

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Luis Enrique CHASE PLATE*

SUMARIO: I. *La justicia constitucional*. II. *La jurisdicción contencioso administrativa*. III. *Anexo*.

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Los sistemas de jurisdicción*

La jurisdicción constitucional de la *Judicial Review*, aparece en los Estados Unidos de América, coincidentemente, con la Constitución de 1787. Mientras, en Europa se rechaza la figura procesal del recurso o la acción de inconstitucionalidad por motivos que son de raíz histórica. Fernández Segado,¹ con la claridad que caracteriza su enjundiosa obra, explica la razón de las posiciones diferentes entre América y Europa:

Muchos son los argumentos esgrimidos para justificar el rechazo europeo a la figura procesal del recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes. Gottfried Dietze sintetiza las razones para el establecimiento de la *Judicial Review* en América y su rechazo en Europa, en la existencia de muy dispares condiciones sociales en el momento de sus respectivos procesos revolucionarios. En América, el Parlamento inglés aparecía como “*the great oppressor*”, siguiéndole en tal papel el rey y su gobierno. Por contra, a los tribunales corresponde “*the role of the liberator*”. En Europa, la situación era casi diametralmente opuesta. El monarca era el tirano, asistido por sus

* Profesor titular de Derecho administrativo y de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

¹ Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, p. 1035.

jueces, y, precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de la Cámara legislativa en cuanto órgano de representación popular.

En una magistral obra, al analizar la invención norteamericana de la *Judicial Review* y su papel central en el sistema, García de Enterría,² dice que:

El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas del sistema.

Señala García de Enterría, una de las cumbres del pensamiento jurídico europeo, que esta concepción de la Constitución es ella misma la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del derecho. Está bien establecido que esta concepción incorpora —dice—, por una parte, la tradición del derecho natural en su versión puritana y laica, la de Locke, como *lex legum* y como *lex inmutabile*.

Paraguay sigue el sistema austriaco, el “sistema concentrado” creación kelseniana, frente al sistema americano, el “sistema difuso”. En el sistema americano cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, lo que no ocurre en los Estados europeos, reacios, en un principio, hasta después de la Segunda Guerra Mundial, a otorgar tanto poder a los tribunales. En el sistema concentrado, sólo tiene competencia un tribunal de cúpula del Poder Judicial o una Corte especial. Para tener cabal entendimiento del problema se requiere un análisis más extenso. Estas páginas, apenas, son una aproximación al tema. La supremacía normativa de la Constitución influyó para la creación del órgano llamado Tribunal Constitucional en los países europeos, cuya competencia será declarar la inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el Parlamento. En el sistema “concentrado” se establece un único órgano competente, y ningún otro puede asumir este papel. En algunos casos, cuando la Cons-

² García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981.

titución no crea el Tribunal Constitucional, la competencia se reserva a una Sala de la Corte Suprema de Justicia. Es un tribunal de máxima jerarquía. Esta cuestión ha llevado a una verdadera revisión de la doctrina roussoniana, de la *infabilidad del Parlamento*, la expresión de la *voluntad general*. La teoría del derecho político avanzará enormemente con la introducción de la idea de la *voluntad general* de Rousseau.

Enseña Colomer Viadel,³ en la prestigiosa Universidad de Valencia, España, que:

La culminación de este proceso para garantizar la supremacía de la Constitución va a ser el papel de los jueces como vigilantes de la intangibilidad constitucional. Este creciente control constitucional por la judicatura encontrará sólo dos escollos, uno insalvable y el otro poco a poco superado. El primero es la doctrina inglesa de la omnipotencia del Parlamento, capaz incluso de juzgar, sin previa ley. El otro está representado por la idea francesa —hija de la Revolución de 1789— de la ley como expresión de la voluntad general o emanación del pueblo soberano. De acuerdo con esta interpretación, como ha señalado Francois Luchaire, la ley era infalible y omnipotente, y por tanto, no era posible el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Pero esta ficción se ha debilitado hasta prácticamente desvanecerse en la actualidad.

El principio de supremacía de la Constitución, dice José Afonso Da Silva,⁴ requiere que todas las situaciones jurídicas se conformen con los principios y preceptos de la Constitución: “*Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, nao se satisfaz apenas com a actuacao positiva de acordo com a constituicao. Exige mais, pois omitir a aplicacao de normas constitucionais, quando a constituicao assim a determina, também contitui conduta inconstitucional*”. El conocido autor brasileño explica que el fundamento de la inconstitucionalidad está en el hecho de que el principio de supremacía de la Constitución resulta de la *compatibilidad vertical* de las normas de ordenación jurídica de un país, en el sentido de que las normas de grado inferior solamente valdrán si fueren compatibles con las normas de grado superior, que es la Constitución. Las que no fueren compatibles con ella son inválidas, pues la incompati-

³ Colomer Viadel, Antonio, *Constitución, Estado y democracia en el umbral del siglo XXI*, Valencia, 1995, p. 25.

⁴ Da Silva, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, 18a. ed., Sao Paulo, 2000, p. 48.

bilidad vertical se resuelve en favor de las normas de grado más elevado, que funcionan como fundamento de validez de las inferiores. La Constitución brasileña de 1988, explica Da Silva y también Bandeira de Mello,⁵ establece que la acción directa de inconstitucionalidad puede ser *por acción* o *por omisión* y que dicho control es jurisdiccional, combinando los criterios difusos y concentrado, siendo de competencia del Supremo Tribunal Federal. Clemerson Merlin Clève⁶ tiene un concepto muy claro sobre la inconstitucionalidad. Sostiene Clemerson que conviene precisar la noción de inconstitucionalidad y ofrecer un panorama al respecto de su topología, es decir, de los tipos de inconstitucionalidad. Afirma que la doctrina acostumbra definir como inconstitucional un acto normativo cuyo contenido o cuya forma se contraponen, de modo expreso o implícito, a lo contemplado en el dispositivo constitucional. “*E a lei (em sentido formal ou material) em relacao imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionales*”, sigue afirmado Clemerson, citando a Regina María Macedo Nery Ferrari y José Horacio Meirelles Teixeira.

2. La inconstitucionalidad en Paraguay

En Paraguay, la Constitución de 1967 introduce el control de constitucionalidad de las leyes y disposiciones jurídicas. El artículo 200 decía:

La Corte Suprema de Justicia tendrá facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución, en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Corte Suprema de Justicia, y por excepción en cualquier instancia, y se elevarán sus antecedentes a dicha Corte. El incidente no suspenderá el juicio, que proseguirá hasta el estado de sentencia.

Durante la vigencia de esta ley fundamental, no se dictó la ley reglamentaria. No obstante, el precepto tuvo aplicación, en virtud de la última parte del artículo 80 de la citada Constitución, que determinaba que “la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar

⁵ Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de direito administrativo*, 12a. ed., Sao Paulo, 2000, p. 357.

⁶ Clémerson Merlin Clève, *A fiscalizacao abstracta da constitucionalidades no direito brasileiro*, 2a. ed., Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 37 y 38.

ningún derecho o garantía”. El vacío legal fue llenado por la propia Corte Suprema de Justicia, que en alguna medida tuvo que hacerlo en forma pretoriana.

Con anterioridad a la Constitución de 1967, sólo por vía de interpretación podía entender el Tribunal Superior de Justicia en materia de inconstitucionalidad. Era una potestad legal cuando aún no había una consagración constitucional. El artículo 44, inciso 2 de la Ley 325, del 23 de noviembre de 1918, Ley Orgánica de los Tribunales, facultaba al Tribunal Superior de Justicia (Corte Suprema de Justicia a partir de la Constitución de 1940) a conocer por vía de apelación y nulidad de las sentencias definitivas de los tribunales de apelación en los casos siguientes:

De las que recaigan en un litigio en que se haya cuestionado, desde primera instancia, la validez de un tratado, ley, decreto o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución, quedando excluidos de este recurso la interpretación o aplicación que los tribunales hicieron de los Códigos Civil, Penal, Comercial y Procesal.

La Ley 325 del 1918 quedó derogada, expresamente, por la Ley 879 del 2 de diciembre de 1981, que establece el Código de Organización Judicial.

3. *El sistema constitucional vigente*

A. *El Poder Judicial*

La Constitución vigente de 1992 establece la estructura y la organización del Estado paraguayo con los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro, ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del poder público. La dictadura está fuera de la ley.

El Poder Judicial es el custodio de la Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan la Constitución y la ley.

El artículo 248 garantiza la independencia del Poder Judicial. “Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso.” En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, po-

drán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en la Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

La propia Constitución establece las sanciones para los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados: quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley.

El artículo 2o. del Código de Organización Judicial (Ley 879/81), modificado por el artículo 1o. de la Ley 963/82, establece que el Poder Judicial será ejercido por: “la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Cuentas, los tribunales de apelación, los tribunales de apelación de menores, los juzgados de primera instancia, los juzgados tutelares y correccionales de menores, la justicia letrada en lo civil y comercial, los juzgados de instrucción en lo penal, los jueces árbitros y arbitradores, y los jueces de paz”.

El nuevo Código Procesal Penal (Ley 1286/98) de la República de Paraguay, determina los tribunales competentes para aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Este Código Procesal Penal introduce el juicio oral y público. De algún modo modifica el artículo 2o. del Código de Organización Judicial, en cuanto a la estructura de los órganos de la jurisdicción penal. Dice el artículo 38, “Órganos”, lo siguiente: “Serán órganos jurisdiccionales, en los casos y formas que las leyes determinan: la Corte Suprema de Justicia, los tribunales de apelación, los tribunales de sentencia, los jueces penales, los jueces de ejecución y los jueces de paz”.

B. La Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia es el más alto tribunal de la República de Paraguay. La Corte estará integrada por nueve miembros. Se organiza en salas, una de las cuales será constitucional. Elige de su seno, cada año, a su presidente. Sus miembros llevan el título de ministros. Son requisitos para integrar la Corte Suprema de Justicia: tener nacionalidad

paraguaya natural, haber cumplido treinta y cinco años, poseer título universitario de doctor en derecho y gozar de notoria honorabilidad. Además, haber ejercido efectivamente durante el término de diez años, cuanto menos, la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o sucesivamente (artículo 258 de la Constitución).

Si analizamos detenidamente el artículo 258, que se refiere a la integración y los requisitos para integrar la Corte Suprema de Justicia, sorprende la falencia del mismo. El requisito esencial es poseer el título universitario de doctor en derecho y gozar de notoria honorabilidad. Al parecer, la Constitución deja de lado un requisito elemental para ocupar el más alto cargo en la justicia paraguaya: *la versación en las ciencias jurídicas*. Es decir, una elemental condición para que el ciudadano que acceda al cargo posea realmente la idoneidad suficiente. Lo que se debió pretender, es que quienes detenten los cargos de jueces de la Corte Suprema sean juristas de reconocida experiencia, con una vasta formación intelectual y académica. Es archisabido que el título de doctor en derecho no acredita una profunda versación jurídica, ni elevada condición intelectual. Se debería dejar un tanto de lado el aspecto meramente formal, y realizar una selección de los mejores sobre la base de la formación intelectual y científica del candidato y, por supuesto, al perfil y vocación del mismo. Un respetado ponente de la Convención Nacional Constituyente que sancionó la Constitución de 1992, sostuvo la postura, no sin razón, que lo que debía primar en el integrante de la Corte es su conocimiento, experiencia y versación de las ciencias jurídicas y su condición intelectual. Hasta se refirió al aspecto psíquico del hombre. Por esta razón, proponía como requisito que el integrante debería poseer sólo el título de abogado y una calificada versación jurídica. La propuesta defendida en la Convención, es en el sentido de que existen abogados sin el título máximo de doctor en derecho o en ciencias jurídicas, pero que sin lugar a dudas tiene una formación más acabada que muchos doctores.

El artículo 259 establece los deberes y las atribuciones del más alto tribunal de la República de Paraguay:

Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

- 1) Ejercer la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial y decidir, en instancia única, los conflictos de jurisdicción y de competencia, conforme con la ley;

- 2) Dictar su propio reglamento interno. Presentar anualmente una memoria sobre las gestiones realizadas, el estado y las necesidades de la justicia nacional a los Poderes Ejecutivo y Legislativo;
- 3) Conocer y resolver en los recursos ordinarios que la ley determine;
- 4) Conocer y resolver, en instancia original, los *corpus corpus*, sin perjuicio de la competencia de otros jueces y tribunales;
- 5) Conocer y resolver sobre inconstitucionalidad;
- 6) Conocer y resolver en el recurso de casación, en la forma y medida que establezca la ley;
- 7) Suspender preventivamente por sí o a pedido del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por mayoría absoluta de votos de sus miembros, en el ejercicio de sus funciones, a magistrados judiciales enjuiciados, hasta tanto se dicte resolución definitiva en el caso;
- 8) Supervisar los institutos de detención y reclusión;
- 9) Entender en las contiendas de competencia entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos departamentales y entre éstos y los municipios, y
- 10) Los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución y las leyes.

C. *Las salas de la Corte*

La Ley 609 del 23 de junio de 1995, “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”, expresa que “la Corte Suprema de Justicia ejerce jurisdicción en toda la República y tiene su sede en la capital. Funciona en Pleno y por salas de acuerdo con la competencia que le asignan la Constitución, la ley y su reglamento interno”. La parte final de este artículo determina que la Corte queda organizada en tres salas, integradas por tres ministros cada una: la Sala Constitucional, la Sala Civil y Comercial, y la Sala Penal; sin perjuicio de lo dispuesto por esta ley sobre la ampliación de las salas.

D. *La Sala Constitucional*

Como podemos observar, la Constitución, artículo 259 inciso 5, atribuye a la Corte Suprema de Justicia “conocer y resolver sobre inconstitucionalidad”.

La Constitución, artículo 260, crea la Sala Constitucional y establece sus deberes y atribuciones, y en este sentido expresa:

Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: 1) Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) Decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento puede iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.

La Ley 609/95 determina las competencias de cada una de las tres salas. Como expresamos más arriba, la competencia de la Sala Constitucional está dada en la propia Constitución. No obstante, la ley que organiza el más alto tribunal de la República vuelve a repetir los términos constitucionales con cierta falta de prolijidad. Olvida reproducir la última parte del mandato constitucional e introduce el rechazo *in limine* y una conceptualización de la excepción de inconstitucionalidad. El artículo 11 de la ley repite textualmente el artículo 260, incisos 1 y 2, de la Constitución, que trata de los deberes y de las atribuciones de la Sala Constitucional. Agrega dos artículos más:

Artículo 12. Rechazo *in limine*. No se dará trámite a la acción de inconstitucionalidad en cuestiones no justiciables, ni a la demanda que no precise la norma constitucional afectada, ni justifique la lesión concreta que le ocasiona la ley. Acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria.

Artículo 13. Excepción de inconstitucionalidad. La Sala Constitucional tendrá competencia para conocer y decidir en las excepciones de inconstitucionalidad que se interpongan en cualquier instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo precedente y en las leyes procesales.

Es preciso señalar que el artículo 39 del Código Procesal Penal (Ley 1286/98), en alguna medida amplía la competencia de la Corte Suprema de Justicia. Esta disposición dice que:

Además de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, la Corte Suprema de Justicia será competente para conocer:

- 1) De la sustanciación y resolución del recurso extraordinario de casación;
- 2) De la sustanciación y resolución del recurso de revisión;

- 3) Del procedimiento relativo a las contiendas de competencia, y de la recusación de los miembros del tribunal de apelación;
- 4) De las quejas por retardo de justicia contra el tribunal de apelación, y
- 5) Las demás que le asignen las leyes.

E. *La Sala Civil y Comercial*

El artículo 14 de la Ley 609 prescribe la competencia de la Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia:

Son deberes y atribuciones de la Sala Civil y Comercial los siguientes: *a)* Conocer y decidir de las cuestiones de naturaleza civil y comercial que sean recurribles ante la tercera instancia, conforme con las disposiciones de las leyes procesales, y *b)* Revisar las resoluciones dictadas por los tribunales de apelación en lo laboral en los términos del artículo 37 del Código Procesal del Trabajo.

F. *La Sala Penal*

El artículo 15 de la mencionada Ley 609 establece la competencia de la Sala Penal:

Son deberes y atribuciones de la Sala Penal los siguientes: *a)* Conocer y decidir las cuestiones de naturaleza penal, correccional y tutelar del menor que sean recurribles por ante la tercera instancia, conforme con las disposiciones de las leyes procesales; *b)* Revisar las resoluciones dictadas por las salas del Tribunal de Cuentas; *c)* Supervisar los institutos de detención y reclusión, sin perjuicio de la competencia de la Corte en Pleno; *d)* Conocer y decidir sobre los pedidos de extradición, por vía de revisión en los casos previstos en la legislación penal; *e)* Elevar dictamen al Pleno de la Corte para que ésta informe al Poder Ejecutivo sobre los casos previstos en el artículo 238, inciso 10 de la Constitución; *f)* Conocer y decidir de las sentencias de los tribunales de apelación que impongan penas de penitenciaría de quince o más años, las que no causarán ejecutoria sin el pronunciamiento de esta Sala, y *g)* Conocer y resolver, en instancia original, los *corpus corpus*, sin perjuicio de la competencia de otros jueces.

Por lo tanto, la Sala Constitucional es la única que tiene jerarquía constitucional. Las demás son organizadas por determinación legislativa.

4. *Derecho procesal constitucional*

Ahora bien, ¿cual es el Código o la Ley Procesal por la que debe tramitarse la impugnación de inconstitucionalidad? Como veremos más adelante, se sigue todavía con el Código Procesal Civil, como si la jurisdicción constitucional fuera una cuestión del derecho privado, desconociéndose el carácter público del derecho constitucional. La cuestión se tratará en los párrafos que siguen.

El Código Procesal Civil de la República, Ley 1.337 del 4 de noviembre de 1988, que entró en vigencia al año de su promulgación, establece un proceso especial en el libro IV, “De los juicios y procedimientos especiales”, para la jurisdicción constitucional. El título I de la impugnación de inconstitucionalidad contiene dos capítulos: el capítulo I se refiere a la impugnación por vía de excepción, y el capítulo II a la impugnación por vía de acción. El título II del libro IV se refiere al juicio de amparo. Como puede observarse, existe una doble falencia en esta materia. Por un lado, una cuestión tan importante como el enjuiciamiento constitucional se legisla en un Código Procesal Civil, cuyas disposiciones se aplican a los procesos que deben sustanciarse ante los jueces y tribunales de la jurisdicción civil y comercial. Son litigios del derecho privado. En segundo término, el juicio de constitucionalidad se tramita por medio de normas procesales del derecho privado, y lo que es objetable, se le ubica entre institutos que corresponden al derecho civil. Estas observaciones no tienen el propósito de desmerecer el gran esfuerzo y valor de la codificación del derecho procesal civil, una obra de envergadura. Pero ha llegado el momento de ubicar el proceso constitucional conforme a su verdadera naturaleza jurídica. No obstante, debemos reconocer que, a falta de ley reglamentaria, las normas pertinentes del Código Procesal Civil cumplieron y cumplen una innegable utilidad.

Creemos que esta situación procesal debería subsanarse con el dictado de una ley de enjuiciamiento constitucional, que regule el proceso básico para lo constitucional. La impugnación de inconstitucional, así como el amparo constitucional, deben ser objeto de una ley especial, diferente a las que regulan los procesos civiles y comerciales. Se trata de la tutela jurisdiccional de principios fundamentales en el ordenamiento jurídico de la República. El proceso constitucional guarda estrecha relación con la defensa de la propia Constitución, la democracia, las garantías procesales y el Estado de derecho. Si bien en Paraguay, la Sala Constitucional

de la Corte Suprema de Justicia ejerce la tutela jurisdiccional de la Constitución, los efectos de sus pronunciamientos deben tener la eficacia de un Tribunal Constitucional. A esta Sala le está reservada la tutela de la Constitución, función de suma importancia para la vida institucional del país. Por esta enorme y vital importancia, en la vida de las naciones, se ha dado en llamar al Tribunal Constitucional el *Tribunal de la Libertad*.

Como bien explica Mendonca⁷ —uno de los primeros catedráticos que con profundidad ha escrito sobre el tema en el país—, el fundamento al que responde el control jurisdiccional de constitucionalidad se debe al principio de supremacía de la Constitución. La Constitución deja de ser, apenas, una carta programática o un canto lírico para pasar a constituir una norma de primer orden y jerarquía, a cuya aplicación directa están obligados los jueces y tribunales. Las Constituciones de las monarquías absolutas sólo regulaban la organización del Estado, dejando al antojo del gobernante el reconocimiento de una carta de derechos fundamentales. Era un sistema donde la Constitución no tenía aplicación directa. Mendonca dice que:

Mediante la Constitución y el establecimiento de su primacía, se logra que las leyes converjan hacia ella, en una radical exigencia de compatibilidad. Mediante ella la comunidad puede conocer en grandes líneas sintéticas el derecho básico que regula su existencia, con la seguridad de que el mismo no será inopinadamente transformado, bajo pena de invalidez de las normas que lo pretenden. Así pues, mediante ella, el derecho adquiere un mínimo grado de estabilidad y un mínimo grado de coordinación, indispensables para su propia vida y para la vida normal de la sociedad que rige.

Hoy, la corriente doctrinaria del derecho público, que prevalece y no ofrece reparos, sustentado por insignes autores, afirma la necesidad de un proceso constitucional singular. No es posible pretender seguir el arcaico esquema iusprivatístico, en el que la actuación de pretensiones fundadas en normas de derecho constitucional sean tramitadas en procesos no constitucionales. El juicio o proceso ante un Tribunal Constitucional (en Paraguay, ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia), tiene su propia naturaleza jurídica. Debe constituir un proceso especial, autónomo. El Código Procesal Civil, elaborado para las relaciones jurídi-

⁷ Mendonca, Juan Carlos, *Inconstitucionalidad*, Asunción, Aspectos Procesales, 1983, p. 3.

cas del derecho privado, no es el más idóneo para reglar la inconstitucionalidad, mientras hace ya tiempo se acepta, universalmente, el carácter público del derecho procesal constitucional. En este proceso se revisa la actuación del Estado, sus órganos y agentes; está en juego “el mantenimiento de la justa paz comunal”, sostiene González Pérez⁸ en una estu-penda obra sobre la materia, y agrega:

Los procesos de los que conoce el Tribunal Constitucional tienen por objeto pretensiones fundadas en normas constitucionales. Ésta es la nota común a todos ellos. La materia litigiosa es constitucional. Las normas invocadas son normas de derecho constitucional. Ahora bien, partiendo de esta norma común en los ordenamientos jurídicos y, concretamente, en el ordenamiento español, se suelen regular dos tipos de proceso constitucional: uno, cuyo objeto son pretensiones de inconstitucionalidad dirigidas a impugnar leyes contrarias a la Constitución; otro, cuyo objeto son pretensiones de amparo de garantías individuales. Y, además, se le atribuyen otras competencias, que dan lugar a actuaciones de muy distinta naturaleza (artículo 161 de la Constitución y artículo 2o. de la LOTC).

Bidart Campos⁹ afirma que en forma muy vinculada con la jurisdicción constitucional ha tomado curso y adquirido crédito el llamado “derecho procesal constitucional” o derecho constitucional procesal, que sintéticamente es el que regula el proceso constitucional, y que tiene como objeto la materia constitucional.

En otros términos, la materia sometida a la jurisdicción constitucional en el proceso constitucional es constitucional, y las normas en juego —tanto las de fondo que rigen la causa, cuanto las de forma que rigen el procedimiento— son constitucionales (las últimas, cuando menos, lo son en sentido material, aunque acaso no estén contenidas en la constitución formal). El derecho procesal constitucional sobresa en los sistemas donde la jurisdicción constitucional es concentrada, o sea, donde hay una magistratura constitucional; pero no está ausente ni empalidece allí donde el sistema es —como en Argentina— difuso.

Dice Bidart Campos que las vías procesales que suscitan control de constitucionalidad, por ejemplo, hacen parte del derecho procesal consti-

⁸ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, p. 44

⁹ Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, 1987, pp. 259 y 260.

tucional, tanto si la vía es directa (acción o demanda) cuanto si es incidental o directa. Incluye el autor al recurso extraordinario de su país y a los juicios de *hábeas corpus* y de amparo; las garantías de debido proceso, etcétera.

Sagués¹⁰ enseña desde hace tiempo sobre el control de constitucionalidad en Argentina y la magistratura y procesos constitucionales. La mayoría de sus estudios sobre las garantías constitucionales están elaborados desde la perspectiva del derecho procesal constitucional. Para Sagués, la disciplina del derecho procesal constitucional se ocupa de la magistratura constitucional, integrada por los órganos cuya misión es tutelar la supremacía de la Constitución, y por los procesos y recursos constitucionales, que son los procedimientos programados para instrumentar tal supremacía. Las dos piezas indicadas (magistratura y procesos constitucionales) “son indispensables para asegurar la superioridad de la Constitución. De nada sirve ésta si no hay trámites adecuados para reprimir la violación de su jerarquía, y si no existen órganos capacitados y con voluntad para efectivizar esa supremacía”.

El maestro Héctor Fix-Zamudio nos ilustró con una visión muy completa sobre la expansión del proceso constitucional en el mundo, tras la Segunda Guerra Mundial, con “veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965 (México 1968)”.

La impugnación de inconstitucionalidad viene a constituir un medio poderoso de control del poder. Esa lucha por el poder, lucha contra el poder y lucha en el poder, que con tanta claridad estudia Valadés,¹¹ coincide con nuestro punto de vista cuando el prestigioso autor dice que “lo que en el fondo se agita es la preocupación secular por evitar los excesos de poder, bajo cuyos efectos ha vivido la humanidad durante la mayor parte de su historia”. Valadés afirma que “independientemente de las expresiones que se utilicen, y de las contradicciones semánticas que suponga, separar los poderes o controlar el poder es una necesidad para la subsistencia de la libertad. Tanto mayor sea la órbita de influencia del poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva, y viceversa”.

Ninguno de los poderes del Estado debe estar libre del control del poder. No sólo hablamos del poder que ejerce el Ejecutivo, como función

¹⁰ Sagués, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1993, ts. I y II, p. 227.

¹¹ Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, UNAM, 2000.

de gobierno, sino también del Poder Judicial y del Poder Legislativo. La dictadura judicial es más peligrosa que la del gobierno ejecutivo, pues la ejerce en nombre de la ley. La dictadura de los fiscales, jueces y tribunales puede conducir a un pueblo a una verdadera situación de terror. No hay defensa contra las arbitrariedades judiciales, cuando ellas están revestidas de las formalidades rituales de sus potestades procesales.

El título II, capítulo XII, artículos 131, 132, 133, 134 y 135, de la Constitución paraguaya consagra las garantías constitucionales. La Constitución no sólo es una carta de derechos sino esencialmente de garantías para la defensa y ejercicio de esos derechos. La Constitución enumera las garantías para hacer efectivos los derechos consagrados por la Constitución, a saber: 1) la inconstitucionalidad; 2) el *hábeas corpus*; 3) el amparo, y 4) el *hábeas data*.

La ley reglamentaria de estas garantías, que la Constitución ordena, deberá conducirnos hacia una ley básica o ley orgánica de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Esa ley debería regular el proceso constitucional. Será la oportunidad para excluir del Código Procesal Civil materias como la impugnación de inconstitucional y el juicio de amparo. Ambos institutos son materia del derecho público. Las normas del Código Procesal Civil han sido, técnicamente, muy bien concebidas, cuyo proyectista, Juan Carlos Mendonca, es uno de los juristas más sólidos de Paraguay. Empero, estas normas de los juicios y procedimientos especiales deberían ser transferidas a la Ley de Enjuiciamiento Constitucional. El procedimiento puede iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte; las normas reguladoras del procedimiento de *hábeas corpus*; la acción o recurso de amparo constitucional; y el procedimiento del *hábeas data* debería integrar la Ley Procesal Constitucional.

Ésta y otras más, que enunciaremos en otro estudio, son las razones, por demás valederas, para modificar y corregir la Ley 609/95. “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”. Dicha ley, al situar fuera de la competencia de la Sala Constitucional la materia contenciosa-administrativa, ha desubicado de su ámbito procesal natural las garantías contenidas en nuestra ley fundamental, para hacer efectivos los derechos consagrados por la misma.

II. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Nociones generales*

Uno de los derechos fundamentales del ciudadano, del particular frente al Estado, es el de impugnar los actos administrativos cuando le producen una lesión o daño, cualquiera sea el origen, la administración nacional, departamental o municipal; inclusive cuando excepcionalmente están dictados por la Corte Suprema de Justicia o las Cámaras Legislativas. Las garantías e intereses de los administrados deben ser tutelados por los tribunales, por una jurisdicción especial denominada *contenciosa administrativa*. Por la formación de nuestros jueces, nos inclinamos hacia el sistema continental europeo, frente al sistema inglés. La complejidad de la actuación de la administración exige especialización de funciones.

Señala Brewer-Carías,¹² que:

La jurisdicción contencioso-administrativa debe verse básicamente como un instrumento judicial destinado a asegurar la protección del administrado frente a la administración y contra las arbitrariedades de los funcionarios, y no como un instrumento judicial para proteger a la administración frente a los ciudadanos. Por ello, se impone la revisión de muchos aspectos del contencioso-administrativo, a los efectos de que se convierta en un efectivo instrumento para la reducción de las prerrogativas de la administración frente a los ciudadanos, de manera que la regla sea el control de la misma y lo excepcional sean las prerrogativas que pueda invocar.

El sistema español ha establecido normas muy claras y precisas sobre el Poder Judicial y el ejercicio de la potestad jurisdiccional. La Ley Orgánica 6/1985, del 1o. de julio, se ha dictado en desarrollo del título VI de la Constitución española con la finalidad de cumplir los mandatos insertos en la misma. La exposición de motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, del 27 de diciembre de 1956, expresa que el “texto legal configura la jurisdicción contencioso-administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la administración pública, sujetos al derecho administrativo”.

¹² Brewer-Carías, Allan R., “Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la administración. *Liber amicorum*”, *Homenaje al profesor José Muci-Abraham*, Caracas, 1994, p. 331.

El proceso ante la jurisdicción contenciosa-administrativa no es de casación, sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional. Ésta es también la opinión de Sindulfo Blanco¹³ al decir que: “En conclusión, a la luz de la normativa legal y constitucional vigente en el país, el grado atribuible a la Primera Sala equivale a un juzgado de Primera Instancia. El hecho de que sus decisiones puedan ser apeladas directamente ante la Corte Suprema de Justicia no puede ser motivo de alarma”.

El sistema paraguayo actual es judicialista, lo que implica que toda lesión de derecho administrativo, todo daño causado a un particular por el Estado, tiene la tutela de un tribunal competente dentro del Poder Judicial. Está concebido como una primera instancia, y se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, de naturaleza contradictoria e inquisitiva. El tribunal examina las pretensiones del demandante que impugna una resolución administrativa previa, por cuya razón se trata de una acción y de un recurso a la vez. La jurisdicción tiene una función revisora, y el particular puede aducir en esta vía para obtener la declaración de nulidad de los actos ilegítimos de la administración.

La Constitución paraguaya, artículo 265, primera parte, dice: “Se establece el Tribunal de Cuentas. La ley determinará su composición y su competencia”. La mayoría de los integrantes de la Asamblea Constituyente de 1992 no han comprendido la función ni el papel del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, con esta vaga, estéril y neutra redacción. Lo grave del caso es que el Congreso puede dictar una ley, a la vista del texto constitucional, mediante la que se determine una competencia diferente a la que actualmente tiene el Tribunal de Cuentas. Por ejemplo, puede establecer que el Tribunal de Cuentas tendrá competencia en asuntos deportivos o en cualquier otra materia que no tenga relación alguna con lo contencioso-administrativo. La ley sería constitucional desde el momento en que el único marco que pone límites a las potestades legislativas es la propia Constitución. La Asamblea Constituyente cometió un craso error, en estas circunstancias, al “desjerarquizar” o suprimir la competencia del Tribunal de Cuentas, que ya la Constitución de 1967 le había adjudicado, dejándole a la deriva, a los vaivenes de la legislación. Se desaprovechó también la magnífica oportunidad de avanzar, y corregir la denominación de “Tribunal de Cuentas”, de la Constitución de 1940 y la de 1967, sustituyéndola por la de *Tribunal de lo Contencioso-Administrativo*.

¹³ Blanco, Sindulfo, Tesis sobre “Jurisdicción contencioso-administrativa”, Asunción, 1944, p. 61

El artículo 85 de la Constitución de 1940 determinaba que: “El Tribunal de Cuentas entenderá en los juicios de lo contencioso administrativo y en el examen y aprobación de las cuentas de inversión del dinero público”. La Constitución de 1967, artículo 203, decía que:

El Tribunal de Cuentas será dividido en dos salas. La primera tendrá competencia exclusiva en los juicios contencioso administrativos; la segunda, en el control de las cuentas de inversiones del Presupuesto General de la Nación, sobre cuya ejecución informará anualmente al Poder Ejecutivo y a la Cámara de Diputados. La ley podrá ampliar sus atribuciones.

La Ley 879, del 2 de diciembre de 1981, modificada por la Ley 963, del 26 de noviembre de 1982, y recientemente por la Ley 2248/03, que sanciona el Código de Organización Judicial, artículo 30, determinaba que:

El Tribunal de Cuentas se compone de dos salas, integrados por no menos de tres miembros cada una. Compete a la primera entender en los juicios contencioso-administrativos en las condiciones establecidas por la ley en la materia; y a la segunda el control de las cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación, conforme a lo dispuesto en la Constitución.

Pero, he ahí que la Constitución vigente de 1992 nada dispone, pues deja al Tribunal de Cuentas al arbitrio de lo que el legislador pueda entender sobre la materia, lo que vuelve la existencia y la competencia del Tribunal de Cuentas en extremo azarosa.

La Sala del Tribunal de Cuentas, a la que compete entender en los juicios contencioso administrativos, tiene apenas un soporte legal, el artículo 30 de la Ley 879/81 del Código de Organización Judicial y la Ley 2248/03. La Constitución paraguaya abandonó a la jurisdicción contenciosa administrativa. Al no darle función y competencia específica, le descendió de la jerarquía constitucional a la simple jerarquía legal. Pues como expresé, la ley, en el futuro, puede darle una competencia que no sea la propia de lo contencioso-administrativo. De ahí el peligro de su supresión por vía legislativa.

La terminología que emplea la Constitución no es la más acertada. Se trata de un recurso y acción a la vez, de acuerdo a la Ley 1462/35. Recurso, por cuanto se interpone contra una resolución o acto administrativo previo, y acción, porque se puede aducir, y el tribunal tiene la más amplia potestad de revisar la legalidad de los actos administrativos im-

pugnados. La denominación más apropiada para este órgano jurisdiccional es “Tribunal de lo Contencioso-Administrativo”, o “Sala de lo Contencioso-Administrativo”. La denominación “Tribunal de Cuentas” sería acertada cuando se refiera a una Sala de Control de las Cuentas de Inversión del Tesoro Público, que no ejerce funciones jurisdiccionales. Pero en este lugar, también se nos planteaba un conflicto que exigía solución legislativa inmediata. Afirmamos antes de la promulgación de la Ley 2248/03 que la Sala de Control del Tribunal de Cuentas debía, forzosamente, ser suprimida, pues invadía la esfera de competencia de la Contraloría General de la República. Pangrazio,¹⁴ en un valioso estudio, al comentar la Constitución de 1992, llega a la misma conclusión, cuando dice que:

La legislación comparada nos señala que el Tribunal de Cuentas es designado con propiedad en otros países con el nombre de Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. La tendencia actual es reservar la instancia judicial para los casos controvertidos en sede del Tribunal de Cuentas o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. La aprobación de las cuentas de inversión del dinero público se reserva a la instancia administrativa a cargo de la Contraloría General de la República para evitar superposiciones de funciones.

Alberto Ramón Real,¹⁵ tempranamente desaparecido, en una ponencia sobre la solución constitucional tradicional uruguaya y el contencioso administrativo, presentado al II Congreso Brasileiro de Direito Administrativo de 1976, sintetizó la naturaleza de la justicia administrativa:

1) Es necesaria la existencia de una justicia administrativa especializada en los litigios administrativos, integrada por jueces que, además de una sólida formación jurídica en derecho público, tengan conocimientos amplios de ciencia de la administración y de las exigencias prácticas de la vida administrativa.

2) Es igualmente posible organizar una buena justicia administrativa como parte del Poder Judicial tradicional latinoamericano (de inspiración estadounidense), o como entidad funcionalmente autónoma, prevista en la Constitución y regulada por leyes especiales.

¹⁴ Pangrazio, Miguel Ángel, *Tratado de derecho público*, Asunción, 1996, p. 509.

¹⁵ Real, Alberto Ramón, *La codificación del derecho administrativo general en Alemania Federal*, Montevideo, 1978.

Refiere Real que esta última solución, que era la uruguaya vigente en ese momento, recibió el caluroso apoyo del ilustre profesor portugués Marcelo Caetano.

El proyecto de Ley de Administración Pública, denominado Código Administrativo por la Cámara de Diputados, regla el procedimiento contencioso-administrativo. El proyecto regula la materia contenciosa administrativa y las materias excluidas de dicha jurisdicción. Creemos que deben estar excluidas de la jurisdicción contencioso administrativa, las siguientes:

- Las cuestiones de derecho laboral y penal del fuero común u ordinario, salvo que se trate de sanciones administrativas y las resoluciones de la Dirección del Trabajo del Ministerio de Justicia y Trabajo en general.
- Las cuestiones de inconstitucionalidad cuyo conocimiento compete a la Corte Suprema de Justicia. Planteada la inconstitucionalidad por vía de excepción con la demanda contencioso-administrativa se elevarán sus antecedentes a la Corte, para lo cual el interesado presentará copias de las piezas pertinentes. El trámite de la demanda contencioso-administrativa proseguirá entonces hasta el estado de sentencia, a las resultas de la que dicte la Corte Suprema de Justicia.

Las materias incluidas deberían ser las siguientes:

- a) La aplicación de los reglamentos por las autoridades administrativas en las materias de la Dirección General del Trabajo.
- b) Los contratos de la administración en general. El tribunal aplicará el derecho administrativo a los actos administrativos de intervención de la administración en la ejecución del contrato y el derecho común a las demás cuestiones de índole puramente contractual.
- c) Las cuestiones relativas a funcionarios y reclutados, no a los contratados, salvo en la parte del derecho administrativo aplicable a estos últimos. Si en un mismo caso están involucradas cuestiones laborales y administrativas, prevalecerá el fuero de estas últimas.
- d) Los actos discrecionales y actos de gobierno sólo en cuanto incurran en extralimitación o desviación de poder.

2. *La justicia administrativa. Error de la Ley 609/95*

El artículo 127 de la Constitución prescribe que toda persona está obligada al cumplimiento de la ley. La segunda parte del artículo expresa que “la crítica a las leyes es libre, pero no está permitido predicar su desobediencia”. Nuestra intención es, sin lugar a dudas, cuando incursionamos en la crítica de alguna norma o sistema legal, colaborar para subsanar sus defectos y corregir sus errores. La cátedra me permite hacerlo con objetividad y con mayor autoridad científica, que el hombre común. No porque desprecie la opinión del hombre común, que también es importante y vital, sino por la simple razón de que la cátedra me ha convertido en disciplinado y eterno estudiante, y a la vez estudioso del derecho público y de las ciencias políticas. Siempre he defendido el derecho constitucional de *libertad de crítica a las leyes* en el ámbito académico, en actitud independiente o desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de Asunción, que tuve el honor de presidir.

En este sentido, debo manifestar que la Ley 609/95. “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”, contiene serios errores, como cuando desconoce la naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa. La justicia administrativa, en un Estado de derecho, es irremplazable, no puede discutirse su importancia. En los regímenes autocráticos se ha tratado de disminuir su importancia, precisamente, con el objeto de que la administración no tenga un control jurisdiccional independiente e imparcial. El totalitarismo le teme al control jurisdiccional en materia contencioso administrativa. El principal pilar de un Estado democrático de derecho es el principio de legalidad que la Constitución garantiza. Toda la administración debe estar subordinada a la ley, comprendiendo en el vocablo ley a la *Constitución*, la *ley formal* dictada por el Congreso y la *ley material* o los *reglamentos* del Poder Ejecutivo y sus órganos. La jurisdicción contencioso-administrativa tiene como objetivo garantizar la calidad y transparencia de la actuación administrativa. Todo el cúmulo de conflictos y pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la administración pública es de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su importancia, por lo tanto, no se discute. Sin embargo, la Ley 609/95. “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”, prácticamente olvida la jurisdicción contencioso-administrativa. La Constitución, en un sólo inciso, perdido, lo menciona. En efecto, el legislador dictó la Ley 609/95, cumpliendo un mandato constitucional, inserto en el artículo 258, que ordena que la

Corte Suprema de Justicia se organice en salas, una de las cuales será constitucional. Dicha ley organiza la Corte en tres salas, que son: la Sala Constitucional, la Sala Civil y Comercial, y la Sala Penal. El artículo 15, inciso *b*, de la ley en cuestión, dice: “Competencia. Son deberes y atribuciones de la Sala Penal los siguientes: *b*) Revisar las resoluciones dictadas por las salas del Tribunal de Cuentas”.

Por lo que se observa, la ley envía a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia las revisiones de las resoluciones de la Primera y la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas. Con esta determinación se rompe el principio de especialización de funciones. Se atribuye a la Sala Penal, por vía de apelación, las cuestiones que están regidas por el derecho administrativo, que en su esencia, es un derecho subconstitucional. La Sala Penal se ve obligada a revisar cuestiones, tangencialmente alejadas del derecho criminal, como constituye un conflicto contencioso-administrativo. El derecho administrativo es denominado subconstitucional, pues desarrolla los principios constitucionales. Sus lecciones encabezan preceptos de la Constitución. Dice García de Enterría¹⁶ que en el campo del derecho administrativo se articulan siempre poderes públicos y derechos privados, articulación que es el tema primario de la Constitución. Sostiene el maestro español, que “por ello ha podido decirse (Werner) que el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado, llevado a su aplicación última”. Ambas ramas integran el derecho público. Forman parte de un espacio jurídico, en el que los principios, doctrinas, normas y postulados, son aplicables e intercambiables para ambas disciplinas. Un básico conocimiento de lógica jurídica por parte del legislador, hubiera enviado el expediente a la Sala Constitucional y no a la Sala Penal. Pero lo más grave quizá sea la falta de precisión en el empleo del lenguaje técnico de la Ley 609/95. Confía a la Sala Penal “revisar las resoluciones dictadas por las salas del Tribunal de Cuentas. Con esta redacción podría interpretarse como que son recurribles ante la Corte Suprema no sólo las sentencias definitivas del Tribunal de Cuentas, Primera Sala (jurisdiccional), sino también los autos interlocutorios y las resoluciones de mero trámite dictados durante la sustanciación de la acción contencioso-administrativa. La ley debió precisar al máximo la acepción de cada palabra, teniendo en cuenta su alcance y significado.

¹⁶ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., nota 2.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia debió entender por vía de apelación y nulidad de las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Cuentas. Se deduce que se trata de sentencias definitivas dictadas por la Primera y la Segunda Sala, a las que competen entender en los juicios contencioso-administrativos. En la fecha de promulgación de la Ley 609/95, a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas competía el control de las cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación, pero ella no cumplía una función jurisdiccional sino de control del uso del dinero público, por lo que mal podía dictar sentencias definitivas, sin existir el debido proceso, con todas las garantías constitucionales. La razón es, a todas luces, obvia: en los juicios contencioso-administrativos se plantea la inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos, aplicados como motivación de los actos administrativos. Además es conocida la doctrina de la materia y una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que admite que el recurso contencioso-administrativo es comprensivo del de nulidad, del de apelación, del de ilegalidad, del de inconstitucionalidad, etcétera, “cualquiera fuese la causa constitutiva de la lesión sufrida por el agraviado”.

3. Yuxtaposición de funciones de la Contraloría General de la República y el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala

La Contraloría es un organismo del Estado, cuyos jefes superiores jerárquicos, el contralor y el subcontralor, son designados por la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta, de sendas ternas de candidatos propuestos por la Cámara de Senadores, con idéntica mayoría. Pueden ser separados del cargo por la Cámara de Senadores, previo juicio político, por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La Cámara de Diputados los designa, y la Cámara de Senadores los separa de sus cargos. La Contraloría es el órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos y de las municipalidades, en la forma determinada por la Constitución y por la ley. Entre los deberes y atribuciones que la Constitución, artículo 283, incisos 2 y 3, otorga al contralor general de la República se halla expreso “el control de la ejecución y de la liquidación del Presupuesto General de la Nación”, y el “control de la ejecución y de la liquidación de los presupuestos de todas las reparticiones menciona-

das en el inciso 1, como asimismo el examen de sus cuentas, fondos e inventarios”. Estas disposiciones de la primera ley de la República de Paraguay traían como consecuencia la duplicación de funciones entre el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, y la Contraloría. La Constitución, por lo tanto, deroga en forma tácita el artículo 30 del Código de Organización Judicial, en la parte que determina que a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas compete el control de las cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación, conforme a lo dispuesto en su texto. Sin esfuerzo en demasía, no es difícil interpretar lo dispuesto por la Constitución: crea un organismo estatal, independiente del Poder Judicial, para el control del uso del dinero público.

Ya en 1998, en una obra publicada, manifestamos esta enorme contradicción y yuxtaposición de funciones. Esta anomalía se ha corregido mediante la sanción de la Ley 2248/03 del 9 de octubre de 2003, que modifica el artículo 30 de la Ley 879 del 2 de diciembre de 1981, “Código de Organización Judicial”.

4. *Materia contencioso administrativa. Concepto*

Por razones de método y orden procesal, considero conveniente establecer como materia incluida que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, *los contratos de la administración...* Para ello, el Tribunal de Cuentas deberá aplicar el derecho administrativo a los actos administrativos en la ejecución del contrato, y el derecho común a las demás cuestiones de índole puramente contractual. Es necesario advertir que sólo los actos administrativos individuales pueden ser sometidos al Tribunal de Cuentas; sin embargo, por razones de economía procesal y de los fines de estos contratos, considero apropiado que se lleve a la jurisdicción contencioso-administrativa toda clase de contratos de la administración, por razones de conexidad, y para evitar los conflictos de competencia que obstaculizan a la justicia.

Hacemos las siguientes observaciones para la definición de la materia contencioso-administrativa:

- 1) Según la teoría que sostenemos, de que los contratos de la administración son contratos del derecho común, en cuya ejecución incide las facultades ejecutivas de la misma, en rigor sólo los actos de intervención que son actos unilaterales administrativos deben ser materia del juicio conten-

cioso-administrativo. No obstante, como que en un mismo contrato pueden surgir cuestiones acerca de dicha intervención y también respecto a estipulaciones puramente contractuales, se podría disponer que en estos casos prevalezca la jurisdicción contencioso-administrativa como fuero de atracción, por conexidad si se quiere. Con todo, pueden surgir dudas acerca de si existen realmente en el caso ocurrente los actos unilaterales de intervención de la autoridad administrativa o si son todas las cuestiones puramente contractuales, en cuyo caso correspondería la jurisdicción común y no a la contencioso-administrativa. Esta sola posibilidad basta para hacer incierta en ciertos casos la competencia del Tribunal de Cuentas, incertidumbre que es el peor escollo para una pronta administración de justicia.

2) Se puede, como lo hace la ley española siguiendo el sistema francés, incluir en la materia contencioso-administrativa los contratos “cuando tuviesen por finalidad obras y servicios públicos de toda especie”. Esta disposición comprende toda cuestión que surja acerca de las cláusulas contractuales aunque fueren del derecho común, pero dejan fuera de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas los actos administrativos de intervención de la autoridad en otros contratos que no sean de obras y servicios públicos, como los contratos de concesión de servicio público, suministro y empréstito.

3) Es también posible, cortando el problema por lo sano, llevar a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de litigios sobre toda clase de contratos de la administración, así sean los llamados “contratos administrativos” y los demás, e igualmente si se trata de cuestiones relativas a actos administrativos de intervención o de estipulaciones puramente contractuales como el pago de precio, por ejemplo.

Esta opción no contrariaba la prescripción de la Constitución de 1967, derogada por la vigente de 1992, que impedía sustraer de la competencia del Tribunal de Cuentas materias contencioso-administrativas, pero no prohibía atribuirle el juzgamiento de cuestiones civiles, que si no manifiestamente conexas pueden confundirse en la práctica con las administrativas.

El mismo sistema no comportará una innovación enteramente extraña en cuanto que la ley vigente sobre demandas civiles y comerciales prescribe la reclamación administrativa previa, para admitir la demanda con el requisito de un acto administrativo, excesivamente igual al requerido para la iniciación del juicio contencioso-administrativo.

El único inconveniente de esta alternativa sería el de recargar excesivamente la capacidad de trabajo del Tribunal de Cuentas, que con la organización actual no está, quizás, en condiciones de responder a la ampliación de sus funciones. En cualquier caso, hay que excluir de esta ampliación a los contratos de trabajo.

Coincidimos con la postura del conocido catedrático mexicano Alfonso Nava Negrete¹⁷ manifestada en una obra escrita con Narciso Sánchez Gómez sobre la *Justicia administrativa en México*, cuando afirma que:

Los tribunales administrativos de plena jurisdicción tienen amplias facultades jurisdiccionales para emitir sus sentencias, ya que pueden modificar o revocar el acto impugnado, precisar los términos en que ha de producirse el nuevo acto que sustituya; determinar el monto de la sanción aplicable a una persona física o moral; condenar el cumplimiento de una obligación o simplemente declarar la nulidad o validez de una resolución discutida; asimismo, disponen de medios de apremio para hacer cumplir sus determinaciones.

Pero hay algo esencial en la justicia administrativa, que se observa en toda controversia, en la litis. Es la presencia del Estado, en litigio con el particular o administrado. Su naturaleza está dada por el fenómeno en que está en juego la defensa del interés público, y por el otro, los derechos fundamentales del ciudadano. El eminente Jorge Fernández Ruiz expresa una de las razones de la existencia del Estado. Dice Fernández Ruiz¹⁸ que:

La historia del Estado y de sus relaciones con la sociedad y con el individuo es la reseña de un proceso dialéctico evidenciado en la transformación incesante del ente estatal y en el cambio continuo del conglomerado social que lo genera. Empero, en la crónica de esta perpetua mutación, se advierte una constante, representada por su protagonista de siempre: el hombre.

III. ANEXO

Para un mejor conocimiento del proceso, se transcribe como anexo una parte del libro IV del Código Procesal Civil del Paraguay, que trata de los

¹⁷ Nava Negrete, Alfonso y Sánchez Gómez, Narciso, *La justicia administrativa en México*, México, 2002.

¹⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, p. 1.

juicios y procedimientos especiales, el título I de la impugnación de inconstitucionalidad con sus capítulos I y II:

Capítulo I

De la impugnación por vía de excepción

Artículo 538. *Oportunidad para oponer la excepción en el proceso de conocimiento ordinario.* La excepción de inconstitucionalidad deberá ser opuesta por el demandado o el reconvenido al contestar la demanda o la reconvenición, si estimare que éstas se fundan en alguna ley u otro instrumento normativo violatorio de alguna norma, derecho, garantía, obligación o principio consagrado por la Constitución. También deberá ser opuesta por el actor, o el reconviniendo, en el plazo de nueve días, cuando estimare que la contestación de la demanda o la reconvenición se funda en una ley u otro acto normativo inconstitucional por las mismas razones. Este plazo se computará desde la notificación de la providencia que tiene por contestada la demanda o la reconvenición.

Artículo 539. *Traslado de la excepción y remisión a la Corte.* Promovida la excepción el juez dispondrá la formación de expediente separado, el cual estará integrado con las compulsas de las actuaciones cumplidas hasta el momento de la oposición inclusive, y dará traslado a la otra parte y al fiscal general del Estado, en este orden, por el plazo de nueve días, respectivamente. Contestados los traslados o vencidos los plazos para hacerlo, el juez remitirá sin más trámite dicho expediente a la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 540. *Allanamiento a la excepción.* Aun cuando la contraparte se allanare a la excepción, el incidente seguirá su curso. Al resolver, la Corte Suprema de Justicia impondrá las costas en el orden causado.

Artículo 541. *Desistimiento de la excepción.* En cualquier estado de la tramitación de incidente, el excepcionante podrá desistir del mismo.

Si el desistimiento se produjere en primera instancia, el juez dictará resolución poniendo fin al incidente y ordenando su archivo, sin perjuicio de la facultad que le confiere el artículo 18, inciso *a*, de este Código. Si se produjere ante la Corte Suprema de Justicia, ésta podrá hacer uso de su facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad.

Las costas serán siempre aplicadas al que desiste, salvo que fuese declarada de oficio la inconstitucionalidad, caso en que serán impuestas en el orden causado.

Cuando la excepción hubiese sido opuesta por el agente fiscal, podrá desistir de ella el fiscal general del Estado al corrérsele traslado de la misma.

Artículo 542. *Forma y contenido de la decisión.* La Corte Suprema de Justicia dictará resolución bajo la forma de sentencia definitiva, dentro de los treinta días de recibido el expediente. Si hiciere lugar a la excepción declarará la inconstitucionalidad de la ley o del instrumento normativo de que se tratare, y su consecuente inaplicabilidad del caso concreto. Cuando se tratare de interpretación de cláusula constitucional, la Corte establecerá su alcance y sentido.

Artículo 543. *Efecto de la excepción.* La interposición de la excepción no suspenderá el curso del proceso principal, que llegará hasta el estado de sentencia.

Artículo 544. *Del desistimiento, del allanamiento y de las costas en el principal.* Resuelta la excepción y notificada la sentencia, la parte perdedora podrá desistir, dentro del plazo de cinco días, de la demanda o reconvencción, o allanarse a ella, total o parcialmente, según el caso. Este plazo se computará a partir de la notificación de la providencia del “cúmplase”. No se requerirá para ello conformidad de la contraparte ni se aplicarán las costas del juicio.

Artículo 545. *Oportunidad para promover la excepción en segunda o tercera instancia. Trámite.* En segunda o tercera instancia el recurrido deberá promover la excepción al contestar la fundamentación del recurso, basado en las causas previstas en el artículo 538. El recurrente deberá hacerlo en el plazo de tres días, cuando estimare que en la contestación se haya incurrido en dichas causas. A los efectos del cómputo de este plazo, el Tribunal dispondrá que se notifique la contestación del recurso. Opuesta la excepción, regirán, en lo pertinente, las reglas previstas en los artículos precedentes.

Artículo 546. *Oportunidad para oponer la excepción en los juicios especiales.* En los juicios especiales de cualquier naturaleza, el accionado deberá oponer la excepción al contestar la demanda, o ejercer el acto procesal equivalente a la misma. El accionante deberá promoverla en el plazo de tres días, desde la notificación de la providencia que tenga por contestada la demanda o por ejercido del acto procesal equivalente.

Artículo 547. *Oportunidad para oponer la excepción en los incidentes.* El interesado deberá oponer la excepción al contestar el incidente; el incidentista deberá hacerlo en el plazo de tres días de notificada la contestación.

La promoción de la excepción en los incidentes no impedirá que prosiga el curso del principal. Sólo se suspenderá el pronunciamiento de la sentencia definitiva si se tratare de incidente que afecte el fondo y tenga reconocido carácter suspensivo. En los demás casos, el juez o tribunal podrá dictar sentencia definitiva, aun que la Corte no hubiese resuelto la excepción.

Artículo 548. *Notificación.* La interposición de la excepción deberá ser siempre notificada por cédula a la otra parte y al Fiscal General del Estado

en la forma prevista por este Código, salvo el caso de los juicios o actuaciones orales, en que se tendrá por notificada a la contraparte en el acto de audiencia.

Artículo 549. *Remisión.* En los juicios especiales y en los incidentes se aplicarán las reglas de este capítulo en lo pertinente.

Capítulo II

De la impugnación por vía de acción

Artículo 550. *Procedencia de la acción y juez competente.* Toda persona lesionada en sus legítimos derechos por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, los principios o normas de la Constitución, tendrá facultad de promover ante la Corte Suprema de Justicia la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por las disposiciones de este capítulo.

Artículo 551. *Imprescriptibilidad de la acción y su excepción.* La acción de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general es imprescriptible, sea que la ley, decreto, reglamento, u otro acto normativo de autoridad afecte derechos patrimoniales, tenga carácter institucional o vulnere garantías individuales. Cuando el acto normativo tenga carácter particular, por afectar solamente derechos de personas expresamente individualizadas, la acción prescribirá a los seis meses, contados a partir de su conocimiento por el interesado.

Artículo 552. *Requisitos de la demanda.* Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, el actor mencionará claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad impugnado, o, en su caso, la disposición inconstitucional. Citará además la norma, derecho, exención, garantía o principio que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos la petición.

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

Artículo 553. *Efectos de la demanda.* La interposición de la demanda no suspende los efectos de la ley, decreto, reglamento, acto normativo o disposición impugnada, salvo cuando la Corte Suprema así lo dispusiere, a petición de parte, porque su cumplimiento podría ocasionar al reclamante un perjuicio irreparable. Dicha resolución se dictará de inmediato y sin sustanciación.

En los mismos términos podrá conceder medidas cautelares, de acuerdo con las disposiciones de este Código.

Artículo 554. *Sustanciación.* La Corte Suprema sustanciará la demanda oyendo al fiscal general del Estado, cuando se trate de actos provenientes

de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial. Se oirá además, en su caso, a los representantes legales de las municipalidades o corporaciones; o a los funcionarios que ejerzan la autoridad pública de la cual provenga el acto normativo, citándolos y emplazándolos en el asiento de sus funciones, para que la contesten dentro del plazo de diez y ocho días. Si hubiere cuestiones de hecho que requieran ser aclaradas o probadas, la Corte ordenará las diligencias para mejor proveer que sean necesarias.

La Corte pronunciará su fallo bajo la forma de acuerdo y sentencia definitiva en el plazo de treinta días.

Artículo 555. *Efectos de la sentencia.* La sentencia de la Corte Suprema sólo tendrá efecto para el caso concreto. En consecuencia, si a petición de parte, que se abstenga de aplicar en lo sucesivo, al favorecido por la declaración de inconstitucionalidad, la norma jurídica de que se trate.

Artículo 556. *Acción contra resoluciones judiciales.* La acción procederá contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando:

a) Por sí mismas sean violatorias de la Constitución, o

b) Se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad contrarios a la Constitución en los términos del artículo 550.

Artículo 557. *Requisitos de la demanda y plazo para deducirla.* Al presentar su escrito de demanda el actor constituirá domicilio e individualizará claramente la resolución impugnada, así como el juicio en que hubiese recaído. Citará además la norma, derecho, exención, garantía o principio constitucional que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos su petición.

El plazo para deducir la acción será de nueve días, contados a partir de la notificación de la resolución impugnada, sin perjuicio de la ampliación por razón de la distancia.

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

Artículo 558. *Trámite.* Presentada la demanda, la Corte dispondrá que se traiga a la vista el principal y ordenará que se saquen compulsas del mismo, disponiendo la devolución de aquél para su prosecución, salvo que se trate de sentencia definitiva o de resolución con fuerza de tal o recaída en un incidente de los que suspenden el juicio.

Del escrito de demanda correrá traslado a la otra parte por el plazo de nueve días, y de los presentados por las partes se dará traslado por igual plazo al fiscal general del Estado.

Con los escritos de referencia, o transcurridos los plazos para presentarlos, quedará concluida la causa definitiva.

Se observará además, en lo pertinente, lo dispuesto por este Código para la demanda y su contestación.

Artículo 559. *Efectos de la demanda.* La interposición de la demanda tendrá efecto suspensivo cuando se tratare de sentencia definitiva o de interlocutoria con fuerza de tal. En los demás casos no tendrá ese efecto salvo que, a petición de parte, la Corte Suprema así lo dispusiere para evitar gravámenes irreparables.

Artículo 560. *Forma y contenido de la decisión y plazo para dictarla.* La Corte Suprema pronunciará su fallo en la forma y en el plazo previsto en el artículo 554. Si hiciere lugar a la inconstitucionalidad, declarará nula la resolución impugnada, mandando devolver la causa al juez o tribunal que le siga en orden de turno al que dictó la resolución para que sea nuevamente juzgada. Las costas sólo se impondrán al juez o tribunal en el caso previsto por el artículo 408.

El juez o tribunal a quien fuere remitida la causa, podrá resolverla, si correspondiere, aplicando una norma jurídica diferente a la declarada inconstitucional.

Artículo 561. *Interposición previa de recursos ordinarios.* En el caso previsto en el inciso a) del artículo 556, la acción de inconstitucionalidad sólo podrá deducirse cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios.

El plazo para interponerla, se computará a partir de la notificación de la resolución que causa estado.

Artículo 562. *Imposibilidad de interponer la acción si no se hubiese deducido la excepción.* Si no se hubiese opuesto la excepción de inconstitucionalidad en la oportunidad establecida por el artículo 538 y el juez o tribunal resolviese la cuestión aplicando la ley invocada por la contraparte, no podrá impugnarse la resolución por vía de acción de inconstitucionalidad.

Artículo 563. *Declaración de oficio por la Corte Suprema de Justicia.* Cuando correspondiere, la Corte Suprema de Justicia declarará, de oficio, la inconstitucionalidad de resoluciones, en los procesos que le fueren sometidos en virtud de la ley, cualquiera sea su naturaleza.

Artículo 564. *Inimpugnabilidad de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia.* No serán atacables por la vía de la acción de inconstitucionalidad las resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia.