo para conseguir la ansiada seguridad digital.

Este conjunto de factores, en los cuales el Estado reafirma su poderío en términos de su relación con el ciberespacio, se han evidenciado en la gobernanza global de internet.

En este contexto, la idea sobre una posible pérdida de poder por parte de los Estados en el ciberespacio debe ser matizada y, por el contrario, se puede observar que estos poseen

un amplio margen de acción en la gobernanza global de internet respecto a aquellos elementos que tradicionalmente se han relacionado con el concepto de soberanía.

Yendo a otra area del ambito cibernético, cabe conceptualizar para un mejor entendimiento la diferencia existente entre Infraestructura Crítica (IC) e Infraestructura Crítica de Información (ICI). La ICI se refiere a la infraestructura de comunicaciones e información, pilar de la IC, que incluye tanto el sistema interno de información, como el de comunicación utilizado en un sector en particular de IC (Jacopo Bellasio, 2018).

Se incluyen también funciones, sitios y organizaciones no críticas para el mantenimiento de servicios esenciales, sin embargo, requieren de protección debido al peligro potencial para el público, como por ejemplo sitios nucleares y químicos.

Japón establece sectores de IC y al interior de estos su ICI, además de una ICI común para todos los sectores. Por ejemplo, para el Sector de Aviación, son ICI los sistemas de vuelo, el sistema de reservas/boarding, sistemas de control de tráfico aéreo, entre otros (Jacopo Bellasio, 2018).

En Latinoamérica

Argentina define IC como aquellas instalaciones, redes, servicios y equipos físicos y de tecnología de la información situado en el Sector Público Nacional, Organismos Provinciales, Municipales u Organismos Privados cuya interrupción o destrucción pueden tener una repercusión importante en la salud, la seguridad, la información, la integridad física o el bienestar económico y social de los ciudadanos o en el eficaz funcionamiento de las instituciones estatales y las administraciones públicas (NACIÓN, 2011).

En tanto, Uruguay y Brasil han adoptado el modelo de EE.UU. con su NIST CSF, por lo que no se observan diferencias sustanciales en sus definiciones de IC (AGESIC, 2019).

La IC se considera parte fundamental de las políticas asociadas a una Ciberestrategia de Seguridad Nacional, estando en el centro de esta (NIST, 2020) y, por tanto, el cómo se construye este concepto y se definen las áreas que serán consideradas, tienen una importancia nacional.

En este proceso, se debe evaluar cómo los seres humanos serán encastados, en especial en aquellos que impliquen el desarrollo de conocimientos y dispositivos tecnocientíficos específicos (Ureta, 2017). Este ensamblaje que constituirá la IC debe involucrar a toda la sociedad e instalar al ser humano en el centro, proceso no exento de la discusión lego/experto.

Es importante notar quiénes definirán los grupos sociales relevantes, qué pasará con las decisiones o las opciones que nunca son consideradas y cómo se incluirán a aquellos que no tienen voz, en su definición e implementación (Valderrama, 2004).

Se debe considerar las consecuencias de las realidades que contribuyen a construir y todos los posibles escenarios (Ureta, 2017). Además de no olvidar que, las elecciones tecnológicas, son intrínsecamente políticas, que persiguen organizar la sociedad y canalizar el poder (Jasanoff, 2016). Entonces, la definición de IC requiere que la sociedad determine qué custodiar y para esto, se hacen relevantes los denominados análisis de riesgos (GmbH, 2019).

En lo que respecta a Infraestructura Crítica y Ciberseguridad en Chile, las orientaciones para su consenso en dispositivos físicos y comunicaciones de tecnología de información y redes distribuidas mundialmente (Chile, 2015), generará según Withehead Objetos Potenciales, y en este sentido un ataque cibernético cobra importancia como un objeto potencial, que actúa sobre distintos componentes y, por tanto, hace cambios en el actuar.

Estos objetos potenciales, deben ser clarificados, comprendidos y clasificados, para poder contar con un conjunto, a los cuales la sociedad deba hacer frente, estos objetos potenciales, son denominados amenazas y vulnerabilidades a la IC (Chile, 2015).

Definir una estrategia de Ciberseguridad o CS y con ello la IC que la soporta, tiene connotaciones sociales, ya que no sólo implicará la estrategia de CS, sino que también, involucrará diversas regulaciones y requerimientos a la IC.

Al comprender que los ordenamientos políticos son siempre de órdenes tecnocientíficos, la emergencia de este concepto impactará no sólo en lo técnico, sino que generará órdenes de tintes sociales particulares (Ureta, 2017).

Argentina definió la educación en ciberseguridad creando un plan nacional de concientización sobre seguridad en el ciberespacio, promoviendo la formación de profesionales, técnicos e investigadores en el campo de la ciberseguridad. Además de la educación, la promoción de la industria cibernética juega un papel clave. (Argentina, 2019)

Brasil en su estrategia nacional de ciberseguridad la aborda con un enfoque del sector público. Las acciones también están relacionadas principalmente con el sector público, incluida la celebración de foros de gobernanza y el establecimiento de requisitos mínimos de ciberseguridad en los contratos de los organismos públicos.

El aspecto de defensa también se enfatiza en la estrategia al promover el análisis conjunto contra los ciberdelitos y fomentar el intercambio de información sobre ciberincidentes y vulnerabilidades. (Leadership, 2017)

Chile por su parte, expresa una fuerte voluntad de cooperación internacional en su estrategia, incluyendo la política cibernética dentro de la política exterior chilena, y promueve normativas internacionales que fomentan la confianza y la seguridad en el ciberespacio. (Achavar, 2018)

Colombia identifica la infraestructura cibernética como infraestructura crítica y promueve una estrategia de defensa de estas. La estrategia, además de este enfoque, es la ciberseguridad desde el lado de la gestión de incidentes y el análisis forense digital, mencionando los delitos cibernéticos. (Planeación, 2016)

México también pone énfasis en la prevención del delito cibernético, sin embargo, su enfoque es muy amplio, mencionando objetivos y acciones más generales como el desarrollo de una cultura de ciberseguridad, el desarrollo de capacidades cibernéticas y el desarrollo del marco legal y la autorregulación. (México, s.f.)

CONCLUSIONES

Con el presente trabajo de investigación se puede concluir que los ataques cibernéticos van en aumento, la ciberseguridad es importante en cualquier entorno, en el mundo se

detectan incontables ciberataques diarios, estos ataques van dirigidos a empresas del ámbito privado e instituciones públicas, los cuales podrían tener intereses financieros como políticos.

En casos graves, el fallo de algunos sistemas informatizados se traduciría en el cese de la provisión de servicios vitales para la salud, el bienestar del pueblo o el comercio entre otros.

Algunos objetivos como el Banco Central, Ministerios y otros entes de comercio electrónico, compañías telefónicas y afines estarían expuestos, y un ciberataque a estos afectaría al país teniendo en cuenta el tamaño y la dependencia de estos en el comercio cotidiano de la población.

Actualmente en el Paraguay, los departamentos encargados de la atención de incidentes del área de ciberseguridad no se encuentran dentro de una escala jerárquica que les permita actuar de forma efectiva ante amenazas a la Seguridad Nacional, el CERT-PY está por debajo de un viceministerio del MITIC.

En el caso que exista algún incidente cibernético el equipo de respuesta se encuentra alejado de quien tiene la competencia de toma de decisiones conforme consta en el organigrama pertinente, por lo que al no estar en la cadena de mando no tienen precisión ni inmediatez para ejecutar ninguna orden a seguir de parte de algún superior.

El Paraguay cuenta con un Plan de Ciberseguridad, un documento de nivel estratégico, el plan es una réplica del de otros Estados Miembros de la OEA, pero que poseen una infraestructura organizacional distinta.

La ejecución del Plan Nacional de Ciberseguridad es competencia de la Dirección de Ciberseguridad, un área dependiente del MITIC que carece de fuerza ejecutora y de presupuesto suficiente para llevar adelante proyectos de mitigación de riesgos cibernéticos.

Partiendo de lo expuesto en los apartados anteriores, corresponde plantear adecuaciones legales en los ámbitos Constitucional, Penal y presupuestario respecto al ciberespacio, respecto a la Defensa y la Seguridad Nacional en la República del Paraguay en beneficio de toda la población.

La ciberseguridad resulta crítica para la prosperidad y la seguridad. Las actividades cibernéticas denominadas maliciosas no sólo amenazan las economías, sino también el funcionamiento de las democracias, libertades y valores.

La seguridad del mañana depende de que se sepa mejorar la capacidad de protección respecto a las amenazas cibernéticas, así como la infraestructura civil y la capacidad militar dependen de sistemas digitales seguros.

Una Estrategia Global de Política Exterior y Seguridad debe indefectiblemente considerar los enfoques de un Mercado Único Digital, y de un Marco conjuntamente en la lucha contra las amenazas híbridas que permitan una real Defensa.

Los operadores de los servicios esenciales (bancos, empresas de telecomunicaciones, proveedores de energía, hospitales, entre otros.) tienen que estar obligados a elevar informes a las autoridades nacionales en el momento inmediato en que se vean afectados

por incidentes graves hablando de seguridad cibernética, debiendo tener planes que evalúen riesgos y que los identifique correctamente.

Es necesaria más que antes toda cooperación e intercambio de información, como la combinación de diferentes habilidades y experticia, pues las amenazas cibernéticas y los incidentes de seguridad cibernética se están volviendo cada vez más sofisticados en la economía y en el ámbito de la sociedad digital.

La respuesta del derecho penal a los ciberataques establece reglas básicas respecto a la definición de delitos o sanciones penales en el área de ataques contra los sistemas de información de datos, siendo necesario prever medidas operativas más efectivas para mejorar la cooperación entre autoridades.

Al existir avances sustanciales por parte de la criminalidad, acompañada con el aumento de los ciberataques, se ha facilitado la cooperación transnacional o transfronteriza de las autoridades que investigan este tipo de hechos delictuosos. Conforme a la naturaleza sin fronteras de Internet, existe un marco de cooperación internacional previsto en el Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia.

La República del Paraguay ratificó por Ley N° 5994/2017 el Convenio de Budapest, siendo este un marco normativo que busca la armonización de la persecución de los delitos cibernéticos en forma transfronteriza, elaborado para crear una política penal vinculante en delitos informáticos.

El acuerdo contempla 48 artículos que se dividen entre la normativa común, la metodología de aplicación y las estrategias de cooperación entre los Estados partícipes. Así también, presenta una enumeración de los requisitos que deben cumplir las jurisdicciones que quieran integrarse.

El Paraguay se adhirió oficialmente al Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa como al Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelincuencia Relativo a la Penalización de Actos de índole Racista y Xenófobos, recién el 20 de diciembre del 2017, a través de la Ley N° 5994/17.

Este instrumento jurídico de carácter internacional definió, tipificó y clasificó el cibercrimen en cuatro grupos: los delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos; los delitos Informáticos referidos al fraude y falsedad; los delitos relacionados con el contenido (pornografía infantil) y los delitos contra la Propiedad Intelectual y derechos afines.

Bibliografía

Achavar, V. B. (2018). Política Nacional de Ciberseguridad: 2017-2022 CHILE. Obtenido de https://www.google.com/search?q=%28https%3A%2F%2Fobtienearchivo.bcn.cl%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drepositorio%2F10221%2F26760%2F1%2FPOLITICA_NACIONAL_DE_CIBER.pdf%29+&sxsrf=APwXEddjUtZhaS3EFjrSelZs_4nox-HsrA%3A1680969526353&ei=No8xZLSWFdzd1sQP8_OMiAo&ved=0ah

AGESIC. (2019). GOBIERNO DE GESTION ELECTRONICA. Obtenido de Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y el Conocimiento - Agestic, 2019; Lobato, 2017; OEA, 2020; Departamento de Seguranca da Informação, 2018

Argentina, E. N. (2019). Estrategia Nacional de Ciberseguridad de la República Argentina. PODER EJECUTIVO. Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/infoleg/res829-01.pdf>

Chenou, J. M. (2014). Global internet policy: a fifteen-year long debate. Springer

Chile, I. N. (2015). Information technology - Security techniques - Guidelines for cybersecurity. Obtenido de <https://ecommerce.inn.cl/nch-iso27032201552521>

CIDH. (2015). OEA. Obtenido de <https://www.oas.org/es/CIDH/informes/IA.asp?Year=2015>

GmbH, B. E. (2019). EU energy. Obtenido de https://www.energy-community.org/dam/jcr:c28ab10a-da2a-4851-b305-3fa14ce3a1f5/CYBER_BE-EnC_042019.pdf

Interesadas, g. d. (2016). [internetsociety.org](https://www.internetsociety.org). Obtenido de <https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2016/04/IG-MultiStakeholderApproach-ES.pdf>

Jacopo Bellasio, J. H. (2018). Evaluación de contrterrorismo. Obtenido de https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR2628.html

Jasanoff, S. (2016). La ética de la invención Tecnología y el futuro humano. Obtenido de <https://www.norton.com/books/The-Ethics-of-Invention/>

leadership, T. B. (2017). DOI: <https://doi.org/10.17141/urvio.20.2017.2576>. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/5526/552656641002/>

México, I. S. (s.f.). Una guía completa del concepto, tipos, amenazas y estrategias. Obtenido de <https://www.infosecuritymexico.com/es/ciberseguridad.html>

Nación, S. L. (2011). POLÍTICA DE SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/365000-369999/365238/norma.htm>

NIST Big Data Public Working Group Security and Privacy Subgroup Version 2, June 2018 U.S. Department of Commerce, National Institute of Standards and Technology.

Páez, H. R. (2019). UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/32528/HERNAN%20RODRIGO%20LOPEZ%20PAEZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Planeación, D. N. (2016). <https://www.dnp.gov.co/>. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/estudios-y-publicaciones/publicaciones/Paginas/2016.aspx>

Robin Mansell, M. R. (8 de 4 de 2011). The Handbook of Global Media and Communication Policy. Obtenido de <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/book/10.1002/9781444395433>

Ureta, A. L. (2017). INNOVACIÓN Y ADAPTACIÓN ESTRATÉGICA EN EL ESCENARIO CONVERGENTE: LA RESPUESTA DE LAS EMPRESAS INFORMATIVAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA. Obtenido de <https://ojs.ehu.eus/index.php/Zer/article/view/17805>

Valderrama, A. (01 de 07 de 2004). <https://doi.org/10.15446/rcs>. Obtenido de UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA:
<https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/11278>

Wegener, H. (2014). Ciberseguridad en la Unión Europea. Instituto Español de Estudios Estratégicos. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEO77bis-2014_CiberseguridadProteccionInformacion_H.Wegener.pdf



EL CONTROL JURIDICO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACION Y RESOLUCION PROPORCIONAL DE CONFLICTOS”, EN LA ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA.

Emmanuel Jiménez Franco, Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Salamanca

Sumario. 1. Planteamiento general. 2. Panorámica de la justicia contencioso-administrativa. 2.1. Tasa de litigiosidad y encarecimiento del acceso a la justicia contencioso-administrativa. 2.2. Duraciones medias de los procesos contencioso-administrativos. 2.3. Materias objeto de conflictividad. 2.4. Calidad de las resoluciones administrativas y las sentencias judiciales. 3. El control de las Administraciones Públicas en vía administrativa y su mala reputación. 3.1. Los recursos administrativos y la resolución extrajudicial de conflictos. 3.2. Desinterés de la Administración y decepción del sistema de recursos administrativos de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común. 4. Los órganos administrativos independientes especializados como mecanismo eficaz para el control jurídico de la Administración. 4.1. Naturaleza jurídica y denominación. 4.2. Regulación general y básica. 4.3. Garantías orgánicas. 4.4. Garantías procedimentales. 4.5. Garantías sustantivas: contenido y eficacia de la resolución del recurso. 5. Epílogo.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El control jurídico de la actividad de las Administraciones Públicas destaca en el frontispicio del Derecho Administrativo y aparece como premisa de cualquier Estado de Derecho que se precie como tal. Se trata de proporcionar un sistema de garantías jurídicas suficientes para solucionar los posibles conflictos que surjan con la Administración en la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas, así como hacer efectivo y operante el principio de legalidad y su sanción, esto es, asegurar la sumisión de la Administración al Derecho, conforme al artículo 103.1 de la Constitución española de 1978 (CE) 1.

A esta idea central responde la serie clásica procedimiento administrativo, recurso administrativo y recurso contencioso-administrativo, como tríada de técnicas jurídicas cuya existencia y correcto funcionamiento constituyen otras tantas garantías ante el ejercicio del poder por parte de la Administración². En este sentido, la Constitución española reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), la reserva de ley del procedimiento administrativo (artículo 105 CE), el pleno control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106 CE), y la reserva a los

Juzgados y Tribunales de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 117 CE).

En principio, formalmente puede parecer que los cauces de solución de los conflictos jurídicos entre la Administración y los particulares son correctos, basados en la autotutela administrativa, tanto en su vertiente declarativa como ejecutiva, y en la heterotutela judicial. Sin embargo, cualquier garantía debe ser, antes que nada, útil, real y efectiva, pero hete aquí que el sistema judicial español resulta insatisfactorio, pues no cumple debidamente con el mandato constitucional de garantizar a todas las personas una tutela judicial efectiva, encontrándose próximo al estancamiento o al colapso, con un alto índice de litigiosidad y la consabida congestión de los Tribunales.

El cumplimiento de la Ley y la resolución rápida de los conflictos es una tarea que compete a todos. A tal fin, se advierte un escaso interés del legislador español por el control jurídico de la Administración, mostrado ejemplificativamente en la decepción que ha supuesto la regulación continuista de la futura Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas³, en materia de recursos

Artículo 103.1 CE. “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Primero, autotutela administrativa (procedimiento administrativo iniciado de oficio o a solicitud del interesado resolución administrativa). Segundo, autotutela administrativa (recursos de alzada y reposición resolución administrativa). Y finalmente, heterotutela judicial (recurso contencioso-administrativo sentencia).

En España se ha efectuado recientemente una importante reforma administrativa como consecuencia de dos administrativos. Obsérvese que con el mismo tenor literal, tanto la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común⁴ (artículo 107.2 LRJPAC) como la futura Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (artículo 112.2 LPACAP), prevén, de forma muy tímida, la posibilidad de medios alternativos de resolución de conflictos (“reclamación, conciliación, mediación y arbitraje ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo”), que pueden sustituir al recurso de alzada o al recurso de reposición.

Conviene preguntarse si la actual situación de retraso en la resolución de los conflictos por la vía tradicional impugnatoria del acto administrativo (recurso administrativo y posterior recurso contencioso-administrativo) garantiza de forma efectiva el derecho fundamental a una buena administración⁵, que incluye el derecho de toda persona a ser tratado de forma imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. Ante esta tesitura, en la línea apuntada por la doctrina, se propone una mejora del control administrativo de las Administraciones Públicas en España, a partir de una regulación general y básica de órganos administrativos independientes especializados (OAIE) en la resolución de recursos administrativos.

2.PANORÁMICA DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La eficiencia con que un sistema judicial de un Estado tramita los pleitos es de suma importancia, al hacer cierto el aforismo de “justicia aplazada, justicia negada”. Uno de los graves problemas que asolan el sistema de justicia contencioso-administrativo español es el de la alta litigiosidad en los tribunales y su congestión, que impide cumplir en toda su extensión con su misión de control y garantía, al hacerlo con excesivo retraso. En verdad, como nos señala Tornos Mas⁶, la justicia administrativa es lenta y cara. Lentitud provocada por el elevado número de asuntos ingresados anualmente junto con una duración media de los procesos, que aún mejorando en los últimos años, sigue siendo excesiva, como veremos más adelante. Se añade, además, un componente económico desincentivador para el particular de acudir a la Justicia administrativa debido al encarecimiento que han supuesto los últimos cambios legislativos realizados en materia de tasas judiciales (rectificado en parte por la supresión de

importantes normas jurídicas publicadas el mismo día: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015), cuya vacatio legis con carácter general es de un año a partir de la publicación de ambas leyes, por lo que entrarán en vigor el próximo 2 de octubre de 2016.

Asimismo, en relación con la entrada en vigor de la Ley 39/2015 hay que tener presente que “las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley” (Disp. Final 7ª Ley 39/2015).

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dejará de estar vigente a partir del 2 de octubre de 2016 por mandato expreso del apartado 2.a) de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), aprobada en la Cumbre de Niza, por Acuerdo de 7 de diciembre de 2000, y ratificada, en cuanto a su valor y eficacia, por el Tratado de Lisboa de 2007. De acuerdo con el artículo del Tratado de la Unión Europea, en versión consolidada tras la entrada en vigor de aquél, la Carta se incorpora al elenco del Derecho originario (DOCE Serie C núm. 83, de 30 de marzo de 2010). El artículo 41 CDFUE se basa en la existencia de la Unión como una comunidad de Derecho, cuyas características ha desarrollado la jurisprudencia, que consagró, entre otras cosas, la buena administración como un principio general de Derecho (véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992, C-255/90 P, Burban, Rec. 1992, p. I-2253; así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, Nölle, Rec. 1995, p. II-2589; de 9 de julio de 1999, T-231/97, New Europe Consulting y otros, Rec. 1999, p. II-2403).

Artículo 41. Derecho a una buena administración. 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al

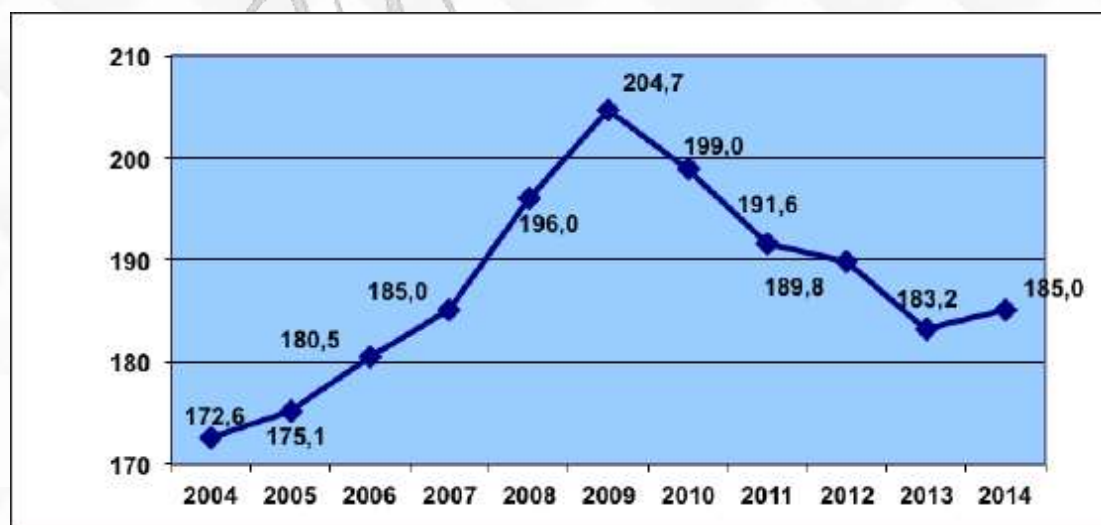
expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

TORNOS MAS, JOAQUÍN, “Los órganos administrativos independientes de resolución de recursos administrativos como complemento del control judicial de la Administración. La proportionate dispute resolution”, Comunicación presentada en el XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, p. 1. dichas tasas a las personas físicas por mor del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social) y costas procesales.

Tasa de litigiosidad y encarecimiento del acceso a la justicia contencioso- administrativa

Si nos atenemos a los datos más fiables de la Justicia española, que provienen de la Memoria del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 2015⁷, podemos advertir que en el conjunto de las jurisdicciones la tasa de litigiosidad⁸ ha sido de 185 asuntos ingresados por cada 1.000 habitantes (Figura 1), un 1% más que la de 2013, motivado porque la cifra oficial de la población registrada en los padrones municipales a 1 de enero de 2014 ha disminuido en 358.442, un 0,8%, respecto al 1 de enero de 2013. La Sección Especial de la Comisión General de Codificación señaló en su día posibles razones del alto grado de impugnación contenciosa en España, comenzando por “la propia percepción positiva que los ciudadanos tienen de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y de su real capacidad para garantizar la legalidad administrativa”, a las que se suman otras dos muy relevantes: “la falta de instrumentos jurídicos para la evitación de los litigios; y la falta de una jurisprudencia temprana y uniforme que disuada a los operadores jurídicos de ejercer acciones procesales previsiblemente avocadas al fracaso”.

Figura 1. Tasa de litigiosidad en todas las jurisdicciones



Fuente: Memoria del Consejo General del Poder Judicial 2015

En cuanto al número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones ha habido un total de 8.653.160 asuntos (Figura 2), un 0,2% más que en 2013, con un leve repunte en 2014

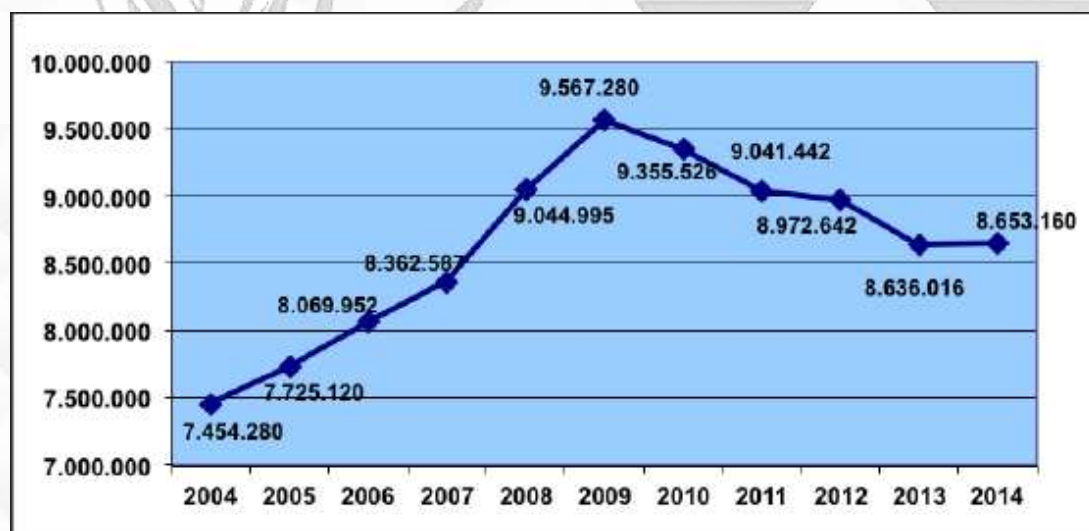
Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales, aprobada por el Pleno del CGPJ de 22 de julio de 2015, que se refiere a la actividad desarrollada durante el año 2014.

Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-Anual/Memoria-anual-2015--correspondiente-al-ejercicio-2014-> (24.02.2016)

La litigiosidad se toma en esta Memoria como el número de asuntos ingresados por cada 1.000 habitantes de población. Se utilizan las poblaciones oficiales al 1 de enero de cada año, publicadas por el Instituto Nacional de Estadística. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales 2015, CGPJ, Madrid, 2015, p. 433.

Por Orden Ministerial de 11 de julio de 2012 se crea una Sección Especial, presidida por el Catedrático de Derecho Administrativo, Francisco Velasco Caballero, en el seno de la Comisión General de Codificación, con el objetivo de reformar la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en busca de una mayor eficiencia de su funcionamiento. VV.AA., Informe explicativo y propuesta de Anteproyecto de ley de eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, Ministerio de Justicia, España, marzo de 2013, p. 22. tras cuatro años de disminuciones¹⁰.

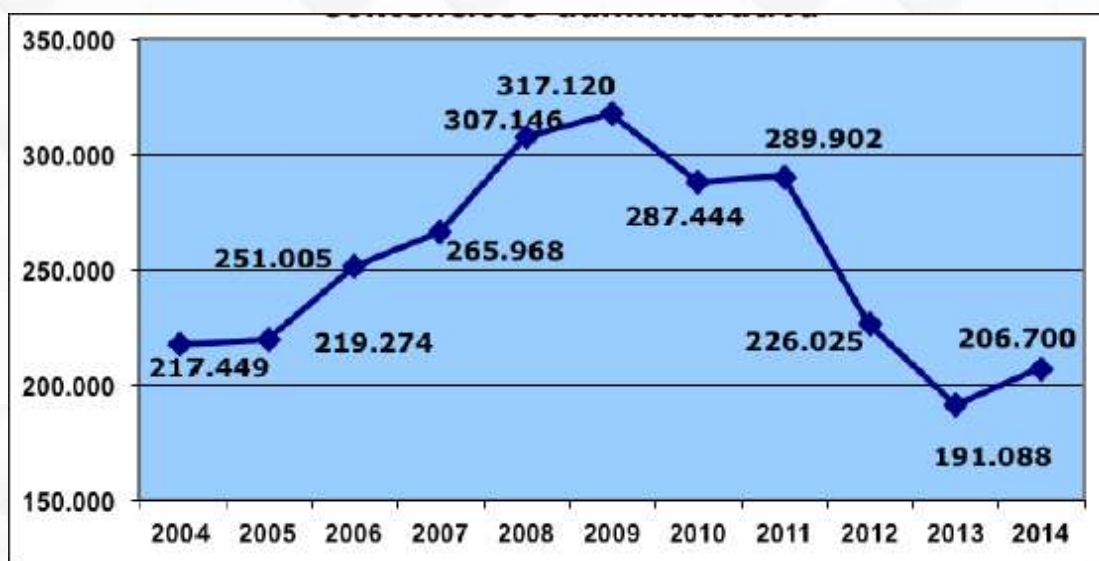
Figura 2. Asuntos ingresados en todas las jurisdicciones



Fuente: Memoria del Consejo General del Poder Judicial 2015

Por su parte, en la jurisdicción contencioso-administrativa, tras dos años de importantes reducciones en el número de asuntos ingresados, se ha observado un incremento del 8,2% respecto a los asuntos ingresados en 2013. No obstante, los 206.700 asuntos ingresados están por debajo de los ingresados cada año desde 2004, con la excepción de 2013

Figura 3. Asuntos ingresados en la jurisdicción contencioso-administrativa



Fuente: Memoria del Consejo General del Poder Judicial 2015

La jurisdicción civil y la contencioso administrativa han presentado incrementos en el número de asuntos ingresados, del 10,5% y del 8,2% respectivamente. Por el contrario, la penal, con el 2,1%, y especialmente la social, con el 8,8%, han mostrado disminuciones. Estas variaciones se han traducido en ganancias de peso de las jurisdicciones civil y contenciosa en el conjunto de asuntos ingresados, exactamente lo contrario a lo observado en 2013. Así, la jurisdicción civil ha pasado de significar un 19,3% en 2013 al 21,3% en el año 2014, y la contenciosa del 2,2% al 2,4%. Por el contrario, la penal ha pasado del 73% al 71,3%, y la social, del 5,4% al 4,9%. *Ibídem*, p. 434.

Sin embargo, como nos alerta Bustillo Bolado¹¹, estos datos hay que analizarlos en su debido contexto, lo que le lleva a estimar que el estallido de la crisis económica y financiera que se produjo en España a partir del año 2008 viene a coincidir en el tiempo “con cambios de tendencia en el número de nuevos asuntos contencioso-administrativos, pero de forma sensiblemente peculiar. De entrada, se aprecia a partir de 2008 y hasta 2011 (incluidos ambos años) no un descenso, sino una estabilización en el número de nuevos asuntos en torno a los 300.000 con un pico de 317.120 en 2009, un mínimo de 287.444 en 2010, y valores intermedios en 2008 y 2011. Sin embargo, es a partir de 2012 (tras la entrada en vigor del cambio en el criterio de la condena en costas) y 2013 (tras la entrada en vigor de la reintroducción de las tasas en el contencioso-administrativo) cuando se produce un fenómeno sin precedentes en la historia reciente del contencioso-administrativo español: la concatenación de dos años consecutivos con un muy acentuado descenso en la litigiosidad”.

En lo relativo a las costas procesales, el artículo 3 de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que tuvo su entrada en vigor el 31 de octubre de 2011 (Disp. Final Tercera), supuso un importante cambio en la regulación de las costas procesales, al pasarse de la imposición de costas como criterio excepcional a quien sostuviera la acción “con mala fe o temeridad”, al criterio general del vencimiento objetivo, con la salvedad del inciso final del apartado 1 del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA): “salvo que se aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”.

Asimismo, recientemente, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, cuya entrada en vigor queda diferida al 22 de julio de 2016, realiza también una modificación mínima, relativa a las costas del recurso de casación (nuevo apartado 3 del artículo 139 Ley 29/1998) remitiendo a lo dispuesto en el nuevo artículo 93.4 LJCA.

Y en lo referente a las tasas judiciales, éste es un tributo de carácter estatal que deben satisfacer en determinados supuestos las personas jurídicas por acudir a los Tribunales y hacer uso del servicio público de la Administración de Justicia en los órdenes jurisdiccionales civil, contencioso-administrativo y social. La gestión de este tributo está legalmente encomendada al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. La posibilidad de exigir el pago de estas tasas a las personas jurídicas entró en vigor el 1 de abril de 2003, si bien desde la entrada en vigor de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses¹², fueron exigibles también a las personas físicas hasta el 1 de marzo de 2015, que entró en vigor el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, que las eximió. Esta Ley 10/2012 fue modificada en dos ocasiones: la primera, por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita y, la segunda, por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. La novedad más importante de esta segunda modificación fue la supresión de la tasa judicial para las personas físicas en todas las jurisdicciones e instancias, ya que desde la entrada en vigor de la Ley 10/2012 se había exigido también a las personas físicas. Estas últimas modificaciones legislativas son las que seguramente han producido un leve aumento en el número de asuntos ingresados en el orden contencioso-administrativo del 8,2% respecto a 2013.

El tema de la supresión de tasas judiciales para las personas físicas hace que debamos poner de manifiesto las acertadas reflexiones de Huergo Lora, quien considera que existe una inaceptable desigualdad entre las partes, que afecta fundamentalmente al contencioso y no a otros órdenes jurisdiccionales, lo cual atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. “La Administración, a diferencia de los ciudadanos, no paga tasas ni para recurrir en vía contencioso-administrativa, ni –lo que es más importante desde la perspectiva del ciudadano– para recurrir en apelación o casación, que es justamente donde las tasas son más altas (artículo 4.2.c) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre). Si el particular pierde en primera instancia, recurrir en apelación tiene para él un coste significativo, además

BUSTILLO BOLADO, ROBERTO, “Derecho Administrativo español y solución extrajudicial de conflictos: entre el (razonablemente hermoso) mito y la (menos edificante de lo deseable) realidad”, Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos (Coord. Fernando López Ramón), INAP, Madrid, 2015, pp. 248 y 249.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), Sala Segunda, de 27 de marzo de 2014, dictada en el Recurso C-265/13 (Ponente: K. Lenaerts), declaraba la incompetencia del TJUE para pronunciarse sobre si las tasas judiciales españolas que introdujo la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, vulneraban la tutela judicial efectiva del

riesgo de la condena en costas. Sin embargo, si es la Administración la que pierde, la apelación le sale gratis. Si hablamos del recurso de casación, la asimetría entre las partes es la misma, pero con consecuencias económicas aún mayores”. De forma, que cuando la Administración decide recurrir judicialmente, provoca una actividad jurisdiccional exactamente igual que cuando lo hace una persona física y, por ende, debería, teóricamente, pagar la misma tasa.

En la actualidad, en el orden contencioso-administrativo las exenciones objetivas de la tasa comprenden dos supuestos: uno, la interposición de demanda y la presentación de ulteriores recursos cuando se trate de los procedimientos especialmente establecidos para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, así como contra la actuación de la Administración electoral; y dos, la interposición de recursos contencioso-administrativos cuando se recurra en casos de silencio administrativo negativo o inactividad de la Administración. Asimismo, se encuentran exentos los siguientes sujetos o exenciones subjetivas: a) Las personas físicas; b) Las personas jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora; c) El Ministerio Fiscal; d) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; e) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Y en el orden contencioso-administrativo, los funcionarios públicos cuando actúen en defensa de sus derechos estatutarios tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de apelación y casación.

Además, la justicia administrativa resulta cara para el ciudadano, dado que el pleito requiere, en todo caso, la defensa mediante Abogado, y hace aconsejable la representación por un Procurador, que es obligatorio ante los órganos jurisdiccionales colegiados, no así en los unipersonales (artículo 23 Ley 29/1998). En suma, los asuntos de pequeña cuantía no tendrán justicia, pues el riesgo de afrontar un pleito en el que se impondrán las costas procesales por vencimiento objetivo supone un gran desincentivo para el particular, a pesar de haberse suprimido las tasas judiciales a las personas físicas por mor del Real Decreto-ley 1/2015.

Por lo tanto, los cambios legislativos en materia de costas procesales y tasas judiciales han conseguido un importante descenso de la litigiosidad contencioso-administrativa, al hacer ésta más gravosa para el particular, en torno a un tercio respecto de la situación precedente, pero debemos preguntarnos ¿a qué precio? ¿ha sido correcta moral y éticamente dicha reducción?. En efecto, la disminución del volumen de conflictos sometidos a la tutela judicial contencioso-administrativa se ha producido a partir de hacer más onerosa al ciudadano la defensa judicial de sus derechos e intereses legítimos, esto es, desincentivando económicamente al ciudadano ante el temor del fracaso de su acción judicial. Sobre estas premisas parece que los mandatos constitucionales de una tutela judicial efectiva (artículo 24 CE14) y del control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106 CE15) quedan mermados al disuadir al ciudadano de su función como agente que posibilita la acción de la justicia, dado que sin recurso contencioso-administrativo no hay control judicial.

Este autor critica también el “desconocimiento por el legislador de las peculiaridades del contencioso, como por ejemplo, la aplicación al recurso de casación contencioso-administrativo de la misma tasa fija que en el orden civil (1.200 euros, frente a los 800 del recurso de apelación), sin darse cuenta que, mientras que en el orden civil la casación permite la obtención de una tercera sentencia, en el contencioso es la única vía de recurso disponible para que se revise la primera sentencia que recae sobre el caso, por lo que debería tener el mismo tratamiento que el recurso de apelación. Bastante limitación supone para los ciudadanos el hecho de tener que recurrir en casación, con todas las cortapisas que ello conlleva (comenzando por la de la cuantía mínima de 600.000 euros), como para añadir además la (tal vez anecdótica, pero significativa) de la tasa”. HUERGO LORA, ALEJANDRO, “La resolución extrajudicial de conflictos de las Administraciones Públicas en 2015”, Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos (Coord. Fernando López Ramón), INAP, Madrid, 2015, p. 220.

Artículo 24 CE. “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Artículo 106 CE. “1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

2.2. Duraciones medias de los procesos contencioso-administrativos

El elevado número de asuntos ingresados anualmente va acompañado de una duración media de los procesos, que aún mejorando respecto a 2013, sigue siendo excesiva, ya que en primera instancia es de 14,9 meses¹⁷ (aproximadamente 447 días), en segunda instancia de 12,5 meses (aproximadamente 375 días), y ante el Tribunal Supremo de 14,3 meses (aproximadamente 429 días). Resulta ilustrativo y criticable comprobar como en comparación con los países de nuestro entorno, en concreto con los de la Unión Europea, sólo superan a España con una duración mayor los países de Croacia, Eslovaquia, Chipre, Grecia y Malta¹⁸.

Figura 4. Duraciones medias estimadas en el orden contencioso-administrativo

Duraciones medias estimadas

	2013	2014	Evolución
1ª Instancia	16,3	14,9	-8,7%
2ª Instancia	13,1	12,5	-4,3%
Supremo	15,4	14,3	-7,1%

Fuente: Memoria del Consejo General del Poder Judicial 2015

2.3. Materias objeto de conflictividad

En los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (JCA) las materias objeto de conflictividad que tienen un mayor protagonismo son los asuntos de función pública representando 39,2% del total de ingresados, seguidos de extranjería (17,1%), actividad administrativa sancionadora (10,1%), responsabilidad patrimonial (7,8%), urbanismo y ordenación del territorio (4,8%) y administración tributaria (3,9%). Por su parte, en las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), la materia con el mayor número de asuntos ingresados ha sido la administración tributaria, 29,3%, seguida de función pública (16,7%), expropiación forzosa (9,6%), responsabilidad patrimonial (4,2%), extranjería (4%), contratos administrativos (3,9%), actividad administrativa sancionadora (3,2%)¹⁹. En suma, de forma aproximada se puede concluir que los asuntos de personal, los temas tributarios, de extranjería y las sanciones (destacando las sanciones de tráfico) concentran el grueso de la actividad jurisdiccional contencioso-administrativa. De ahí que Martín Rebollo²⁰ indique que la pretensión de crear para algunas de esas materias “Tribunales administrativos”, que en puridad, no son órganos jurisdiccionales, sino órganos administrativos independientes especializados (por ejemplo, los Tribunales económico-administrativos, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa, el Tribunal Administrativo del Deporte, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno) encuentra justificación en esos datos estadísticos.

2.4. Calidad de las resoluciones administrativas y las sentencias judiciales

Por tipos de procedimientos, los procedimientos ordinarios han tenido una duración media de 17 meses, con una disminución del 3,4% respecto al año anterior, y la duración media de los procedimientos abreviados ha sido de 12,2 meses, también con una disminución del 11,6%.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “Indicadores de Justicia de la UE 2015”, de 9 de marzo de 2015 [COM (2015) 116 final], p. 10.

La relación existente entre el control de legalidad interno de la Administración y el control judicial nos va a permitir apreciar la calidad tanto de los recursos administrativos como de la jurisprudencia. Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (primera instancia) estimaron aproximadamente un 50% del total de recursos, que supone cerca del doble

más que en Alemania o Francia 21 . Por su parte, el porcentaje de Sentencias que se recurren (segunda instancia y casación) se sitúa en torno al 15,9%, y de ellas los fallos íntegramente confirmatorios están en torno al 72,6% en los recursos de apelación e incluso algo más en los de casación (79,3%)²². Por lo tanto, hay mayor infracción del Derecho en las resoluciones administrativas que en las resoluciones judiciales de primera instancia, cuestión que parece apuntar a la existencia de carencias en el funcionamiento de la Administración. Otro dato justificativo más para la potenciación de órganos administrativos independientes especializados, que mejoren la calidad de los recursos administrativos.

Figura 5. Calidad de la jurisprudencia contencioso-administrativa

Estimación del porcentaje de sentencias recurridas			
	2013	2014	Evolución
	15,5%	15,9%	3,1%

Porcentaje de recursos devueltos confirmando totalmente			
	2013	2014	Evolución
Recursos apelación	72,9%	72,6%	-0,4%
Recursos casación	76,2%	79,3%	4,0%

Fuente: Memoria del Consejo General del Poder Judicial 2015

3. EL CONTROL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN VÍA ADMINISTRATIVA Y SU MALA REPUTACIÓN

El control de legalidad de las Administraciones Públicas se realiza, primero internamente, en vía administrativa y, posteriormente, en vía judicial. Como se ha dicho, se atiende a la serie clásica procedimiento administrativo, recurso administrativo y recurso contencioso-administrativo. Una vez que se produce un acto administrativo a partir del procedimiento correspondiente, se reconoce a los interesados la posibilidad de impugnarlo con una duplicidad de recursos, administrativos y jurisdiccionales, bien ante la propia Administración autora del acto (con la salvedad del recurso de alzada impropio), bien ante un orden especializado de Tribunales de Justicia, como es la jurisdicción contencioso-administrativa.

El sistema de recursos administrativos como modalidad específica del control interno de la actividad administrativa, tal y como se encuentra diseñado actualmente en España, no cuenta con una buena reputación, al existir unanimidad en la doctrina de su actual falta de utilidad. Parece ser que es la inercia de su origen y significado histórico, así como las ventajas que ofrece a la Administración al ser presupuesto procesal necesario para acudir a la justicia, lo que hace que perdure en el tiempo. Existe un recelo natural a la labor revisora de la Administración, ya que según el adagio “nemo iudex in causa propria”, nadie puede ser juez.

Para mayor abundamiento, VV.AA., Informe sobre la Justicia Administrativa. Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA), Universidad Autónoma de Madrid, 2015, ps. 42-44. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Memoria..., op. cit., nota 8, p. 489 y GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, 4ª edic., Civitas, Madrid, 1993, p. 505. causa propia, al carecer de la neutralidad e independencia necesaria en un órgano llamado a decidir la controversia. Para realizar una adecuada medida de la utilidad y calidad del recurso administrativo, poniendo de manifiesto sus fortalezas y debilidades, sería necesario e imprescindible rellenar una laguna actual en el funcionamiento de la Administración, como es la de disponer de una información estadística fiable y precisa sobre el funcionamiento y resultados de la vía administrativa de recurso, y su relación con la vía judicial. De decisiva importancia sería conocer con exactitud el número de recursos administrativos que se interponen, las materias en que proceden, el sentido de las resoluciones que se dictan, el tiempo medio de la resolución del recurso, el porcentaje de resoluciones de los órganos de recurso que se impugnan ante la jurisdicción contencioso-administrativo, cuantos pleitos o qué porcentaje de ellos pierde cada Administración, el coste de esas derrotas y las demás variables existentes. Según los datos de la Justicia ya examinados, existe una mayor infracción del ordenamiento jurídico en las resoluciones administrativas que en las resoluciones judiciales de primera instancia, de lo que se deduce la deficiente calidad de las resoluciones de los recursos administrativos. Este vacío informativo de carácter estadístico resulta impropio de una Administración que aspira a denominarse transparente y que debe garantizar el derecho a una buena administración²⁴.

3.1. Los recursos administrativos y la resolución extrajudicial de conflictos

Los recursos administrativos son “un medio de impugnación de decisiones administrativas ya adoptadas y sometidas a Derecho Administrativo, que los interesados pueden utilizar por motivos de legalidad y que se tramitan y resuelven por la propia Administración²⁵”. La finalidad primordial y piedra angular de un recurso administrativo debe ser la de servir de garantía de los particulares como contrapeso del poder ejercido por la Administración. A ella se suman otras tres funciones que pretenden legitimar su existencia en España: primera, constituye un paso previo y obligatorio para el acceso a la vía jurisdiccional, lo que le otorga la característica de un auténtico privilegio de la Administración y, correlativamente, el de una carga efectiva para el ciudadano. Segunda, cumple con la función de autocontrol de la Administración, dada la hipotética conveniencia de asegurar a la Administración la oportunidad de reconsiderar sus decisiones erróneas y tratar de conseguir la unificación de criterios. Y, finalmente, la evitación de litigios, que se conseguiría si hubiera un buen funcionamiento de la vía de recurso que descargara de asuntos a los Tribunales de Justicia, bien porque las solicitudes de los particulares fueran atendidas, bien porque la resolución del recurso les disuada de plantearlo²⁶.

En España se regulan como recursos administrativos generales aplicables a cualquier ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas: El recurso de alzada (artículos 114 y 115 Ley 30/1992; artículos 121 y 122 Ley 39/2015), de carácter obligatorio frente a las resoluciones y actos de trámite “cualificados²⁷” (art. 107.1 Ley 30/1992; artículo

112.1 Ley 139/2015), que no pongan fin a la vía administrativa y ante el órgano superior jerárquico del que los dictó;

El recurso de reposición (artículos 116 y 117 Ley 30/1992; artículos 123 y 124 Ley 39/2015), de carácter potestativo frente a actos que ponen fin a la vía administrativa ante el mismo órgano que dictó el acto recurrido y se resuelve por él mismo; y el recurso extraordinario de revisión (artículos 118 y 119 Ley 30/1992; artículos 125 y 126 Ley 39/2015), contra los actos firmes en vía administrativa ante el órgano administrativo

Esta inopia estadística contrasta con la transparencia existente en los nuevos órganos administrativos especializados independientes surgidos en España como los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales o el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que “han acertado a interiorizar la importancia de hacer públicas sus resoluciones y de monitorizar estadísticamente las tasas de recurso y de revocación judicial posteriores; cifras que, sin falta, se ofrecen al público para dar visibilidad a su trabajo, significar la utilidad de su existencia y reforzar la credibilidad en la tutela en vía administrativa”. CIERCO SEIRA, CÉSAR, Los recursos administrativos en España, Ponencia presentada en el XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, pp. 2 y 68.

Los actos de trámite “cualificados” son los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, que los dictó, que también será el competente para su resolución, siempre que concurra alguna de las circunstancias tasadas por la Ley.

Lo ideal sería que no surgiesen controversias entre la Administración y los ciudadanos, pero ante ellas sería deseable que el comportamiento de la Administración mejorase antes y durante el conflicto. Se trata de una nueva concepción más democrática de las relaciones entre los particulares y la Administración, donde la negociación, el acuerdo, el diálogo y el pacto estuvieran más presentes frente a la tradicional imposición unilateral del acto administrativo²⁸. Para ello se introdujeron, como novedades de la Ley 30/1992, nuevos cauces de solución de conflictos previos a la vía judicial, como la terminación convencional (artículo 88 Ley 30/1992; artículo 86 Ley 39/2015) y la posible sustitución por Ley sectorial de los recursos de alzada y de reposición, “cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo” (artículo 107.2 Ley 30/1992; artículo 112.2 Ley 39/2015), ambas sin notable éxito en el ámbito español. De hecho, el legislador volvió a insistir en esta última posibilidad de resolución extrajudicial de conflictos con la reforma de la Ley 30/1992, que se produjo en virtud de la Ley 4/1999, de 13 de enero, al disponer su Disp. Adicional segunda: “En el plazo de dieciocho meses, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales el proyecto o proyectos de ley que resulten necesarios para regular los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición”. Sin embargo, lamentablemente el Gobierno incumplió dicho mandato, y la nueva Ley 39/2015 tampoco ha realizado nada al respecto. La resolución

extrajudicial de conflictos a partir de recursos administrativos especiales en determinados sectores específicos está prevista en materia tributaria, deporte, contratación pública, unidad de mercado, y transparencia y acceso a la información pública.

3.2. Desinterés de la Administración y decepción del sistema de recursos administrativos de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común

La regulación vigente del sistema de recursos administrativos está planteada para que la posición jurídica de la Administración se vea reforzada, al constituir un verdadero privilegio para la Administración, donde existen claros desequilibrios respecto al particular, más si se exige obligatoriedad a un recurso administrativo como el de alzada. Constituye tal ventaja para la Administración, utilizada como herramienta táctica (al ganar tiempo y llevar el desaliento al particular), que existe un desinterés evidente en su corrección hacia una garantía más efectiva de los derechos de las personas.

En realidad, la verdadera finalidad que puede justificar el recurso administrativo es reforzar, no disminuir, las garantías jurídicas del particular y la eficiencia de la Administración. Por ello, al exigirse un recurso administrativo de carácter obligatorio²⁹, éste también debería ser proporcional. La búsqueda de mecanismos proporcionales de resolución de conflictos debe ser una meta a conseguir por parte de la Administración en virtud de los principios de buena administración, y del británico “Proportionate Dispute Resolution 30”. Esta proporcionalidad

La doctrina francesa la denomina “táctica de seducción”, que tiene su reflejo en los modos de finalización convencional del procedimiento, y en los medios alternativos de resolución de los recursos administrativos. TRAYTER JIMÉNEZ, JOAN MANUEL, Derecho Administrativo. Parte General, 2ª edic., Atelier, Barcelona, 2015, p. 440.

Desde hace bastante tiempo, Tomás-Ramón Fernández viene aconsejando con empeño “la necesidad de proceder a una revisión radical del sistema de recursos regulado en la Ley 30/1992 con el fin de devolver a los recursos administrativos su sentido primario de garantía de los administrados, sustancialmente velado por la Ley citada” [...] “la vía administrativa de recurso debería configurarse para ello con carácter facultativo con sólo dos posibles excepciones, en principio: de un lado, los supuestos típicos de tutela, rigurosamente excepcionales dada su naturaleza, en los que el recurso ante el ente público que la ostenta cumple la función de hacer posible el ejercicio de los poderes que el ordenamiento jurídico le confiere en orden a la supervisión de la actividad del ente tutelado; del otro, los casos de autoadministración, en los que parece justificarse que la actividad de las personas u organizaciones de base privada que se benefician de ella se reconduzca, en interés de los terceros afectados, a la Administración que retiene la titularidad y la responsabilidad últimas de la función o servicio cuya gestión ha descentralizado la norma”. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, Curso de Derecho..., op. cit., nota 23, p. 510.

En el Reino Unido con la Tribunal, Courts and Enforcement Act de 2007 se desarrolla un enfoque omnicompreensivo de la idea de justicia administrativa (Administrative Justice), que se completa con la aparición de un nuevo principio de “Resolución Proporcional de Conflictos” (Proportionate Dispute Resolution) basado en dos frases inglesas: la primera,

conllevaría contrarrestar dos graves desequilibrios con respecto a los derechos del particular: la eficacia inmediata del acto administrativo y el retraso en el acceso al control judicial.

En primer lugar, como señala Baño León³¹, un recurso administrativo obligatorio “sólo tiene sentido si el acto administrativo impugnado no tiene carácter ejecutivo, o si se prefiere, si la interposición del recurso administrativo suspende automáticamente la ejecutividad del acto” [...] “El hecho de que la interposición del recurso no suspenda los efectos del acto, impide considerar al recurso administrativo como una garantía. El recurso así concebido es simplemente un lastre para el interesado que tiene que sufrir las consecuencias negativas del acto y no puede acudir a los Tribunales”. Opinión corroborada por Cierco Siera, quien le atribuye una eficacia suspensiva automática al recurso obligatorio, activada con la admisión del mismo. De esta forma, existiría un contrapeso a favor del ciudadano al ser la Administración la responsable de levantar la carga de dicha suspensión en caso de considerar que la no ejecución inmediata del acto conllevaría un perjuicio grave para el interés público o de terceros³².

Y en segundo lugar, la exigencia de agotar la vía administrativa implica un evidente retraso en el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, además con poca esperanza de éxito en vía de recurso, pues la gran parte de las alzas resultan desestimadas. La consecuencia de no poner fin a la vía administrativa es bastante gravosa y desproporcionada, pues supone la pérdida total del derecho de acceso a la justicia administrativa. Recordemos que el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con los actos que pongan fin a la vía administrativa (artículo 25.1 Ley 29/1998), y en caso contrario, procederá declarar su inadmisión (artículos 51.1.c) y 69.c) Ley 29/1998). Esta demora de tiempo, siguiendo a Cierco Siera, podría ser equilibrada con diferentes medidas menos gravosas para el particular: la utilización de las costas procesales, como instrumento idóneo para hacer más onerosa la falta de agotamiento de la vía administrativa por parte del ciudadano, pero sin impedir el enjuiciamiento del conflicto por la justicia administrativa; o la modificación del plazo de recurso cuando éste sea obligatorio, frente al recurso potestativo, ya que “la regla debiera ser que, al menos, el tiempo para preparar e interponer un recurso administrativo obligatorio no fuese menor que el que se dispone a la hora de accionar judicialmente según corresponda³³”.

Conviene tener presente que en los últimos tiempos el legislador español atribuye carácter facultativo al recurso administrativo si desea aumentar la garantía de los derechos de las personas. A título ejemplificativo, sirvan como botón de muestra el recurso especial en materia de contratación pública (artículo 40 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP), la reclamación en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (art. 26.3 Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, LGUM), el recurso administrativo especial en materia de dopaje en el deporte ante el Tribunal Administrativo del Deporte (artículo 40 Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y “horses for courses” (significa que los Administrative Tribunals deben adecuarse en su composición y procedimiento de actuación a la realidad del conflicto que deben resolver, ya que la diferente naturaleza de las controversias que enfrentan a la Administración con las personas exige contar con medios de respuesta también diversos); y la segunda, “you

don't need a sledgehammer to crack a nut" (se corresponde con la española: "no necesitas cazar moscas a cañonazos", y viene a significar que no toda decisión de los Administrative Tribunals debe acabar ante el Poder Judicial). TORNOS MAS, JOAQUÍN, "Los órganos administrativos independientes...", op. cit., nota 6, pp. 7 y 8. En definitiva, se formula por el Gobierno británico, con sentido pragmático, que lo esencial es solventar los problemas de las personas de forma rápida y eficiente, independientemente que sean órganos administrativos o jurisdiccionales: "Nuestra estrategia cambia el énfasis tradicional del Departamento, focalizado primero en tribunales, jueces y procedimiento judicial y, en segundo término, en la asistencia jurídica para pagar principalmente a abogados litigantes. Se inicia, en cambio, con los problemas del mundo real que enfrentan las personas. El objetivo es desarrollar una serie de políticas y servicios que, en lo posible, ayuden a las personas a evitar problemas y disputas legales en primer lugar; y cuando no sean capaces, proporcionen soluciones a medida para resolver el conflicto lo más rápido y de la forma más eficiente posible. Lo anterior se puede resumir como "Resolución proporcional de conflictos". Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals (2004) (Cm. 6243), apt. 2.2. Tomado de GARCÍA URETA, AGUSTÍN, "Reino Unido: vías de recurso contra decisiones de las Administraciones. El caso de los Tribunales "Administrativos", Ponencia presentada en el XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, p. 5.

Solución prevista en determinados ámbitos como el expropiatorio (suspensión automática del recurso de alzada contra el acuerdo de necesidad de ocupación, artículo 22.3 Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, LEF) o el de la contratación pública (suspensión automática de la adjudicación: efectos derivados de la interposición del recurso administrativo especial, artículo 45 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). CIERCO SEIRA, CÉSAR, "Los recursos administrativos...", op. cit., nota 24, p. 87.

Por otra parte, con la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, el legislador español ha ignorado las continuas recomendaciones de la doctrina científica en relación con un replanteamiento en profundidad del régimen de recursos, siguiendo una línea demasiado continuista con la regulación anterior. Se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/2015 al expresar que "el título V, de la revisión de los actos en vía administrativa, mantiene las mismas vías previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, permaneciendo por tanto la revisión de oficio y la tipología de recursos administrativos existentes hasta la fecha (alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión)". La principal novedad que se introduce en esta materia la recoge el artículo 120 Ley 39/2015 ("Pluralidad de recursos administrativos")³⁴, que ofrece a la Administración que deba resolver una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, que el órgano administrativo pueda acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial³⁵.

La posible revisión del régimen de recursos administrativos, como nos enseña Santamaría Pastor, debería sustentarse "i) por un reforzamiento de la eficacia e independencia de criterio de los órganos encargados de su resolución, que los haría efectivamente útiles

tanto para los ciudadanos como para la Administración; ii) por su conversión en un trámite meramente potestativo, que permitiera a los ciudadanos que tuvieran la convicción de su inutilidad en un caso concreto acudir directamente a la jurisdicción contenciosa; y iii) por la unificación de su régimen, que hoy continúa ofreciendo disparidades injustificables³⁶". Estas acertadas sugerencias deberían haber sido tenidas en cuenta por el legislador español, que ha perdido una buena oportunidad para mejorar el sistema de control interno de la Administración con la utilización de los recursos administrativos como solución preventiva. Todo ello pone de manifiesto el escaso interés de los poderes públicos por reafirmar los controles jurídicos, judiciales y previamente administrativos, de la actuación de las Administraciones Públicas, así como la progresiva irrelevancia de la doctrina administrativista en la orientación de la actuación del legislador en aras de garantizar los valores constitucionales y la eficiencia de la actividad administrativa³⁷.

4. LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS INDEPENDIENTES ESPECIALIZADOS COMO MECANISMO EFICAZ PARA EL CONTROL JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN

La implementación de una auténtica cultura de integridad y apertura³⁸, inherente a las ideas de Transparencia, Gobierno abierto, Administración electrónica y buena administración,

En este punto, el legislador sigue la recomendación realizada por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para mejorar la eficiencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Vid. VV.AA., Informe explicativo y propuesta..., op. cit., nota 20, pp. 27 y 50-52.

Las restantes novedades de la Ley 39/2015 son de menor importancia como la inclusión de las causas de inadmisión de los recursos administrativos (artículo 116); la regulación de la suspensión de la ejecución del acto mientras se tramita el recurso administrativo (artículo 117); la inadmisión de solicitud de práctica de pruebas en la apertura del trámite de audiencia (artículo 118.1); y el plazo sine die para interponer los recursos de alzada y de reposición frente a los actos presuntos (artículos 122.1 y 124.1 Ley 39/2015), adecuándose a la doctrina consolidada tanto del Tribunal Constitucional (STC 52/2014, de 10 de abril) como del Tribunal Supremo (STS de 15 de noviembre de 2010, recurso núm. 1332/2009, ponente: Sr. Lecumberri). Para mayor abundamiento, RODRIGUEZ CARBAJO, JOSÉ RAMÓN, "El Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (la ley del procedimiento electrónico)", Actualidad Administrativa, N° 10, Octubre 2015; DOMINGO ZABALLOS, MANUEL, "Revisión de oficio, recursos y reclamaciones", Instituciones de Derecho Administrativo. Novedades de la Ley 39/2015 (Dirs. Ricardo Rivero Ortega; M^a Dolores Calvo Sánchez, Marcos Fernando Pablo), Juruá Editorial, Lisboa (Portugal), 2016, ps. 299- 332.

En este sentido Baño León recomienda la supresión del recurso extraordinario de revisión al carecer de justificación, dado que las causas tasadas por la Ley reduplican cauces ya existentes en el Derecho español, pudiendo reconducirse a la rectificación de errores o a la revisión de oficio, y su mantenimiento lo achaca a la desidia del legislador. BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA, "El recurso administrativo...", op. cit., nota 26, pp. 14 y 17.

Para mayor abundamiento JIMÉNEZ FRANCO, E., «Legalidad, transparencia e integridad en el combate a la corrupción», El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011 (Dirs. Sintura, Francisco; Rodríguez, Nicolás), Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia), 2013, ps. 211-264, debe asentarse y potenciarse con medidas que pongan de manifiesto la verdadera voluntad de todos los actores del Estado en un cambio de paradigma de las relaciones entre la Administración y las personas.

Para ello el punto de partida debe ser que la Administración cumpla fielmente con el mandato constitucional del artículo 103.1 CE, al menos sus incisos inicial y final: “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Una de las muchas manifestaciones de este deber de objetividad radica en la actuación de la Administración en el estudio y resolución con objetividad de los recursos administrativos interpuestos por las personas. Esta objetividad propia de la Administración, como institución pública que es juez y parte en el conflicto con el ciudadano, se manifiesta con tres posibles alternativas: primera, si la Administración cree fundadamente que la razón le asiste sin género de duda, debe defender su decisión con todas las herramientas jurídicas posibles en aras de salvaguardar el interés público al que sirve; segunda, si la controversia resulta dudosa y discutida (res dubia), la Administración debe optar de forma legítima por la solución jurídicamente razonable más adecuada al interés general, ya sea de forma unilateral o convencional; y tercera, si la razón cae nítidamente del lado del particular, la Administración está sujeta al imperativo constitucional, legal y ético de estimar la pretensión del particular, no debiendo intentar dar la vuelta a la situación, bien desestimando el recurso, bien mediante la inactividad o silencio administrativo, con la infame intención de desmotivar al ciudadano en la justa defensa de sus derechos, pues iría en contra de la honestidad y del interés público. Por lo tanto, como nos señala Bustillo Bolado, se formula como criterio rector que los empleados y cargos públicos con responsabilidades en la resolución de recursos administrativos deben ser conscientes y asumir que no estimar las pretensiones de las personas, cuando son justas y razonables, supone incumplir sus deberes constitucionales, legales y éticos como empleados y cargos públicos. Si en la práctica los servidores públicos actuasen con la debida objetividad y diligencia que no pusieran a las personas en la obligación de impugnar, se lograría que los recursos administrativos fueran en verdad un primer mecanismo eficaz de control de la actividad administrativa. Tal posibilidad exige “un cambio en la mentalidad, en la idiosincrasia y en la formación técnica y ética de los empleados y cargos públicos”³⁹, sin el cual el resto de propuestas quedan huérfanas de éxito.

Sin embargo, en la actualidad la realidad frustrante de los recursos administrativos como mecanismo de control de la actividad administrativa⁴⁰, salvo honrosas excepciones, hace que se deban proponer vías complementarias, nunca sustitutorias, del control judicial de la actuación administrativa (artículo 106.1 CE), tanto para mejorar la garantía de los derechos de los ciudadanos como para auxiliar al sistema judicial con la evitación de litigios. Resulta evidente que los recursos resueltos por un órgano no sometido a la jerarquía de la Administración autora del acto impugnado, es más fácil que sean estimados, al actuar el órgano con mayor imparcialidad. En definitiva, la eficacia en el control jurídico de la Administración depende de que quien controle, ya sea un órgano administrativo o jurisdiccional, actúe con objetividad, de forma íntegra, salvaguardado

por un auténtico estatuto de independencia y dotado de una preparación específica en la materia que se trate⁴¹.

En este sentido, resulta aconsejable realizar un refuerzo de los controles administrativos de legalidad, dado que la eficacia del control puede pasar por una mutación subjetiva del órgano que resuelve el recurso administrativo, atribuyendo esta competencia a órganos administrativos independientes especializados (OAIE)⁴². El Derecho español cuenta

La Sección Especial de la Comisión General de Codificación señala tres razones por las que los recursos administrativos generales (alzada y reposición) no sirven con eficacia para evitar litigios contencioso- administrativos. Primera, que “una parte importante de los recursos administrativos se resuelve presuntamente, esto es, por silencio administrativo negativo”. Segunda, “la escasa operatividad estructural de un recurso, como el de alzada, que normalmente relaciona a cargos superiores de cada Administración”[...] “No hay tradición en España de que al menos las resoluciones regladas se dicten por órganos directivos o simplemente técnicos de la Administración. Esta situación estructural produce, en lo que aquí importa, dos efectos relevantes. Uno es el alto número de resoluciones administrativas que no son recurribles en alzada (porque agotan la vía administrativa). El ejemplo paradigmático es la Administración local. El segundo efecto anunciado es el bajo número relativo de recursos administrativos estimados”. Y por último, en lo referente al recurso de reposición, “su propia configuración normativa (resuelve el mismo cargo que ha decidido: art. 116 Ley 30/1992) augura un nivel bajo de estimación”. VV.AA., Informe explicativo y propuesta..., op. cit., nota 9, pp. 24 y 25.

El modelo de órganos administrativos independientes especializados para la resolución de recursos administrativos

con varios ejemplos de órganos que ejercen el control administrativo interno y especializado con diferente éxito: los Tribunales económicos- administrativos⁴³, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales⁴⁴, el Tribunal Administrativo del Deporte⁴⁵, los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa⁴⁶, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁴⁷. Otra opción es otorgar la competencia resolutoria al órgano de la Administración activa, previo dictamen preceptivo pero no vinculante de un órgano administrativo especializado e independiente de carácter consultivo (en el ámbito local tenemos el positivo ejemplo del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona ⁴⁸). Lo deseable es que la solución de conflictos entre los ciudadanos y la Administración se produzca mediante un instrumento jurídico que sea rápido, barato y eficaz. No siempre será posible, pero considero que debe ofrecerse por el ordenamiento jurídico la posibilidad de que las disputas en determinadas materias o sectores sean resueltas de tal forma que la garantía sea, ante todo, útil, real y efectiva. Tal es el caso de los asuntos de pequeña cuantía, el referido a las personas más vulnerables (colectivos necesitados de especial protección) y de los procedimientos en masa que se producen en la Administración, como hemos visto estadísticamente, en materias como función pública, extranjería y tráfico.

Según la experiencia española y la comparada, tanto de la Unión Europea como de los países de nuestro entorno, así como las recomendaciones realizadas por la doctrina administrativa, se propone un marco normativo general de un mecanismo de resolución

proporcional de conflictos a partir de la creación de órganos administrativos independientes especializados que cuenten con determinadas señas de identidad.

previos a la vía judicial no es, por tanto, novedoso ni en el Derecho comparado, ni en el Derecho español, tanto desde la perspectiva del Derecho positivo como de la doctrina administrativa.

Artículo 228 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Órganos económico-administrativos. 1. El conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas corresponderá con exclusividad a los órganos económico-administrativos, que actuarán con independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. 2. En el ámbito de competencias del Estado, son órganos económico-administrativos: a) El Tribunal Económico-Administrativo Central. b) Los tribunales económico-administrativos regionales y locales. 3. También tendrá la consideración de órgano económico-administrativo la Sala Especial para la Unificación de Doctrina. 4. Corresponde a cada Comunidad Autónoma y cada Ciudad con Estatuto de Autonomía determinar su estructura administrativa para el ejercicio de la función revisora en el ámbito de las reclamaciones económico-administrativas, todo ello sin perjuicio de la labor unificadora del Estado que será ejercida por el Tribunal Económico-Administrativo Central y por la Sala Especial para la Unificación de Doctrina establecida en el apartado anterior. 5. La competencia de los órganos económico-administrativos será irrenunciable e improrrogable y no podrá ser alterada por la voluntad de los interesados.

Asimismo, téngase presente el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, en materia de revisión en vía administrativa (artículos 28 a 33).

Artículo 41 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). También hay que tener en cuenta los órganos creados por las Comunidades Autónomas para realizar la misma función en el ámbito autonómico.

La Disposición Final 4ª Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, da nueva redacción al artículo 84 Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, creando el Tribunal Administrativo del Deporte, órgano al que corresponden las funciones ejercidas hasta el momento por el Comité Español de Disciplina Deportiva y la Junta de Garantías Electorales. Posteriormente, se dictó el Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, que desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte.

Artículo 32 Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa. Hay que considerar también los órganos creados por las Comunidades Autónomas para realizar la misma función en el ámbito autonómico.

Creado por el Título III, artículos 33 a 40, Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; y el Real Decreto 919/2014, de 31 octubre, que aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. El Consejo tiene como finalidad, entre otras, la de conocer las reclamaciones que, en materia de acceso a la información, presenten los ciudadanos en ejercicio de lo

previsto en el artículo 24 Ley 19/2013. El Estatuto consta de 28 artículos, regula la naturaleza, el régimen jurídico, los objetivos y funciones del Consejo, así como su adscripción orgánica al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En lo demás, el Estatuto regula los órganos del Consejo (Presidente, Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, Subdirección General de Transparencia y Buen Gobierno y Subdirección General de Reclamaciones), así como su régimen económico, patrimonial y de personal.

El Consell Tributari se creó en el año 1988 como órgano externo de asesoramiento y control de los recursos en materia tributaria. Nació como instrumento para mejorar la actuación del Ayuntamiento en materia tributaria y, a la vez, para aumentar las garantías y derechos de los ciudadanos. Se trata de un órgano independiente y objetivo, ya que por un lado sus miembros no dependen de la Administración municipal, y por otro lado, actúan exclusivamente de acuerdo con criterios jurídicos. Los resultados del Consell Tributari resultan muy positivos, ya que se han incrementado de forma sensible el número de recursos estimados en vía administrativa y, además, el número de sentencias favorables a la Administración municipal en sede contencioso-administrativa se ha situado cerca de un sorprendentemente alto 95% durante el año 2014, lo cual ha provocado una considerable reducción de la litigiosidad derivada del prestigio de los dictámenes de este órgano. En la actualidad, el Consell Tributari se rige por el artículo 47 de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se aprueba el régimen especial del municipio de Barcelona; por su Reglamento orgánico, de 29 de junio de 2012 (Boletín Oficial de la Provincia de 17 de julio de 2012), y también por los artículos 110 y 192 a 194 de la vigente Ordenanza fiscal general del Ayuntamiento. BUSTILLO BOLADO, ROBERTO, “Derecho Administrativo...”, op. cit., nota 11, pp. 252 y 253.

4.1. Naturaleza jurídica y denominación

Se trata, en puridad, de auténticos órganos administrativos colegiados, que no tienen naturaleza jurisdiccional, y cuya denominación como “Tribunales” no debe confundirnos, a imagen de los “Tribunals” británicos 49 . A la hora de abordar esta cuestión, no se puede desconocer que la Constitución Española (artículo 117 CE) otorga el monopolio de la función jurisdiccional al Poder Judicial y éste, según la misma, está formado por Jueces y Magistrados que son independientes frente al resto de los poderes del Estado y frente a las partes que intervienen en el litigio. Los elementos diferenciadores de la naturaleza administrativa y no judicial de estos órganos podrían radicar, por una parte, en que sus miembros no disfrutan de un régimen de permanencia indefinida como ocurre en los tribunales judiciales; y por otra, en el contenido de sus resoluciones, que pueden llegar a sustituir la decisión administrativa si apreciaran motivos de ilegalidad en su actuación, propiciada por la posible composición mixta del órgano (técnica y jurídica), como veremos más adelante 50. Sin embargo, se hace preciso advertir que la jurisprudencia comunitaria reconoce a determinados órganos, al margen de su consideración nacional, la condición de órgano jurisdiccional, a los solos efectos de poder plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), si reúnen los siguientes requisitos: a) el origen legal del órgano, b) permanencia del mismo, c) el carácter obligatorio de su jurisdicción, d) el carácter contradictorio del procedimiento, e) la aplicación por parte de dicho organismo de normas jurídicas, f) y su independencia⁵¹. Se

trata, por ejemplo, del caso de los Tribunales Económico-Administrativos [STJCE de 21 de marzo de 2000, Asuntos C-110/98 a C-147/98, Gabalfria, S.L. y otros contra Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)], y recientemente también del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015. Asunto C-203/14, Cuestión Prejudicial planteada por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (España)]. Conviene reiterar que estos pronunciamientos se hacen exclusivamente desde el ámbito del Derecho Comunitario y en el sentido del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, siendo ambos órganos de naturaleza administrativa.

Asimismo, como hemos visto, en España existen diferentes órganos administrativos independientes especializados con esta denominación equívoca: los Tribunales económicos- administrativos ⁵², los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales ⁵³ o el Tribunal Administrativo del Deporte. Para evitar equívocos se propone la utilización de otra

En el Reino Unido existen los “Tribunals” (tribunales administrativos o Administrative Tribunals) frente a las “Courts” (tribunales de justicia), los cuales materializan un concepto omnicomprendido de “justicia administrativa” recogido por la Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007: “El sistema de justicia administrativa generalmente comprende la totalidad del mecanismo por el cual se toman las decisiones del gobierno y, si resulta necesario, su reconsideración para lograr un resultado justo. No se limita al procedimiento ante el correspondiente tribunal. Cubre a quienes adoptan la decisión original, aquellos que reconsideran tal decisión, ya sea el Ombudsman y otros órganos que resuelven controversias, los tribunales [administrativos] y judiciales y el mecanismo que resulta de sus decisiones individuales”. GARCÍA URETA, AGUSTÍN, “Reino Unido: vías de recurso...”, op. cit., nota 30, p. 5.

Así ocurre en el ámbito de la Unión Europea donde las denominadas “salas de recurso” (órgano administrativo independiente especializado comunitario) de las agencias comunitarias, dada su composición mixta del órgano (técnica y jurídica), pueden tomar una nueva decisión sobre el fondo del asunto o condicionar absolutamente la respuesta que formalmente vuelva a dar la agencia correspondiente. La “sala de recurso” puede, por ende, entrar a analizar de nuevo los hechos y adoptar una nueva decisión técnica. Es lo que la jurisprudencia comunitaria ha llamado “continuidad en el ejercicio de sus funciones”. ARANA GARCÍA, ESTANISLAO, “Los recursos administrativos en la Unión Europea: hacia un modelo común de Justicia Administrativa”, Ponencia presentada en el XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, p. 38.

Recogidos en el artículo 28 Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Artículo 41 Real Decreto Legislativo 3/2011, TRLCSP), a nivel autonómico diez Comunidades Autónomas han creado sus propios órganos administrativos independientes especializados para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública con las siguientes denominaciones: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; Tribunal

Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Castilla y León; Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias; Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público; Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia; Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra; Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Jurado de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

4.2. Regulación general y básica

Debería establecerse una regulación general y básica de los órganos administrativos independientes especializados para la resolución de recursos administrativos, con aplicación a todas las Administraciones públicas españolas, a partir de su inclusión en la ley básica del procedimiento administrativo común, lo cual salvaría una de las lagunas actuales de la reciente Ley 39/2015⁵⁴. Se trata de facilitar una opción de regulación en sectores concretos donde la conflictividad es muy abultada, o la vulnerabilidad de las personas afectadas, o la escasa relevancia económica del asunto no supongan un impedimento para el acceso a un enjuiciamiento rápido, barato, eficiente y justo de sus pretensiones. Esta normativa básica debe permitir su desarrollo por leyes sectoriales (estatales y autonómicas), dado que la materia y el conflicto concreto pueden precisar de regulaciones diferenciadas, pero debe imponerse un núcleo común y uniforme en materia organizativa (garantías de colegialidad, independencia, especialización, integridad y transparencia de los miembros), procedimental (garantías de flexibilidad, agilidad, accesibilidad, gratuidad, representación y lengua del procedimiento) y sustantiva (garantías del contenido y eficacia de las resoluciones del OAIE).

4.3. Garantías orgánicas

La clave de bóveda de la eficacia del sistema de control administrativo radica en quien resuelve. Quizá, por tal motivo debe producirse una mutación subjetiva del órgano que decide la controversia. Para ello deben imponerse determinadas garantías que aseguren ciertas características estructurales y organizativas:

a) Colegialidad. La titularidad colectiva de los órganos administrativos, en palabras de Valero Torrijos, presenta ciertas ventajas: permitir una mayor objetividad de las decisiones adoptadas; garantizar más eficazmente la independencia de los mecanismos de control; asegurar en mayor medida la imparcialidad en las decisiones que se adopten por cuanto proporciona un sutil mecanismo de control recíproco entre sus integrantes; y supone una importante arma defensiva frente a las presiones que pretendan condicionar la actuación revisora⁵⁵. En principio, la composición pluripersonal del órgano encargado de resolver la impugnación es más garantista que una titularidad unipersonal, aunque conviene tener presente que la colegialidad, en sí misma, no es garantía absoluta de objetividad e imparcialidad, pues éstas dependen de la composición del órgano y de la forma concreta de ejercer su función⁵⁶.

b) Independencia, especialización, integridad y transparencia. El rasgo más destacable es, sin duda, la garantía de independencia, pero ésta puede presentar dos vertientes. Por una

parte, de naturaleza institucional, que no es tan decisiva, pudiendo dotarse al órgano de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar pública y privada, bien con separación estricta de la Administración a la que controla, bien con adscripción a esa Administración por mor de algún

La propuesta del Informe explicativo y propuesta de Anteproyecto de ley de eficiencia de la jurisdicción contencioso- administrativa no consiste en sustituir de forma absoluta a los recursos de alzada y reposición en el sentido del artículo 107.2 Ley 30/1992 (y también el artículo 112.2 Ley 39/2015), sino en la sustitución del órgano que resuelve, que pasaría a ser una comisión independiente y especializada. Para ello propone la inclusión de un nuevo artículo 107.5 Ley 30/1992, que no establecería un nuevo recurso administrativo, sino distinto órgano de resolución, aplicando el régimen procedimental general del recurso de alzada. Por lo tanto, se mantendría la función de control y la vía de reacción, pero se cambiaría el órgano responsable de dirimir el conflicto.

La colegialidad ofrece como rémora que puede “fomentar una cierta difusión de la responsabilidad personal al facilitar que unos miembros hagan descansar su decisión personal sobre los motivos esgrimidos por los otros (y, en consecuencia, pervertir el potencial efecto beneficioso del pluralismo que se encuentra en la esencia de la colegialidad)”. VALERO TORRIJOS, JULIÁN, Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, p. 372.

A estos efectos, sorpresivos resultan el artículo 38.2.c) Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), y el artículo 8.2.d) Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que atribuyen la competencia para conocer de las reclamaciones que se presenten en ejercicio del derecho de acceso a la información pública (artículo 24 LTBG) a un órgano unipersonal, la Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y no al órgano colegiado, que lo constituye el mismo Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Ministerio. Sería conveniente si se desea atribuir al órgano un mayor nivel de autonomía que la aprobación del Estatuto de organización y funcionamiento correspondiese al propio órgano, y no que fuera la Administración a la que controla la responsable del mismo. Asimismo, la dotación presupuestaria y los medios personales y materiales deberían ser propios y garantizados, que no dependiesen de la Administración controlada, para la consecución de una deseable independencia material. Un importante talón de Aquiles será, quizá, la dotación de medios económicos y personales para la implementación de este tipo de órganos.

Por otra parte, donde hay que poner más el acento es en la otra vertiente, la de la independencia funcional y orgánica. La composición del órgano y su forma concreta de actuar con objetividad, imparcialidad e independencia, es lo que determinará si realiza eficazmente su función de control administrativo como garantía de las personas, y la consiguiente evitación de litigios. Para ello se recomiendan una serie de pautas generales:

La selección de los miembros deberá realizarse de forma objetiva y pública basada en la especialización, profesionalidad y competencia de los mismos, siendo deseable exigir un número mínimo de años de experiencia en la materia o sector específico de que se trate⁵⁷. La composición debe contar con la posibilidad de integrar tanto a técnicos no juristas como miembros con experiencia jurídica, pudiendo exigirse que la presencia de juristas sea mayoritaria o que, al menos, la Presidencia corresponda a un jurista. Esta posible composición mixta (técnica y jurídica) permitiría dotar al órgano de competencias plenas a la hora de resolver el conflicto, pudiendo sustituir la decisión administrativa, o condicionando absolutamente la nueva resolución que deba dictar la Administración. De tal forma, que el aspecto técnico de la resolución administrativa podría sustituirse por el órgano administrativo independiente especializado, mientras que la revisión de los Tribunales de Justicia tendría sólo carácter de legalidad⁵⁸. Asimismo, se puede contemplar la presencia ocasional de expertos externos al propio órgano.

El nombramiento será, por tanto, mediante convocatoria pública y puede ser realizado por el ente administrativo cuyas resoluciones revisa el OAIE, pero sin sujeción a ninguna instrucción jerárquica para poder actuar con plena autonomía e independencia en el cumplimiento de sus fines. Se debería optar por un período de permanencia o estabilidad en el cargo limitado a un número determinado de años (por ejemplo, cinco) no coincidente de forma completa con el mandato del Gobierno. Otra cautela puede ser la no renovabilidad del mandato, que puede ser único, o admitir su posible renovación por un único período. La independencia debe salvaguardarse con la inamovilidad o imposibilidad de remoción del cargo, salvo por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso.

Garantías de integridad y transparencia: con carácter público y anual deberían formalizarse una declaración de compromiso y una declaración de intereses en la que se indique expresamente que no se tiene ningún interés que pudiera considerarse perjudicial para su independencia, o bien los intereses directos o indirectos que se tengan y que pudieran considerarse perjudiciales para la misma. Debe exigirse un estricto régimen de incompatibilidades, tanto durante el ejercicio de sus funciones (con imposibilidad de ejercicio de otras funciones) como después del mismo, como garantía a posteriori que trate de evitar el fenómeno denominado “puerta giratoria” (revolving door)⁵⁹. Éste supone una

A diferencia de lo que se propone, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno está formado por ocho miembros: el Presidente y representantes de diferentes instituciones y órganos públicos (Congreso de los Diputados, Senado, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Agencia Española de Protección de Datos, Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal), que denota una fuerte politización y muy poca especialización y experiencia profesional en una materia tan sensible como el acceso a la información pública (artículos 35 y 36 Ley 19/2013).

En cambio, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales exige una clara especialización y profesionalidad de sus miembros, al estar compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales, que podrán incrementarse reglamentariamente cuando el

volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje. Los vocales del Tribunal deben ser funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado (Subgrupo A1) y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. En el caso del Presidente del Tribunal se exige, además, que deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho (artículo 41 TRLCSP).

En este sentido, se pronuncia la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado en su artículo 15 (Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese). “1. Los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en circulación sin obstáculos de altos cargos entre los sectores público y privado, por lo que la toma de decisiones puede verse condicionada por futuras oportunidades profesionales. Por su parte, el régimen jurídico de abstención y recusación podría reforzarse con posibilidades de requerimiento de abstención por parte del resto de miembros del órgano colegiado, como ocurre en el ámbito de las agencias de la Unión Europea⁶⁰. Esta nueva cultura de integridad y transparencia se vería reforzada, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, siguiendo la línea de dar visibilidad al órgano y poner en valor su función de tutela de la actividad administrativa, mediante la publicación de una información estadística fiable y precisa sobre la organización, funcionamiento y resultados de su actuación y su relación con la vía judicial. De esta forma se podría medir la utilidad y calidad de este mecanismo proporcional de solución de conflictos, y reforzar su prestigio de cara a la ciudadanía.

4.4. Garantías procedimentales

El procedimiento debería estar presidido por principios generales que asegurasen un procedimiento flexible, ágil y accesible, donde la gratuidad estuviera garantizada ⁶¹. Las personas ante un conflicto con la Administración deben tener conocimiento de la posibilidad de estas vías previas a la judicial, y poder expresar sus reclamaciones de forma sencilla para obtener una respuesta rápida y suficientemente motivada, y que no encareciese la defensa de sus derechos. Dos cuestiones resultan relevantes y correlacionadas: el carácter potestativo o preceptivo de la interposición del recurso, y el carácter automático de la suspensión de la eficacia de la resolución por la mera interposición del recurso.

Como se ha dicho, debería establecerse de forma general el carácter facultativo de los recursos ante este tipo de órganos como un elemento favorecedor de las garantías de las personas, al no generar ningún retraso en el acceso directo a la justicia contencioso-administrativa⁶³. El ciudadano deberá acudir a estos órganos por propio convencimiento de su eficacia y calidad técnica, que redundará en un mayor prestigio del órgano especializado y permitirá una disminución de los litigios contencioso-administrativos. En caso de ostentar un carácter obligatorio, éste sólo tendrá sentido si va unido a una fuerza suspensiva automática de la eficacia de la resolución administrativa. En todo caso, de trascendental importancia resulta que se priorice la implementación de plazos muy breves

de resolución⁶⁴, que hagan que la eficacia suspensiva automática no provoque perjuicios para el interés público.

Otra cuestión entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado. La prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario”.

Dos limitaciones se establecen a la posibilidad de recusación: no podrá aceptarse si se basa en la nacionalidad de los miembros; o si la parte recurrente, teniendo ya conocimiento de que existen causas de recusación, hubiera efectuado un trámite procesal que no sea el de la recusación de algún miembro del órgano colegiado. ARANA GARCÍA, ESTANISLAO, “Los recursos administrativos...”, op. cit., nota 50, pp. 33 y la garantía de gratuidad del procedimiento que suponga un menor coste al ciudadano que la vía judicial, podría verse excepcionada en determinados sectores económicos donde se podría estudiar la implantación de tasas.

A título ejemplificativo podemos encontrar recursos potestativos con eficacia suspensiva automática en materia contractual (artículo 45 TRLCSP. Efectos derivados de la interposición del recurso. “Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación”), y en materia tributaria (artículo 233 Ley 58/2003. Suspensión de la ejecución del acto impugnado en vía económico- administrativa. “1. La ejecución del acto impugnado quedará suspendida automáticamente a instancia del interesado si se garantiza el importe de dicho acto, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que procederían en caso de ejecución de la garantía, en los términos que se establezcan reglamentariamente. Si la impugnación afectase a una sanción tributaria, la ejecución de la misma quedará suspendida automáticamente sin necesidad de aportar garantías de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 212 de esta Ley”).

En sentido contrario, Tornos Mas opina que “deberá establecerse en principio el carácter obligatorio de estas vías previas. Si se tiene en cuenta que la funcionalidad de estos Tribunales es ser un medio eficaz para proteger los derechos e intereses de los ciudadanos ante la Administración, pero también ser un medio que reduzca la carga de trabajo de la justicia contencioso-administrativa, creemos que la vía previa debe establecerse como obligatoria”. TORNOS MAS, JOAQUÍN, “Los órganos administrativos independientes...”, op. cit., nota 6, p. 9.

Debe existir valentía en un cambio cultural administrativo que persiga el cumplimiento de plazos “razonables”, pero propios del siglo XXI, dotando a los ciudadanos de una Administración electrónica generalizada presidida por los principios de celeridad, responsabilidad en la tramitación, simplificación administrativa, transparencia y buena administración. JIMÉNEZ FRANCO, EMMANUEL, “Términos y plazos”, Instituciones de procedimiento administrativo común (Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), (Dir. RIVERO ORTEGA, RICARDO; FERNANDO PABLO, MARCOS; CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DOLORES), Juruá Editorial, Lisboa

Se puede tomar como ejemplo el recurso especial en materia de contratación cuyo plazo de resolución es de cinco días hábiles (Artículo 47 TRLCSP: “1. Una vez recibidas las

alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de relevante sería la regulación de la lengua en el procedimiento, de capital importancia en procedimientos en masa como los de extranjería.

4.5. Garantías sustantivas: contenido y eficacia de la resolución del recurso

En cuanto al contenido de la resolución del recurso, dada la independencia y especialización del órgano, debería existir un reconocimiento por el ordenamiento jurídico de la posibilidad de una revisión completa de la decisión administrativa. Eso significaría que pueda anular los actos impugnados, retrotraer actuaciones, imponer nuevos contenidos a la decisión que deberá adoptar la Administración, imponer la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, exigir el cumplimiento de la actividad reclamada, e incluso resolver sobre cuestiones no expresamente solicitadas por las partes pero descubiertas durante el procedimiento de recurso. Además a la hora de configurar el contenido, y en aras de esa filosofía de gobierno abierto y democratización de las relaciones entre las personas y la Administración, se debe poder dialogar, negociar y pactar con las partes el contenido definitivo de la resolución del recurso.

De esta forma, esta vía administrativa de recurso supondrá una clara ventaja sobre los recursos judiciales vinculados estrictamente a las pretensiones realizadas por las partes y a un control exclusivo de la legalidad, y que sólo podrían obligar a la Administración a iniciar un nuevo procedimiento administrativo si es que se ha cometido alguna ilegalidad. Y por otra parte, con la resolución favorable del recurso administrativo se evitaría el tortuoso camino de la ejecución o inexecución de la sentencia⁶⁶, que muchas veces se eterniza y se consiente que la sentencia acabe perdiendo su efecto útil, lo cual nos lleva al tema de la eficacia del recurso administrativo.

Garantizar la fuerza ejecutiva de las resoluciones del órgano independiente por parte de la Administración es, sin duda, un elemento determinante del éxito de esta figura jurídica y una manifestación del principio de buena administración⁶⁷. La Administración sólo debe poder dejar de ejecutar la resolución del recurso administrativo si decide impugnarlo judicialmente y solicita su suspensión en tanto resuelva el órgano jurisdiccional sobre la misma. Como cautela y garantía de los derechos de las personas se deberían establecer dos principios generales: el de la no suspensión de las resoluciones de los órganos independientes por su presunción de acierto e independencia, y el de agravar la condena en costas si se desestima íntegramente el recurso judicial, pues en otro caso podría perder sentido la finalidad de estos órganos si la Administración decide impugnar de forma recurrente las decisiones de estos órganos y solicita su suspensión en primera y segunda instancia, para dejar de cumplir la resolución⁶⁸.

A efectos de optimizar su funcionamiento, estos órganos independientes también podrían desempeñar una segunda función coadyuvante de la revisora de la actividad administrativa, como es la elaboración de dictámenes sobre dudas interpretativas de Derecho que les sometan los órganos con competencias resolutivas, así como aconsejar a la Administración sobre nuevas formas de actuación y la adopción de nuevas buenas prácticas. Para garantizar la eficacia de esta función consultiva, el legislador debe prever que los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados”).

Quizá la debilidad más importante del actual régimen jurídico de la transparencia en España sea la falta de fuerza ejecutiva de las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), al no existir previsión alguna ni en la Ley 19/2013, ni en el Real Decreto 919/2014, que aprueba su Estatuto. De esta forma, si la Administración incumple la resolución del CTBG de remitir la información pública al reclamante, se le vuelve a instar a que lo haga, pero nada más. La única posibilidad que se abre en este tipo de supuestos es la presentación de un recurso contencioso-administrativo por inactividad ejecutiva de un acto firme (artículo 29.2 Ley 29/1998), con lo que la vía administrativa de impugnación habrá resultado inútil y con el consiguiente retraso en el acceso a la justicia administrativa. Ante tal situación, Martín Delgado opina que “debería realizarse una interpretación favorable al carácter ejecutivo de las resoluciones del CTBG y a la posibilidad de hacer uso de los medios de ejecución forzosa que, no obstante, necesitaría de una reforma de la Ley 19/2013”. En este sentido, la reciente novedad introducida por el artículo 39.4 Ley 39/2015 permitiría dar fuerza a la idea de hacer uso de los medios de ejecución forzosa, al disponer que “las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración”. MARTÍN DELGADO, ISAAC, “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y buen Gobierno: un instrumento necesario útil y ¿eficaz?”, Ponencia presentada en el XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA), Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, ps. 49-51.

Llegados a este punto conviene advertir que la implementación generalizada de los órganos administrativos independientes especializados puede encontrarse con un obstáculo importante, insalvable para parte de la doctrina ⁷⁰, como es el esfuerzo organizativo y presupuestario que supondría, dado que para su éxito resulta preciso dotarlos de los medios personales y materiales necesarios. Por tal motivo, conviene realizar un análisis previo de los costes económicos que implica, para evaluar si las ventajas en cuanto a reforzamiento de las garantías ciudadanas y como instrumento específico de auxilio judicial al evitar litigios sale rentable a medio o largo plazo en términos de sociales, institucionales y de interés general, no sólo económicos.

5. EPÍLOGO

El fin último del Derecho es la convivencia pacífica entre las personas, y de éstas con las instituciones, así como permitir resolver los conflictos que puedan surgir de la forma más rápida y eficiente posible. La realidad de la tutela jurídica de la Administración donde la justicia administrativa resulta lenta y cara, unido a la deficiente calidad de las resoluciones de los recursos administrativos con demasiadas decisiones no conformes a Derecho como prueba el elevado número de anulaciones en vía contenciosa, hacen necesaria la búsqueda de mecanismos proporcionales de resolución de conflictos que garanticen los derechos de las personas, al mismo tiempo que proporcionen soluciones a medida, justas y razonables.

La eficacia del control de la Administración radica en quien controla y cómo controla, pues sea un órgano administrativo o jurisdiccional, debe actuar con integridad, para lo que debe estar investido de independencia y de una preparación concreta en la materia de que se trate. Todo ello nos ha llevado a proponer una regulación general de órganos

administrativos independientes especializados, que permita la opción de su implantación en sectores específicos que ofrezcan una solución rápida, barata y eficiente. Sirva de paradigma como herramienta útil de solución de controversias los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en España.

Este tipo de órganos debe estar investido de unas garantías mínimas de carácter estructural, formal y sustantivo, que van desde la selección y nombramiento de sus miembros, a facilitar un procedimiento ágil, sencillo y, en su caso, con mínimo coste, que permita una revisión completa de la decisión administrativa y garantice la fuerza ejecutiva de sus resoluciones.

Resultan destacables algunas señas de identidad como la colegialidad con miembros independientes y especializados, con visibilidad de su formación y de su actuación, que tengan un compromiso ético de transparencia e integridad. El carácter potestativo de su utilización por el ciudadano, que se basará en el prestigio y calidad de la actuación del propio órgano, sin que suponga un perjuicio de su acceso a la vía judicial. La suspensión automática de la resolución del recurso inherente a una rápida resolución del recurso administrativo, con términos y plazos razonables y breves propios de una Administración electrónica generalizada. El carácter revisor completo de sus resoluciones y una efectiva ejecución de las mismas serían la esencia de un mecanismo proporcional de solución de conflictos.

Todo ello precisa de una inversión en términos económicos y organizativos, pero sobre todo necesita de un cambio cultural en las relaciones entre la Administración y las personas, mucho más difícil que la mera modificación normativa, presidido por una actuación íntegra y abierta, por el cumplimiento leal del deber constitucional de objetividad y el respeto a una buena administración exigible en pleno siglo XXI.

Al tratarse de cuestiones internas de interpretación y no resolver concretos procedimientos, estos dictámenes sólo deben ser eficaces internamente (actos de trámite), por lo que no serán impugnables directamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación del acto resolutivo concreto que siga ese dictamen. VV.AA., Informe explicativo y propuesta..., op. cit., nota 9, pp. 30 y 36.

En esta línea se sitúa Baño León al decir que “en mi criterio una propuesta de estas características resultaría económicamente inviable e incompatible con la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa”, [...] “tiene escaso sentido práctico pretender una reforma general del régimen de recursos para instaurar con carácter global un sistema similar al instaurado en algunas agencias americanas o en la “administrative justice” inglesa, pues esas instituciones se explican por la inexistencia de una justicia administrativa especializada y es una respuesta a la emergencia de una Administración que dicta actos masivos”. BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA, “El recurso administrativo...”, op. cit., nota 26, p. 17.