

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

VOLUMEN II

TOMO I

EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA
Coordinador

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

TOMO I
VOLUMEN 2



ISBN

© Eduardo Andrés Velandia Canosa
(Coordinador)
www.velandiacanosa.co
asociacioncolombianadederechoprocesalconstitucional@hotmail.com

© VC Editores Ltda.

© Asociación Colombina de Derecho Procesal Constitucional

www.acdpc.co
www.congresoprocesalconstitucional.blogspot.com

Diseño y diagramación: Yeison Velosa Nomesque
Catalina Corredor García

Impresión y encuadernación: Agencia Imperial
Tiraje: 1000 ejemplares.

Bogotá Colombia, Marzo de 2011.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño gráfico, puede ser reproducida, sin permiso previo de VC Editores Ltda. Las opiniones consignadas son responsabilidad de cada autor.



Junta Directiva

Presidente Honorario
Ernesto Rey Cantor

Presidente
Eduardo Andrés Velandia Canosa

Vicepresidente
Mauricio Roa Pinzón

Tesorero

Secretario General
Jorge Eliecer Pastrán Pastrán

Vocales
Juan Pablo Galeano Rey
Nohora Elena Pardo Posada
Luis Gilberto Ortegaón Ortegaón
Rene Moreno Alfonso

Fiscal



Comité Editorial

**Eduardo Andrés Velandia Canosa
Diana Johanna Beltrán Grande**

Coordinador

Eduardo Andrés Velandia Canosa

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

MIEMBROS SENIOR

ALFONZO RUIZ CASTILLO
ANA MARÍA CANOSA RIVERA
DIANA JOHANNA BELTRÁN GRANDE
EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA
FERNANDO CANOSA TORRADO
GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA
HERNANDO PEÑA
JAIME ALFONSO CUBIDES CÁRDENAS
JESÚS JAVIER PARRA
JHON FITGERAL MARTÍNEZ
JORGE ELIECER PASTRAN PASTRAN
JORGE ORLANDO ALARCÓN NIÑO
JOSÉ ELVER MUÑOZ
JOSE ELVER RAMOS NOCUA
JUAN PABLO GALEANO REY
JUAN SEBASTIAN RIVERA GALVIS
LUIS ALBERTO REYES
LUIS GILBERTO ORTEGÓN
MARIO FERNANDO PARRA GUZMÁN
MAURICIO ROA PINZÓN
MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
NELSON ARTURO OVALLE DÍAS OVALLE DÍAZ
NOHORA ELENA PARDO POSADA
RENÉ MORENO ALFONSO

MIEMBROS JUNIOR

Alberto Onzaga
Camilo Ernesto Fonseca Pérez
Carlos Julián Huertas Salazar
Christian Trujillo
Daniela Paredes
Gerson Moreno Manrique
Giovanna Saenz
Jaime Rivera Contreras
Jairo Antonio Rodríguez Ríos
Juan Ramon Ríos Monsalve
Judy Leidy Castellanos Santamaria
Julieth Triana
Luis Eduardo Valderrama Mariño
Nandy Iveth Castrillon
Vanessa Preciado Beltrán

MIEMBROS HONORARIOS

Héctor Fix-Zamudio (México)
José Ernesto Rey Cantor

MIEMBROS TITULARES

André Pires Gontijo
Anibal Quiroga León
Antonio Celso Baeta Minhoto
Carlos Arturo Hernandez Díaz
Carlos Bernardo Medina Torres
César Augusto Molina Saldarriaga
Fabio Alberto Otalora Moreno
Gerardo Durango Álvarez
Gonzalo Pérez Salazar
Héctor Francisco Arévalo Fémeque
Heliodoro Fierro Méndez
Hubed De Jesús Bedoya Giraldo
Humberto Nogueira Alcalá
Irina Cervantes Bravo
Jânia Maria Lopes Saldanha
Jesús María Alvarado Andrade
José Julián Álvarez González
José Vicente Haro
Julia Victoria Montaña Bedoya
Luis Alberto Petit Guerra
Marcos Del Rosario Rodríguez
Marta Susana Maldonado
Natalia Bernal Cano
Oscar E. Gaitán Hurtado
Pablo Andrés Bonilla Hernández
Patricio Alejandro Maraniello
Pietro De Jesús Lora Alarcón
Ricardo Zuluaga Gil
Rosa María De La Torre Torres
Rubén Alberto Duarte Cuadros
Sérgio Tibiriçá Amaral
Ulises Canosa Suárez

MIEMBROS INSTITUCIONALES

Regional Caqueta
Universidad de la Amazonía
Regional Arauca
Universidad Cooperativa de Colombia

ÍNDICE

Presentación	27
--------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

I. CODIFICACIONES PROCESALES Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL MODELO

Eduardo Andrés Velandia Canosa

1. Introducción	38
2. Las codificaciones procesales	39
2.1. Código procesal sancionatorio	41
2.2. Código general del proceso	45
2.2.1. Antecedentes del código general del proceso	49
2.3 Código procesal constitucional	52
2.3.1. Argumentos a favor de la codificación procesal constitucional	52
2.3.2. Argumentos en contra de la codificación procesal constitucional	53
2.3.3. Nuestra posición	54
3. Estructura de un código procesal constitucional	62
3.1. Principios rectores.....	63
3.2. Jurisdicción constitucional	64
3.2.1. Competencia de la jurisdicción constitucional por la naturaleza del asunto	65
3.2.1.1. Control abstracto de constitucionalidad	65
3.2.1.2. Control incidental de constitucionalidad, como excepción de inconstitucionalidad	65
3.2.1.3. Control concreto de constitucionalidad	67
3.2.2. Competencia funcional que proponemos	69
3.3. Procesos constitucionales	78
3.4. Actos y actuaciones procesales	78
3.5. Jurisdicción constitucional transnacional	78

II. PRINCIPIOS BÁSICOS DE UNA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

Sergio Díaz Ricci

1. Introducción	82
-----------------------	----

2. Valor de un código	82
3. Principios generales comunes	85

III. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL: BASES CONCEPTUALES Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Edwin Figueroa Gutarra

1. Introducción	94
2. El título preliminar del código procesal constitucional	96
2.1. Procesos regulados en sede constitucional	97
2.2. Fines de los procesos constitucionales	98
2.3. Principios procesales constitucionales	100
2.4. Órganos legitimados para el conocimiento de los procesos constitucionales	103
2.5. Interpretación de los derechos constitucionales	104
2.6. Control difuso e interpretación constitucional	105
2.7. El precedente constitucional	107
2.8. Juez y derecho	109
2.9. Aplicación supletoria e integración	110
Reflexiones finales	112

IV. POSIBILIDADES, CONVENIENCIAS Y DESAFÍOS DE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

Néstor Pedro Sagüés

1. Introducción.....	116
2. Los escenarios de la codificación.....	116
3. Los mercados.....	117
4. El marketing de la codificación.....	117
5. Contrapropaganda: los riesgos.....	118
6. Las posibilidades.....	118
7. Las rutas de la codificación.....	119
8. La codificación en un contexto suprarregional. Latinoamérica.	120

V. ¿POR QUÉ SE JUSTIFICA UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PARA IBEROAMÉRICA?

Patricia Bastidas Mora

1. Nota introductoria.....	126
2. Apuntes históricos	126

3. El derecho procesal constitucional.....	128
4. Estructura del código procesal constitucional.....	129
5. Principio de la celeridad y economía procesal.....	129
5.1. Principio de impulso oficioso.....	129
5.2. Principio de socialización del proceso.....	130
5.3. Principio de informalidad y elasticidad.....	130
5.4. Principio de acción pública.....	130
5.5. Principio de dirección judicial del proceso.....	130
5.6. Principio de constitucionalidad.....	130
6. Título I.....	131
6.1. Título II.....	132
6.2 Título III.....	132
6.3 Título IV.....	133
6.4 Título V.....	133
6.5 Título VI.....	133
6.6 Título VII.....	133
6.7 Título VIII.....	133
6.8 Título IX.....	134
6.9 Título X.....	134
6.10 Título XI.....	134
6.11 Título XII.....	135
7. Sentencias constitucionales.....	135
8. Necesidad de una jurisdicción constitucional especializada.....	136
9. Papel del juez constitucional.....	136
10. Clasificación de los procesos.....	136
11. Instancias en los procesos constitucionales.....	137
12. Bibliografía.....	137

VI. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO Y SU PROYECTO PARA EL CODIGO MODELO

Patricio Alejandro Maraniello

1. Introducción.....	142
2. Definición y características.....	142
3. Doctrina admisorio.....	143
4. Doctrina negatoria.....	146
5. Nuestra posición.....	147
5.1. Presunción de legitimidad.....	147
5.2. Defensa en juicio.....	147
5.3. Principio de congruencia.....	147
5.4. División de poderes.....	150
6. El rol del jueces.....	151

7. Proyecto de ley sobre inconstitucionalidad de oficio	152
8. A modo de conclusion	152

VII. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: TEMÁTICA INFALTABLE EN UN PROYECTO DE CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

Victor Bazán

1. Consideraciones previas	158
2. Contexto	159
3. Excursus sobre el proceso de codificación de la materia procesal constitucional	161
3.1 Encuadre.....	161
3.2 De ciertas prevenciones.....	162
3.2.1 Evitar implantes jurídicos artificiales.....	163
3.2.2 Aguardar el momento oportuno para llevar adelante la tarea codificatoria.....	164
3.2.3 Existencia de una firme actitud de los propios operadores jurídicos	164
3.3 Final.....	164
4. El control de convencionalidad	166
4.1 Marco de análisis.....	166
4.2 Una propuesta de esclarecimiento conceptual.....	167
4.2.1 En el ámbito internacional.....	167
4.2.2 En el marco interno.....	167
4.3 La evolución del control de convencionalidad en la percepción de la Corte IDH.....	168
4.4 Objetivo genérico.....	170
4.5 Parámetro de control de convencionalidad.....	171
4.6 Radio de acción.....	172
4.7 Sobre el control de convencionalidad ex officio.....	174
4.8 Algunas dificultades operativas de implementación del control de convencionalidad en el plano interno	176
4.8.1 Ciertas incógnitas	176
4.8.2 Otros interrogantes.....	177
4.8.3 Una breve digresión.....	178
4.8.4 En torno al “control difuso de convencionalidad”.....	179
5. Hacia un diálogo interjurisdiccional crítico	181
5.1 Un caso testigo.....	181
5.2 Diálogo jurisprudencial.....	183
5.3 Breve colofón.....	186
6. Valoraciones conclusivas	186

**VIII. O CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL NO BRASIL
PARA EVITAR A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL JUDICIAL**

*Wellington Boigues Corbalan Tebar
Sérgio Tibiriçá Amaral*

Resumo	194
Palavras-chave	194
1. Introdução	194
2. Constituição e o dever de prestação jurisdicional	195
2.1. A força normativa da constituição: a supremacia constitucional	195
2.2. Da omissão inconstitucional	198
2.2.1. Da omissão inconstitucional judicial: descumprimento do dever de prestar a jurisdição	201
2.2.1.1. Formas de descumprimento do dever de prestação jurisdicional	203
3. Estudo de um caso concreto: ausência de prestação jurisdicional em razão da ausência de um dos julgadores do órgão colegiado	206
4. Conclusão	209
5. Referências bibliográficas	210

**IX. LOS PROBLEMAS PROCESALES EN LA APLICACIÓN DEL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**

Anibal Quiroga León

1. Los precedentes vinculantes del tribunal constitucional	
2. Principios constitucionales	214
3. El control difuso o revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes	217
4. La problemática de las medidas cautelares o la suspensión del acto reclamado en la jurisdicción de la libertad	220
5. La represión de los actos homólogos	244

**X. CODIFICACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: EL
PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL BRASILEÑO**

Delton R. S. Meirelles

Resumen	258
Resumo	258
Palavras-chave	258
1. Introdução	258
2. Los principios del derecho globalizado	259
3. La codificación de estos principios en el derecho procesal civil	

brasileño	262
4. El proceso legislativo de el futuro código de proceso civil	265
5. Conclusión	270
Referencias	270

CAPÍTULO SEGUNDO PRINCIPIOS Y NORMAS RECTORAS EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ACTIVISMO JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA.

Miguel Carbonell. Iij-Unam.

1. Introducción	280
2. La experiencia norteamericana	280
3. La previsión constitucional de los derechos	282
4. El reto de la aplicación judicial de la constitución	292
5. Retos del futuro para el constitucionalismo de américa latina	299
5.1 El retorno del autoritarismo	301
5.2 La precaria cultura jurídica	303
6. Conclusión	303

II. GARANTISMO Y ACTIVISMO. ¿CONTRARIOS O COMPLEMENTARIOS?

Luis Alberto Petit Guerra

1. Generalidades. De la evolución del estado de derecho.....	308
2. Cuestionamiento a los jueces constitucionales.....	311
3. Del derecho ‘inerte’ al derecho en ‘vivo’.....	321
4. Teoría del derecho judicial. La construcción normativa de los jueces.....	327
5. Justicia constitucional. El ejercicio “político” del derecho en letras mayúsculas. Complementariedad del garantismo y el activismo.....	330
Bibliografía	333

III. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Hubed Bedoya Giraldo

.....	341
-------	-----

**IV. LEGITIMACIÓN EN EL CONTROL
CONCRETO Y ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD
-COSTA RICA-**

Ernesto Jinesta Lobo

Introducción	358
1. Control concreto	359
1.1 Asunto pendiente de resolver ante los tribunales	359
1.1.1 Proceso jurisdiccional ordinario	360
1.1.2 Proceso de amparo	361
1.1.3 Proceso de hábeas corpus	364
1.1.4 Procedimiento administrativo de impugnación	365
1.2 Invocación de la inconstitucionalidad	365
1.3 Acción de inconstitucionalidad como medio razonable para la tutela de una situación jurídica sustancial que se estima lesionada	368
1.4 Lesión individual y directa	368
1.5 Caducidad del derecho a accionar en la sede constitucional	369
2. Control abstracto	369
2.1 Inexistencia de lesión individual y directa	369
2.2 Defensa de intereses colectivos	370
2.2.1 Intereses difusos	371
2.2.2 Intereses corporativos	372
2.3 Legitimación institucional	374
2.3.1 Contralor general de la república	374
2.3.2 Procurador general de la república	375
2.3.3 Fiscal General de la república	375
2.3.4 Defensor de los habitantes	376

**V. DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA PETICIÓN
COMO DERECHO FUNDAMENTAL – ACCIÓN**

Oscar E. Gaitán Hurtado

1. Eje temático: derecho procesal constitucional	380
2. Otras sentencias	388
3. Referencias bibliografías	397

VI. JUSTICIA, DERECHO E IGUALDAD

Gerardo Durango Álvarez

Resumen	402
Abstract	403
1. Concepciones generales de la justicia	403

2. Modelos de justicia	410
2.1. El modelo contractual	410
2.2. El modelo argumentativo de la justicia	413
2.3. El modelo de la justicia restaurativa	419
3. Bibliografía	423

VII. DA CLÁUSULA DO CONTRADITÓRIO AOS ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO: O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO COMPLETA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL

Francisco José Borges Motta

1. Considerações iniciais	430
2. O que é fazer filosofia no processo?	432
3. Argumentando em favor de princípios	436
4. A cláusula do contraditório	440
5. Uma parada necessária: o pensamento de ovidio baptista da silva sobre a problemática da decisão judicial	443
6. À guisa de conclusão: por uma fundamentação completamente gerada por princípios	477
7. Referências	450

VIII. A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE: PRESSUPOSTO PARA A OBTENÇÃO DO PROCESSO JUSTO

Handel Martins Dias

1. Introdução	456
2. O tempo como elemento do processo	457
3. Os prejuízos decorrentes da mora judiciária	458
4. A duração do processo num prazo razoável	463
5. A tensão entre a efetividade e a segurança jurídica	467
6. Considerações finais	472

IX. EL FUNCIONAMIENTO REAL DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA CONSTITUCIONAL

César Augusto Mendoza Salazar

1. Introducción	476
2. Los números de la justicia constitucional	477
3. El control concentrado de la constitucionalidad	481
4. El ingreso económico como factor determinante en el acceso a la	

justicia constitucional de las mayorías	482
5. El centralismo en la impartición de justicia constitucional en el estado mexicano	485
6. Imposibilidad para los particulares de cuestionar una norma que no ha sido aplicada	486
7. Propuestas	487
7.1 Primera: establecimiento de límites formales a la reformabilidad de la constitución.	487
7.2 Segunda: establecimiento de controles político-constitucionales para el ejercicio de las facultades del constituyente permanente.	487
7.3 Tercera: ampliación de las hipótesis de procedencia de los instrumentos de tutela constitucional	487
7.4 Cuarta: establecimiento de controles sobre la actuación de los órganos de control de la constitucionalidad.	488

X. LOS PROBLEMAS DEL FEDERALISMO EN VENEZUELA Y EL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO.

José Vicente Haro

1. Introducción	492
2. Configuración constitucional del consejo Federal de gobierno.....	493
2.1 El consejo federal de gobierno como organo de coordinacion de las politicas de descentralizacion	494
2.2 El consejo federal de gobierno como organo de cooperacion para el desarrollo territorial equilibrado	496
2.2.1 La vigencia del federalismo en venezuela y la mutación “in” constitucional de la forma del estado en venezuela para transformar un estado federal descentralizado en un estado unitario y centralizado.	498

XI. ACCIÓN POPULAR Y EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA

Adriano Sant'Ana Pedra

1. Introducción	506
2. Derechos políticos y acción popular	507
3. ¿Quién es ciudadano?.....	512
4. Una acción más popular	516
5. Consideraciones finales	519
6. Referencias	520

CAPITULO TERCERO JURISDICCION CONSTITUCIONAL

I. EL POR QUÉ DE UNA JURISDICCION Y COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

Heliodoro Fierro-Méndez

1. El problema en la cotidianidad	528
1.1 Acciones y competencias de rango constitucional	528
1.1.1 Protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales	528
1.1.2 Habeas corpus	529
1.1.3 Acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional	529
1.1.4 Guarda de la integridad y supremacía de la constitución.....	529
1.2 Una jurisdicción constitucional	530
2. Lo ordenado por el constituyente derivado	530

II. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, CONTROL PREVENTIVO Y JURISDICCION.

Rogelio A. Aviña Martínez

1. Introducción.	534
2. El control preventivo: concepto y elementos.....	535
3. El carácter jurisdiccional de los controles preventivos.....	539
3.1 Tesis de manuel aragón.....	539
3.2 Tesis de miguel ángel alegre martínez.....	541
3.3 Opinión personal.....	542
4. El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional.	543
5. El aspecto jurisdiccional de los controles preventivos y el derecho procesal constitucional.	549
6. Conclusiones.	555

III. JURISDICCION INDIGENA EN ALGUNOS PAISES DE AMERICA LATINA. PROPUESTA PARA EL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Julia Victoria Montaña Bedoya

1. Introducción	556
2. De las minorías étnicas al reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas y de la jurisdicción indígena	556
3. Paralelo entre los instrumentos internacionales que fundamentan la	

jurisdiccion indigena	558
4. Contraste entre minoria, derecho indigena y jurisdiccion indigena	559
5. Países con mayor poblacion indigena en el contexto latinoamericano	560
5.1. Jurisdiccion indigena en algunos países de la region	561
5.1.1. Colombia	561
5.1.2. Bolivia	570
5.1.3. Peru	570
5.1.4. Mexico	571
5.1.5. Guatemala	571
6. Análisis comparado de las constituciones de Colombia, Bolivia, Perú, México y Guatemala en materia de jurisdicción indígena	572
7. Negaciones de los estados latinoamericanos	574
8. Propuesta de articulado	575
9. Conclusiones	576
10. Bibliografia	577
10.1 Paginas web	578
10.2 (Footnotes)	578

IV. ESTADO DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL Y NUEVAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

Abog. Boris Wilson Arias López

1. El “estado de transición constitucional”, y la situación de la jurisprudencia del tribunal constitucional anterior.	582
2. El control de constitucionalidad normativo en base a la constitución política del estado boliviana vigente	584
3. Algunas sentencias constitucionales relevantes y cambios de líneas jurisprudenciales del tribunal constitucional.	586
3.1. Es posible la investigación de jueces tutelares aunque su decisión no haya sido revisada por el tribunal constitucional, pero debe esperarse a dicha revisión para determinarse su responsabilidad penal.	586
3.2. Las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad.	588
3.3. Cómputo del plazo de seis meses de la inmediatez en el amparo constitucional.	589
3.4. La seguridad jurídica en el marco de la constitución política del estado vigente al ser un principio no es tutelable por el amparo constitucional.	590
3.5. La determinación del plazo razonable debe considerarse tomándose en cuenta los problemas estructurales de la justicia	

boliviana.	591
3.6. La notificación con una conminatoria de pago en materia familiar debe ser personal cuando el abogado de la parte en cuestión otorgó pase profesional.....	592
4. Fallos especialmente plausibles del tribunal constitucional.	593
5. Posicion especialmente crítica a algunos fallos del tribunal constitucional.	595
5.1. La no posibilidad de invocar dos causales de improcedencia excluyentes.....	595
5.2. Líneas jurisprudenciales que sumadas dan resultados no deseados y previstos.	596
5.3. Dificil manejo adecuado de la jurisprudencia.....	597
6. Conclusiones.....	598
7. Bibliografía.....	599

V. A CONSTITUCIONALIDADE E A LEGALIDADE DOS MEIOS DE PROVA DE EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA SEGUNDO O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

*Margareth Vetis Zaganelli
Robledo Moraes Peres De Almeida*

Resumo	602
Abstract	602
1. Introdução	602
2. As recentes alterações legislativas sobre a embriaguez na condução de veículo automotor	603
2.1. Dirigir sobre a influência de álcool como infração administrativa	603
2.2. Crime de trânsito de conduzir veículo automotor estando embriagado	617
2.2.1. Recusa do condutor em se submeter aos testes de alcoolemia	611
3. Proposta de lege ferenda de alteração do código de trânsito brasileiro	618
4. Conclusão	621
5. Referências	624
6. Sítios.....	624

PRESENTACIÓN

El presente libro contiene las ponencias presentadas al **Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional**, que se llevara a cabo en el Hotel Intercontinental de la ciudad de Medellín, entre el 25 y 27 de Mayo de 2011.

El **Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional**, además de materializar la misión de nuestra asociación, tiene el objetivo de iniciar una seria discusión encaminada a la redacción de un código procesal constitucional modelo para Iberoamérica, o al menos para Latinoamérica, teniendo en cuenta que en la mayoría de nuestros países sus constituciones han consagrado garantías constitucionales encaminadas a la validez-eficacia del principio de supremacía constitucional y de los derechos humanos, es decir, han incorporado el derecho procesal constitucional.

Consideramos de la máxima importancia iniciar esta discusión académica, máxime cuando el derecho procesal constitucional (acciones o mejor procesos constitucionales), han tenido su origen en Latinoamérica. En efecto, la acción pública o popular de inexecutableidad o de inconstitucionalidad, tuvo su origen en Colombia con el Acto Legislativo No. 3, expedido el 31 de octubre de 1910¹, sin olvidar que el numeral 1º de la sección 3ª del artículo 21 de la Ley 61 de 1886, dispuso que la Corte Suprema de Justicia tenía competencia para decidir la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad por el

1 "Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación". Tomado de POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín. *Constituciones de Colombia*. Tomo IV. Estudio preliminar y anexo por RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. 4ª Ed. Bogotá: Banco Popular, 1986, p. 326.

Presidente², así como el artículo 20 de la ley 2ª de 1904, consagró un control automático de constitucionalidad para los decretos ley³.

Igualmente Colombia elevó a canon constitucional lo que EE.UU. implemento en su modelo difuso de control de la constitucionalidad, es decir, contempló por primera vez en una Constitución la denominada excepción de inconstitucionalidad, al establecer en el art. 40 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”⁴.

Lo expuesto significa que Colombia creó un modelo originario de control de la constitucionalidad dual o paralelo, toda vez que coexistieron, uno ante la Corte Suprema de Justicia (propio del sistema que 10 años después Kelsen diseñó) y otro difuso pero de origen constitucional (en Norteamérica se originó en el caso *Merbury versus Madison*). Sin lugar a dudas, esta ha sido uno de las más importantes contribuciones⁵ de Colombia al desarrollo científico del derecho⁶.

En México, Manuel Crecencio Rejón creó el juicio de amparo en la Constitución Yucateca de 1841, pero fue Mariano Otero quien elaboró el artículo 25 del acta de reforma del 21 de mayo de 1847 (Fórmula Otero)⁷ y se consagró nacionalmente en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de

2 GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. *Entre la ley y la Constitución*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 83.

3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-003 de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Consideración jurídica No. 3.

4 POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín. *Constituciones de Colombia*. Ob. Cit., p. 326.

5 Decimos una de las más importantes, porque no hay que desconocer que la primera Constitución hispanoamericana se expidió el 15 de agosto de 1910 en la Provincia del Socorro, Santander, Colombia. ver: RODRÍGUEZ PLATA, Horacio. *La antigua Provincia de El Socorro y la independencia*. Bogotá: Biblioteca de Historia Nacional. Vol. XCVIII, 1963. Igualmente debe resaltarse, que el derecho constitucional académico en Argentina fue creado por el ilustre jurista colombina Florentino González, quien además publicó el primer libro sobre derecho constitucional de tal país: GONZÁLEZ, Florentino. *Lecciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1869.

6 URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. tomo I. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977, 217; VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla*. Una crítica del constitucionalismo colombiano. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010, p. 64, 65; GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. *Entre la ley y la Constitución*. Ob. Cit., p. 82.

7 CHARRY, Juan Manuel. *La acción de tutela*. Bogotá: Temis, 1992, p. 6 y 7.

1857, ratificado con la Constitución de 1917⁸, institución que ha sido acogida en Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Bolivia, Argentina, entre otros⁹.

Brasil ha implementado entre otras figuras el mandado de Segurança¹⁰, para la protección de los derechos individuales y colectivos, el mandado de Injunção¹¹ (similar a la acción de cumplimiento colombiana) y el control de constitucionalidad por omisión¹².

Por lo expuesto, debemos acordar entre los juristas iberoamericanos, la redacción un paradigma académico de código procesal constitucional modelo para Iberoamérica, toda vez que como se verá al interior del libro, existen instituciones similares tendientes a la protección de los derechos humanos y la eficacia de la supremacía constitucional.

El **Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional**, se realiza en homenaje a uno de los juristas antioqueños más importantes de Colombia y comprometidos con el derecho procesal. En efecto, se trata del doctor **PEDRO PABLO CARDONA GALEANO**, abogado y magister en derecho procesal de la Universidad de Medellín, donde se desempeñó como profesor, decano de la facultad de derecho, director de la maestría en derecho procesal y rector.

En 1994 el profesor Cardona participó en la creación de la facultad de derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia seccional Medellín, en la cual se desempeñó como primer Decano, profesor y director del Centro de Investigaciones Jurídicas del área de Derecho Procesal. En 1997 promueve

8 CAMARGO, Pedro Pablo. *Acciones constitucionales y contencioso administrativas*. Bogotá: Leyer, 2002, p. 55.

9 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Vías de Hecho. Acción de tutela contra providencias*. 6ª Ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, p. 10.

10 AGRICOLA BARBI, Celso. *Do mandado de Segurança*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

11 MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo y FERREIRA MENDES, Gilmar. *mandado de Segurança e ações constitucionais*. 32ª Ed. Sao Paulo: Malheiros Editores, 1990.

12 CLAUDIUS ROTHENBURG, Walter. *Inconstitucionalidade por omissao e troca de sujeito*. Sao Paulo: Editora Revista Dos Tribunais Ltda., 2005.

la iniciación de labores de la Facultad de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado, en la cual se desempeñó hasta diciembre de 2004, como su primer Decano y profesor de derecho procesal.

El profesor **Cardona Galeano** es un destacado tratadista en derecho procesal, como quiera que son de su autoría las siguientes obras: *Manual de derecho procesal civil*, publicado en dos tomos dedicados a la parte general y especial (Leyer); *Recursos ordinarios y extraordinarios en el derecho procesal civil* (Leyer); *Desjudicialización. Trámites Notariales; Procesos de ejecución* (Leyer) y *Los sujetos procesales*, entre otros y fue ponente en dos congresos colombianos de derecho procesal, organizados por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal (Cali y Paipa), sobre *medidas cautelares y medidas anticipatorias* respectivamente.

La administración educativa en instituciones de educación superior, la actividad académica y de docencia, las ha compaginado con el ejercicio de la profesión, actividad que aun despliega con decoro y entusiasmo.

Por otra parte, el presente libro corresponde al segundo tomo de la obra tentativa de las ponencias presentadas a los congresos colombianos de derecho procesal constitucional, el cual se edita en dos volúmenes, distribuidos en seis interesantes capítulos.

En el primer volumen se incluyen los siguientes: i) codificación procesal constitucional; ii) principios y normas rectoras en el derecho procesal constitucional; y, iii) jurisdicción constitucional. En el segundo volumen tenemos: iv) la sentencia en el proceso constitucional; v) procesos constitucionales; y, vi) bloque de constitucionalidad procesal.

El primer capítulo incluye las siguientes ponencias: i) codificaciones procesales y el código procesal constitucional modelo, por **Eduardo Andrés Velandia Canosa** (Colombia); ii) principios básicos de una codificación procesal constitucional, por **Sergio Díaz Ricci** (Argentina); iii) el título preliminar del código procesal constitucional: bases conceptuales y análisis jurisprudencial, por **Edwin Figueroa Gutarra** (Perú); iv) posibilidades, conveniencias y desafíos de la codificación

procesal constitucional, por **Néstor Pedro Sagüés** (Argentina); v) ¿por qué se justifica un código procesal constitucional para Iberoamérica?, por **Patricia Bastidas Mora** (Colombia); vi) el control de constitucionalidad de oficio y su proyecto para el código modelo, por **Patricio Alejandro Maraniello** (Argentina); vii) control de convencionalidad: temática infaltable en un proyecto de codificación procesal constitucional, por **Víctor Bazán** (Argentina); viii) o código de processo constitucional no Brasil para evitar a omissão inconstitucional judicial, por **Wellington Boigues Corbalan Tebar y Sérgio Tibiriçá Amaral** (Brasil); ix) los problemas procesales en la aplicación del código procesal constitucional del Perú (Perú), por **Aníbal Quiroga León**; y, x) codificación de principios constitucionales: el proyecto de código de procedimiento civil brasileño, por **Delton R. S. Meirelles** (Brasil).

El segundo Capítulo titulado Principios y normas rectoras en el Derecho Procesal Constitucional, contiene las siguientes ponencias: i) derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina, por **Miguel Carbonell** (México); ii) garantismo y activismo. ¿Contrarios o complementarios?, por **Luis Alberto Petit Guerra** (Venezuela); iii) los límites de la interpretación constitucional, por **Hubed Bedoya Giraldo** (Colombia); iv) legitimación en el control concreto y abstracto de constitucionalidad, por **Ernesto Jinesta Lobo** (Costa Rica); v) del derecho procesal constitucional y la petición como derecho fundamental – acción, por **Oscar E. Gaitán Hurtado** (Colombia); vi) justicia, Derecho e igualdad, por **Gerardo Durango Álvarez** (Colombia); vii) da cláusula do contraditório aos argumentos de princípio: o dever de fundamentação completa do provimento jurisdiccional, por **Francisco José Borges Motta** (Brasil); viii) a solução do conflito entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da efetividade: pressuposto para a obtenção do processo justo, por **Handel Martins Dias** (Brasil); ix) el funcionamiento real de los instrumentos de Tutela Constitucional, por **César Augusto Mendoza Salazar** (México) x) los problemas del federalismo en Venezuela y el Consejo Federal de Gobierno, por **José Vicente Haro** (Venezuela); y, xi) acción popular y ejercicio de la ciudadanía por, **Adriano Sant’ana Pedra** (Brasil).

Como jurisdicción constitucional titulamos el tercer capítulo, por consagrar: i) el por qué de una jurisdicción y competencia

constitucional, por **Heliodoro Fierro-Méndez** (Colombia); ii) derecho procesal constitucional, control preventivo y jurisdicción, por **Rogelio A. Aviña Martínez** (México); iii) jurisdicción indígena en algunos países de América Latina. Propuesta para el Código Procesal Constitucional colombiano, por Julia Victoria **Montaño Bedoya** (Colombia); iv) estado de transición constitucional y nuevas líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional boliviano, por **Boris Wilson Arias López** (Bolivia); y, v) a constitucionalidade e a legalidade dos meios de prova de embriaguez alcoólica segundo o Código de Trânsito Brasileiro, por **Margareth Vetis Zaganelli y Robledo Moraes Peres de Almeida** (Brasil).

El cuarto capítulo se titula La sentencia en el Proceso Constitucional y contiene las siguientes ponencias: i) las sentencias constitucionales con efecto legislativo. Diferencias entre modelos de control de constitucionalidad, por **Oswaldo Alfredo Gozaíni** (Argentina); ii) el precedente judicial en Colombia, por **Héctor Francisco Arévalo Fόμεque** (Colombia); iii) procesos colectivos. Legitimación procesal y efectos de la sentencia, por **Marcela I. Basterra** (Argentina); iv) las decisiones creativas y el mito del legislador negativo en la Justicia Constitucional, por **Fernando Gama de Miranda Netto** (Brasil); v) la doble instancia en el derecho procesal constitucional venezolano, por **Gonzalo Pérez Salazar** (Venezuela); vi) o processo de impeachment presidencial no Brasil, por **Fernando Soares Tolomei y Sérgio Tibiriçá Amaral** (Brasil); vi) efectiva defensa y defensa técnica efectiva en el proceso contravencional de Misiones – Argentina, por **José Gabriel Moreira** (Argentina).

El quinto capítulo se tituló Procesos Constitucionales, donde se incluyen las siguientes ponencias: i) la dimensión constitucional del proceso brasileño: la apertura democrática del Supremo Tribunal Federal brasileño por medio de las audiencias públicas y la concretización de los derechos fundamentales sociales, por **Jânia Maria Lopes Saldanha** (Brasil); ii) el control de la reforma constitucional en México, por **Enrique Carpizo** (México); iii) el acceso a la información pública en Uruguay, por **Rubén Flores-Dapkevicivs** (Uruguay); iv) la expansión de los procesos constitucionales como respuesta jurisprudencial al respeto de los Derechos Humanos en Argentina (con referencias a los sistemas

brasileño y mexicano), por **Hugo Rubén González Elías** (Argentina); v) o amicus curiae como instrumento de acceso da transdisciplinaridade no processo de tomada de decisão constitucional, por **André Pires Gontijo** (Brasil); vi) el amparo colectivo y la reforma constitucional en México, por María Del **Rosario Huerta Lara** (México); vii) causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Breve reconstrucción del estado del arte en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, por **Edgar Andres Quiroga Natale** (Colombia); viii) o procedimento ordinário dinâmico: a superação do rito processual estático e alegitimação do processo pelo diálogo e cooperação. O objetivo da oferta de justiça acima e além dos critérios pecuniários, por **Thiago Azevedo Guilherme y Ana Carolina Peduti Abujamra** (Brasil).

En el sexto capítulo, se incluyen las siguientes ponencias relacionadas con el bloque de Constitucionalidad Procesal: i) la incardinación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema constitucional mexicano: la configuración de un control directo de convencionalidad, por **Marcos Del Rosario Rodríguez** (México); ii) agotamiento de los recursos internos en el derecho procesal constitucional transnacional, por **Yennesit Palacios V.** (Colombia); iii) el estado constitucional de derecho y los Derechos Humanos, por **Raymundo Gil Rendón** (México); iv) las transgresiones del Estado venezolano al orden público de los Derechos Humanos, por **Alejandro González Valenzuela** (Venezuela); v) medios de impugnación de tratados internacionales en México y sus repercusiones en el derecho internacional, por **Vicente Fernández Fernández** (México); vi) derecho de antena como un instrumento de inclusión social: materializando un derecho fundamental en la internet, por **Antonio Celso Baeta Minhoto y Sérgio Tibiriçá Amaral** (Brasil); vii) las decisiones de los órganos internacionales, el bloque de constitucionalidad y su incidencia en el derecho interno, por **Nohora Elena Pardo Posada y Carlos Arturo Hernández Díaz** (Colombia).

Eduardo Andrés Velandia Canosa
Enero 20 de 2011

CAPÍTULO PRIMERO
CAPÍTULO PRIMERO

CODIFICACIÓN PROCESAL
CONSTITUCIONAL

I

CODIFICACIONES PROCESALES Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL MODELO

Por Eduardo Andrés Velandia Canosa

Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Abogado, especialista y profesor en pregrado y posgrado de la Universidad Libre (Colombia), seccionales Bogotá, Cartagena, Cúcuta, Pereira y extensiones a Villavicencio y Florencia. Profesor de la especialización en derecho procesal constitucional de la Universidad Republicana y de la Universidad de Boyacá. (Tunja). Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. pacdpc@gmail.com.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las codificaciones procesales. 2.1. Código procesal sancionatorio. 2.2. Código general del proceso. 2.2.1. Antecedentes del código general del proceso. 2.3. Código procesal constitucional. 2.3.1. Argumentos a favor de la codificación procesal constitucional. 2.3.2. Argumentos en contra de la codificación procesal constitucional. 2.3.3. Nuestra posición. 3. Estructura de un código procesal constitucional. 3.1 Principios rectores. 3.2 Jurisdicción y competencia. 3.3 Procesos constitucionales.

1. INTRODUCCIÓN

Reflexionar sobre la expedición de un código procesal constitucional no obedece a un capricho o necesidad, sino más bien a la imperiosa necesidad de: i) asegurar legislativamente el espíritu de la Constitución; ii) unificar los contenidos del derecho procesal constitucional (dar orden, claridad y coherencia en la legislación procesal constitucional); iii) dar eficacia a la supremacía constitucional; y, iv) reforzar las garantías democráticas.

Las constituciones de nuestra época tienen características comunes, ya que consagraron instrumentos o garantías que permitan asegurar que el ordenamiento jurídico infra constitucional refleje el “linaje” constitucional, es decir, permiten expulsar del ordenamiento jurídico (o adaptarlo) aquellas disposiciones que atenten contra la sangre sagrada de la Constitución, o dicho de otra manera, permiten o declarar inexecutable las disposiciones inconstitucionales e incluso exhortar al legislador a no violar la Constitución por omisión, es decir, a legislar; pero adicionalmente han creado mecanismos procesales que permiten la efectividad de los derechos humanos consagrados en la Constitución.

Pues bien, pensar en redactar un código procesal constitucional modelo para Iberoamérica, no corresponde a una tarea quijotesca, como quiera que las constituciones iberoamericanas tienen desde el punto de vista procesal estructuras similares; claro, no se pretende imponer un único código para todos los países, pero si su intento de redacción, nos permitirá avanzar en un verdadero estudio de derecho comparado, que nos permita identificar las identidades y diferencias de nuestros sistemas jurídicos y así avanzar en la implementación, corrección o modificación de los instrumentos encaminados a defender la Constitución.

Consideramos que el aspecto procesal de una Constitución, es decir, los procesos que permitan imponer que el ordenamiento jurídico sea constitucional y que se respeten los derechos humanos, nos permita hablar de una verdadera Constitución y no de una “mera hoja de papel”. Es lo que hace que un país tenga Constitución¹.

¹ Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamado en la Revolución Francesa.

Debemos advertir que no se trata del primer intento de redacción de un código procesal constitucional, toda vez que ya se expidió uno en la provincia de Tucumán (Argentina) en 1999², por iniciativa del profesor Sergio Díaz Ricci³, a quien debemos considerar como el precursor de las codificaciones procesales constitucionales, y otro en Perú, mediante la ley 28237 en 2004⁴. Ahora, existen leyes y decretos en nuestros países reglamentando los procesos constitucionales. Igualmente debemos recalcar que se trata de uno de los desafíos de esta disciplina, para su consolidación definitiva, tal como se concluyó en el primer congreso colombiano de derecho procesal constitucional realizado en Bogotá⁵, tendencia que también se evidencia en México, por iniciativa del profesor Ferrer Mac-Gregor⁶.

Por ello resulta imprescindible realizar un breve análisis sobre las codificaciones procesales, con el fin de identificarlos, determinar su objeto, necesidad, diferencia y antecedentes en experiencias similares a las propuestas, lo que nos impone adicionalmente verificar los argumentos a favor y en contra de esta regulación y luego analizaremos la estructura que deberá seguir tal código.

2. LAS CODIFICACIONES PROCESALES

Lo primero que debe quedar claro, es que cualquier ordenamiento procesal debe ser positivo, debido al carácter garantista que exige la Constitución Política y los tratados internacionales sobre Derechos

2 Promulgado mediante la ley 6944 el 2 de marzo de 1999, fecha en la que se publicó y entró en vigencia a los sesenta días de su publicación en el Boletín Oficial (art. 110). Puede consultarse en GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 353-380. DÍAZ RICCI, Sergio. El primer código procesal constitucional. En NAVEJA MACÍAS, José de Jesús y OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Codificaciones procesales constitucionales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, pág. 106. Comenta que realmente dicho código fue comunicado al Poder Ejecutivo el 13 de octubre de 1995, pero que debido a un trámite anómalo, solamente se publicó en 1999.

3 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La codificación de los procesos constitucionales*. En MANILI, Pablo Luis (director). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 103.

4 Promulgado el 28 de mayo de 2004, publicado el 31 de mayo de 2004 y entró en vigencia a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial El Peruano (Título XII), lo que ocurrió el 1º de diciembre del mismo año. Puede consultarse en GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Ob. Cit. p. 317-352.

5 Su estructura puede consultarse en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-873 de 2003, C-1092 de 2003 y C-591 de 2005.

6 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Compendio de derecho procesal constitucional*. 4ª ed. México: Editorial Porrúa, 2008. En esta obra se presenta una compilación de legislación, prontuario y bibliografía.

Humanos ratificados por cada Estado sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, como quiera que está debe regularse previamente al conflicto que se quiere solucionar. Es imposible imaginarnos un proceso sin reglas claras y previamente determinadas por el legislador, eso sería todo un caos, que conduciría a una inseguridad judicial y posiblemente a arbitrariedades o manipulación de autotutela.

Cualquiera que sea el ordenamiento procesal, debe precisarse que su objeto es buscar la efectividad de los derechos reconocidos en el ordenamiento sustancial, cuando no tienen una aplicación automática. En efecto, un código de procedimiento civil debe consagrar los instrumentos, garantías o procesos que permitan aplicar los derechos consagrados en el código civil, cuando no son eficaces de manera automática en la práctica y (así en el derecho laboral, penal, administrativo, etc.). Un código procesal constitucional tiene una finalidad similar: reglamentar los procesos circunscritos a la defensa de la Constitución, cuando ello no ocurre automáticamente; por ello debe consagrar procesos que permitan: i) excluir del ordenamiento jurídico normas contrarias a la Constitución, ii) frente al incumplimiento de la Constitución por omisión legislativa o reglamentaria, exhortar al órgano negligente a cumplir con el mandato constitucional, iii) ordenar en casos concretos la efectividad de los derechos humanos; iv) regular el acceso a la jurisdicción constitucional y transnacional, así como su cumplimiento; y, v) dirimir los conflictos de competencia constitucional.

Por ello los ordenamientos procesales deben consagrarse en códigos, sin embargo, la problemática que se presenta está en la posibilidad de establecerlos, a tal punto que sean únicamente los necesarios y no se dejen por fuera algunas de las temáticas propias de la codificación procesal.

En el caso colombiano adolecemos de los dos defectos, toda vez que tenemos demasiados códigos por una parte, y por la otra hemos dejado sin código a la judicialización de la política y a la protección de los derechos humanos. En efecto, por una parte tenemos código de procedimiento penal (sin incluir el disciplinario); civil, laboral, contencioso administrativo y mediante decreto se ha creado un procedimiento agrario (Decreto 2303 de 1989) y uno de familia (decreto 2279 de 1989), y no tenemos código procesal constitucional.

En este orden de ideas, consideramos que los ordenamientos procesales que deben existir son tres, cuyas temáticas son diferentes y ameritan reglamentaciones independientes, a pesar de que existe una

tendencia unificadora de todo el derecho procesal⁷. Los tres tipos de ordenamiento jurídico-procesal que deben coexistir son los códigos de procedimiento que tienen por objeto:

1. Determinar si se impone o no una pena o sanción.
2. Discutir los derechos de origen legal que interesan únicamente a las partes en conflicto.
3. Discutir los derechos de origen constitucional o protegen la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes.

No hemos llegado a un consenso sobre la codificación procesal en general, toda vez que existen diversos enfrentamientos sobre su dogmática. En efecto, en el campo sancionatorio no se ha llegado a una unificación, por lo que se tienen códigos de procedimiento penal y de procedimiento disciplinario. No existe discusión sobre aquel, siguiendo hoy el modelo acusatorio, pero aún no hay acuerdo sobre la regulación de un código procesal sancionatorio, que comprenda todos los procesos que concluyen con una sanción (penal y disciplinario). Igualmente se discute si los procesos encargados de resolver los conflictos sobre derechos de rango legal, como el civil, laboral, comercial, agrario, familia, administrativo, etc., deben consagrarse en un solo código (denominado, siguiendo la tendencia uruguaya, código general del proceso), o si deben redactarse códigos individuales por materia, y que decir sobre el código procesal constitucional, donde incluso se niega por algunos su existencia, o se pretende incluir todo allí.

2.1 CÓDIGO PROCESAL SANCIONATORIO

No ha existido duda sobre la existencia de un ordenamiento procesal penal (aunque creemos, deberá también contemplar el proceso disciplinario), tan así, que desde 1967, en la IV^ª Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizada en Caracas y Valencia (Venezuela)⁸, se dispuso por iniciativa del maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo⁹, en su condición de Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho

7 HERNÁNDEZ VILLAREAL, Gabriel. *El proceso civil adversarial. En "30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal"*. Bogotá: Universidad Libre, 2009, p. 284.

8 GELSI BIDART, Adolfo y otros. *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. Undécima edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria e Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, 2009, p. 18.

9 VÉSCOVI, Enrique. *Reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Bogotá, Temis, 1986. Cit., pág. 20.

Procesal, preparar un “Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica”, tarea encomendada a los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo¹⁰, cuyas bases serían discutidas en las V^{as} Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, que se realizarían en Bogotá y Cartagena de Indias (Colombia) en 1970.

Luego de la muerte del profesor Vélez Mariconde, se incluyeron en la comisión, al español Víctor Fairén Guillén, a los colombianos Bernardo Gaitán Mahecha y Jaime Bernal Cuellar, al brasileño Ada Pellegrini Grinover y a los argentinos Julio Mayer y Fernando de la Rúa, aprobándose finalmente el proyecto en las XI^{as} Jornadas de Derecho Procesal, realizada en Merida (Venezuela) en 1988¹¹.

No examinaremos el ordenamiento procesal penal, por no tener discusión su existencia, ni ser el objeto de nuestra investigación, sin embargo presentaremos las principales características de nuestro sistema acusatorio, regulado en nuestro actual código de procedimiento penal, no sin antes advertir, que el proceso disciplinario debe adoptar también el modelo acusatorio y ser jurisdiccional, para que sus decisiones queden amparadas con la garantía constitucional de la cosa juzgada.

1. Su implementación es el resultado de su incorporación en la Constitución Política y corresponde a un sistema procesal fundamentado en “el principio de igualdad de armas”¹² por existir equilibrio entre las partes procesales, sobre todo en la etapa del juicio, que además, es concentrada, oral y pública¹³. Esquema que consideramos debe implementarse en el derecho disciplinario.
2. El nuevo sistema penal acusatorio, corresponde a la separación de funciones, como quiera que hoy el fiscal debe recolectar o producir la prueba que fundamente su teoría del caso en la acusación y la protección de los derechos fundamentales corresponde al juez de control de garantías. Así debe regularse en el procedimiento disciplinario, donde el Procurador General recolecte, produzca, asegure y exhiba la prueba y la jurisdicción disciplinaria juzgue.

10 VÉSCOVI, Enrique. *El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para la América Latina*. ponencia presentada al XI^{avo} Congreso Mexicano de Derecho Procesal, pág. 14 y 10.

11 VÉSCOVI, Enrique. *Reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Ob. Cit., pág. 66.

12 CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. Proceso de constitucionalización del derecho penal y del proceso penal. En *“El sistema penal acusatorio en el contexto colombiano”*. Bogotá: Universidad Libre, Facultad de Derecho, 2010, pág. 48.

13 Su estructura puede consultarse en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-873 de 2003, C-1092 de 2003 y C-591 de 2005.

3. Su eficacia se inspira en una política criminal de justicia restaurativa, según la cual, se demanda el mayor grado de subsanación posible del daño¹⁴.
4. *La acción penal* no es autónoma como en los procesos no penales, por estar matizado por el principio de oportunidad, controlado por el juez de control de garantías. Dicho principio pretende una armonización entre: i) la efectividad de los derechos fundamentales; ii) la justicia material; y, iii) la seguridad jurídica¹⁵.

La Fiscalía no tiene la obligación de la investigación integral, que tenía en el esquema inquisitivo, solamente tiene que recaudar las pruebas de cargo, que le permitan estructurar la teoría del caso, base de la acusación que presentará ante la jurisdicción, por lo que no tiene funciones judiciales¹⁶, lo que implica que hoy no puede precluir la investigación (creemos que en una reforma integral a la justicia, la Fiscalía debe salir de la Rama Judicial); por ello las decisiones que involucren la eventual vulneración de los derechos fundamentales, deben solicitarse o autorizarse por el Juez de Control de Garantías.

5. El Juez de Control de Garantías, es el funcionario judicial que aplica el derecho constitucional procesal dentro del proceso penal (en el esquema del proceso civil acusatorio, esta función le incumbe al juez civil de instrucción), es decir, es el encargado de hacer cumplir la Constitución Política, particularmente en lo relacionado con los derechos fundamentales¹⁷ y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, en cuanto a lo protección de los Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro del proceso penal; de no cumplirse esta función, puede entrar en juego la jurisdicción constitucional (el derecho procesal constitucional) en la acción de tutela o la jurisdicción procesal constitucional transnacional (derecho procesal constitucional transnacional) en los procesos tramitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, debe: i) proferir medidas de aseguramiento; ii) expedir ordenes de captura¹⁸; iii) realizar un control

14 ROJAS LÓPEZ, Carmen Edilia. *Justicia restaurativa en el Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, Ltda. 2009, pág. 220.

15 CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. *Proceso de constitucionalización del derecho penal y del proceso penal*. Ob. Cit., pág. 49.

16 CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. *Ibidem*, pág. 50.

17 Sentencia de la Corte Constitucional C-591 de 2005.

18 Puede consultarse la Sentencia de la Corte Constitucional C-873 de 2003.

integral de legalidad sobre: a) interceptaciones de llamadas telefónicas o de correspondencia, de tipo formal y material¹⁹; b) de allanamientos; c) de registros; y, iv) autorizar inspecciones corporales y registros.

6. El derecho de contradicción, o de acción del imputado, procesado o implicado, puede ejercerlo en cualquier etapa del proceso, permitiéndosele la utilización de cualquier medio probatorio y debiendo el Fiscal dar a conocer la totalidad del acervo probatorio que fundamente su acusación²⁰, no obstante, la Ley 906 de 2004 permitía su ejercicio desde que se adquiría la condición de imputado, pero la Corte Constitucional precisó que este derecho se adquiría desde el momento en que se tenga conocimiento de la investigación por el implicado²¹.
7. La etapa del juicio, por corresponder²², al centro de gravedad del proceso donde se exhiben las pruebas, con plena aplicación de los principios de inmediación, contradicción, concentración y valoración en conjunto de la prueba, brindando una eficacia a los principios constitucionales de la publicidad y a la tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable. Queremos precisar que se trata de un esquema de descubrimiento probatorio y no de producción de la prueba, toda vez que una vez producida la prueba, la misma debe soportar una cadena de custodia, que la conserve hasta la etapa del juicio.
8. Se permite que se juzgue a la persona ausente²³, siempre que:
 - a. Se haya expedido una orden de captura.
 - b. Se haya emplazado al demandado.
 - c. El imputado nunca comparezca ni se capture.
 - d. Se le haya designado al imputado un defensor de oficio, en cabeza de quien se concreta el derecho de defensa.
 - e. Se trate de una decisión (resolución) motivada²⁴.
9. Se ha enseñado que la ley procesal rige hacia el futuro, sin que pueda aplicarse la retroactividad, pero sí soporta la ultra actividad. Tratándose de la

19 Sentencia de la Corte Constitucional C-1092 de 2003.

20 Sentencias de la Corte Constitucional C-454 de 2006 y C-1194 de 2005.

21 Sentencia de la Corte Constitucional T-799 de 2005.

22 Sentencia de la Corte Constitucional C-873 de 2003.

23 Sentencia de la Corte Constitucional C-488 de 1996.

24 CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. *Ibíd*em, pág. 51.

ley sustancial penal, se permite tanto la ultra actividad como la retroactividad, siempre que implique la aplicación del principio de favorabilidad.

La retroactividad de la ley, consiste en la regulación de la nueva ley a hechos anteriores a su entrada en vigencia, mientras que la ultra actividad implica que una ley a pesar de haber perdido su vigencia (por derogación, por declaratoria de inexecutable, por incompatibilidad con un nueva ley, o por existir otra ley que regule íntegramente la materia), sigue aplicándose, pero a hechos sucedidos durante su vigencia.

Con respecto a la entrada en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio, no existe duda sobre su aplicación progresiva hacia el futuro, de conformidad con lo determinado por la ley 906 de 2004, sin embargo, el sistema anterior seguirá aplicándose a los procesos ya iniciados, de conformidad con el principio de ultra actividad de la ley, lo cual a su vez implica una aplicación del principio de favorabilidad, en la medida que al imputado se le otorguen beneficios de carácter sustancial.

10. Resulta pertinente resaltar, que debido a la prevalencia de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional²⁵ determinó, que procedía la acción de tutela contra providencias judiciales, debido a la existencia de algunas disposiciones que negaban la posibilidad de interponerla contra sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ir en contravía de la cláusula constitucional que indica que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública²⁶.

2.2 CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Consideramos que resulta esencial para controlar la mora judicial e incrementar la eficiencia de un sistema judicial, la unificación en la legislación procesal encargada de solucionar los conflictos sobre derechos no penales ni sancionatorios de origen legal, implementando un código general del proceso, dentro del cual se elimine el excesivo rigorismo formal.

En efecto, este código es idéntico en la parte general y en la especial con la unificación de procedimientos, incluyéndose únicamente aquellos aspectos que ameriten (sin repetir las mismas disposiciones en diferentes códigos) la regulación de aspectos meramente especiales, pero sin olvidar

25 Sentencia de la Corte Constitucional C-590 de 2005.

26 CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. *Ibíd.*, pág. 52.

que la verdadera especialidad del proceso, la da el derecho sustancial y los poderes de sus operadores.

Para este proceso, presentamos una propuesta sobre la implementación de un proceso con una etapa inductiva escrita pero ágil, una audiencia preparatoria de la etapa del juicio y una etapa del juicio, la cual debe ser estrictamente oral y concentrada.

El proceso a regular en este código, en esencia debe ser garantista de los derechos constitucionales, en especial el referido al debido proceso, por lo que en este aspecto compartimos la posición del profesor argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni, quien estima que “no hay más garantía que el proceso judicial porque será este el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la ley fundamental”²⁷, agregando el profesor Ferrer al interpretarlo, que “en realidad todo proceso es una garantía”²⁸, entendiendo por tal que en todo caso, debe garantizar los siguientes derechos:

1. **A un proceso oportuno**, donde se obtenga la sentencia de fondo en un plazo razonable, entendiendo por tal, aquel donde se profiera la sentencia dentro de la oportunidad prevista por el legislador, o dicho de otra manera, sin dilaciones injustificadas, las cuales se presentan, cuando las decisiones no cumplen los términos que el mismo código señala.
2. **A un proceso sencillo**, entendiendo por tal, un proceso donde las etapas sean precisas, concretas y donde no exista proliferación de procedimientos.
3. **A la jurisdicción**, es decir, a un juez o tribunal natural, que tenga el poder de “*decir el derecho que es, en el caso concreto*”.
4. **De acción**, entendido como el derecho a obtener una sentencia de fondo.
5. **A la contradicción**, es decir, donde el demandado tenga una oportunidad (término), donde pueda, entre otras cosas, oponerse de manera simple o calificada a las pretensiones presentadas por el actor.

27 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Problemas actuales del derecho procesal (garantismo Vs activismo judicial)*. Santiago de Queretaro: 2002, pág. 27.

28 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Prólogo”. En GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial)*. Ob. Cit., pág. 12.

6. **A la imparcialidad del juez**, entendiéndolo por tal, la regulación de un proceso donde la ley le imponga al juez, que le brinde a las partes las mismas oportunidades y ayudas para practicar, asegurar y descubrir las pruebas, sin que pueda parcializarse, ni siquiera a favor de la parte más débil (si las partes no estén capacitadas, no es problema de la ley procesal, ni del juez, ya que la negligencia o impericia profesional, debe generar responsabilidades patrimoniales, que deberán ser objeto de solución por los colegios de abogados, pero no ser la excusa para proferir fallos torticeros o acomodados).
7. **A la prueba**, es decir, donde se pueda anunciar, practicar, recaudar, descubrir (presentar o exhibir), contradecir y valorar los hechos legal, oportuna y públicamente allegados al proceso.
8. **A la impugnación**, o a interponer recursos en las decisiones que afecten a alguna de las partes.
9. **A la ejecución**, donde pueda el beneficiado con la sentencia declarativa, hacerla cumplir de inmediato.

En conclusión, un proceso judicial garantista, siguiendo a Gozáini, es aquel que: “se basa y argumenta desde la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del “debido proceso adjetivo”, lo que supone entablar un conflicto de intereses entre dos partes, en igualdad de condiciones y de oportunidades, frente a un tercero (independiente) e imparcial (que no ayuda ni beneficia a ninguna de las partes) que resuelve la controversia.

“Este juez que dirige el debate dialéctico entre las partes debe garantizar permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción, porque esa es la base del sistema (alguien que pide ante otro que consiente, acepta o discrepa, y frente a alguien que decide).

“El proceso es un problema entre partes, y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio, es decir, que no hay proceso sin petición de parte, y no puede el juez promover él mismo un conflicto entre partes.

“Al ser el litigio “cosa de partes” solamente estos aportan los hechos y afirman las realidades. Estas deberían ser confirmadas o verificadas y el juez resolver secundum alegata et probata, es decir, según lo alegado y probado por las partes”²⁹.

29 GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *Problemas actuales del derecho procesal*. Ob. Cit., pág. 27. Lo que no entendemos, es como llega a la siguiente conclusión, para desprestigiar el garantismo: “La prueba de

Lo expresado sigue vigente y no tiene discusión, tal vez lo que debemos agregar, es que debe existir un juez que controle las garantías constitucionales y que preste a las partes colaboración como instructor, en la labor propia de las etapas de producción y conservación de la prueba que ha de descubrirse en la etapa del juicio.

Nunca dentro del proceso garantista, que en nuestro concepto debe ser acusatorio, adversarial o dispositivo, la prueba es ni será “*una suerte de juegos*”, ya que el objeto del proceso son los hechos, los cuales deben llevar las partes al proceso acudiendo a los medios probatorios y el juez debe fallar con base en ellos³⁰ y no en las persuasiones o afirmaciones de las partes³¹, por lo cual no es cierto que primen las elucubraciones de las partes sobre los hechos demostrados³², por el contrario “habitualmente, en el fondo de las concepciones que, en los distintos ordenamientos, se refieren a la prueba judicial está la idea de que en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no y que las pruebas sirven precisamente para resolver este problema”³³, nunca las persuasiones.

las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones, porque hay que convencer al juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades”.

30 El artículo 174 del Código de Procedimiento Civil dice: “Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

31 SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. *Los grandes temas de derecho probatorio*. Buenos aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1978, pág. 12: “¿Qué es lo que ha de verificarse? Esto es: ¿qué se prueba? Aquí suele aumentarse la confusión. Porque no es raro y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No, los hechos no se prueban, los hechos existen. Lo que se prueban son afirmaciones que podrían referirse a hechos”.

32 ROCHA ALVIRA, Antonio. *De la prueba en derecho*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1990, pág. 26 y 27: a) La ley: está obligado a la reparación del daño quien dispara imprudentemente un arma de fuego (artículo 2356 del Código Civil). b) El hecho: Fulano disparó imprudentemente el arma de fuego e hirió a Zutano, en tales y cuales condiciones. c) El argumento o conclusión: luego Fulano debe indemnizar el daño que sufrió Zutano. la premisa a) y el argumento o conclusión c) dependen de que se haya probado el hecho b). Fulano disparó”; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal*. Pruebas judiciales. Tomo II. 2ª edición. Bogotá: Editorial ABC, 1972, pág. 39: “algunos dicen que el objeto de la prueba judicial son las afirmaciones de las partes y no los hechos (cita a Castro Méndes y a Sentis Melendo). Pero no obstante que teóricamente las partes tratan de demostrar sus afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en las excepciones, en el fondo esas afirmaciones recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos y, en todo caso, desde el punto de vista del juzgador, que debe fijar el presupuesto de su decisión, el objeto de la prueba lo constituyen, en todo caso, los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones”; PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 11ª edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000, pág. 86. Se entiende que acoge la doctrina anterior, toda vez que expresa: “No estamos de acuerdo con el ilustre maestro (se refiere a Sentis Melendo), pues si bien es cierto, como él mismo lo dice, que las partes no le plantean al juez sus dudas, sino que efectivamente hacen afirmaciones de la existencia de determinados hechos que sirven de sustento a sus pretensiones o excepciones, éstos son los que son susceptibles de pruebas”.

33 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pág. 21: “la idea de que la función de la prueba consiste en establecer la verdad de los hechos está difundida en todas las culturas jurídicas, de forma que no es posible, y tampoco necesario, ofrecer al respecto indicaciones completas”.

Por fortuna nuestro legislador ha contemplado esta directriz en el artículo 1º de la ley 1285 de 2009, que reformó el artículo 4º de la ley 270 de 1996, al decir:

“Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.

Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos”.

Como puede evidenciarse, esta estructura normativa y procesal, puede ser aplicada en todos los procesos no penales³⁴, ya que es compatible en derecho civil, comercial, de familia, agrario, laboral y administrativo, como quiera que la verdadera especialidad no la brinda el derecho sustancial que ha de discutirse en cada proceso.

Y es compatible, como quiera que en todas las especialidades descritas, tenemos procesos declarativos, ejecutivo y de liquidación y no vemos por qué debe repetirse las mismas disposiciones en diferentes códigos, estableciéndose diferencias que responden más a la necesidad que a la necesidad³⁵.

2.2.1 Antecedentes del Código General del Proceso

Como quiera que existe en todos los países iberoamericanos la misma preocupación: “el deficiente funcionamiento del Servicio de Justicia y, por lo tanto, el anhelo por idear medios que permitan su mejoramiento”³⁶, consideramos pertinente analizar lo sucedido con el “Código Procesal Civil” modelo para Iberoamérica y con el “Código General del Proceso”, implementado en Uruguay.

34 Terminología acuñada por VÉSCOVI, Enrique. *Reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Ob. Cit., pág. 42.

35 VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2000.

36 GELSI BIDART, Adolfo y otros. *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. Ob. Cit., Pág. 18.

La crisis de nuestra justicia civil, proviene de las instituciones procesales españolas, que al decir de Couture, se encontraban atrasadas en dos siglos, toda vez que el sistema español adoptó el proceso común o romano-canónico, caracterizado por ser escrito, burocrático, secreto y lento³⁷, por ello don Niceto Alcalá Zamora y Castillo enseñaba, que en España la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, junto a su reforma de 1881, provenía del viejo sistema medieval.

Existió un proyecto que modernizaba el sistema español y lo ponía a la altura del entonces sistema más avanzado, el francés, pero lamentablemente fue rechazado por el sector conservador de jueces y abogados y en su lugar se aprobó en 1855 la citada ley de Enjuiciamiento Civil. Tal proyecto de Código de Procedimiento se elaboró por el Marqués de Gerona, donde se introducía el proceso oral o por audiencias³⁸.

Tal como se indicó, podemos encontrar su antecedente en las IV^s Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en Caracas y Valencia³⁹, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, donde por iniciativa de su presidente, Niceto Alcalá Zamora y Castillo⁴⁰, se acordó preparar un “Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, cuya redacción se encomendó a los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi⁴¹, cuyas bases serían discutidas en las V^s Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en Bogotá y Cartagena en 1970⁴², aprobándose en las X^s Jornadas de Rio de Janeiro en 1986⁴³.

El anteproyecto definitivo, en cuya redacción también colaboró el profesor Luis Torello (Uruguay), fue sometido al examen de una comisión revisora, integrada por los profesores Hernando Devis Echandía (Colombia), Alfredo Buzaid (Brasil), Lino Palacio (Argentina) y Carlos de Miguel y Alonso (España)⁴⁴.

37 GELSI BIDART, Adolfo y otros. *Ibidem*. Pág. 18.

38 FAIREN GUILLÉN, Víctor. *Estudio histórico de la ley procesal de 1855*. Ponencia presentada al 1er Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal. y PRIETO CASTRO, E. La instrucción del Marqués de Gerona. En *“Revista General de Legislación y Jurisprudencia”*. Tomo 198, año 1953, pág. 114.

39 GELSI BIDART, Adolfo y otros. *Ibidem*, pág. 18.

40 VÉSCOVI, Enrique. *Reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Ob. Cit., pág. 20.

41 VÉSCOVI, Enrique. *El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para la América Latina*. Ob. Cit., pág. 14 y 10.

42 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Derecho procesal constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2008, Pág. 24.

43 VÉSCOVI, Enrique. *Reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Ob. Cit., pág. 66.

44 GELSI BIDART, Adolfo y otros. *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. Pág. 18.

No sobra reiterar, que a pesar de denominarse Código Procesal Civil, el mismo busca reformar el sistema no penal, es decir, el civil, comercial, laboral, agrario, de familia y contencioso administrativo⁴⁵.

Debemos resaltar, que una vez restablecido el régimen democrático, la República Oriental del Uruguay, aprobó mediante la ley 15.982 del 18 de Diciembre de 1988, por primera vez, el Código General del Proceso, producto del Anteproyecto presentado el 19 de febrero de 1987 por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo e integrad por los doctores Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Véscovi y Luis Torello, a partir del proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional⁴⁶.

A título de conclusión, debemos decir, que el Código General del Proceso, no solamente ha sido en éxito en Uruguay, sino que además tiende a la implementación de un proceso civil universal. Por ello Véscovi expresó: “lo primero que queremos señalar, aunque resulte reiterativo, es que el sistema del proceso civil (que significa no penal, pues incluye los procesos civiles, comerciales, contencioso administrativos, agrarios laborales, de familia, etc.) en Uruguay se rigen, a partir de noviembre de 1989, por el Código General del Proceso al que, a su vez, tomo el sistema del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, agregando, “que este proceso constituye la mayor tendencia hacia el *proceso civil universal* del que habla el profesor Carlos de Miguel y Alonso de España (Carlos de Miguel y Alonso, *Hacia un proceso civil universal*, Madrid, 1991)⁴⁷.”

Poner de presente lo sucedido con tales códigos, tiene por objeto evidenciar las diferencias con el procesal constitucional, lo que de contera demuestra que la temática procesal constitucional no puede incluirse en un código que resuelva conflictos de origen legal y que somos consientes que la labor iniciada no será fácil (la discusión del código procesal civil modelo tardó 19 años en consolidarse), pero no por ello, declinaremos nuestra iniciativa.

2.3 CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En principio tenemos que resaltar, que la gran conclusión del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, que se realizó

45 VÉSCOVI, Enrique. *Reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Ob. Cit., pág. 67.

46 GELSI BIDART, Adolfo y otros. *Ibidem*. Pág. 18.

47 VÉSCOVI, Enrique. *Reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Ob. Cit., pág. 104.

en Bogotá entre el 26 y 28 de mayo de 2010, expuesta por el profesor peruano Aníbal Quiroga León, fue la necesidad de expedir un Código Procesal Constitucional Modelo para Iberoamérica, de tal manera que los legisladores, puedan tener una visión de lo que podría llegar a contener dicho sistema normativo, lo cual además lo presentamos como uno de los desafíos de esta nueva disciplina jurídica⁴⁸. Resulta imprescindible abordar desde la academia esta discusión, ante el silencio del legislador.

2.3.1 Argumentos a favor de la codificación procesal constitucional

Sobre esta parte del ordenamiento jurídico procesal, debemos resaltar los argumentos a favor que expone el profesor argentino Néstor Pedro Sagüés:

“a) Seguridad, para dar un tratamiento coherente a institutos procesal-constitucionalista muchas veces dispersos y no siempre armónicos, nacidos en distintas épocas y desenvueltos quizá al azar, a borbotones, con tribunales de factura diversa y en etapas ideológicas a veces contra puestas.

b) Perfeccionamiento y eficacia, ya que la codificación es un buen momento, por ejemplo, para mejorar el arsenal normativo existente, actualizarlo, eliminar dispositivos incorrectos, incorporar a otros que faltaban, cubrir los vacíos lagunosos y disipar ambigüedades, tarea que implica una contribución progresiva en términos de claridad jurídica.

c) Robustecimiento académico e ideológico, del derecho procesal constitucional, puesto que una correcta codificación dará consistencia a esta joven disciplina y puede contribuir a mutarla en más operativa para los derechos personales emergentes de la Constitución o del derecho internacional, y más útil para dirimir las controversias constitucionales entre los órganos del Estado. En definitiva, para tornarla mucho más funcional a fin de hacer operar idóneamente a la jurisdicción constitucional de la libertad y a la jurisdicción constitucional orgánica, expresiones estas felizmente acuñadas por Héctor Fix-Zamudio y Mauro Cappelletti” (negrilla fuera de texto)⁴⁹.

48 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Desafíos del derecho procesal constitucional*. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (coordinador). *Derecho procesal constitucional. memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y VC Editores Ltda., 2010, pág. 35.

49 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional*. En MASCOTRA, Mario (director) y CARELLI, Enrique Antonio (coordinador). *“Derecho procesal constitucional”*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2006, pág. 35 y ss. También publicado en PALOMINO MANCHEGO, José F. (coordinador). *“El derecho procesal constitucional peruano*. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde. T. I, Lima: Grijley, 2006, pág. 17 y ss. También en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador). *“Derecho procesal constitucional”*. 4ª ed., t. I, México: Porrúa, 2003, pág. 499 y ss.

Podemos agregar, que en países como Colombia, será la expresión de una garantía constitucional democrática, como quiera que para que un código soporte un proceso de control de constitucionalidad debe tener unidad de materia, solamente puede expedirse o reformarse por la Rama Legislativa del Poder Público⁵⁰ y por tratarse de procedimientos sobre derechos fundamentales, deberá expedirse mediante ley estatutaria, lo cual implica que tendrá un control automático y previo de constitucionalidad por la Corte Constitucional⁵¹.

Como se podrá fácilmente concluir, los mismos argumentos pueden trasplantarse al caso colombiano e incluso iberoamericano, amén de resaltar, que la experiencia del único país que hasta el momento ha expedido un código procesal constitucional, Perú, ha sido positivas⁵².

2.3.2 Argumentos en contra de la codificación procesal constitucional

No obstante la notoria claridad sobre la necesidad de la codificación, se presentan las siguientes objeciones:

a) *Que es descender al plano legal la regulación de los derechos fundamentales.*

b) *El profesor Sagüés cita otros riesgos:*

“a) la impericia, si malos legisladores perjudican o complican los procesos constitucionales ya existentes;

b) la regresión, cuándo en vez de desenvolver y desplegar positivamente a tales institutos, se los retrotrae al pasado volviéndolos poco operativos, burocráticos y complejos cuándo no, en situaciones límites, paradójicamente castrativos;

c) el conflicto, que se presenta cuando se reavivan disputas ya superadas, o al menos aletargadas, o se introducen mecanismos o sistemas arto discutibles, provocadores de mayores debates y controversias en la comunidad forense;

50 Inciso tercero del numeral decimo del artículo 150 de la Constitución Política.

51 Artículo 153 de la Constitución Política.

52 En Perú se expidió mediante la ley 28.237 y puede consultarse en GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Ob. Cit., pág. 307.

d) **la esclerotización**, rara de evitar si el legislador, por excesivo reglamentarismo o simplemente por un deseo patológico de aherrojar la realidad, corta las alas de los operadores (en particular, de los jueces) y los encierra en una suerte de jaula regulatoria que impide el desarrollo de nuevas variables procesales o remodelación ágil de los existentes⁵³.

2.3.3 Nuestra posición

Consideramos sin lugar a ninguna duda, que se requiere implementar la codificación procesal constitucional, la cual permitirá definir y reglamentar los procesos necesarios y suficientes para hacer efectivo el principio de supremacía constitucional en el derecho interno y los derechos humanos, diferenciándolos claramente de los procesos de origen constitucional, los que tiene por objeto examinar una sanción y los que pretenden la efectividad de un derecho de origen legal.

En efecto, un código procesal constitucional nos brindaría unidad de materia, lo cual a su vez consolidaría la dogmática del derecho procesal constitucional, ya que nos permitiría diferenciarlo de los demás, lo cual a su vez permitiría que se identificara con precisión la labor, límites y estructura de la jurisdicción constitucional, la cual en algunos casos pareciera ser invisible y por lo mismo inaplicable por los jueces⁵⁴.

Los procesos protectores de la supremacía constitucional son:

1. Los procesos de control orgánico de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico:

- a. El derivado de la acción de inexecutableidad.
- b. El iniciado automáticamente (control automático de constitucionalidad previo o posterior).
- c. El incidental (de oficio o a petición de parte).
- d. El de inconstitucionalidad por omisión (que sería el derivado de la acción de cumplimiento constitucional).

2. Los procesos protectores de los derechos humanos

- a. El encaminado a proteger derechos fundamentales (acción de tutela, *hábeas corpus* y *hábeas data*).
- b. El originado con la acción popular. Para la efectividad

53 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Ibidem*, pág. 36.

54 Esto es lo que ha sucedido con el denominado "choque de trenes" o "guerra de cortes".

de los derechos humanos de rango colectivo (derechos humanos de tercera generación)

- c. El que desarrolla la acción de grupo. De reparación por violación a los derechos humanos en el derecho interno.

3. El proceso que reglamente la ejecución de los fallos proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sin duda, deben ser de la jurisdicción constitucional. Igualmente deberá precisar el acceso a la jurisdicción constitucional transnacional (derecho de acción transnacional).

4. El que resuelva los conflictos de definición de jurisdicciones o de competencias constitucionales, que para nosotros debe ser de la jurisdicción constitucional, tal como sucede en Italia⁵⁵ o Perú. Permitirá precisar la competencia funcional de la jurisdicción constitucional, impidiendo los eventuales abusos de los jueces de esta jurisdicción, siguiendo una estructura positivista derivada de nuestra tradición judicial, que determina claramente el actuar de los jueces de cada jurisdicción.

Frente a la codificación pueden seguirse dos caminos: i) **la consolidación**⁵⁶, toda vez que el código no podrá modificar los derechos constitucionales, simplemente consolidará la normatividad existente, aglutinando las normas sobre la materia⁵⁷, las amoldará entre sí, llenará los vacíos existentes. Esto se podrá efectuar mediante una ley estatutaria, toda vez que a pesar que no modificará lo existente, por referirse a derechos fundamentales, requiere una protección o garantía especial.

ii) También podrá, como lo enseña el profesor Sagüés, acudirse a una nueva codificación, lo cual corresponde a una propuesta más ambiciosa, donde se analice el panorama normativo previo, pero donde se diseñarán libremente cada uno de los capítulos del código⁵⁸, propuesta que acogemos, sin desconocer los avances hasta ahora alcanzados, pero creemos que se requiere una paciente y profunda revisión.

55 Esta propuesta implica que el Consejo Superior de la Judicatura, debe perder toda función jurisdiccional, ya que al crearse la jurisdicción constitucional concentrada, tampoco conocería de acciones de tutela, proponiéndose que se convierta en una verdadera jurisdicción disciplinaria, que ameritaría abordar un estudio sobre el papel que en la actualidad cumple la Procuraduría General de la Nación y las personerías.

56 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional*. En MASCIOTRA, Mario (director) y CARELLI, Enrique Antonio (coordinador). Ob. Cit., pág. 37.

57 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit., pág. 130.

58 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional*. Ob. Cit., pág. 37.

El adoptarse cualquiera de las dos iniciativas, la misma tendrá que adoptarse en Colombia mediante ley estatutaria, como quiera que así lo exige el artículo 152 de la Constitución Política⁵⁹.

Analicemos brevemente cada una de las objeciones expuestas en contra de la codificación procesal constitucional:

Frente a la primera: no es cierto que se descienda al plano legal la regulación de los derechos fundamentales y en general los constitucionales, ya que ellos siempre estarán consagrados en la Constitución Política; esta objeción demuestra, que no se diferencia por nuestros detractores, el derecho constitucional del Derecho Procesal Constitucional, por ellos es que niegan la existencia de esta última disciplina. Adicionalmente parece exponerse a espaldas de la realidad, toda vez que los procesos constitucionales si están regulados, pero en disposiciones dispersas. En efecto, se trata de regular en una sola norma los mecanismos procesales que pretenden la efectividad de la supremacía constitucional y de los derechos humanos. ¿Ahora, si no pudiese reglamentarse en códigos, entonces por qué se incorporaron algunos de sus aspectos en el nuevo código contencioso administrativo colombiano?

Frente a la segunda: por supuesto que la impericia legislativa siempre será un riesgo, pero ello no nos puede impedir mejorar lo que hoy tenemos. Ahora, deberá conformarse una comisión de los juristas más destacados, a fin de elaboren un proyecto de código que permita una amplia discusión académica ante las universidades y la judicatura. Por otra parte, este no es un problema del código, sino de las personas que lo redactarán. Frente al proyecto del código modelo, esta objeción es relevante.

Frente a la tercera: no es posible que un código nos transporte al pasado (entendiendo por tal antes de 1991), toda vez que fue la nueva Constitución la que incorporó el derecho procesal constitucional. En efecto, lo único que podremos hacer, será codificar positivamente los elementos esenciales del derecho procesal constitucional: acción, jurisdicción y debido proceso protector de la supremacía constitucional (sin desconocer que esta trilogía es aplicable en todos los sistemas procesales). En lo que si tiene razón esta objeción, es que no podrá convertirse al proceso protector de la

59 Artículo 152: "Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) Estados de excepción. f) Adicionado. A.L. 2/2004, art. 4°. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley".

supremacía constitucional, en una especie de proceso civil o administrativo; por el contrario, debemos consolidar los principios de procesos ágiles, sumarios, breves, pero dirigidos por el juez constitucional que por esencia es activista, no por los civiles, administrativos, penales o de familia, quienes si les pueden dar en la práctica la ideología de su convicción.

Frente a la cuarta: si el conflicto es constructivo, bien venido. Las disputas que no aceptamos, serán aquellas que pretendan imponernos, que no puede haber mecanismo procesal protector de la supremacía constitucional, ya que ello significaría retroceder al mundo de las cavernas o las que sugieran recortar las bondades de los mecanismos procesales. Por el contrario, ello permitiría construir mejores mecanismos que eviten la congestión judicial de otras jurisdicciones. Mientras no tengamos claro que necesitamos un código procesal constitucional, no tendremos claro que se requiere de una jurisdicción constitucional concentrada.

Frente a la quinta: no puede impedirse al legislador una labor que de suyo es una obligación; al contrario, si se expide un solo código, por ley estatutaria, él mismo impedirá la proliferación de normas. Esto no tiene porque impedir al operador cumplir con el fin del derecho procesal constitucional, que no puede ser otro distinto, al de buscar la efectividad de la supremacía constitucional. Recuérdese que únicamente se trata de regular el procedimiento, pero la grandeza de las decisiones judiciales, no depende del respeto que se debe tener al debido proceso, esencia de la regulación procesal.

En conclusión, debemos decir que esta parte del ordenamiento jurídico debe reglamentar, por una parte, la judicialización de la política, y por la otra, la protección de los Derechos Humanos. En efecto, el derecho procesal constitucional tiene por objeto efectivizar judicialmente el principio de supremacía constitucional, dentro del sistema de fuentes el cual se concreta en los procesos encaminados a mantener el “*linaje*” constitucional en el ordenamiento jurídico, denominado por el maestro Cappelletti como jurisdicción constitucional orgánica⁶⁰ (control abstracto, debido al efecto de sus decisiones, excepto en el incidental que proponemos), y, por el otro, en los procesos encaminados a proteger los derechos humanos⁶¹ cuando sean vulnerados o amenazados, en el orden interno, o transnacional⁶² (control

60 CAPPELLETTI, Mauro. “*La justicia constitucional Supranacional*”. En “*La Justicia constitucional*”. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pág. 340.

61 De primera, segunda o tercera generación. Al respecto puede consultarse a: REY CANTOR, Ernesto. *Las generaciones de los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Libre, 2009.

62 Nos referimos al derecho procesal constitucional transnacional, que estudia el acceso, jurisdicción y proceso establecido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (también el europeo o africano).

concreto, por el efecto inter partes de sus decisiones)⁶³, consideramos que el tema relacionado con los instrumentos procesales relacionados con la judicialización de la política, deben estudiarse como un sector de esta disciplina. Esta rama del derecho indudablemente ha servido para entender que los tribunales constitucionales hoy son actores políticos, como quiera que sus funciones se centran en proteger o restablecer, al decir del profesor *Héctor Fix-Zamudio*, “el orden constitucional desconocido o violado”⁶⁴, por las manipulaciones de los grupos dominantes⁶⁵, lo cual antes no sucedía⁶⁶.

En efecto, pertenece a la temática del derecho procesal constitucional, estudiar los instrumentos que pretenden que el ordenamiento jurídico de cada país, esté conforme con la Constitución. Y resulta imprescindible esta rama del derecho procesal en todo Estado de derecho, como quiera que la Constitución se pueda desconocer cuando se legisla, evento en el cual el tribunal constitucional en dicho control, se comportará como un legislador negativo⁶⁷, en la medida que excluye del ordenamiento jurídico una norma inconstitucional. Empero, también se puede desconocer la Constitución por omisión, lo cual ocurre, cuando el legislador no desarrolla a las cláusulas constitucionales, aún cuando lo haya ordenado el constituyente.

Por ello creemos que uno de los desafíos del derecho procesal constitucional, es crear el debido proceso que nos permita controlar la inconstitucionalidad por omisión, como un sector de la judicialización de la política, que como lo afirmamos, corresponde, al menos en este aspecto, al derecho procesal constitucional⁶⁸.

63 Al respecto puede consultarse: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Contenidos del derecho procesal constitucional. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Editor Académico) “*Anuario de Derecho procesal Constitucional*”. Año No. 1. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2010, pág. 21.

64 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El derecho procesal constitucional como un sector de la defensa de la Constitución*. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinador). “*Estudios de Derecho Procesal Constitucional*”. Tomo II. Bogotá: VC Editores Ltda., 2010. En Prensa.

65 Corte Constitucional colombiana. Sentencia que declaró inexecutable la ley convocatoria a un referendo reformativo de la Constitución (que buscaba la reelección presidencial).

66 CELOTO, Alfonso. *El derecho juzga a la política. La Corte Constitucional de Italia*. Ediar: Buenos Aires, 2005, pág. 113.

67 KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, revisión de Domingo García Belaunde. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*”. No. 10. México: Porrúa, 2009, pág. 3.

68 Puede consultarse: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Desafíos del derecho procesal constitucional*. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinador). “*Derecho procesal constitucional. Memorias del Primer Congreso de Derecho Procesal Constitucional*”. Bogotá, mayo

Tradicionalmente se ha entendido que cada una de las ramas del poder público tienen asignadas unas competencias constitucionales precisas, sin embargo, excepcionalmente se han atribuido otras competencias, lo cual en principio no quebranta el principio de separación de poderes⁶⁹; veamos:

La *Rama Legislativa* del poder público tiene por objeto, expedir las leyes en desarrollo de los principios constitucionales, o reformar la Constitución mediante la expedición de Actos legislativo (enmiendas constitucionales), o establecer el procedimiento de reforma constitucional por el pueblo, tal como acontece con el referendo reformatorio de la Constitución, así como el ejercicio del control político. Sin embargo, también es competente para juzgar penalmente a los magistrados de las altas cortes o al Presidente de la República y no por ello, puede concluirse que se ha inmiscuido en las funciones propias de la Rama Judicial.

La *Rama Ejecutiva* del poder público, en regímenes presidencialistas como el colombiano, en cabeza del Presidente de la República, está la de ser el jefe del Estado en el orden externo y de gobierno en el orden interno, junto con los ministerios, superintendencias y departamentos administrativos, lo cual se concreta en los actos administrativos de carácter reglamentario. Empero, excepcionalmente cumple funciones de la Rama Legislativa, tal como acontece con la expedición de los decretos-ley y decretos-legislativos; o de la judicial, con los procesos adelantados ante la Superintendencia de Sociedades en aplicación de las leyes 222 de 1995, 550 de 1999 y 116 de 2006⁷⁰.

Por su parte, a la *Rama Judicial* del poder público, le corresponde ejerciendo jurisdicción, proferir sentencias que resuelvan un conflicto de intereses, como concreción del derecho de acción. La función jurisdiccional del Estado, se ha creado para que en ejercicio de la soberanía interna del Estado, sus destinatarios tengan que aceptar y cumplir las decisiones que tome, en ejercicio de la función pública de administración de justicia⁷¹; es decir, el objeto de la administración de justicia es “*decir el derecho que es*” en un caso concreto.

26, 27 y 28 de 2010. Bogotá: VC Editores Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2010, pág. 33.

69 En este tema sugerimos consultar: VILE, M. J. C. Constitucionalismo y separación de poderes. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; CAPPELLETTI, Mauro. ¿Jueces legisladores? Lima: Communitas, 2010.

70 Aunque consideramos que con los procesos judiciales adelantados ante la Superintendencia de Sociedades, si se quebranta la Constitución vulnera el principio de separación de poderes, por convertirse en un ejercicio permanente de la Rama Judicial y no excepcional.

71 Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Decir el derecho que es, significa que la jurisdicción como elemento esencial del derecho procesal, tiene como fin la efectividad del derecho sustancial en presencia de un conflicto de intereses. Lo explicado significa que dependiendo del conflicto, surge la necesidad de la intervención del Estado para “*decir el derecho que es*”, que por supuesto, se diferencia según la violación del derecho sustancial. Por ello algunas legislaciones como la colombiana han clasificado la jurisdicción por especialidades adjetivas al derecho sustancial. Por eso, el objeto de la jurisdicción ordinaria es diferente al de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y al de la jurisdicción constitucional⁷².

En efecto, el objeto⁷³ de la jurisdicción ordinaria es solucionar los conflictos que se presentan entre los particulares⁷⁴, por derecho de origen legal siendo civiles si corresponden a conflictos relacionados con los derechos reales, personales, contractuales, etc.; de familia si son sucesorales o se derivan de las relaciones entre cónyuges, padres e hijos, tutores, etc.; laborales si se originan en la relación empleador-trabajador; comerciales si surgen entre los sujetos comerciales o derivadas de los actos de comercio y penales si se ha incurrido en una conducta típica, antijurídica y culpable⁷⁵.

Por su parte la jurisdicción contencioso administrativo⁷⁶, además de resolver los conflictos que se presentan entre un particular o entidad estatal

72 También puede analizarse el tema de las jurisdicciones especiales, tales como la indígena, la de paz o la penal militar.

73 Siempre que hablamos de objeto, nos referimos al paradigma que identifica la respuesta a la siguiente pregunta: ¿para qué se crea la jurisdicción?

74 Por ello consideramos que no es apropiado hablar de jurisdicción voluntaria, ya que si no estamos en presencia de un conflicto no existe jurisdicción. La jurisdicción del Estado no puede estar destinada a conceder licencias judiciales en ausencia de conflicto, toda vez que ello lo pueden desempeñar los despachos notariales.

75 Aunque en este caso el conflicto es entre el imputado, procesado, acusado o reo (dependiendo de la terminología adoptada) y el Estado por intermedio de la Fiscalía General, quien representa a la sociedad, en modelos acusatorios.

76 El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (Modificado por la ley 446 de 1998, art. 30 y por la ley 1107 de 2006, art. 1º) indica: “Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de la distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional. El 83 indica: (Subrogado. D.E. 2304/89, art. 13). “Extensión del control. La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos...”

y otra entidad estatal o un particular que cumplan funciones públicas, debe, según nuestro criterio, controlar la actividad de la administración pública, siempre que su actuar derive de la actividad administrativa, la cual se materializa a través de actos, hechos, operaciones, omisiones administrativas o vías de hecho⁷⁷. Por su puesto también tiene como objeto, discutir los derechos entre particulares y el Estado.

La jurisdicción constitucional tiene por objeto hacer efectivo el principio de supremacía constitucional⁷⁸ y los Derechos Humanos toda vez que a los tribunales constitucionales se les confía la guarda e integridad de la Constitución, lo cual se realiza mediante el control abstracto y concreto de constitucionalidad. Por ello cuando se estudia el control de constitucionalidad, se estudia la jurisdicción constitucional y la eventual revisión de las acciones de tutela.

El control abstracto se caracteriza por proferir decisiones *erga omnes*, es decir, con efectos generales, ya que se refiere al control de constitucionalidad orgánico del ordenamiento jurídico, en el cual se pretende mantener el linaje constitucional en todo el ordenamiento jurídico, tal como ocurre en Colombia con el control automático de constitucionalidad o con el control de constitucionalidad por vía de acción.

El control concreto, por el contrario, produce efectos *inter partes*, es decir, solamente en el caso en cuestión, como sucede con la excepción de inconstitucionalidad o en los procesos creados para la protección de los derechos consagrados como principios directamente en la Constitución, tales como la acción de tutela (amparo), *habeas corpus*, popular, de grupo, o de cumplimiento (siempre que sea el remedio procesal para el incumplimiento de la Constitución por omisión).

En conclusión, el objeto de la jurisdicción constitucional es defender la Constitución Política, en su aspecto orgánico o en el dogmático. En el orgánico encontramos el control constitucional del ordenamiento jurídico (nacional o local) y la defensa de los derechos humanos de primera, segunda o tercera generación.

77 Cuando son autónomas como en Francia. En Colombia la vía de hecho administrativa corresponde a un hecho (irregularidad grosera) ocurrido en la ejecución de un acto administrativo, es decir, en nuestro país la vía de hecho se ubica en la operación administrativa, al respecto puede consultarse: RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.

78 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, pág. 107.

Por ello debemos concluir que la jurisdicción constitucional, al menos en su competencia orgánica, debe inmiscuirse en una función que tradicionalmente le corresponde a la Rama Legislativa del poder público, ya que su objeto es controlar, que esta rama cumpla con la función que la Constitución le asigna, en el sentido de verificar que las leyes que expide se ajusten a la Constitución, o que expida las que la Constitución le ordena y, esto es inmiscuirse en la política, como quiera que la expedición de una ley, es el resultado de uno de los procesos políticos y si una ley no se expide, es porque el proceso político no se ha dado.

3. ESTRUCTURA DE UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Consideramos que cualquier código debe tener la siguiente estructura:

1. Principios rectores.
2. Jurisdicción y competencia.
3. Procesos Constitucionales.
4. Actos y actuaciones procesales.
5. Jurisdicción constitucional transnacional

Examinaremos brevemente como se desarrollarían los anteriores ejes temáticos, que integran la columna vertebral de cualquier código procesal constitucional.

3.1 PRINCIPIOS RECTORES.

Consideramos que todo código procesal constitucional, debe consagrar unas normas rectoras que han de guiar el procedimiento a seguir, cuando se pretende proteger o aplicar una norma o derecho consagrado en la Constitución Política.

En efecto, deberá consagrarse un artículo que indique que al interpretarse este código, el juez deberá tener en cuenta, que su objeto es hacer efectivo el principio de supremacía constitucional, desde el punto de vista de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política. Y que en todo caso los procedimientos se instauran para garantizar el acceso a la jurisdicción constitucional, con plena eficacia del derecho fundamental del debido proceso y demás garantías constitucionales.

Otro artículo deberá dirigirse a la gratuidad que debe imperar en la jurisdicción constitucional, el concepto de acción popular (lo que comúnmente se define como acción pública), así como la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso.

Otra norma deberá referirse a la iniciación de los procesos y al activismo judicial que debe tener el juez constitucional en la dirección del proceso, que le permita fallar extra y ultra petita, debido a la fuerza normativa de la Constitución y a los efectos de sus fallos.

Un artículo deberá referirse a las fuentes del derecho y su aplicación. En efecto, deberá precisar la tipología e interpretación de normas constitucionales, tales como las que tienen categoría de valores, principio, reglas, subreglas, precedente vinculante y la manera de llenar los vacíos normativos⁷⁹.

3.2 JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Consideramos que lo más adecuado es implementar una jurisdicción constitucional concentrada e integral, que debe conocer íntegra y exclusivamente de los procesos regulados en el código procesal constitucional, según la siguiente estructura⁸⁰:

- a. Corte Constitucional
- b. Tribunales constitucionales
- c. Jueces constitucionales

Esto no solamente consolidará el derecho procesal constitucional, sino que evitará en la práctica el denominado “choque de trenes”, toda vez que en los asuntos sometidos a esta jurisdicción, las demás corporaciones estarían supeditadas a sus decisiones y abolirá una de las principales

79 Para establecer la diferenciación entre valores, principios, reglas, puede consultarse a: QUINCE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano*. 4ª Ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, p. 39-51; sobre el precedente vinculante, además de la línea sentada por los diferentes tribunales constitucionales, sugerimos consultar a LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2ª Ed. Bogotá: Legis, 2006, p. 29-264. Sobre las nuevas categorías normativas y su interpretación puede consultarse a BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009; CARBONEL, Miguel (Editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta e IJ – UNAM, 2007; CARBONEL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores). *El canos neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9ª Ed. Madrid: 2009, p. 109 y ss.

80 Esto lo propusimos en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit.

causas de la mora judicial: atribuir al juez ordinario o administrativo el conocimiento del control de constitucionalidad en casos particulares, tal como sucede con la acción de tutela, la acción de *habeas corpus*, la acción popular, la acción de grupo o la acción de cumplimiento.

Planteamos esta propuesta, ya que el sistema colombiano, responde a un control “híbrido” o “**confuso**” de constitucionalidad, tal como lo sostiene el profesor Javier Tobo Rodríguez, “pues no ha sido objeto de una sistematización que permita, en forma clara y precisa, saber qué autoridades pueden ejercerlo, cuándo están facultados para ello, como también dónde comienza y termina la órbita de sus atribuciones controladoras⁸¹”.

El control de constitucionalidad por vía de excepción, tampoco ha tenido una regulación acertada, lo que degenera en desorden y falta de coherencia del sistema; por ello también será parte de nuestra propuesta.

Nuestro planteamiento está encaminado a la exclusión del control de constitucionalidad, a cualquiera otra autoridad judicial, diferente a las que conformarán la jurisdicción constitucional concentrada e integral, ya que la manera de interpretar la Constitución por la Corte Constitucional, es diferente a la aplicable en los fallos proferidos por los jueces de lo contencioso administrativo.

En efecto, las normas de carácter constitucional tienen un mayor grado de indeterminación que las disposiciones legales, lo cual implica que no puede interpretarse de la misma manera que la indeterminación legal, lo cual exige la creación de criterios propios y diferentes al aplicar la Constitución en casos concretas o cuando se debe decretar su exequibilidad o inexecuibilidad, o más aún, cuando se deben proferir sentencias modulativas o exhortativas⁸².

3.2.1 Competencia de la jurisdicción constitucional por la naturaleza del asunto

3.2.1.1 Control abstracto de constitucionalidad

Este control de constitucionalidad tiene por objeto, verificar que todas las disposiciones infraconstitucionales de carácter general impersonal y abstracto, estén conforme a la supremacía de la Constitución. Se ejerce por medio

81 TOBO RODRÍGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. 2ª Ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pág. 161.

82 FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 22.

de la acción de inexecutable, control automático de constitucionalidad, control de constitucionalidad por omisión y acciones de nulidad constitucional correspondiente al derecho procesal constitucional local.

3.2.1.2 Control incidental de constitucionalidad, como excepción de inconstitucionalidad

Este control se ejerce en procesos donde se discuten derechos de origen legal, tal como el civil, laboral, penal, administrativo, etc., cuando el juez o alguna de las partes consideran que una norma aplicable al caso concreto es inconstitucional. Su origen puede ubicarse entre el sistema italiano y el sistema norteamericano. En efecto, en aquel⁸³, cuando un juez ubique una cuestión de constitucionalidad debe remitir el proceso a la Corte Constitucional para que defina la situación, mientras que en el caso americano el juez la puede resolver, incluso en la sentencia sin haber advertido la cuestión, es decir, de manera sorpresiva, tal como existe en Colombia y sucedió en el mítico caso *Marbury versus Madison*⁸⁴.

No compartimos ninguno de los dos sistemas, por lo siguiente: El caso italiano implica enviar siempre el expediente a la Corte Constitucional, lo cual consideramos exagerado, además de congestionar innecesariamente a la Corte; pero el caso americano nos parece más peligroso, porque se profiere una decisión sorpresiva, que en la mayoría de los casos se convierte en la pérdida de tiempo y en el sacrificio de los derechos sustanciales, con fundamento en un fallo sorpresivo de inconstitucionalidad. Por lo expuesto consideramos que este control debe aproximarse más al modelo europeo, pero sin que sea obligatorio el envío del expediente a la Corte Constitucional; su remisión dependerá de la apelación del fallo que resuelve el incidente de constitucionalidad y, de tenerse que remitir, puede ser a la Corte constitucional, al tribunal constitucional o al juez constitucional, dependiendo de la jerarquía del juez que resuelve el incidente.

Por lo expuesto, consideramos que en estos evento podrá iniciarse de oficio o a petición de parte un “*incidente*” dentro del proceso, contemplado como “*cuestión prejudicial*”, del cual se corre traslado y luego se decide de fondo, previamente a la sentencia de mérito⁸⁵, así:

83 Sobre el sistema italiano puede consultarse a ZAGREBELSKY, Gustavo. *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo. *Constitución, Derecho y Proceso*. Lima: IJ –UNAM, Idemsa, 2010, p. 907 y ss.

84 CARBONELL, Miguel. *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*. En DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. *Supremacía constitucional*.

85 Controles similares pueden consultarse en FIX ZAMUDIO, Héctor. *La jurisdicción constitucional*

1. Si en un proceso, de oficio o a petición de parte, se plantea la excepción de inconstitucionalidad, tal controversia deberá tramitarse como incidente, siguiendo las reglas impersonales del código general del proceso.
2. El proceso no puede suspenderse por tramitarse el incidente constitucional de la excepción de inconstitucionalidad.
3. El incidente se tramitará ante el juez de conocimiento.
4. Solamente se suspenderá el proceso cuando se deba proferir sentencia, acudiéndose a la figura de la prejudicialidad constitucional.
5. El auto que resuelva el incidente de inconstitucionalidad, será apelable y la segunda instancia la conocerá la jurisdicción constitucional, dependiendo de las competencias que se asignen. Si las partes no apelan y aceptan la decisión del juez de conocimiento, la decisión constitucional quedará en firme, sin que se pueda acudir en ningún otro momento por los mismos hechos ante la jurisdicción constitucional (excepto en acción de tutela por vía de hecho), por hacer tránsito tal decisión a cosa juzgada constitucional con efectos *inter partes*. La posibilidad de la decisión en la instancia, será para evitar congestionar la jurisdicción constitucional, en casos donde las partes aceptan la decisión del juez.

Las competencias que proponemos en segunda instancia constitucional son:

- a. Si se trata de una alta corporación, la segunda instancia se tramitará ante la Corte Constitucional.
- b. Si se trata de un tribunal de distrito judicial, el competente será el tribunal constitucional del mismo distrito donde se tramitó el incidente de inconstitucionalidad.
- c. Si el incidente de inconstitucionalidad es resuelto por un juez, la segunda instancia será ante el juez constitucional.

El mismo tratamiento debe darse a los procedimientos administrativos o los que ejerzan los organismos de control, toda vez que el debido

en Iberoamérica. II Coloquio Iberoamericano de derecho constitucional. Ponencia: La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 442. TOBO RODRÍGUEZ, Javier. La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia. Ob. Cit., pág. 159.

proceso (y este planteamiento corresponde a la concreción del debido proceso constitucional) se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En efecto, cualquier excepción de inconstitucionalidad que, valga la precisión, solamente puede aplicarse dentro de un proceso judicial, o procedimiento administrativo, disciplinario o de control, deberá tramitarse como incidente, cuya segunda instancia deberá corresponder a la jurisdicción constitucional, la cual debe ejercer un control concentrado e integral de constitucionalidad así:

- a. Si se trata de una entidad con competencia nacional, la segunda instancia se tramitará ante la Corte Constitucional.
- b. Si se trata de una entidad con competencia departamental o dentro del distrito capital, la segunda instancia se tramitará ante el tribunal constitucional competente donde se tramitó el incidente de inconstitucionalidad.
- c. Si se trata de una entidad municipal, la segunda instancia se tramitará ante el juez constitucional.

3.2.1.3 Control concreto de constitucionalidad

Este control de constitucionalidad busca proteger los derechos constitucionales, de conformidad con la competencia asignada por la Constitución y por el código procesal constitucional, pero en casos concretos, ya que con ese fin se establecieron tales mecanismos procesales. Es el caso de las siguientes acciones:

1. Habeas corpus. Consagrada en el art. 30 de la Constitución Política y reglamentado por la ley 1095 de 2006⁸⁶.

De conformidad con nuestra propuesta, el código procesal constitucional deberá precisar, que solamente podría invocarse esta acción ante el juez o tribunal constitucional.

2. Acción de tutela. Se regula en el art. 86 de la Constitución⁸⁷, pero se

⁸⁶ "Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el habeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas".

⁸⁷ "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

ha reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, el cual a su vez se ha reglamentado por el Decreto Reglamentario 306 de 1992 y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, fue reglamentado por el Decreto 1382 de 2000, en lo relacionado con las competencias.

3. Acción de cumplimiento. Se consagró en la Constitución Política de 1991 en su artículo 87⁸⁸, a su vez reglamentado por la ley 393 de 1997⁸⁹.

4. Acción popular y de grupo. Incluida constitucionalmente en el artículo 88⁹⁰ y reglamentada por la ley 472 de 1998.

Creemos que estas acciones junto con la de cumplimiento, son las que más merecen ser conocidas por una jurisdicción constitucional, toda vez que la intención del constituyente no se ha reflejado, por tener los jueces que las resuelven un acentuado énfasis civil o administrativo, lo que nos convence en la propuesta que sometemos a la comunidad académica. No se pretende únicamente controlar la mora judicial, sino además pretendemos que estas acciones tengan la óptica constitucional.

En la acción popular y de grupo, a diferencia de las anteriormente comentadas, la Constitución no atribuye la competencia a ningún juez; sin

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

88 “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”

89 Sobre esta acción nos remitimos a: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. La acción de cumplimiento en Colombia. En MANILI, Pablo Luis. *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2010, p. 277- 313.

90 “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

embargo, teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos pertinente que en el código procesal constitucional se incluyan estas acciones.

3.2.2 Competencia funcional que proponemos

Los factores que determinarán la competencia en la jurisdicción constitucional concentrada e integral son:

<i>Autoridad judicial</i>	<i>Sala</i>	<i>Instancia</i>	<i>Control de constitucionalidad frente a</i>
Corte Constitucional	Sala Plena	Única	<ol style="list-style-type: none"> 1. actos legislativos o contentivos de reformas constitucionales. 2. leyes que convocan a referendos o asambleas constituyentes, para reformar la Constitución. 3. leyes. 4. decretos ley. 5. leyes convocatorias a una decisión popular de carácter nacional. 6. decretos legislativos. 7. Demandas por omisiones de inconstitucionalidad (absolutas, relativas). 8. Apelaciones contra fallos proferidos en primera instancia por una sala de la Corte Constitucional
	Sala jurisdiccional orgánica	Única	<ol style="list-style-type: none"> 1. decretos reglamentarios de carácter general (Ya no lo conocería el Consejo de Estado) 2. Demandas por estados de cosas inconstitucional.

<i>Autoridad judicial</i>	<i>Sala</i>	<i>Instancia</i>	<i>Control de constitucionalidad frente a</i>
Corte Constitucional	Sala jurisdiccional orgánica	Segunda Apelaciones contra fallos proferidos en:	<p>1. procesos asignados en primera instancia al Tribunal Constitucional que versen sobre control abstracto de constitucionalidad.</p> <p>2. incidentes de control de constitucionalidad decididos por:</p> <p>a. sala o sección de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura, Tribunal Constitucional.</p> <p>b. la Procuraduría General de la Nación en procesos disciplinarios</p> <p>c. la Contraloría General de la República en procesos de responsabilidad fiscal.</p> <p>d. cualquier superintendencia.</p> <p>e. cualquier proceso de jurisdicción coactiva adelantado ante una entidad del orden nacional.</p> <p>f. cualquier proceso que resuelva una situación concreta adelantado en sede gubernativa del orden nacional.</p> <p>g. la Comisión Nacional de Televisión.</p>

<i>Autoridad judicial</i>	<i>Sala</i>	<i>Instancia</i>	<i>Control de constitucionalidad frente a</i>
Corte Constitucional		<i>Eventual revisión</i>	1. Fallos de tutela 2. Fallos de hábeas corpus
	Sala jurisdiccional orgánica	<i>Primera</i>	Acciones de tutela contra providencias proferidas por las altas cortes o contra funcionarios que conforman el gobierno nacional
		<i>Segunda</i>	Apelaciones contra fallos proferidos por tribunales constitucionales. 1. tutela 2. hábeas corpus. 3. ejecución de fallos de la jurisdicción constitucional transnacional Pueden resolverse por juez singular
	Sala jurisdiccional de amparo colectivo	<i>Segunda</i>	Fallos en acciones populares y de grupo proferidos por el tribunal constitucional

<i>Autoridad judicial</i>	<i>Sala</i>	<i>Instancia</i>	<i>Control de constitucionalidad frente a</i>
<p>Tribunales Constitucionales (Pie de Pagina)</p>	<p>Sala de control orgánico de constitucionalidad Frente a demandas o control automático</p>	<p><i>Primera</i></p>	<p>1. Actos administrativos generales de carácter departamental: ordenanzas y decretos expedidos por el gobernador o por cualquier autoridad departamental del sector central o descentralizado.</p> <p>2. Actos administrativos generales referidos en el Distrito Capital por el alcalde mayor, por el Concejo o por entidades distritales de carácter central o descentralizado.</p> <p>3. actos departamentales o distritales que convoquen al pueblo, a fin de tomar una decisión popular mediante el sufragio, tales como la revocatoria del mandato, plebiscito o referendo.</p> <p>Apelaciones contra fallos proferidos por tribunales constitucionales.</p> <p>1.tutela 2.hábeas corpus. 3.ejecución de fallos de la jurisdicción constitucional transnacional</p> <p>Pueden resolverse por juez singular</p>

Default Paragraph Font; footnote text; Footnote Text Char Char Char Char Char Char Char Char; Footnote reference; FA Fu; texto de nota al pie; Footnote Text Char Char Char; Footnote Text Char Ch; cita; texto nota pie; Cat; Footnote Text Char Char Char Char Char Char; Footnote Text Char Char Char Char; Footnote reference Car; FA Fu Car; texto de nota al pie Car; Footnote Text Char Char Char Char Char Char; Footnote Text Char Char; FA Fu; footnote text Car; Si se trata del de Bogotá o Cundinamarca (si se sigue la estructura operante para la jurisdicción de lo contencioso administrativo), podrá tener la misma estructura de la Corte Constitucional.

<i>Autoridad judicial</i>	<i>Sala</i>	<i>Instancia</i>	<i>Control de constitucionalidad frente a</i>
<p>Tribunales Constitucionales</p>	<p>Sala de control orgánico de constitucionalidad Frente a demandas o control automático</p>	<p><i>Segunda</i> Apelaciones contra fallos proferidos en:</p>	<p>1. Fallos proferidos por el juez constitucional 2. incidentes de control de constitucionalidad decididos por:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Cualquier Consejo Seccional de la Judicatura. b. Cualquier juez constitucional. c. La Personería Distrital en procesos disciplinarios. d. Cualquier Contraloría departamental o distrital en procesos de responsabilidad fiscal. e. En cualquier proceso de jurisdicción coactiva adelantado por una entidad del orden departamental. f. En cualquier proceso que resuelva una situación concreta adelantado en sede gubernativa del orden departamental. g. De los incidentes de excepción de inconstitucionalidad interpuestos ante cualquier tribunal.

<i>Autoridad judicial</i>	<i>Sala</i>	<i>Instancia</i>	<i>Control de constitucionalidad frente a</i>
Tribunales Constitucionales	Sala jurisdiccional de la libertad	<i>Primera</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Acciones de tutela 2. Acciones de hábeas corpus 3. Ejecución de fallos proferidos en la jurisdicción constitucional transnacional
	Sala jurisdiccional de amparo colectivo	<i>Segunda</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fallos de acciones de tutela 2. Fallos de acciones de hábeas corpus
Jueces constitucionales	Sala jurisdiccional de amparo colectivo	<i>Primera</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Acciones populares 2. Acciones de grupo
	De control orgánico de constitucionalidad	<i>Segunda Apelación de</i>	<ol style="list-style-type: none"> 3. Fallos en acciones populares 4. Fallos en acciones de grupo
		<i>Primera</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. De los actos administrativos generales de carácter municipal emanados del alcalde, consejo o entidades del sector central o descentralizado. 2. De los actos administrativos que convoquen a un plebiscito o referendo municipal. 3. De los actos administrativos que convoquen al pueblo a tomar una decisión mediante el sufragio, sobre la revocatoria del mandato.

<i>Autoridad judicial</i>	<i>Sala</i>	<i>Instancia</i>	<i>Control de constitucionalidad frente a</i>
Jueces constitucionales	De control orgánico de constitucionalidad	<i>Primera</i>	<p>1. De los actos administrativos generales de carácter municipal emanados del alcalde, consejo o entidades del sector central o descentralizado.</p> <p>2. De los actos administrativos que convoquen a un plebiscito o referendo municipal.</p> <p>3. De los actos administrativos que convoquen al pueblo a tomar una decisión mediante el sufragio, sobre la revocatoria del mandato.</p>
		<p>Segunda</p> <p>Apelaciones contra fallos proferidos en:</p>	<p>a. incidentes de control de constitucionalidad resueltos por:</p> <ul style="list-style-type: none"> i. cualquier juez del circuito o municipal. ii. cualquier proceso de jurisdicción coactiva adelantado por una entidad del orden municipal. iii. cualquier proceso que resuelva una situación concreta adelantado en sede gubernativa del orden municipal. iv la personería municipal diferente a la de Bogotá.

<i>Autoridad judicial</i>	<i>Sala</i>	<i>Instancia</i>	<i>Control de constitucionalidad frente a</i>
Jueces constitucionales	Sala jurisdiccional de la libertad	<i>Primera</i>	1. acciones de tutela 2. acciones de hábeas corpus
	Sala jurisdiccional de amparo colectivo	<i>Primera</i>	1. acciones populares 2. acciones de grupo

3.3 PROCESOS CONSTITUCIONALES

Teniendo claro que autoridad tiene la función jurisdiccional, debe procederse a efectuar una pormenorizada reglamentación de cada uno de los procesos objeto de la jurisdicción constitucional. En efecto, deberá indicarse cuál es la finalidad de cada proceso, su procedencia e improcedencia y si existen requisitos de procedibilidad, tales como el agotamiento de otros mecanismos de defensa judicial y los requisitos especiales para ciertos casos, alcances del fallo, medidas cautelares, etc.

Así por ejemplo, deberá indicarse si deben estructurarse cargos o no, o en la acción de tutela contra providencias judiciales, si se exigen requisitos adicionales. Corresponde a los procesos indicados al comienzo de este capítulo, los cuales nos abstenemos de estudiar, en la medida que otros ponentes abordan el tema.

3.4 ACTOS Y ACTUACIONES PROCESALES

Este es un aspecto fundamental en todo código, toda vez que debe regularse la exigencia prevista en la demanda de cada proceso, así como las posibilidades que tiene el juez al momento de proferir el primer auto, como quiera que debe consagrarse cuando debe admitirse, inadmitirse o rechazarse la demanda. Igualmente deberá preverse la manera de notificarse las providencias que se profieran durante el proceso, la manera en que se puede ejercer el derecho de contradicción, la regulación del aspecto probatorio y los diferentes tipos y efectos de las sentencias de control de constitucionalidad (abstracto y concreto). Igualmente debe regularse lo relativo a las impugnaciones y recursos, incidentes, etc.

3.5 JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL

Finalmente el código deberá precisar los requisitos de procedibilidad para acceder a la jurisdicción constitucional transnacional y la manera de ejecutar los fallos proferidos por cortes pertenecientes al sistema regional o universal de protección de los derechos humanos.

II PRINCIPIOS BÁSICOS DE UNA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

Sergio Díaz Ricci

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Tucumán y en la Universidad de San Pablo, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Diploma de Especialización del Centro de Estudios Constitucionales de España, Director (Decano) Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura de la USPT, director del Instituto de Derecho Parlamentario UNT, ex legislador provincial, ex defensor del pueblo, vocal de Tribunal de Cuentas de la Tucumán, autor del Código Procesal Constitucional de Tucumán.

SUMARIO

1. Valor de un código, 2. Principios generales comunes, 3. Celeridad, 4. Publicación.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los desafíos actuales del Derecho Constitucional es, ya no tanto la organización de derechos y la limitación del poder que está aceptablemente expresada en el Derecho Convencional, sino en proveer de instrumentos procesales para una eficaz tutela judicial de estos objetivos.

Los procesos de democratización constitucional en Latinoamérica han trasladado este desafío al derecho procesal constitucional interno en miras que la tutela se extienda a todas las personas, porque el mecanismo de control del sistema interamericano de derechos humanos (en rigor, latinoamericano porque ni EEUU ni Canadá forman parte del mismo) -- resguardado por las disposiciones de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José", suscrito en 1969, en vigencia desde 1978)¹-- no resulta directamente accesible a los individuos pues está reducido a un conflicto entre Estados como sujetos pasivos, intermediado por la Comisión de DD.HH..

En buena medida la persistencia y éxito de los procesos de constitucionalización democrática en nuestro subcontinente depende de la eficacia de los mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad internos, o sea, del progreso del derecho procesal constitucional. Adviértase que empleamos la expresión genérica "control jurisdiccional" para incluir el contralor a cargo tanto de tribunales de justicia (propriadamente judicial) como de tribunales constitucionales especializados.

En resumen, el derecho procesal constitucional enfrenta el reto de proveer los medios para extender y poner al alcance de las personas procesos constitucionales eficaces en protección de los derechos consagrados por la Constitución nacional.

2. VALOR DE UN CÓDIGO

El objeto de un Código es ofrecer un ordenamiento único y sistematizado de todos los instrumentos de defensa de la Constitución de modo que, tanto el sujeto afectado como los tribunales que concurren a sanear el vicio

¹ Ratificado por 24 países: Estados Unidos aunque firmo en 1977, aún no lo ratificó. Canadá, aunque forma parte de la OEA desde 1990, no suscribió la Convención. Sólo Trinidad y Tobago lo denunció 1998.

(o sea, sostener la jerarquía constitucional), cuenten con herramientas fáciles y simples para hacer realidad el principio del “derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes” previsto en el art. 25 Convención Americana.

Un código de esta naturaleza es reclamado y promovido por la más caracterizada doctrina como el desideratum del derecho procesal constitucional. Una herramienta que garantice derechos y libertades, imprescindible para la consolidación del Estado constitucional democrático.

No obstante, no podemos caer en la pretensión racionalista del siglo XVIII de querer abarcar la totalidad del derecho ---en nuestro caso, todo el derecho procesal constitucional-- en una ley única que contenga todo el derecho aplicable y elimine (por exclusión) todo lo opuesto o lo regulado por fuera de ella. También, esto se contrapone con la premisa constitucional de alcanzar, por cualquier vía y de cualquier forma, la vigencia de los derechos y principios constitucionales que equivale a sostener la supremacía constitucional.

Sin embargo, tampoco puede desdeñarse la utilidad de una codificación. Un Código Procesal Constitucional aporta un plus. En efecto, un Código es algo más que una ley o una reunión o consolidación de leyes. Un CPC conlleva (aún con la advertencia hecha más arriba) una idea de “completividad” jurídica, es decir, que toda la materia regulada se encuentra reunida en una ley única. O sea, una ley única que reúne toda la materia de un dominio jurídico. En este caso, nada más y nada menos, que el control de constitucionalidad de actos y normas. Adoptar la forma de un código, metodológicamente, implica dos efectos complementarios: por un lado, que queda comprendida en su contenido todo un sector jurídico perfectamente identificado y, por otro lado, que estos contenidos reciben un tratamiento unitario. De ello se derivan dos consecuencias trascendentales: por una parte, que no puede haber materia de este sector jurídico fuera de este código y, por otra parte, que todo este sector jurídico queda sometido a una sistematicidad y a unos principios propios que dan organicidad a este dominio del derecho.

En esto, justamente, reside el plus que aporta este Código pues todos los procesos constitucionales reunidos en el mismo deben ser interpretados y aplicados a la luz de los principios y valores que inspiran esta región jurídica. Si a ello se agrega que este ámbito normativo está referido a la aplicación de las normas constitucionales puede colegirse la importancia política de un Código Procesal Constitucional.

Éste despliega su importancia extraordinaria porque se ocupa de la aplicación de las normas constitucionales que son por esencia supremas, es decir, gozan de una jerarquía jurídica superlativa por encima de las restantes normas del ordenamiento jurídico. El cometido de estos procesos es, nada menos, que el sostenimiento de la supremacía jurídico-política de la Constitución. Esto revela su enorme trascendencia porque los procesos constitucionales son el medio por el cual se hace efectiva la voluntad política del poder constituyente democrático, fuente de la superioridad jurídica de las normas constitucionales. Éstas invisten la condición de normas superiores (*lex fundamentalis*) respecto de las cuales deben guardar correspondencia tanto las normas inferiores como los actos de los poderes constituidos (limitados).

En conclusión, son muchas las ventajas que reporta un Código Procesal Constitucional. Una ley para todos los operadores jurisdiccionales, especialmente, para los tribunales encargados del control de constitucionalidad representa un gran avance porque hace más coherente y eficaz la labor del intérprete constitucional. Una ley única significa un llamado a la conciencia del tribunal cuando llega a sus manos una cuestión de gravedad constitucional a través de cualquiera de los procesos regulados. En caso que un tribunal ordinario es llamado a hacer control de constitucionalidad, o sea, cuando debe actuar en un proceso constitucional, este se despoja de la competencia material propia otorgada por la ley (v.g. civil, comercial, laboral, penal, etc.), para revestirse de la investidura de “juez constitucional” cuya función en nada menos que la defensa del orden constitucional establecido. Por añadidura, en estos casos, una ley procesal única reduce el escándalo de sentencias contradictorias en materia constitucional. Los mecanismos de apelación en las acciones tutelares así como en los procesos de acción de inconstitucionalidad, conducen a dar coherencia a los pronunciamientos jurisdiccionales, los que en última instancia llegan a confluir en el Tribunal Superior Judicial o Constitucional.

Finalmente, un Código Procesal Constitucional plantea, por un lado, un desafío mayúsculo porque importa un cambio de mentalidad en los tribunales encargados del control de constitucionalidad ya que significa un llamado a tomar conciencia de su función en un Estado Constitucional de Derecho. Pero, por otro lado, invita al riesgo, frente a tamaña responsabilidad, que los tribunales intenten zafar de tamaña responsabilidad jurídico-política, escabulléndose con excusas baladíes.

Hay que asumir que se trata de procesos guiados más por valores y principios que por rígidas disposiciones procesales positivas pues el

juez intérprete está llamado a defender un sistema político basado en la Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, razón por la cual son procesos “dúctiles”, haciendo uso de la calificación de Ferragiolli.

3. PRINCIPIOS GENERALES COMUNES

La normativa procesal constitucional actualmente existente se ocupa de delinear los presupuestos generales de este género de procesos. La Ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica (ley 7133) de 1989 fue precursora en este sentido. Los dos códigos procesales constitucionales actualmente existentes (de Tucumán y del Perú) tienen el acierto de incluir, con carácter previo y general, una serie de principios inspiradores del conjunto del sistema tutelar procesal. La utilidad de estos principios está dada por servir de reglas de aplicación e interpretación para el tribunal. El CPC peruano lo hace en una sola disposición general (art. III del Título Preliminar) y el CPC tucumano lo introduce, también en un Capítulo especial de disposiciones comunes para todos los procesos de tutela rápida (arts. 7 al 20).

No obstante, debemos admitir, que la variedad de modelos de control de constitucionalidad existentes en Latinoamérica² nos dificulta la unificación de las normas procesales.

En primer lugar, en todos los sistemas latinoamericanos existen dos herramientas principales de protección constitucional: por un lado, unos procesos de tutela rápidos (amparo y habeas corpus) y, por otro lado, los procesos de invalidación normativa o acciones directas de inconstitucionalidad. En algunos casos éstos se superponen (caso Costa Rica, y Argentina con el amparo y el habeas corpus. y, justamente, ello es motivo de no pocas dificultades procesales y jurídicas³) y, en otros, se hallan claramente diferenciados (caso Perú). Éstos, incluso, pueden ser objeto de actuación de órganos jurisdiccionales distintos.

2 Difuminados (en grado máximo como Argentina o menor como México), Concentrados como Colombia, o Mixtos como Perú.

3 En efecto, desde que el art. 43 de la Constitución argentina ha admitido al amparo como vía para declarar la inconstitucionalidad de una norma, han surgido dos inconvenientes: primero, muchas veces el tribunal se autolimita en declarar la inconstitucionalidad de una norma en un proceso de amparo por sus limitados mecanismos de debate y prueba, y, por otro, que, precisamente, por esta misma razón, a nivel federal, aún no se ha podido aun reemplazar la vieja ley de amparo de 1967 contra actos de autoridad (Ley 16.986) por una nueva, ni hacer una regulación autónoma de la acción de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, estos dos procesos constitucionales se rigen por algunos principios particulares. Los primeros son vías rápidas de reparación o prevención de la lesión o de la amenaza a algún derecho constitucional por lo que su finalidad es más bien el resguardo del derecho que la descalificación normativa. Los segundos giran en torno a la interpretación constitucional dirigida a analizar la validez jurídica de una norma inferior. Los primeros se preocupan en obtener una rápida la tutela judicial del afectado o amenazado; los segundos requieren una mayor ponderación del tribunal pues pueden concluir con la invalidación de una norma legal. Estos objetivos distintos marcan una diferenciación en los principios procesales que rigen a unos y a otros.

Existen diferencias jurídico-procesales entre las vías rápidas de tutela judicial presentan y las acciones directas de inconstitucionalidad. Por un lado, el efecto invalidante de la norma que contradice la Constitución, que tiene consecuencias trascendentes, difiere en uno y otro: en el primer caso inaplicación con efectos *ex tunc* mientras que en segundo su derogación con efecto *ex nunc*; en aquéllos el efecto se reduce sólo al caso *inter partes*, en éstos es *erga omnes*. También los órganos jurisdiccionales llamados a pronunciarse son de naturaleza diferente y variada en Latinoamérica (jueces comunes, tribunales de alzada, tribunales constitucionales, salas especializadas de los tribunales superiores de justicia, etc.).

No obstante lo arriba expuesto, es posible identificar pautas generales comunes a ambos géneros de procesos constitucionales. Para lo cual debemos prescindir del elemento diferenciador (los órganos jurisdiccionales encargados de llevar adelante el control de constitucionalidad: jueces, tribunales constitucionales, ambos) para ocuparnos de los ingredientes comunes de los procedimientos constitucionales.

Como prueba irrefutable de ello (*probatio probatissima*), tenemos la regla general establecida por el Código Procesal Peruano para ambos géneros de procesos contemplados en el mismo, tanto ante los jueces ordinarios como ante el Tribunal Constitucional, que transcribimos completamente: “Artículo III.- Principios Procesales. Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales. El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código. Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales. Cuando

en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación. La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código”.

De este modo, el Código procesal constitucional peruano representa un aporte decisivo porque ha establecido unos principios comunes aplicables a ambos géneros de procesos⁴.

Son principios rectores que reflejan los notas tipificantes comunes a todos los procesos constitucionales. En definitiva, denotan una común singularidad de todos los procesos constitucionales, demarcados por dos parámetros: a) su excepcionalidad y extraordinariedad y, b) la singular trascendencia jurídico-política de su finalidad que le otorga una especificidad propia. Estas notas definen los caracteres singulares de los procesos constitucionales que son recogidos como principios rectores de todos los procesos constitucionales: celeridad, publicidad y simplicidad.

Analizaremos brevemente los tres caracteres generales comunes a todos procesos constitucionales:

(I.-) Celeridad: Una de las notas típicas de un proceso constitucional es su rapidez procesal, la celeridad de los procedimientos. (vg. arts. 8, 11, 12, 13 del CPCP).

La dogmática procesal tradicional con su carga de bilateralidad, de meticulosa acumulación de pruebas y, a veces, exagerada observancia de rituales procesales no se aviene a la trascendencia y gravedad de los conflictos de naturaleza constitucional. De allí que la celeridad de los trámites constituya el leiv motiv de los procesos constitucionales. Estrechamente relacionada con la celeridad, como su contracara, se encuentra la abreviación de los procesos⁵. Un proceso largo y complejo

4 En este sentido el CPC tucumano se ha quedado corto porque, si bien se ocupa de manera diferenciada de ambos géneros de procedimientos constitucionales (acciones de tutela y acciones declarativas), ha establecido de manera tímida disposiciones comunes para ambos (arts. 1 al 6). En cambio, ha mostrado más preocupación en destacar estos caracteres en los procesos tutelares (habeas corpus y amparos: arts. 7 a 24).

5 Véase el art. 8 de la ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica: “Una vez requerida legalmente su intervención, la Sala Constitucional deberá actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento. Los plazos establecidos por esta Ley no podrán prorrogarse por ningún motivo. Cualquier retardo en su cumplimiento será sancionado disciplinariamente, sin perjuicio de la acción por responsabilidad del funcionario. Los términos para las actuaciones y resoluciones judiciales se contarán a partir del recibo de la gestión que las motive, y para

se halla a contrapelo de las decisiones rápidas que exige la paz social comprometida en la violación de la Constitución. Este es un punto central, por eso se menciona en primer término. La brevedad de los plazos y la forma de correr de los términos son la crux de todo este sistema.

En la medida que los plazos sean reducidos y los días sean corridos e improrrogables⁶, la herramienta tuitiva será más eficaz.

Debe repararse que la celeridad también está dada porque los plazos establecidos suelen ser más reducido y breves que los previstos en otros procesos ordinarios. Todo ello guiado por la finalidad tuitiva de derechos fundamentales, por una parte, y/o por la necesidad de esclarecer rápidamente una situación jurídica de constitucionalidad⁷.

(II.-) Publicación⁸: Con este término se quiere mentar el carácter eminentemente “público” de las acciones constitucionales. El bien jurídico protegido son las disposiciones constitucionales, cuya supremacía el juez debe preservar como un mandato democrático. De esta premisa se derivan algunos efectos: el principio de impulsión de oficio por el tribunal; el principio de la conducción de la acción (Art. VIII del CPC peruano: “El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”) y el principio de preferencia (Art. 13 del CPCP: “Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por defectuosa o tardía tramitación de éstos, será exigida y sancionada por los órganos competentes⁹). Es que en cada proceso constitucional

las actividades de las partes, desde la notificación de la resolución que las cause. Ni unos ni otros se interrumpirán ó suspenderán por ningún incidente, ni por ninguna actuación que no esté preceptuada expresamente por la ley. En materia de hábeas corpus los plazos por días son naturales”.

6 A tal efecto, la Ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica (art. 5) y el CPC tucumano (art.8), establecen que todos los días y horas son hábiles, por tramitarse la cuestión de constitucionalidad por vía de amparo.

7 El CPS tucumano incluso va mas allá, flexibilizando, para los procesos tutelares, la regla de la competencia: “Art. 15. COMPETENCIA. Se observan, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellas engendren dudas razonables al respecto, en cuyo caso el Juez requerido debe conocer de la acción. Si el Tribunal se considera incompetente así lo declara dentro de las veinticuatro (24) horas de promovida la demanda y en el acto eleva en consulta inmediata la cuestión al Tribunal superior que decide a más tardar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes. Si confirma la incompetencia, remite inmediatamente los autos al Tribunal competente, quien debe ser determinado en la sentencia. Si revoca la decisión, el Tribunal interviniente prosigue de inmediato con el procedimiento.”.

8 Se trata, sin duda, de un neologismo que quiere remarcar el mayor compromiso con el orden público de los procesos constitucionales.

9 Tanto el art. 14 del CPC de Tucumán recoge este principio tomado de cómo fuente el art. 19 de la

el derecho del afectado queda superpuesto al derecho de la comunidad a que el orden constitucional sea respetado. Así alcanza a comprenderse en toda su extensión el art. II del Título Preliminar: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales". En la persona del afectado por un hecho, acto o norma inconstitucional está el interés de toda la comunidad que es lesionada por la inobservancia del orden constitucional.

En definitiva, el Código constituye una reafirmación de la función de control jurisdiccional de constitucionalidad en custodia de la Constitución (Der Hüter der Verfassung). En este sentido es muy revelador el art. 3 del CPCP cuando, al regular los principios generales de las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, que son de conocimiento exclusivo de los jueces, aclara, además, que: "Cuando se invoque la amenaza o la violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma". Es una clara definición del rol de tribunal cuya trascendente función se busca consolidar.

Estrechamente vinculada a la anterior nota es la función directriz del tribunal de la causa, que se funda en el interés público en juego en cada proceso. En efecto, en la lesión individual se halla comprometido la eficacia (la supremacía jurídica) todo el sistema constitucional que reacciona a través de este proceso, de aquí que la Impulsión de Oficio sea la otra cara de la moneda (vg. arts. 13, 14, 36, 78 del CPCP). Los procesos constitucionales son procesos que exceden en mucho el interés individual del sujeto afectado esta es la razón por la cual se los reviste de caracteres extraordinarios. No son procesos disponibles por las partes. Estos procesos están más allá de la voluntad de las partes quienes no podrían presentar un escrito suspendiendo de común acuerdo los plazos o aceptando una de las partes la constitucionalidad de una norma que es manifiestamente inconstitucional. Esto es inadmisibles en un proceso constitucional porque cuando se plantea una cuestión de naturaleza constitucional se halla involucrada alguna de las bases de la convivencia social. Aquí radica la justificación del por qué se inviste de notas tan excepcionales a los procesos constitucionales. Por ello, los procesos constitucionales tienen como protagonista insustituible al Juez o Tribunal que investido de potestad jurisdiccional decide en el caso planteado para que el acto se conforme a la Constitución. Por este protagonismo

ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica: "La sustanciación del recurso se hará sin pérdida de tiempo, posponiendo cualquier asunto de distinta naturaleza que tuviere el tribunal".

institucional del tribunal, le corresponde a éste abrir o cerrar la puerta de acceso a estos procesos extraordinarios¹⁰.

(III.-) Característica derivada de todo lo anterior es la simplicidad de los procedimientos (vg. arts. 20, 21, 37, 55, 60, 61 del CPCP). De allí que procedimientos complejos, complicados, de una elevada sofisticación adjetiva se alejan de la finalidad de los procesos constitucionales. Por esta razón los Códigos Procesales Constitucionales suelen ser sucintos y escuetos, de fácil lectura y de un no excesivo rigorismo ritual.

Eso se manifiesta en una simplificación procesal, por un lado, de la cuestión probatoria así como evitar aquellas notificaciones o audiencias innecesarias más propias de los procesos bilaterales contradictorios que de éstos procesos constitucionales. De allí que estén descargados de excesos rituales al punto que se admite la subsanabilidad de la acción así como su convertibilidad, cosas inadmisibles en un procedimiento civil o penal¹¹. En este sentido puede citarse la cláusula cuarta del Art. III (Principios procesales) del Código CP peruano: "...el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código a los fines de los procesos constitucionales".

Estos procesos se caracterizan por su gran sencillez procesal. En efecto, el Código, por un lado, busca evitar las complicaciones procesales

10 En referencia a esta nota peculiar, tanto la ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica (art. 19) como el CPC tucumano (art. 14) han destacado, para los procesos tutelares, el principio de preferencia del tribunal que debe posponer cualquier otro asunto para atender esta acción.

11 El CPC tucumano es contundente en reparación de defectos formales: el art. 16 establece que "El tribunal debe proveer de inmediato las medidas necesarias para subsanar los defectos formales de un habeas corpus o de un amparo. Si la presentación es oscura, de manera que no puede establecerse claramente el hecho que la motiva, o no llena los requisitos indicados, el Tribunal dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de recibida, si lo considera necesario, puede intimar al presentante para que en el término perentorio que le fije, que no puede exceder de las setenta y dos (72) horas, aclare los términos de su demanda o corrija defectos, los cuales deben señalarse concretamente en la misma resolución" conc. art. 42 LJC Costa Rica: "Si el recurso fuere oscuro, de manera que no pudiese establecerse el hecho que lo motiva, o no llenare los requisitos indicados, se prevendrá al recurrente que corrija los defectos dentro de tercer día, los cuales deberán señalarse concretamente en la misma resolución. Si no los corrigiere, el recurso será rechazado de plano". Seguidamente, siguiendo el art. 24 de la LJC Costa Rica ("Cuando la Sala apreciare, al decidir el asunto, que no se trata de un caso de hábeas corpus sino de amparo, lo declarará así, y continuará la tramitación conforme con lo regulado en los artículos 29 y siguientes de la presente Ley. La Sala podrá concederle un término de tres días al interesado, a fin de que convierta el recurso. Si no lo hiciere, se resolverá el asunto. Cuando la Sala considere que las actuaciones u omisiones impugnadas están razonablemente fundadas en normas vigentes, se procederá en la forma prevista en el artículo 48") el CPC tucumano establece en el art. 17 sobre la convertibilidad de la acción: "Cuando el Juez al conocer el asunto advierta que no se trata de un hábeas corpus sino de un amparo o viceversa, así lo declara y prosigue la tramitación de conformidad a lo establecido por esta ley. El Juez, si lo estima necesario, puede conceder al interesado un término de hasta tres (3) días para que convierta la acción. Si éste no lo hiciere resolverá el asunto conforme a derecho".

que lleven a desvirtuar el sentido tuitivo de estas acciones y, por otro lado, que facilite el acceso a los mecanismos tutelares. Esta última razón justifica el principio de gratuidad de la acción del demandante y de economía generalmente reconocidos¹².

Estos tres rasgos los podemos encontrar en todos los procesos constitucionales como principios rectores comunes que resultan fundamentales para una dogmática procesal constitucional autónoma que se independice de los principios procesales provenientes de otras ramas jurídicas generalmente de origen iusprivado (civil, comercial).

Debemos reconocer que las acciones tutelares rápidas se diferencian de las acciones de inconstitucionalidad que revisten el carácter de procesos de conocimiento. Éstos son procesos de naturaleza normológica, es decir, donde se controvierte la validez constitucional de una norma legal frente a una disposición constitucional, lo que conlleva que el trámite se haga con mayor parsimonia por la trascendencia jurídica del asunto en razón de las consecuencias que pueden resultar sobre la norma cuestionada.

En conclusión, un código procesal constitucional tiene la misión de establecer los principios generales comunes a todos los procesos constitucionales. Éstos revisten una singularidad especial porque a través de ellos se debate la supremacía constitucional. Es decir, que el asunto que se lleva a decisión de los tribunales es una cuestión de interpretación constitucional, por tanto, hace a la supervivencia de un modo de convivencia política dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Sea el derecho individual conculcado sea una norma en contradicción con la Constitución, ambos ponen en entredicho la vigencia del sistema constitucional, por tanto, los mecanismos procesales deben adaptarse a este objetivo superior. En consecuencia, las reglas procesales que sirven para otros campos (civil, comercial, penal, laboral, contencioso administrativo) no se adaptan a las singularidades de un proceso constitucional que está guiado por los principios de celeridad, publicación y simplicidad.

12 Así lo prevé expresamente el art. 24 del CPC de Tucumán.

III

EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL: BASES CONCEPTUALES Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Edwin Figueroa Gutarra

Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque. Becario del Consejo General del Poder Judicial de España por su participación en los cursos La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados. Montevideo, Uruguay, 2010; y La Constitucionalidad de las Leyes, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009. estudiofg@yahoo.com

SUMARIO

1. Introducción. 2. El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 2.1. Procesos regulados en sede constitucional. 2.2. Fines de los procesos constitucionales. 2.3. Principios procesales constitucionales. 2.4. Órganos legitimados para el conocimiento de los procesos constitucionales. 2.5. Interpretación de los derechos constitucionales. 2.6. Control difuso e interpretación constitucional. 2.7. El precedente constitucional. 2.8. Juez y Derecho. 2.9. Aplicación supletoria e integración. 3. Reflexiones finales

1. INTRODUCCIÓN

Discernir sobre derechos fundamentales puede resultar una tarea compleja y particularmente misteriosa en la definición de Tribe¹ y más allá de estas premisas, resulta en especial relevante cómo no se deben interpretar los derechos fundamentales, es decir, cuáles deben ser los argumentos a evitar para una interpretación integral de los derechos fundamentales.

Tribe², al señalar con énfasis cómo no se debe interpretar el Derecho Constitucional, reflexiona sobre la exigencia interpretativa, a partir de la cual precisa con interés la necesaria exclusión de 2 tipos de interpretación o falacias interpretativas: la desintegración y la hiperintegración. En cuanto a la desintegración, la idea subyacente es excluir aquel razonamiento que no interprete la Constitución como un todo y a su vez, la hiperintegración, implica que el concepto de unidad no puede resultar absoluto. En esencia, se trata de excluir, en ambos casos, situaciones extremas, las cuales desvirtúan la tarea de los intérpretes constitucionales.

Los lineamientos de Tribe exigen ser llevados al plano de las controversias constitucionales, en tanto que desde la óptica del Derecho Procesal Constitucional, interpretar la Constitución conlleva a definir la naturaleza procesal de los derechos fundamentales, es decir, éstos son Derecho Constitucional concretizado y en conocida expresión de Hesse³, ello permite “que la Constitución se realice”.

La tarea interpretativa de resolución de conflictos constitucionales encuentra su soporte primigenio natural a partir de los principios, valores y directrices establecidos en la Carta Fundamental. Así, la definición de una controversia sobre derechos fundamentales no podrá obviar cuáles son los enunciados materiales sustantivos, tanto normativos como jurisprudenciales, sustentados como base de bases del pensamiento vinculado a derechos constitucionales: normativos, a partir de las normas- regla y normas-

1 TRIBE, Laurence y DORF, Michael. *Cómo no interpretar la Constitución en Interpretando la Constitución*. Palestra Editores. Lima, 2010. p. 33.

2 TRIBE, Laurence y DORF, Michael. Op. cit. p. 58-59

3 Vid ARAGON REYES, Manuel. *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 7. Número 19. Enero- abril 1987.

principio contenidos en la Carta Magna, y jurisprudenciales, en cuanto se refiere a las decisiones del supremo intérprete de la Constitución, de los órganos supranacionales en el rubro de derechos humanos, así como a las resoluciones del Poder Judicial en materia de tutela de urgencia que vayan sentando los horizontes más relevantes en materia de los derechos personalísimos que identifican los derechos fundamentales.

Sin embargo, no solo constituyen fuentes de resolución de conflictos constitucionales los ítems enunciados, a los cuales podemos catalogar entre los más relevantes, sino existe un conjunto de fuentes infraconstitucionales, entre las cuales destaca, en un lugar especial, el Código Procesal Constitucional del Perú⁴ y en especial, su Título Preliminar, a partir del concepto matriz de que las líneas directrices contenidas en él, revisten una enorme importancia en cuanto a servir de sustento para la adopción de decisiones.

El armazón organizativo racional de un Título Preliminar abarca los contenidos directos, valorativos y axiológicos a partir de los cuales se construye el pensamiento constitucional del intérprete, sea cual fuere su naturaleza en el concepto abierto de intérpretes de Häberle⁵, y por lo tanto, la lectura interpretativa de las reglas procesales de un Código, como es el caso del Código Procesal Constitucional, no puede desvincularse de las ideas base que representa el Título Preliminar. En ese orden de ideas, éste sirve de fuente de orientación, guía y hoja de ruta, para quien advierta la necesidad de definir una controversia constitucional.

De otro lado, resulta necesario enfatizar que la naturaleza procesal de los derechos fundamentales exige cánones de interpretación particulares, los cuales difieren de aquellos derechos de configuración legal⁶, en la medida que aquellos revisten una connotación trascendente, dada su condición de derechos personalísimos, sujetos a una condición especial de tutela.

4 Ley 28237, vigente desde el 01 de diciembre de 2004. Contiene 121 artículos, 7 disposiciones finales y 2 disposiciones derogatorias y transitorias, y se divide principalmente en 13 títulos vinculados a los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, competencial y acción popular. El Código Procesal Constitucional del Perú es el primero del mundo en vigencia en el ámbito de un país. Su símil más próximo- el Código Procesal Constitucional de Tucumán, Ley 6944 de 18 de marzo de 1999- solo tiene vigencia en el ámbito de su respectiva provincia.

5 Vid. FERRER MC GREGOR, Eduardo. (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo IV. Porrúa. 4ta edición. México. p. 3455

6 La STC 1417-2005-PA/TC, caso Anicama Hernández, pretende seguir la idea de derechos de configuración legal, por oposición a cuanto significan derechos fundamentales.

¿Se trata entonces de derechos prevalentes o es que son más importantes que los derechos de naturaleza legal? No nos atreveríamos en estricto a definir que la jurisdicción constitucional sea de mayor rango e importancia que la de sede ordinaria. Sin embargo, el barómetro de la tutela de urgencia asume un matiz definido a mérito del artículo 22⁷ del Código Procesal Constitucional, en consideración a dos factores: la tutela de urgencia que se desprende propiamente de un proceso constitucional en cuanto vela por derechos fundamentales, y la exigencia de sumariedad, esto es, de un proceso relativamente corto que a su vez consagra el sistema interamericano de derechos humanos⁸, a través del nomen iuris de la protección judicial.

Ambos conceptos justifican una característica de urgencia que en el plano procesal, ha de determinar, a modo de ejemplo, la prevalencia de una sentencia constitucional frente a una sentencia penal, y en modo alguno se trata de advertir que el trabajo del juez constitucional haya de imponerse, en vía de ejemplo, al del juez penal, y sin embargo, si aquel tutela derechos fundamentales, su vinculación manifiesta a los derechos personalísimos del eventual solicitante, justifica plenamente su prevalencia aplicativa.

El presente trabajo apunta a distinguir, verdadas las ideas anteriores, algunos criterios directrices abordados por el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, a partir del modelo peruano de haber optado por un cuerpo normativo propio para la resolución de conflictos constitucionales. Pretendemos justificar y en su caso, criticar constructivamente el funcionamiento de estos lineamientos-guía infraconstitucionales.

2. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Reafirmando las ideas previas, hemos optado por desarrollar algunas reseñas, conceptos y reflexiones de campo respecto al enfoque procedimental que hoy merece el proceso constitucional desde la perspectiva de los 9 artículos contemplados por el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. ¿Cuánto de ellos sirven como estándares de los procesos constitucionales? ¿Cómo la doctrina ha desarrollado el enfoque de los mismos de cara a

7 Código Procesal Constitucional. Artículo 22. Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad (...)

8 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 25. Protección judicial.

1. 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(...)

los procesos sobre derechos fundamentales? Son interrogantes cuyas respuestas habremos de esbozar a nivel de aproximación fundamentalmente pragmática, en la medida que el Derecho Procesal Constitucional, como referimos supra, constituye una realización de la Constitución.

De la misma forma, los principios contenidos en el Título Preliminar citado definen el marco de los caracteres de acción, jurisdicción y proceso, que identifican las controversias en sede constitucional, y constituyen el *punctum dolens*, esto es, el punto sensible de referencia obligada para los intérpretes, jurisdiccionales o no, de la Constitución. Cuanto queremos significar con esta afirmación sencillamente reside en que la interpretación de los conflictos sobre derechos fundamentales no se puede desvincular de las ideas base y reflexiones marco que identifican las *litis iusfundamentales*, y de ahí la acusada importancia de destacar algunas líneas de pensamiento sobre dichos principios.

Vayamos artículo por artículo, a partir de una nomenclatura propia sin exclusiva referencia a los títulos insertos por la práctica legal.

2.1 PROCESOS REGULADOS EN SEDE CONSTITUCIONAL

Resulta necesario definir cuándo aludimos a procesos constitucionales de la libertad y cuándo a procesos de control normativo. El sistema peruano ha considerado dos grupos, previstos por el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁹: dentro del grupo de procesos de la libertad, figuran los procesos de *habeas corpus*, *amparo*, *habeas data* y *cumplimiento*, en tanto que son procesos de control normativo los procesos de *inconstitucionalidad* y *competencial*. Nota aparte merece el proceso de *acción popular*, el cual siendo de control normativo reglamentario, sin embargo es potestativo solo del Poder Judicial. En consecuencia, solo estos procesos tienen naturaleza cognoscible en sede constitucional y para su conocimiento, son competentes los jueces constitucionales.

Una inquietud a menudo planteada en los foros académicos es la atingencia respecto a que si todos los jueces son constitucionales, ¿por qué se habría de diferenciar a éstos de los demás jueces? ¿Por qué se habría de optar por designar a jueces exclusivamente constitucionales para el conocimiento de procesos constitucionales? En principio, la

⁹ Artículo I.- Alcances

El presente Código regula los procesos constitucionales de *habeas corpus*, *amparo*, *habeas data*, *cumplimiento*, *inconstitucionalidad*, *acción popular* y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución.

objeción reseñada tendría visos de validez en tanto si un juez penal conoce un proceso de habeas corpus, el mismo es primigeniamente juez constitucional. Igualmente, si un juez civil conoce un proceso de amparo, nada obsta para que se le estime previamente juez constitucional.

Sin embargo, la tesis de la competencia de los jueces constitucionales ha ganado arraigo en ciertos ordenamientos jurídicos. En el caso del Perú, la Sala Constitucional de Lambayeque¹⁰ así como el Juzgado Constitucional de Ayacucho¹¹, representan las primeras experiencias pioneras¹² en materia de competencia constitucional definida¹³, y representan el primer intento afianzado de delegar materias constitucionales en jueces constitucionales. Esta iniciativa denota pues la construcción firme y acentuada de una verdadera especialización constitucional y justifica, de suyo, que exista no solo una jurisdicción constitucional en su sentido abstracto, sino una competencia en asuntos constitucionales prevista por una norma procesal, delegando la responsabilidad de resolver controversias constitucionales en órganos constitucionales especializados.

2.2 FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Conviene preguntarse cuáles son las diferencias sustantivas entre los fines de los procesos constitucionales, reseñados por el artículo II¹⁴ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y los procesos en sede ordinaria, previstos por el resto de normas procesales. Liminarmente, éstos pretenden resolver un conflicto o incertidumbre jurídica¹⁵ y ello, sin embargo, es aplicable a todo tipo de procesos. No obstante lo señalado, los fines de los procesos constitucionales asumen una dimensión doble: la primacía de la

10 Año de creación: 2006. Su competencia se circunscribe a conocer en segunda instancia los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento. Conoce en primera instancia procesos de acción popular.

11 Conoce procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento.

12 Adicionalmente, el departamento de Lima cuenta con 10 juzgados constitucionales con competencia para conocer procesos de amparo, habeas data y cumplimiento.

13 La proyección apunta a continuar la creación de órganos constitucionales. El Distrito Judicial de Lima prevé la creación de 2 Salas Constitucionales para el año 2011.

14 Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales
Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

15 Código Procesal Civil. Título Preliminar Artículo III
El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. (...)

Constitución, en cuyo ámbito se insertan los procesos de control normativo, y de otro lado, la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, en cuanto ellos resultan el insumo elemental de todo Estado Constitucional y tutelan los derechos constitucionales a través de los procesos de la libertad.

Una pregunta obligada se desprende de lo afirmado: ¿excluye el fin primacía de la Constitución la vigencia efectiva de los derechos constitucionales? A juicio nuestro, no totalmente pues si bien los procesos de control normativo en esencia reflejan la compatibilidad del espíritu de una regla jurídica con la Norma Normarum, es nuestra idea que detrás del ámbito de valoración de la constitucionalidad de la norma, a su vez subyacen igualmente derechos fundamentales de relevancia.

Un ejemplo puede graficar mejor la idea propuesta: si un proceso de inconstitucionalidad evalúa la Ordenanza del Gobierno Regional de Puno respecto a la Hoja de Coca, la cual declara este bien como patrimonio cultural de la Región y se determina un nivel de preservación de los cultivos de coca, creemos que detrás del análisis de constitucionalidad, igualmente subyacen, en la demanda de inconstitucionalidad que interpone el Gobierno Central contra la acotada Ordenanza, los derechos fundamentales de los ciudadanos a la salud, a un entorno sano y a que el tráfico ilícito de drogas no distorsione los fines de protección para los cuales también se configura el Estado. En consecuencia, los fines de primacía de la Constitución a su vez constituyen base de extensión de la protección de los derechos fundamentales y de ahí, nuestra posición de que no existe una exclusión taxativa y absolutamente diferenciada respecto de los fines de los procesos constitucionales, los cuales bien pueden actuar en conjunto respecto de las controversias de este rango.

Jurisprudencialmente¹⁶ los fines de los procesos constitucionales han sido abordados por el Tribunal Constitucional desde un doble ámbito de la tutela: subjetiva, en cuanto a los derechos fundamentales propiamente dichos; y objetiva, en cuanto se ciñe a la Constitución. De otro lado, no solo es un fin la tutela

16 STC 0023-2005-PI/TC

11. De ahí que, en el estado actual de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución. Pues la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales. Siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro.

subjetiva y objetiva de derechos, sino también el orden público constitucional¹⁷, en la medida que éste representa el thelos de todo sistema normativo.

2.3. PRINCIPIOS PROCESALES CONSTITUCIONALES

Algunos principios procesales han sido regulados por el legislador¹⁸ en el propósito de identificar líneas matrices reguladoras de las controversias que atañen a derechos fundamentales.

Pongamos de relieve algunos conceptos relevantes: el principio de dirección judicial del proceso comporta la estimación del juez constitucional como conductor del proceso y esa calidad la confiere la potestad de decidir la marcha de todas las actuaciones al interior de una controversia.

La dirección judicial convierte al juez en artífice del procedimiento y a su vez, le habilita, he aquí lo relevante, para rechazar conductas dilatorias en perjuicio de la marcha normal de un proceso constitucional. Un proceso sin dirección, valga la acotación, se conduce a la deriva y genera mora procesal, marcada lentitud y justicia tardía. De ahí la necesidad de una conducción eficiente y eficaz del proceso.

La gratuidad en la actuación del demandante, de otro lado, se identifica en que la tutela de los derechos fundamentales no puede significar onerosidad respecto de las actuaciones judiciales. Sin embargo, ¿qué sucede cuando ese ejercicio gratuito incurre en abuso del derecho de

17 STC 0023-2005-PI/TC

12. Por todo ello, la afirmación del doble carácter de los procesos constitucionales resulta ser de especial relevancia para el análisis constitucional a realizar por este Colegiado, pues este caso amerita una valoración de esta dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de bienes institucionales. En consecuencia, se hace necesaria la configuración de un proceso constitucional en el que subyace una defensa del orden público constitucional. Todo lo cual nos permite definir la jurisdicción constitucional no en el sentido de simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden constitucional (normatividad) y de la realidad social (normalidad) en conjunto; pues, con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor.

18 Artículo III.- Principios Procesales

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código.

petición en un proceso constitucional? La última parte de este artículo justifica plenamente, en tales casos, la imposición de costos para las situaciones de manifiesto abuso en las cuales las pretensiones sean de plano inviables o bien el ejercicio del derecho de defensa, sea contrario a los deberes de lealtad, corrección y *sindéresis* que imponen los procesos. En dichas circunstancias, las sanciones también se extienden a los abogados patrocinadores de los conflictos en cuestión.

El principio de economía apunta a que los procesos constitucionales no revistan *prima facie* costos de actuación, en la medida que se trata de la protección de derechos fundamentales. De otro lado, alude también a la siguiente reflexión: ¿Cuánto debe durar un proceso constitucional? ¿No debe optarse acaso por el menor número de actos procesales? La práctica procesal ha ido consolidando que, muchas veces, las sentencias signifiquen la tercera resolución en el proceso y ello es encomiable: la primera resolución es el *admisorio* de la demanda; la segunda, provee la *contestación* de demanda, y la tercera, pone fin al proceso en primera instancia, a través de una sentencia. Ha contribuido a ello que no exista etapa probatoria en los procesos constitucionales sino únicamente actuación de pruebas. Por exclusión, los casos complejos, excepcionalmente, pueden exigir la emisión de la sentencia más allá de la tercera resolución y sin embargo, es racional y razonable insistir en que en muy pocos actos procesales, concluya la controversia. Con ello, se justifica la *sumariedad* del proceso constitucional.

A su turno, el principio de *inmediación* implica un contacto directo con los hechos alegados y las pretensiones de las partes. Glosa el Tribunal Constitucional sobre este principio¹⁹ la necesidad de un conocimiento directo de la causa por parte del juez, quien no puede resultar personaje *mediato* respecto de la *litis*. La urgencia de los procesos constitucionales justifica, de igual modo, la *inmediación* del juez, en tanto un conocimiento cabal de la controversia, en sus ámbitos objetivo y subjetivo, habrá de justificar una real protección de los derechos fundamentales.

Adicionalmente, respecto al principio de *socialización* estima Castillo Córdova²⁰ que: “se trata de hacer realidad otro valor constitucional: el valor igualdad. Se trata de un criterio de interpretación que permite y obliga

19 STC 2876-2005-PHC/TC Caso Nilsen Mallqui.

23. (...) El principio de *inmediación*, por su parte, procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (*intervinientes*) y objetivos (*documentos, lugares*) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta al mismo.

20 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica. Lima, 2009. p. 54.

al juez a pasar de una igualdad formal a hacer efectiva una igualdad material.” El propósito de este principio, en consecuencia, es evitar la desigualdad en el proceso, desigualdad entendida bajo el precepto de que las diferencias entre las partes, en modo alguno han de ser una causal de diferenciación en clave negativa por parte del juzgador.

De la misma forma, el impulso de oficio de los procesos estima un hacer diligente del juzgador a efectos de que la pretensión sea resuelta, sin mediar inclusive el abandono del proceso, técnica que prevé el artículo 49²¹ del Código Procesal Constitucional respecto al proceso de amparo. El tema central que este dispositivo nos plantea es: ¿opera el abandono cuando de por medio existe la exigencia de tutela de derechos fundamentales? y ¿es causal de abandono la falta de diligencia del justiciable? El Código plantea una respuesta negativa al respecto.

La referencia al principio de elasticidad en el sentido de que el juez y el Tribunal Constitucional deban adecuar la exigencia de las formalidades previstas en el Código al logro de los fines de los procesos constitucionales. Para ampliar in extenso el análisis doctrinario-jurisprudencial de este artículo, nos remitimos a un estudio desarrollado al respecto²², en el cual subrayamos con énfasis la importancia de la protección material de los derechos fundamentales antes que la observancia de formalidades. Bien podría alegarse vulneraciones al principio de legalidad o bien al de congruencia procesal. Sin embargo, la tutela urgente justifica los quebrantamientos justificados de las formas, los cuales deben seguir un iter de racionalidad y razonabilidad.

Por último, a través del principio pro actione o favor processum, se proyecta que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, deberá declararse su continuación. Y a propósito de esta reflexión: ¿debe declararse la improcedencia liminar de un proceso constitucional si éste no presenta las justificaciones de forma suficientes? A juicio nuestro, sí, pues una aplicación indiscriminada del principio pro actione solo contribuye a un escenario de falsas expectativas, dado que al término del proceso, la decisión de improcedencia, nuevamente se confirmará. Por tanto, cuando haya necesidad de decir el derecho en clave negativa- casos de improcedencia- los jueces deberán asumir tal postura aún cuando a

21 Código Procesal Constitucional. Artículo 49.- Reconvención, abandono y desistimiento
En el amparo no procede la reconvención ni el abandono del proceso. Es procedente el desistimiento.

22 FIGUEROA GUTARRA, Edwin ¿Rompiendo la congruencia procesal? Apuntes acerca del principio de elasticidad en sede constitucional. **GACETA CONSTITUCIONAL No. 28. Abril 2010. p. 121-142.**

veces, denote cierta inflexibilidad. *Dura lex sed lex* reza el aforismo latino y en este caso, se justifica plenamente.

2.4. ÓRGANOS LEGITIMADOS PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Si bien las competencias del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional han sido definidas para el conocimiento de los procesos constitucionales²³ y la Constitución ha definido el ámbito de competencias²⁴, resulta importante establecer que el Tribunal Constitucional desarrolla una función revisora de las decisiones del Poder Judicial en materia constitucional. En efecto, los procesos de la libertad- amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento- son conocidos en primera y segunda instancia por el Poder Judicial y solo contra las decisiones desestimatorias de los jueces del Poder Judicial, procede, vía recurso de agravio constitucional, que un proceso constitucional sea conocido por el supremo intérprete de la Constitución, excepción habida de algunas reglas específicas en contrario²⁵. Por lo tanto, existe un conocimiento compartido de los procesos constitucionales- un modelo dual o paralelo, a decir de García Belaúnde²⁶-a través del cual las competencias del Poder Judicial coexisten y no se deforman.

Lo interesante resulta ser que la exclusión kelseniana respecto a que solo el Poder Judicial pudiera hacer control difuso y el Tribunal Constitucional, únicamente control concentrado, resulta bastante relativizada en la jurisdicción constitucional actual, entre tanto no se trata de controles excluyentes. El Tribunal Constitucional también conoce de

23 Artículo IV.- Órganos Competentes

Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código.

24 Constitución 1993. Artículo 202°.

Corresponde al Tribunal Constitucional:

Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

25 Vid STC 02748-2010-PHC/TC. Caso Alberto Mosquera.

La parte resolutive de la sentencia refiere:

3. Disponer que de conformidad con lo establecido en los artículo 8° de la Constitución y III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada –independientemente del plazo– para la interposición del recurso de agravio constitucional, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales.

26 Vid. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Palestra. Lima, 2005. p. 552.

los procesos de la libertad y aplica control difuso cuando debe preferir la Constitución ante la ley y otras tantas veces, el Poder Judicial hace control normativo cuando, por ejemplo, en el proceso de acción popular, tiene conocimiento para determinar la compatibilidad constitucional de una disposición reglamentaria que vulnera la Carta Fundamental. En consecuencia, los jueces constitucionales del Poder Judicial también hacen control normativo, aunque solo a nivel reglamentario.

2.5. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Un dilema de relevancia entre el Derecho Interno y el Derecho supranacional, muchas veces lo constituyó la aparente violación del principio de soberanía de los Estados, cuando éstos debían subordinar una decisión en sede nacional a otra proveniente de un órgano supranacional. En consecuencia, ¿se afectaba el principio de no intervención de un Estado si un órgano supranacional emitía una decisión estimatoria respecto de aquella decisión denegatoria de un Estado en la definición de controversias de sus ciudadanos respecto a sus derechos fundamentales? El dilema ha sido resuelto ya un tiempo atrás a través de diversas fórmulas: de un lado, el artículo 27²⁷ de la Convención de Viena ya establece la imposibilidad de alegar cuestiones de Derecho Interno frente a las obligaciones establecidas en los tratados. Por otro lado, la propia Convención Americana de Derechos Humanos y el efecto de vinculatoriedad de su jurisprudencia sobre el Derecho nacional, marcan un rumbo de necesaria aplicación preferente de los derechos consagrados por los sistemas normativos supranacionales, frente a la legislación interna de los países.

Lo alegado nos lleva a plantear una inquietud: ¿podrán los derechos llegar alguna vez a ser universales, de tal modo que un constitucionalismo global pueda dar respuesta a las exigencias de los derechos de los ciudadanos del orbe? Prieto Sanchís²⁸ aborda esta reflexión y alega: “¿Podemos pensar en un constitucionalismo global?, la filosofía de los derechos y de las garantías frente al poder ¿mantiene alguna posibilidad de éxito frente a la globalización? Porque, como viene a decir Javier de Lucas, hasta aquí se ha globalizado el mercado, pero ahora corresponde globalizar los derechos. El desafío que encierran esas preguntas y esta invitación admite en mi opinión una respuesta en el orden internacional, pero otra también en el plano interno de los Estados nacionales.”

27 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado(...)

28 PRIETO SANCHIS, Luis. Constitucionalismo y globalización. En *Revista virtual IPSO JURE* No. 9. Lambayeque, Perú, 2010. p. 77-89.

En cuanto al Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se refiere, la idea relevante viene expresada a través de la interpretación preferente²⁹ de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, así como de las decisiones jurisprudenciales de órganos supranacionales de los cuales el Perú es parte. La premisa es de interés: las decisiones supranacionales vinculan a los jueces nacionales y constituyen fuente de interpretación en las materias sometidas a su conocimiento.

2.6. CONTROL DIFUSO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El control difuso no solo constituye hoy una facultad de los jueces sino un poder- deber³⁰ en la medida que de por medio se encuentra la defensa de los principios, valores y directrices contenidos en la Norma de Normas.

Sin embargo, tal poder- deber a su vez presenta una limitación sustantiva: se trata de un barómetro de inaplicación y no de derogación de la norma. Refiere al respecto Chanamé Orbe³¹: “Es un control de inaplicabilidad, pues el órgano jurisdiccional se limita a no aplicar una norma, relevante para el caso que tiene que resolver, por considerar que ella no es compatible con una norma superior, sea esta una ley o la propia constitución. Como consecuencia de ello, esa inaplicación no conlleva a la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, por lo que mantiene su vigencia y validez para todos aquellos que no fueran parte del proceso. Se trata así, del llamado control concreto o control del caso concreto,

29 Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

30 STC 01383-2001-AA/TC Caso Rabines Quiñones

16. La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución. (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51º de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional(...)

Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.

Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse interpretado de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

31 CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario de Derecho Constitucional. ARA. Lima, 5ta edición. p. 51

ejercido en el curso de cualquier proceso judicial y donde no es la causa directa de la pretensión”

Doctrinaria y jurisprudencialmente, la discusión ha venido ciñéndose a si se trata solo de una facultad de los jueces o si debe extenderse su ámbito a otros intérpretes de la Constitución. Nuestro Tribunal Constitucional ha optado por estimar que el control difuso es también potestad de la Administración Pública³² mas solo en el caso de órganos colegiados. La premisa es puntual: el control difuso no debe ser solo potestativo de los jueces sino debe extenderse el ámbito de contralores legítimos de la constitucionalidad.

Bajo este razonamiento, sin embargo, los fiscales del Ministerio Público, encargados de defender la legalidad y los intereses públicos tutelados por el Derecho en los procesos a su cargo, ¿acaso deberían estar facultados a aplicar la figura del control difuso, siguiendo la pauta de que a igual razón, igual derecho, y si los órganos colegiados de la Administración Pública aplican control difuso, a su vez ellos lo deberían también hacer? A juicio nuestro, esta situación aún requiere configuración jurisprudencial y en tanto, solo puede extenderse el control difuso a los órganos ya anteladamente referidos.

El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha delimitado en su artículo VI³³ los alcances del control difuso en cuanto respecta a su ámbito de aplicación y corresponde destaquemos un matiz de contenido: el principio de conformidad con la Constitución. Bajo esta premisa queremos poner de relieve la necesidad de destacar que debe el juez constitucional, antes de aplicar control difuso, buscar todos los medios posibles de salvar

32 STC 03741-2004-AA/TC Caso Salazar Yarlénque

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

33 Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

la constitucionalidad de la norma y solo después que dicha búsqueda sea infructuosa, es decir, que no haya encontrado una solución compatible con la Constitución, recién entonces es procedente la inaplicación de la norma incompatible con la Carta Fundamental.

2.7. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El precedente vinculante en el Perú constituye una fuente de derecho con una categoría *sui generis*, en la medida que, a diferencia del precedente constitucional en el Common Law, sistema en el cual el juez puede apartarse del precedente siempre que exista una motivación adecuada, en el sistema procesal constitucional peruano, la vinculatoriedad es inclusive objeto de responsabilidad funcional en caso de inaplicación del precedente.

Frente a esta particularidad, se abre un debate judicial doctrinario relevante: ¿por qué existiría control disciplinario en caso de no aplicación de un precedente cuando en el derecho comparado el juez goza de autonomía para apartarse del precedente? ¿Y por qué cambiar sustantivamente el ámbito de vinculatoriedad para el precedente constitucional en nuestro ordenamiento, cuando en el sistema anglosajón- en donde se origina el precedente- no existe el mecanismo de aplicación bajo responsabilidad funcional? La única respuesta razonable reside en la previsión del Tribunal Constitucional en el sentido de que sus fallos que constituyen precedente, sean indefectiblemente aplicados por los jueces del Poder Judicial. A ello se suma la ausencia de confianza en las decisiones de los órganos judiciales, los cuales, en abstracto, podrían adoptar sus propias interpretaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde aún determinar un interrogante mayor: ¿no sería válido para los jueces del Poder Judicial aplicar *distinguishing* y *overruling* cuando en el caso sometido a su conocimiento, no sea aplicable el precedente? La doctrina no reconoce en forma directa estas potestades a los jueces, a excepción de las competencias que en este rubro también asume el Tribunal Constitucional. No obstante lo señalado, debería resultar estimable que el juez pueda aplicar mecanismos de diferenciación, como prevé el *distinguishing*, o a su turno, cambio inmediato o posterior de los propios parámetros de jurisprudencia, como refiere el *overruling*. En rigor, no compartimos que éstas sean potestades exclusivas sólo del Tribunal Constitucional, en la medida que la jurisdicción constitucional es una sola y solo existe reparto de competencias funcionales.

La fuerza aplicativa del precedente vinculante es reseñada por el artículo VII34 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, sin haberse fijado los alcances de responsabilidad funcional, respecto a lo cual sería válido inferir una facultad de apartamiento del precedente vinculante. Sin embargo, las previsiones de responsabilidad funcional han sido establecidas por el propio Órgano de Control de la Magistratura del Poder Judicial, criterio ratificado, entre otros casos, en la STC 006-2006-CC/TC35.

Ahora bien, ¿Cuándo se produce la exigencia de establecer un precedente vinculante? La STC 03741-2005-AA/TC, caso Salazar Yarlenque, establece la estructura, exigencias, y circunstancias de configuración de un precedente vinculante³⁶, de cuyo desarrollo podemos extraer los requerimientos de constatación para la aplicación de un precedente, esto es, que deben configurarse situaciones fácticas definidas previamente. En forma complementaria, la STC 0024-2003-AI/TC, caso Municipalidad de Lurín, igualmente considera los parámetros más representativos de exigencia de un precedente vinculante y representa, al igual que el caso Salazar Yarlenque, las líneas más representativas de configuración de un precedente vinculante.

34 Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

35 STC 006-2006-PC/TC Caso Casinos- tragamonedas. Poder Ejecutivo v. Poder Judicial

36 STC 006-2006-PC/TC Caso Casinos- tragamonedas. Poder Ejecutivo v. Poder Judicial

El respeto por el precedente establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial, se concretó en la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, de fecha 13 de marzo de 2006, en la cual se dispuso que: todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes (...) N.º 4227-2005-AA/TC (...)

41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

d) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante."

2.8. JUEZ Y DERECHO

La previsión infraconstitucional establecida por el artículo VIII37 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en referencia al binomio Juez y Derecho, se vincula en modo directo al principio *iura novit curia*, asumiendo como supuesto que el juez constitucional debe conocer el Derecho y si éste no se invoca en forma adecuada, que debe aplicar aquel que corresponda.

El principio *iura novit curia* resulta vinculado al deber de oficialidad³⁸, desarrollado jurisprudencialmente por el supremo intérprete de la Constitución, bajo el supuesto de que existe un deber de protección por parte de los órganos públicos respecto a las exigencias de tutela. Por tanto, frente a un proceso constitucional, la tarea correctiva del juzgador asume 2 ámbitos centrales si la pretensión se aleja de una correcta persecución de la protección del derecho fundamental vulnerado:

Deber de aplicar el derecho que corresponda por ausencia de base normativa como sustento formal de la pretensión;

Deber de aplicar el derecho respectivo por invocación errónea del fundamento de derecho de la pretensión.

¿Sustituye con estas potestades el juez el abogado de la causa? En nuestra opinión, no tiene lugar tal sustitución en razón de que la defensa de

37 Artículo VIII.- Juez y Derecho

El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

38 STC 0569-2003-AC/TC caso Nemesio Chavarría Gómez

Los deberes de oficialidad y pro actione del juez constitucional y la máxima protección a los derechos fundamentales

14. (...) Tal circunstancia (la vulneración de derechos a la seguridad social) genera el cumplimiento del deber de oficialidad por parte de los órganos públicos en la medida en que existe la inexorable necesidad de satisfacer el interés público de proteger y defender los derechos fundamentales de la persona.

Dicho deber de oficialidad se percibe en el derecho público como la responsabilidad de impulsar, dirigir y encausar cualquier proceso o procedimiento sometido a su competencia funcional, hasta esclarecer y resolver las cuestiones involucradas, aun cuando se trate de casos generados o iniciados por un particular.

En efecto, partiendo de reconocer una posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, no resulta razonable que en todos los casos, las formas estén por encima del derecho sustancial, desconociendo el valor de lo real en un proceso. El derecho procesal es, o quiere ser el cauce mediante el cual se brinda una adecuada cautela a los derechos subjetivos, por ello, al reconocerse legislativamente las facultades del juez constitucional, sea para aplicar el derecho no invocado, o erróneamente invocado (*iura novit curia*), por mandato del artículo 63° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, o subsanar las deficiencias procesales (suplencia de queja deficiente) (...) se trata de evitar que el ejercicio de una real y efectiva tutela judicial en el marco de un proceso justo sea dejado de lado, por meros formalismos irrazonables.

los derechos fundamentales supone una condición especial de urgencia que justifica la exclusión de una decisión de improcedencia de la acción. Conviene plantear una interrogante: ¿ se justifica, de ser el caso, que tras un litigio que en sede constitucional que bien puede acarrear más de un año, un caso llegado al Tribunal Constitucional, tras la interposición de un recurso de agravio constitucional, sea declarado improcedente por la necesaria prevalencia de formas? Desde una perspectiva de congruencia procesal, una eventual declaración de nulidad bien podría quedar justificada, pues pudo haberse obviado sustantivas formalidades respecto del principio de legalidad, y sin embargo, la jurisdicción constitucional, en su amplio desarrollo³⁹, ya ha justificado plenamente vulneraciones justificadas de las formas del proceso para dar lugar, bajo condiciones de preferencia axiológica móvil, a la protección material urgente de los derechos fundamentales.

2.9. APLICACIÓN SUPLETORIA E INTEGRACIÓN

La aplicación supletoria de los Códigos Procesales afines⁴⁰ resulta una previsión contenida en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y corresponde poner de relieve, a este respecto, la autonomía del Derecho Procesal Constitucional frente a otras disciplinas como el Derecho Procesal Civil o Derecho Procesal Penal. A este respecto, García Belaúnde⁴¹, en clara negación de la “minusvalía del proceso constitucional”, consigna las líneas principales de un debate que en la doctrina no es pacífico.

39 Entre otros casos, en la STC 07873-2006-PA/TC, caso Félix Tueros, el Tribunal Constitucional declara fundada una demanda de cumplimiento en materia previsional como amparo, luego de 2 decisiones de improcedencia liminar de la demanda. Desde una perspectiva procesal, bien pudo el Tribunal Constitucional revocar la decisión de improcedencia y disponer se admita a trámite la demanda. De ser así, el juez hubiera observado los derechos de defensa y contradicción de la parte demandada. Sin embargo, no solo reconvierte el proceso, sino declara fundada la demanda, justificando la edad del demandante- 91 años- y la necesidad de atender una petición de naturaleza previsional, la cual supone condiciones especiales. ¿Se infringió los derechos de la demandada al debido proceso en cuanto a ejercer su defensa y contradecir los argumentos del demandante? Formalmente, sí; materialmente, no, en razón de que existe un requerimiento de tutela de urgencia. La sentencia sirve, de igual forma, para justificar jurisprudencialmente los requisitos de reconversión de procesos constitucionales.

40 Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración
En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

41 GARCIA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Grijley. Lima, 2000. 2da edición. p. 43

Si bien el Derecho Procesal Civil es de naturaleza basilar y de sus propias categorías se generan los lineamientos procesales de las demás disciplinas, conviene remarcar la naturaleza autónoma del Derecho Procesal Constitucional, disciplina que ha venido construyendo sus propias categorías en forma progresiva. Es más, el proceso constitucional en Perú es autónomo per se no solo a partir de la existencia de jueces constitucionales, con competencias exclusivas para procesos constitucionales, sino en función al desarrollo sostenido de la jurisprudencia⁴² y doctrina⁴³ constitucionales bajo la apuesta de consolidar una jurisdicción constitucional especializada.

Rudolf Smend, uno de los gigantes de Weimar en el quartetto propuesto por Häberle, organizadamente reseñado por García Belaúnde⁴⁴, proponía el Derecho Constitucional como una teoría de la integración. Señala Brage⁴⁵ sobre esta idea: “ Para él(Smend), el Estado no va a ser ya más una persona jurídica dotada de derechos y obligaciones, sino una parte de una realidad espiritual “integrada”, es decir, una realidad espiritual que resulta de la interacción de procesos vitales individuales (Korioth), pero es una “unidad de sentido”, no estática, sino caracterizada por un “proceso de actualización funcional, de reproducción”, “un continuo proceso de laboriosa configuración social”, un “proceso de continua renovación y permanente reviviscencia”, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día (Renan). El Estado no se basa ya en ningún contrato social, ficticio o real, consensuado en un momento dado, sino por virtud de un proceso como el descrito.”

42 El Tribunal Constitucional de Perú ha logrado afianzar una web convincentemente ordenada de todas sus decisiones en www.tc.gob.pe y el Poder Judicial, a nivel de Corte Suprema, viene consolidando la publicación de sus decisiones judiciales. A nivel de Cortes Superiores, en cuanto a Salas Superiores y juzgados de primera instancia, el esfuerzo de publicación viene desarrollándose a nivel de sentencias relevantes.

43 Respecto a autores, a riesgo involuntario de excluir importantes académicos, podemos señalar el trabajo destacado, entre otros, de GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, IDEMSA, Lima, 2009, 342 pp.; CASTILLO CORDOVA, Luis, *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica. Lima, 2009. 989 pp. ; TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. *Código Procesal Constitucional comentado*. Adrus. Arequipa, Perú, 2009. 1115 pp.; CARRUITERO LECCA, Francisco. *Estudio doctrinario y jurisprudencial a las disposiciones generales de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento del Código Procesal Constitucional*. Studio Editores. Lima, 2006. 586 pp.

44 GARCIA BELAUNDE, Domingo. Op. cit. p. 74. Para Häberle, los 4 grandes de Weimar son Hans Kelsen (1881-1973), Karl Schmitt (1888-1985), Herman Heller (1881-1933) y Rudolf Smend (1882-1975), clásicos a los cuales, reseña Häberle, “hay que volver continuamente”.

45 BRAGE CAMAZANO, Joaquín. La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. p. 4 Disponible en http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf Tomado con fecha 01 de enero de 2011.

A juicio nuestro, la propuesta de Smend, en teoría fuertemente criticada por Hans Kelsen, asume mucho de consistencia respecto a los alcances de la integración del Derecho Constitucional frente al Derecho. A esa idea trascendente debemos acotar que efectivamente, en gran medida, el Derecho Constitucional, a través de sus principios, viene a llenar aquellos vacíos del ordenamiento jurídico en los cuales no hay respuesta taxativa del sistema legal frente a las controversias en las que no concurre una norma inmediata para la dilucidación de la controversia. Por tanto, acuden las decisiones de los jueces constitucionales como elemento nomofiláctico a efectos de colmar, en el lenguaje de Bobbio⁴⁶, aquellas lagunas jurídicas que produce el ordenamiento jurídico, bajo la premisa de que el sistema normativo supone un concepto perfecto en el cual no deben subsistir ni conflictos normativos, ni colisiones de principios ni lagunas jurídicas. Y si tales patologías jurídicas tienen lugar, pues operan los mecanismos habilitados para eliminarlos y sin duda uno de ellos, de modo trascendente, es el efecto integrador de los principios constitucionales, los cuales optan por llenar aquellas parcelas vacías de soluciones jurídicas, sean normas-reglas o normas-principios.

En ese orden de ideas, el efecto integrador reviste naturaleza especial en el modelo procesal constitucional, en tanto son la jurisprudencia, los principios generales del derecho procesal y la doctrina, los elementos habilitadores para cerrar los vacíos jurídicos producidos por las controversias constitucionales, constituyéndose en categorías de fuentes del derecho.

REFLEXIONES FINALES

Una rápida vista de los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional nos deja 3 reflexiones centrales que nos parece de interés distinguir.

En primer lugar, que el Derecho Procesal Constitucional se encuentra en proceso de construcción jurisprudencial, en la medida que las decisiones jurisdiccionales constitucionales van afianzando una tutela de urgencia determinada de los derechos fundamentales, así como a su vez, se va trazando aquella necesaria línea definitoria de exclusión de las pretensiones que no revisten afectación a los derechos protegidos por la Carta Fundamental.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoría del Ordenamiento Jurídico*, 1960. En Introducción al Derecho de José Luis del Hierro. Editorial Síntesis, Madrid, 1997. p. 95.

De otro lado, los principios aludidos remarcan la delicada tarea de los jueces constitucionales en la definición de las controversias iusfundamentales, desde el momento en que son los decisores jurisdiccionales, por sobre el poder parlamentario, quienes determinan finalmente el ethos, pathos y logos de los derechos fundamentales, dicho esto sin infracción de las bases conceptuales fijadas por Montesquieu respecto a la separación de poderes. Más aún, se refuerza lo afirmado cuando a las decisiones de los jueces constitucionales les corresponde un rango de prevalencia frente a las decisiones de la jurisdicción ordinaria. Fijémonos, entonces, que en determinados casos, los jueces constitucionales establecen cuándo se producen vulneraciones del Poder Legislativo frente a los fundamentos tutelados por la Norma Fundamental y de manera adicional, que el contenido de una decisión constitucional ha de prevalecer, sin atingencias, frente a las decisiones de la justicia ordinaria.

Finalmente, los fundamentos procedimentales- materiales y formales- contenidos en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, constituyen la fuente para sentar una tarea de docencia procesal respecto del Derecho Constitucional, en el sentido de que los derechos fundamentales no pueden significar solamente argumentos de cliché, simples referencias textuales, o enunciados semánticos sin contenido alguno. En rigor, las premisas fijadas por el Título Preliminar son una poderosa herramienta de realización de los derechos fundamentales. Éstos son la esencia; aquella, la realización de la magnificencia.

IV

POSIBILIDADES, CONVENIENCIAS Y DESAFÍOS DE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL¹

por Néstor Pedro Sagüés

Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, tratadista y profesor en diferentes universidades de Latinoamérica.

Sumario:

1. Introducción. 2. Los escenarios de la codificación. 3. Los mercados. 4. El marketing de la codificación. 5. Contrapropaganda: los riesgos. 6. Las posibilidades. 7. Las rutas de la codificación. 8. La codificación en un contexto suprarregional. Latinoamérica.

¹ La presente comunicación se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

1. INTRODUCCIÓN

Nos hemos referido en anterior oportunidad al tema de la codificación del derecho procesal constitucional². Parece oportuno, hoy, recordar los lineamientos generales del tema, y auscultar después sus posibilidades reales en el ámbito regional latinoamericano, en particular en torno al amparo contemplado por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica.

2. LOS ESCENARIOS DE LA CODIFICACIÓN

No son iguales los paisajes donde se plantea la iniciativa de codificar el derecho procesal constitucional de un país.

Hay estados con legislación sumamente dispersa, como ocurre en Argentina, donde solamente en el ámbito federal coexisten una decena de amparos, tratados en normas distintas: amparo general contra actos de autoridad pública, amparos contra actos de particulares, amparo por mora de la administración, amparo por mora de la Administración federal de Impuestos, amparo por mora de la Dirección Nacional de Aduanas, amparo sindical, amparo electoral, amparo ambiental, hábeas data, etc. En otros países, en cambio, los procesos constitucionales están más simplificados y concentrados.

Hay naciones con legislación procesal constitucional de avanzada, y otros con legislación arcaica. Algunas veces, las normas viejas son remozadas por la jurisprudencia y subsisten útiles, adaptadas al presente. En otros casos, las normas antiguas permanecen esclerotizadas. Que haya normas nuevas, por lo demás, no significa necesariamente que sean buenas. No siempre la novedad corre pareja con la calidad.

² Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*. Lima, *Tribunal Constitucional del Perú*, 2009, pág. 47 y sigts. Hay edición argentina: Buenos Aires, Ad Hoc y Fundación Konrad Adenauer, 2006, pág. 45 y sigts. Ver igualmente Sagüés Néstor Pedro, La codificación del derecho procesal constitucional, en Ferrer Mac-Gregor Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2003. 4ª ed., t. I págs. 499-506.

3. LOS MERCADOS.

Una observación proveniente de la sociología jurídica, en sus vertientes universitaria y forense, alerta que los flujos de oferta y de demanda de codificación procesal constitucional resultan asimismo disímiles.

Hay comunidades que reclaman la codificación, y otras que no, ya sea por ignorancia o por rechazo al cambio. De vez en cuando la negación de la codificación puede ser por prudencia, si ella, en vez de hacer andar al derecho procesal constitucional para adelante, tiende a perjudicarlo (por ejemplo, a raíz de manipulaciones del equipo gobernante). No siempre, pues, hay demanda de codificación. Y si esa demanda no existe, imponerla puede resultar algo artificioso y quizá, visto como algo extranjerizante.

A su turno, puede que haya demanda, pero no oferta. Eso ocurre si la doctrina procesal constitucional de ese país no apoya la gesta reformista codificadora petitionada por la sociedad, o si los partidos políticos no la incluyen en sus plataformas, o si los legisladores no la plantean en sus iniciativas. La falta de oferta coagula o neutraliza la eventual demanda de codificación.

Por supuesto, si no hay ni demanda ni oferta, la codificación procesal constitucional será, en el país del caso, prácticamente inviable.

4. EL MARKETING DE LA CODIFICACIÓN

Como cualquier producto, la codificación tiene su argumentación y publicidad vendedora. Alega sistematización, vale decir, se pregona, orden, claridad y coherencia en la legislación procesal constitucional. Con estas virtudes se erradicarían las redundancias y las contradicciones actuales, que pueden ser tanto normativas como conceptuales e ideológicas, producto, a veces, de normas dictadas por distintos legisladores en distintos tiempos.

También se cubrirían las lagunas o vacíos del entramado legal. Invoca perfeccionamiento, ya que el proceso codificador se supone que mejorará al material preexistente, tornándolo más útil y operativo, esto es, eficaz, al par que será una oportunidad para corregir los errores del pasado. Y dicho perfeccionamiento puede incluir simplificación, a través, por ejemplo, de un título general que sienta pautas para todos los procesos constitucionales, ahora aglutinados en un texto unificado y completo.

5. CONTRAPROPAGANDA: LOS RIESGOS

No todas son rosas en el jardín de la codificación. Abundan los peligros, entre los cuales se destacan la regresión, si el nuevo legislador retrocede en el derecho procesal constitucional y reprograma la magistratura constitucional y los procesos constitucionales en clave involutiva o anacrónica. O si padece de la enfermedad opuesta, pero no menos dañosa que la anterior, como es el delirio reformista, caracterizado por posturas etéreas e irreales, propias de astronautas del derecho embriagados por una “ética absoluta” de los principios y de las convicciones que, como recuerda Max Weber, ignora la ética de las consecuencias o de las responsabilidades³.

Otros males acechan el trámite de la codificación. Por ejemplo, la pura y simple torpeza, si el nuevo súper legislador es inepto, imprudente, imperito, fanático de lo suyo o ignorante de la disciplina. Sigue el drama de la confrontación, cuando la iniciativa codificatoria contrapone drásticamente posiciones radicalmente conflictivas y escinde a catedráticos, letrados, jueces y políticos en una lucha interminable. Continúa con la inflación normativa, si el codificador intenta con toda minucia y detallismo sumar más y más institutos, modalidades, alternativas y subespecies de procedimientos, en cada caso circunstanciadamente, mal que corre parejo, a menudo, con el plagio, o importación masiva e irreflexiva de cuanta novedad aparezca en la vitrina del derecho comparado, sin preguntarse sobre las bondades de su aplicación en otro medio jurídico, y sin adaptarla adecuadamente a las características reales del ambiente local, o sin hacer un cálculo realista de factibilidad que discierna entre lo que puede y lo que puede materialmente hacerse⁴.

6. LAS POSIBILIDADES

La codificación procesal constitucional tiene algunas veces topes. Uno, por cierto curioso, son las prohibiciones constitucionales, como las establecidas por las constituciones provinciales de Salta (1998, art. 87) y Jujuy (1986, art. 40), en Argentina, que impiden, respectivamente, que el legislador regule la acción de amparo y el hábeas corpus. A todas luces, aquí el constituyente ha desconfiado, y mucho, de la pericia o de las bondades –en general- de los congresistas, y ha apostado al Poder Judicial como operador protagónico de tales procesos constitucionales.

³ Weber Max, *El político y el científico*, Buenos Aires, Libertador, 2005, sin mención de traductor, págs. 72-3.

⁴ Ver Jimena Quesada Luis, *La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas, en Estudios de economía aplicada*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2009, Vol. 27-3, págs. 743-766.

Cuando el constituyente define y sienta pautas acerca de cómo regular los procesos constitucionales, obviamente esas directrices, acertadas o no, implican también fronteras para el legislador ordinario, que así se ve constreñido en su aptitud creativa. Por ejemplo, no podrá negar los procesos que establece el constituyente, ni regularlos en oposición de lo que éste haya dispuesto. Estas serían las limitaciones constitucionales.

Un tema interesante es si el codificador procesal constitucional podría añadir, a los procesos establecidos por la constitución, otros más, desde luego no incompatibles con ella. La respuesta debe ser afirmativa: en resguardo del ser humano, el legislador puede ser más generoso que el constituyente, partiendo del supuesto de que la constitución es un “piso”, y no un “techo”, en cuanto derechos personales.

Concomitantemente, no deben olvidarse las restricciones al codificador provenientes del derecho internacional. Por ejemplo, el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica alude al llamado “amparo internacional”, o “amparo interamericano”, con pautas acerca de su radio de cobertura, expeditividad, sujeto activo y pasivo, etc.⁵ En ese contexto, el codificador doméstico también está circunscripto por lo que podríamos denominar las limitaciones convencionales, que comprenderían tanto a las normas injertadas en la Convención Americana sobre los derechos del hombre, como, según la doctrina del “control de convencionalidad”, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos vertida sobre el referido art. 25 del Pacto de San José.⁶

7. LAS RUTAS DE LA CODIFICACIÓN

Finalmente, la codificación puede instrumentarse mediante una suerte de acumulación (pero ordenada y coordinada) de los institutos ya existentes (consolidación), o mediante una empresa más ambiciosa, de edificación de un nuevo orden con pretensiones de hermeticidad y de comprensión completa de la temática legal enfocada (codificación propiamente dicha).

La opción entre una u otra alternativa depende de ciertas variables, como el factor tiempo para terminar la tarea, algo conectado con la

5 Ayala Corao Carlos M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*. Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 1998, passim.

6 Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, en Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Universidad de Talca, Campus Santiago, 2010. Año 8 n° 1, págs. 130-1.

premura que haya para consumarla; con la voluntad del legislador para optar por uno u otro conducto (obviamente, la codificación propiamente dicha es más exigente y demanda cambios mayores); y también con la idoneidad de quien la realiza.

8. LA CODIFICACIÓN EN UN CONTEXTO SUPRAREGIONAL. LATINOAMÉRICA

Hasta el momento hemos supuesto que la codificación es una empresa nacional; vale decir, limitada al interior de un Estado. El balance, en el plano teórico, la favorece. En el orden práctico de los hechos, las circunstancias pueden materialmente demorarla, o aún aconsejar, prudentemente, no realizarla.

Si la meta, en cambio, es una codificación zonal o regional, los desafíos se acrecientan, porque se trata de pensar en una legislación uniforme que se aplica a países con constituciones diversas, y por tanto, con estructuras jurisdiccionales y procesos diferentes.

Yendo al caso latinoamericano, asombra, en verdad, la multiplicidad de tipos de magistratura constitucional que existen en el área: tribunales y cortes constitucionales (situados algunas veces como órganos extra-poder, pero en otras dentro del Poder Judicial), salas constitucionales en el seno de una corte suprema, cortes supremas con roles relativamente análogos a los de un tribunal constitucional, estados con control difuso, etc. Corresponde sumar a los países que diseñan también un control dual, paralelo o mixto de magistratura constitucional, que combina la que es especializada con la justicia ordinaria, mecanismo que origina a menudo serios conflictos de competencia y de articulación entre ambas jurisdicciones⁷.

A su turno, el catálogo de los procesos constitucionales es también caleidoscópico: algunos, pese a su distinta denominación, son relativamente similares (por ejemplo, el amparo, la tutela colombiana, el recurso de protección chileno), pero también abundan, v. gr., las acciones y mandamientos de cumplimiento, las acciones declarativas de inconstitucionalidad, por acción y por omisión, las “consultas”, las “revisiones”, los “informes”, los “requerimientos”, los recursos de inconstitucionalidad, el control incidental, los recursos directos de nulidad, las acciones populares, las acciones extraordinarias de protección, etc.,

⁷ Sagüés Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, pág. 27 y sigts.

además, naturalmente, del hábeas corpus y del hábeas data, y hoy, de las “acciones de clase”, que en algún lado, como en Argentina, su Corte Suprema ha entendido últimamente que tienen raigambre constitucional por estar incluidas en el amparo⁸

Magistratura constitucional y procesos constitucionales son dos conceptos que en la realidad se yuxtaponen, entremezclan y ensamblan recíprocamente. En particular, en cuanto al régimen de competencias y de apelaciones. De hecho, no es factible codificar uno de estos espacios del derecho procesal constitucional, sin pensar en el otro. Cabe preguntarse, en efecto, si es factible un código de procesos constitucionales similares, pero con órganos jurisdiccionales diversos de país a país.

Por ello, resulta problemático que un código procesal constitucional único para toda la región pueda absorber todas estas modalidades (que, generalmente, cuentan en cada caso con apoyatura constitucional). Darles un tratamiento común resulta, en una primera aproximación, hartamente trabajoso, salvo que se produjesen enmiendas constitucionales en muchos países del subcontinente. Aparte de las reformas legislativas, desde luego.

Por lo demás, a muchos estados les resultaría penoso abandonar institutos procesales suyos, peculiares y poco frecuentes en los restantes de la zona, y por ende, de escasas posibilidades de incorporación en un código único para toda el área, pero que responden en el país del caso a tradiciones jurídicas fuertes y consolidadas.

En resumen, una codificación global en lo procesal constitucional, en el ámbito regional latinoamericano, demanda imaginación, esfuerzo, enormes dosis de paciencia, bastante tiempo y mucha voluntad política en concretarla. Aún concientes de esos retos, cabe seguir pensando, pese a todo, en el establecimiento de un *ius commune* en la región, en materias de fondo y de forma. La doctrina del mencionado “control de convencionalidad” puede hacer, por el momento, mucho al respecto, alineando a los Estados locales y a sus tribunales detrás del Pacto de San José de Costa Rica y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya se ha expedido en torno a definiciones básicas acerca del derecho a la jurisdicción, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, al hábeas corpus y al amparo, por ejemplo.⁹

⁸ Idem, pág. 65 y sigts. También: Sagüés Néstor Pedro, *La creación judicial del “amparo-acción de clase” como proceso constitucional*, en *Jurisprudencia Argentina*, 2009-II-627.

⁹ Ver supra, parágrafo 6 y nota 5.

La variante más próxima de una codificación regional concreta y puntual, es pensar en una regulación procesal común en torno al “amparo interamericano” del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, programado, según esa norma, y con singular apertura, para tutelar no solamente los derechos emergentes de esa convención, sino también los derechos fundamentales derivados de la Constitución y de la ley.¹⁰ Dicho proceso es, por ende, un instrumento procesal constitucional y procesal transnacional, pasible de un desarrollo hasta hoy quizá no debidamente del todo apreciado por la mayoría de los litigantes y de los tribunales.

Aquí ya se cuenta con un instrumento normativo vigente en todos los países que han ratificado la Convención, con un texto expreso (aunque no siempre preciso), que lo dibuja en sus rasgos esenciales y con la obligación, para todos los Estados del caso, de otorgarle efecto útil, conforme lo indicado por el art. 2º del Pacto, que les obliga a adoptar “las medias legislativas o de otro carácter” que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades enunciados en el Pacto, entre los que se encuentra el citado amparo. Además, hay varias pautas jurisprudenciales sobre el tema, muy significativas, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que cabe recordar que resultan obligatorias para los jueces nacionales, según la ya mencionada doctrina del “control de convencionalidad” que ha elaborado dicha Corte.

Esta meta, más modesta, pero también más realizable, resultaría profundamente útil para todos. Es cierto que un instrumento procesal totalmente uniforme no sería del todo factible, porque los regímenes de apelación, por ejemplo, resultan muy distintos según sea la estructura jurisdiccional de cada país (los hay con una instancia única, al estilo de la Sala Constitucional de Costa Rica, en tanto que en la mayoría de las naciones predomina un engranaje de instancias múltiples, que en Argentina, por ejemplo, puede comprender hasta cuatro grados). Con esas salvedades, no obstante, queda mucho material para diseñar una codificación regional del citado amparo.

10 La norma en cuestión establece lo siguiente: Art. 25. 1. 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. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

V

¿POR QUÉ SE JUSTIFICA UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PARA IBEROAMÉRICA?

Por: Patricia Bastidas Mora.

Especialista en Instituciones jurídico Procesales y en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de la Universidad Libre.

SUMARIO

1. Nota introductoria, 2. Apuntes históricos, 3. El derecho procesal constitucional, 4. estructura del código procesal constitucional, 5. Principio de la celeridad y economía procesal, 5.1. Principio de impulso oficioso, 5.2. Principio de socialización del proceso, 5.3. Principio de informalidad y elasticidad, 5.4. Principio de acción pública, 5.5. Principio de dirección judicial del proceso, 5.6. Principio de constitucionalidad, 6. Titulo I, 6.1. Titulo II, 6.2 Titulo III, 6.3 Titulo IV, 6.4 Titulo V, 6.6 Titulo VI, 6.7 Titulo VII, 6.8 Titulo VIII, 6.9 Titulo VIII, 6.10 Titulo IX, 6.11 Titulo X, 6.12 Titulo XI, 6.13. Titulo XII, 7. Sentencias constitucionales, 8. Necesidad de una jurisdiccion constitucional especializada, 9. Papel del juez constitucional, 10. Es posible también, hacer una clasificación de los procesos, dividiéndolos en atención a su carácter como, 11. Instancias en los procesos constitucionales, 12 BIBLIOGRAFÍA.

1. NOTA INTRODUCTORIA

Uno de los principales fines del Estado Constitucional de Derecho, es la garantía de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales, para lo cual es necesario que el órgano judicial de este tipo de Estado, permita y garantice la observancia de la Constitución y el restablecimiento del orden constitucional vulnerado, mediante un recurso sencillo y rápido, que reclama entre nosotros, el desarrollo de la vía procesal adecuada para el logro de tal fin junto con la garantía de su cumplimiento. Por ello, es indispensable, reunir en un solo texto las leyes dispersas relativas a los procedimientos constitucionales encaminados al logro de tal fin.¹

2. APUNTES HISTÓRICOS

Después de 5.000 años de evolución del Estado, la revolución de la soberanía estuvo rodeada de discusiones acerca de los límites del poder estatal en expansión. Se desarrolla así, el modelo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho como expresión jurídica de una democracia avanzada con cuatro elementos claves: La res publica, entendida como comunidad política que ha roto con el tipo del reino dinástico; la Democracia, entendida como el autogobierno del pueblo, el Estado Constitucional entendido como el Estado de Ilustración con una carta constitucional formal, creada por una asamblea constituyente y que reclama supremacía ante el resto de leyes que legitima y limita al poder estatal, con una estructura basada en la división de poderes, un catálogo de derechos denominados fundamentales y por último, un Estado moderno con todos sus elementos²: El conglomerado social, política y jurídicamente constituido denominado población; el territorio entendido como es espacio físico o materia en el cual se asienta la población y el poder público o autoridad al que está sometido el conglomerado social.³

1 EGUIGUREN, PRAELI, FRANCISCO, JOSE. *"El Nuevo Código Procesal Constitucional Peruano"*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx

2 MARQUARDT, BERND, "Historia Universal del Estado", *El Estado de la doble revolución ilustrada e Industrial*, (1776- 2008), Tomo 3, La carreta Editores E.U. Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias políticas y Sociales, Instituto unidad de investigaciones jurídico-sociales Gerardo Molina, UNIJUS, Bogotá, 2009, pp 147, 148.

3 NARANJO, MESA, VLADIMIRO, *"Teoría Constitucional e Instituciones Políticas"*, décima edición,

“El Estado Constitucional Republicano Democrático puede pasar revista a una historia fenomenal de éxitos: Mientras que 240 años antes no existió ningún ejemplo de este tipo de Estado, hoy se puede nombrar alrededor de 65, repartidos especialmente en Europa, las dos Américas y Australia- Nueva Zelanda.”⁴

Entre nosotros, ya desde el año 1864, nuestro constitucionalista Cerbeleon Pinzón, dijo respecto a este tipo de Estado lo siguiente: “El sistema republicano es el más favorable a la garantía de los derechos individuales, la vida, la libertad, la seguridad, la igualdad, la reputación y la condición domestica; y como la protección y el goce efectivo de estos derechos es el gran fin con que se establecen los gobiernos, el gobierno republicano es el mejor de los que conocen los hombres. Si los derechos de la humanidad, si la dignidad del hombre, si las libertades públicas, y el progreso social merecen y deben ser atendidos, el sol no debiera brillar sino sobre las repúblicas, ni el aire debiere batir otras banderas que las de la republicana.”⁵

Siendo la supremacía constitucional la piedra angular del nuevo sistema político, se piensa en la posibilidad judicial de defensa de la constitución ante una corte suprema, bien sea por la demanda de los órganos estatales entre sí o por la demanda de cualquier ciudadano por la violación de derechos fundamentales y se atribuye el poder a los jueces para controlar la constitucionalidad de los actos del Estado, y declarar su inconstitucionalidad o anular aquellos que sean contrarios a la Constitución.

La concepción del derecho dentro del Estado Constitucional impone una visión diferente del proceso basado en la vigencia de valores como la justicia, la igualdad, la libertad y el orden justo.⁶

Se hace evidente entonces, la clara necesidad de tener un órgano jurisdiccional independiente, un camino señalado para acceder a dicho órgano judicial, para que mediante un mecanismo sencillo y eficaz, restablezca el orden constitucional afectado.⁷ Se establece así, un sistema

Editorial Temis S.A., Bogotá, 2006

4 MARQUARDT, BERND, op.cit. p.149

5 PINZON, CERBELEON, *Catecismo republicano para educación pública redactado a escitación del ciudadano presidente de los Estados Unidos de Colombia* Manuel Murillo, Bogotá, el Mosaico, 1864, pp. 51 y s.

6 GIMENO, SENDRA, JOSE VICENTE. “*Fundamentos del Derecho Procesal*”, *Jurisdicción, acción y proceso*. Editorial Vivitas. Madrid, 1981.pag 188.

7 www.derechoycambiosocial.com/Revista002/Proceso.htm. DIAZ, RICCI, SERGIO, “Necesidad de un código procesal constitucional” Instrumento de tutela y justicia constitucional, memoria del VII congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, UNAM.2002.Consultada el 22 de diciembre de 2010

de justicia constitucional, junto con el instrumento jurídico para el ejercicio del derecho ciudadano a la supremacía de la constitución y el control judicial pensando también en que, si la Constitución es emanación del pueblo, el primer y principal derecho de los ciudadanos es el derecho a su supremacía, de tal manera que sólo el pueblo sea el único que pueda modificarla.⁸

La Constitución se ubica como norma procesal dirigida a la defensa de sus propios contenidos y de los derechos fundamentales erigiéndose además, como criterio único de legitimidad del conjunto de leyes y actos que dan vida a un particular ordenamiento jurídico y con la certeza de que el agravio constitucional puede provenir de una persona natural o jurídica o de una norma con fuerza de ley constitucional, se precisa la necesidad de dos procesos constitucionales distintos: Los encaminados a proteger y garantizar los derechos fundamentales y los encaminados a proteger y garantizar la supremacía constitucional.

En un Estado de Derecho, es necesario regular los procesos constitucionales en un mismo cuerpo normativo dándole un trámite orgánico y sistemático a fin de que entre otros aspectos de vital importancia, el ciudadano pueda conocer los mecanismos para la protección de sus derechos fundamentales y en general para el logro de los fines del Estado Constitucional.

3. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El derecho procesal constitucional, con sus propios principios, garantías procesales, su particular forma de interpretación, sus propias instituciones, y sus propias normas, hace parte del derecho público ya que sus disposiciones tienen carácter obligatorio⁹ de tal manera que sus disposiciones no son transigibles ni por los particulares ni por los funcionarios públicos.

En el derecho procesal constitucional, como en los procesos tendientes a la justicia material civil, penal, laboral etc., lo que se busca es reconstruir los hechos para el descubrimiento de la verdad convirtiéndose en el instrumento que permite la protección y eficacia del constitucionalismo ¹⁰

8 Texto de la conferencia pronunciada en el Acto sobre la Ley sobre Justicia Constitucional, organizado por la Corte Suprema de Justicia de Honduras, Tegucigalpa, Honduras, 26 de agosto de 2004, citada por Allan R. Brewer-Carías, "La Reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras" (2004). www.iidpc.org/revistas/4/pdf/RIDPC-4.

9 VELANDIA, CANOSA, EDUARDO, ANDRES "Teoría Constitucional del proceso", *Derecho procesal constitucional*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá. 2009, p 11.

10 VELANDIA CANOSA EDUARDO ANDRES, op.cit.

El estudio del derecho procesal constitucional implica el estudio de las categorías mediante las cuales se guarda la constitución de donde se deriva que es necesario, configurar una función constitucional, una jurisdicción constitucional y un proceso constitucional; construir un sistema procesal constitucional que se reúnan en un solo cuerpo legal, adecuadamente ordenado y sistematizado en el que se establezca el marco normativo de todos los procesos constitucionales con derecho a la aplicación supletoria de otros procesos en caso de vacíos y sin que se contradiga la esencia del mismo.

Es indispensable, que los conflictos constitucionales se solventen a través de la utilización de un derecho procesal especial, concebido este como una nueva disciplina científica, como un sistema de normas especializado por el objeto mismo y no mediante el empleo de un derecho procesal ordinario o general.

4. ESTRUCTURA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En las líneas siguientes propondremos la posible estructura de un futuro Código Procesal Constitucional deberá contener: UN TITULO PRELIMINAR, contenido del alcance del estatuto, del fin de los procesos, los Principios Procesales por los cuales deberá regirse todo procedimiento tendiente a la protección constitucional y que serán:

5. PRINCIPIO DE LA CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL

Consistente en que debido a que los conflictos de índole constitucional requieren pronta resolución, se hace necesario que el procedimiento se simplifique, se descargue de recaudos formales que impidan la rápida solución del conflicto; que los plazos procesales se reduzcan como corolario de la celeridad del proceso, que se simplifiquen, debiendo expresar la garantía aludida por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y teniendo en cuenta que la acción constitucional deja de ser una acción personalizada del sujeto afectado para convertirse en una acción de interés público en honor a que al sistema político le interesa que no exista ni una sola persona con un derecho constitucional conculcado ni tampoco una norma que contradiga la constitución.

5.1. PRINCIPIO DE IMPULSO OFICIOSO

Entendido como el deber del juez constitucional de conducirlo a su terminación más allá del interés personal que tenga el sujeto en su resultado.

5.2. PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO

Entendido como la facultad que tiene el juez para intervenir en el proceso para evitar las desigualdades naturales en las que en la mayoría de los casos concurren los litigantes.¹¹

5.3. PRINCIPIO DE INFORMALIDAD Y ELASTICIDAD

Consistente en que el juez en su condición de defensor de la constitución, no debe reparar en aspectos formales y adjetivos sino que debe asumir el rol institucional de guarda y respeto de la constitución política que en nuestro país tratándose de jueces individualizados, no resulta tan fácil.

5.4. PRINCIPIO DE ACCIÓN PÚBLICA

Porque a todo el sistema político le interesa que no exista una persona con un derecho constitucional conculcado ni tampoco, normas que contraríen la constitución.

5.5. PRINCIPIO DE DIRECCIÓN JUDICIAL DEL PROCESO

El proceso constitucional requiere de un Juez con una concepción publicista del proceso, con principios y valores democráticos, con conciencia del rol de guardián de la constitución, receptor de cualquier agravio a ella, con mecanismos procesales específicos, diferente de los medios procesales ordinarios.

5.6. PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Conforme al cual impera la ley pero siempre y cuando, ella se encuentre en consonancia con el ordenamiento superior, aparejado con lo cual se establecen acciones que permiten confrontar la justeza de la norma con los valores, principios y preceptos contenidos en la carta magna, al igual que aquellos que sin aparecer expresamente en ella, entran a formar parte del bloque de constitucionalidad.¹²

En el mismo título preliminar, se debe disponer el contenido y alcance de los derechos constitucionales supeditándolos a interpretación

¹¹ GARCIA, BELAUNDE, DOMINGO "El nuevo Código Procesal del Perú" en Revista "Providencia" número especial, universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. P.p. 401.

¹² Sentencia SC. 225 de 1995

conforme a lo estipulado con los tratados sobre derechos humanos en los que Colombia es parte y por sentencias de los órganos de la jurisdicción internacional de la materia.

El título preliminar deberá ocuparse también, del control de constitucionalidad de las leyes. Haciendo mención al control difuso de constitucionalidad de las mismas deberá establecer que los jueces de la república deberán preferir la norma constitucional a normas legales o de inferior jerarquía y en caso de conflicto entre unas y otras deberá inaplicar para el caso concreto la norma considerada inconstitucional; pero manteniendo claro que los jueces de la república no pueden inaplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por la Corte constitucional dentro de un proceso de inconstitucionalidad, ello se complementa indicando que los jueces deben interpretar las leyes y normas legales de conformidad con la interpretación que de ellas haga el Tribunal constitucional.

En los procesos que garantizan derechos fundamentales deberá establecerse un precedente vinculante por parte de la corte constitucional quien deberá determinar la parte de la sentencia tiene la calidad de ratio decidendi para ejercer su efecto vinculante sobre los órganos inferiores.

Deberá imponérsele al Tribunal Constitucional que sustente expresamente las razones por las cuales se aparta de un precedente afirmado con anterioridad.¹³

6.TITULO I

- El Código Procesal Constitucional deberá contener Disposiciones Generales referentes a los Procesos Constitucionales de tutela, de habeas corpus, de habeas data.
- Se deberá hacer referencia a la ausencia de etapa probatoria en estos procesos.
- Deberá hacerse referencia al derecho de defensa del demandado y a las excepciones que pretenda proponer.
- Deben regularse modo y tiempo de las notificaciones.
- Pautas de interpretación y ejecución de las sentencias. Debe estipularse

13 GARCÍA, BELAUNDE, DOMINGO. Op.cit.

que las sentencias constitucionales deben ejecutarse en los mismos términos en que ha sido declarado el derecho del demandante y no con criterios sustitutivos y a fin de asegurar el cumplimiento de las mismas deberá facultarse al juez para la imposición de multas, destituciones etc.

- Deberá contener disposiciones generales de los procesos de acción de cumplimiento constitucional, de inconstitucionalidad y popular.

6.1. TITULO II

Deberá desarrollar el proceso de tutela como proceso residual, destinado a la protección de los derechos fundamentales que no estén protegidos por los proceso de habeas corpus y habeas data e indicando que la acción de tutela procede contra resoluciones judiciales en firme cuando ellas se hayan dictado con violación al debido proceso habiendo el agraviado agotado todos los recursos ordinarios de ley para evitarlo.

Conciliación: en los procesos de tutela, proponemos la conciliación procesal una vez la parte accionada haya sido notificada del proceso y con el fin de evitar desgaste de los jueces especializados y de las partes involucradas en el litigio.

Consideramos que ella es pertinente con mayor énfasis en el derecho fundamental a la educación.

La conciliación propuesta deberá tener seguimiento de cumplimiento y multas en caso de incurrirse en dilaciones en el cumplimiento de lo acordado en la audiencia de conciliación.

Se establecerá el término de prescripción en cada caso para la interposición de la demanda de tutela.

6.2 TITULO III

Desarrollar el proceso de Habeas corpus, en procura de la protección de la libertad individual y de los derechos conexos con ella y que no estén protegidos por el proceso de tutela. Es necesario que se determinen los derechos fundamentales que pueden ser protegidos a través del Habeas corpus, los supuestos en los que no cabe exigir el agotamiento de la vía previa, el cómputo del plazo para presentar la demanda respectiva y las excepciones al respecto, los efectos en el tiempo de las sentencias mediante las cuales se expulsa una norma del ordenamiento jurídico, los

alcances de las sentencias interpretativas, las normas procesales que pueden ser aplicadas de manera supletoria.¹⁴

6.3 TITULO IV

Deberá regular el proceso de habeas data, como proceso tendiente a la protección del derecho a solicitar y obtener información sobre datos en entidades públicas.

6.4 TITULO V

Contendrá disposiciones generales de los procesos de inconstitucionalidad, popular y proceso de acción de grupo

6.5 TITULO VI

- Regulará el Proceso de acción de inconstitucionalidad.

Que se tramitara directamente ante el tribunal constitucional, procederá contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales, reglamentos del congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que se crea controvierten la Constitución y su sentencia en firme adquiere carácter de cosa juzgada constitucional, siendo vinculantes para todos los poderes públicos.

6.6 TITULO VII

- Proceso de acción popular.

Regulará el proceso de acción popular que procederá contra reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad pública de la que emanen y siempre que infrinjan la Constitución o la ley.

Deberá tener término prescriptivo para la interposición de la respectiva demanda

6.7 TITULO VIII

- Proceso de acción de grupo.

¹⁴ HUERTA, GUERRERO, LUIS, ALBERTO "Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional" en www.juridicas.unam.mx

6.8 TITULO IX

- Proceso de cumplimiento constitucional, como proceso tendiente a obtener de cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar o a cumplir lo dispuesto constitucionalmente o por ley.

6.9 TITULO X

- Procesos de conflicto de competencias.

6.10 TITULO XI

- Jurisdicción internacional.

De conformidad con el conjunto de lineamientos que deben ser conocidos por los estados respecto a los procesos de tutela de los derechos humanos y con el artículo 25 del pacto de San José de Costa Rica:

“1. 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.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Deberá el Código Procesal Constitucional señalar los criterios para establecer la posibilidad que tiene el ciudadano para acudir a organismos internacionales a fin de buscar protección de derechos fundamentales haciendo una descripción general de sistemas universales e interamericanos de protección de derechos humanos y los efectos que tienen las resoluciones en el ámbito interno incorporando un articulado que regule el tema así:

a. Deberá establecer los organismos internacionales a los que las personas afectadas en sus derechos pueden acudir y con los cuales Colombia haya firmado tratados.

b. Deberá establecerse que las resoluciones emitidas por los organismos Internacionales no requerirán para su validez, reconocimiento ni examen previo alguno.

c. Se dispondrá que el Tribunal Constitucional estará obligado a remitir la información solicitada por los organismos internacionales.

6.11. TITULO XII

- Disposiciones finales.

7. SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Habrán estipulaciones concretas sobre la obligatoriedad de que las sentencias constitucionales deberán ejecutarse en los mismos términos en que ha sido declarado el derecho del demandante y no con criterios sustitutivos y con el propósito de asegurar el cumplimiento de las mismas deberá facultarse al juez para la imposición de multas, destituciones etc.

8. NECESIDAD DE UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIALIZADA

Con el fin de que los procedimientos tendientes a la tutela y guarda de la Constitución sean eficientes y apropiados, y teniendo en cuenta que los despachos judiciales están congestionados por la gran cantidad de procesos que deben evacuar y porque el número de funcionarios judiciales no corresponde a las necesidades de una buena administración de justicia, proponemos la creación de jueces especializados, autónomos e independientes.

Debe así, construirse una organización judicial que atienda las especificidades de la jurisdicción constitucional frente a la jurisdicción ordinaria. Ello lleva aparejado un elemento cualitativo que integra la discusión sobre el valor normativo de la Constitución y también, la figura del juez constitucional.

9. PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

El nuevo juez constitucional como defensor de la constitución, implica un nuevo compromiso, que a la vez otorga mayores facultades, como las de conducir el proceso, reconducirlo por el camino apropiado, teniendo en cuenta que las cuestiones planteadas exceden el interés particular del ciudadano lesionado y por otro lado, en atención a que se halla comprometido el ordenamiento constitucional en su conjunto que puso a dichos preceptos como fundamento de la convivencia política de donde surge mayor relevancia del agravio constitucional en relación a otros conflictos de su competencia los que quedan desplazados en razón de la preferencia que tiene el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad.¹⁵

Puesto que se trata de procesos de defensa de la constitución y de defensa de los derechos fundamentales del ciudadano, el juez constitucional, conocedor de la constitución y del proceso constitucional, debe ser un juez activo, protagonista, director del proceso.

10. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS

También es posible, hacer una clasificación de los procesos constitucionales, dividiéndolos en atención a su carácter, así:

- a) Procesos declarativos.
- b) Proceso de ejecución.
- c) Procesos cautelares.

Al igual que los procesos las sentencias también pueden ser clasificadas en atención a su pronunciamiento en:

Sentencias Declarativas: Aquellas en las que se comprueba la existencia de un derecho o una situación jurídica.

Sentencias constitutivas: Son aquellas en las que se crea una situación jurídica.

Sentencias condenatorias: Se impone a la parte vencida en el proceso el cumplimiento de una prestación.

¹⁵ www.derechoycambiosocial.com/Revista002/Proceso.htm. DIAZ, RICCI, SERGIO, "Necesidad de un código procesal constitucional" Instrumento de tutela y justicia constitucional, memoria del VII congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, UNAM.2002.Consultada el 22 de diciembre de 2010.

11. INSTANCIAS EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Respecto de la instancia final que conozca estos procesos deberá evaluarse si deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto o actuar como un órgano de casación Para la revisión de los procesos de protección de derechos fundamentales si la corte constitucional debe dividirse en salas o si debe resolver en pleno.

12. BIBLIOGRAFÍA

Constitución política de Colombia. Comentada. Editorial, Leyer, Bogotá, 2009.

Código Procesal Constitucional Peruano.

DIAZ, RICCI, SERGIO. “Necesidad de un código procesal constitucional”, Instrumento de tutela y justicia constitucional, memorias del séptimo congreso iberoamericano de derecho constitucional. Mexico, UNAM. 2002. En [www.derechoycambiosocial.com./Revista 002/ proceso/htm](http://www.derechoycambiosocial.com./Revista_002/proceso/htm).

EGUIGUREN, PRAELI, FRANCISCO JOSE. “El nuevo Código Procesal Constitucional Peruano”. Biblioteca jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx

GIMENO, SENDRA, JOSE, VICENTE. “Fundamentos del Derecho Procesal” Jurisdicción, acción y proceso. Editorial Vivitas, Madrid 1981.

GARCIA, BELAUNDE, DOMINGO. “Derecho Procesal Constitucional”. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2001.

GARCIA, BELAUNDE, DOMINGO. “El código procesal del Perú” en revista “Providencia”, número especial de los Andes, Mérida, Venezuela.

HENAO, HIDRON, JAVIER. “Derecho Procesal Constitucional”. Editorial TEMIS S.A., Bogotá, 2003.

HUERTA, GUERRERO, LUIS, ALBERTO. “Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional”, en www.juridicas.unam.mx

MONTANA DE CARDONA, JULIA VICTORIA. “Derecho Constitucional Procesal”. Editorial Leyer, 2009.

MARQUARDT, BERND. "Historia Universal del Estado". El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial. (1776-2008). Tomo 3, La carreta Editores E.U. Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias políticas y Sociales, Instituto unidad de investigaciones jurídico- sociales Gerardo Molina, UNIJUS, Bogotá, 2009.

NARANJO, MESA, VLADIMIRO. "Teoría Constitucional e Instituciones políticas". Décima edición, editorial Temis, S.A. Bogotá, 2006.

PINZON, CERVELEON. "Catecismo republicano para educación pública redactado a escitación del ciudadano presidente de los Estados Unidos de Colombia Manuel Murillo", Bogotá, el Mosaico, 1864,

REY, CANTOR, ERNESTO. "Derecho Procesal Constitucional. Derecho constitucional Procesal, Derechos humanos procesales". Ediciones Ciencias y Derecho. 2001.

Sentencia C- 225 de 1995. Corte Constitucional Colombiana.

VELANDIA, CANOSA, EDUARDO, ANDRES. "Teoría Constitucional del Proceso". Ediciones Doctrina y Ley Ltda." Bogotá 2009.

VI

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO Y SU PROYECTO PARA EL CODIGO MODELO

Por Patricio Alejandro Maraniello

Profesor de Grado y Posgrado en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Doctorado en la Universidad del Salvador. Profesor de Posgrado en la Universidad de Moron. Profesor en la Escuela Judicial de la Asociación de Funcionarios y Magistrados del Poder Judicial de la Nación. Funcionario del Poder Judicial de la Nación

SUMARIO:

1. Introducción. 2.. Definición y características. 3. Doctrina admisoría. 4. Doctrina negatoria. 5. Nuestra posición. 5.1. Presunción de legitimidad. 5.2. Defensa en juicio. 5.3. Principio de congruencia. 5.4. División de poderes. 6. El rol del juez. 7. El proyecto de ley de la inconstitucionalidad de oficio. 8. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del control de constitucionalidad uno de los temas mas controvertidos es el del control de constitucionalidad de oficio (ex officio), es decir, en los casos en que no exista petición de parte, el juez de oficio pueda declarar la inconstitucionalidad de la norma en litigio.

Existe una parte de la doctrina que considera que no es facultad del Poder Judicial sino de las partes en un proceso, para proteger el derecho de defensa y la división de poderes. En el presente trabajo se trata de dirimir entre ambas doctrinas y establecer una pauta clara al respecto, atento que no resulta esta una cuestión menor, pues la declaración de inconstitucionalidad de una norma supone un conflicto entre distintos poderes del estado.¹

Finalizando, resulta pertinente elaborar los artículos pertinentes de dicha temática para el Código Modelo Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.

2. DEFINICION Y CARACTERISTICAS

Ex officio es una expresión latina que significa por virtud del oficio o cargo de uno. Confiere la membresía por derecho en ciertas instancias. También se refiere al cargo de uno.

La declaración de inconstitucionalidad de oficio debe entenderse como la obligación, no facultativa, de todo juez del Poder Judicial, sea este nacional o provincial, de analizar dentro de una causa determinada si las normas allí planteadas en forma implícita o explícita se ajustan a los parámetros axiológicos de la Constitución Nacional, si está dentro de la órbita del Poder Judicial Federal. Debe agregarse a la constitución provincial en el caso de que sea una actuación del Poder Judicial Provincial y no debemos olvidar la Constitución de la Ciudad autónoma de Buenos Aires en el marco de una causa en esa ciudad.²

1 Maraniello, Patricio: *"El control de constitucionalidad de oficio y el principio de congruencia"*, www.eldial.com.ar del 21/04/2008.

2 MARANIELLO, Patricio A.: *"Declaración de inconstitucionalidad de oficio"*, ed. El Jurista. Año 2008

Las características más significativas de este instituto son:

En cuanto a sus efectos: Siempre son inter partes, nunca pueden ser erga omnes pues se estaría alterando de ese modo una facultad republicana y exclusiva del Poder Legislativo quien es el único poder encargado de dictar normas jurídicas con alcance general. Con la sola excepción de las sentencias en los amparos colectivos, atento su incidencia colectiva.

En cuanto a sus límites: La declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica fallar extra petita ni soslayar el principio de congruencia, en tanto el juez se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso, y para dilucidar la litis, solo sujeta el derecho implícito o explícito aplicable a su concordancia con la Ley Fundamental.

En cuanto al rol de los jueces: Todo ello sin olvidar que el control de constitucionalidad no es una concesión donosa conferida a los jueces sino un deber que sobre ellos se cibe.

En cuanto a sus requisitos: La declaración de inconstitucionalidad está sujeta a requisitos y circunstancias que no se vuelven más rigurosas en el caso de que se actúe de oficio. Para declarar inconstitucional una norma de oficio deben estar presentes los requisitos y caracteres clásicos de nuestro sistema de control de constitucionalidad, pues la Corte Suprema ha reiterado en numerosas oportunidades que la declaración de inconstitucionalidad es la "última ratio" del orden jurídico. De manera que los recaudos deben extremarse tanto como si hubiera sido pedida por una de las partes.

3. DOCTRINA ADMISORIA

La evolución del tema en los últimos cinco lustros va experimentando un lento, creciente y significativo proceso de avance de dicha doctrina en los ámbitos jurisdiccionales, de modo especial y de decisiva trascendencia, un cambio fundamental en la tradicional e inveterada doctrina judicial negatoria en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como lo veremos infra, seguramente impulsada por numerosos estudios y antecedentes elaborados por la opinión mayoritaria de los constitucionalistas y procesalistas³. Enseña Bidart Campos que impedir la declaración de oficio que nos ocupa implica tanto como dejar librado a la voluntad de las partes aquel examen de constitucionalidad lo cual haría que el principio de Supremacía de la Constitución al quedar librado a la voluntad de las partes no sea de orden público, lo cual evidentemente constituiría un absurdo.

3 Haro, Ricardo: "El control de constitucionalidad", Zavalia, Bs.As. 2003.

También y en forma categórica se inclinan por la tesis amplia los Dres. Negri y Ghione, quienes en diversas oportunidades se pronunciaron en favor de la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad en forma oficiosa⁴. Decía el doctor Negri "...reiteradamente he sostenido que los jueces deben, aun de oficio, declarar la inconstitucionalidad de las normas que en su aplicación concreta padezcan dicho vicio...". Lo que confiere validez a una sentencia, lo que en un sentido estricto la torna vinculante, es su enlace con la idea moral del derecho. La función del juez es juzgar aplicando el derecho. Normalmente ese derecho aparece definido en la ley, que es su modo habitual de posición.

Pero si en virtud de un examen más profundo, el juez advierte que la ley que se presenta para la solución del caso no es portadora de derecho sino transgresora del mismo, la misma exigencia ética que preside toda su actividad le obliga a prescindir de la ley para aplicar el derecho. Derecho que encontrará formulado en otras leyes, en la Constitución o, en último grado, en principios que se presenten como objetivos a la luz de una conciencia universal. El supremo deber del juez en casos así, consiste en seguir guardando fidelidad con el derecho para no contrariar el sentido más profundo de su ministerio.

En esas situaciones no es necesaria bilateralidad alguna. Pedir que el juez subordine el juicio crítico de la ley y la aplicación del derecho a exigencias de oportunidad y forma propias de los hechos, significaría tanto como proponer trabas procesales para su actividad, lo que me parece inadmisibles. por todo ello el juez puede declarar la inconstitucionalidad de oficio, y debe hacerlo cuando las circunstancias así lo exijan⁵ y en muy fundado voto en igual sentido se expedía allí el Dr. Ghione. El Dr. Ghione⁶ señala que "...la facultad de los jueces de pronunciarse de oficio viene avalada por la necesidad de asegurar el imperio de la Constitución con independencia de la voluntad de los justiciables; y por otra parte la teoría de la aplicabilidad de la Constitución con independencia de su invocación es una concreta aplicación del principio "iura novit curia...". Bidart Campos⁷ al decir que "nuestra jurisprudencia, excepcionando la regla de que la inconstitucionalidad no puede ser declarada por los jueces si no media petición de parte, ha admitido sin ella el control de oficio cuando se ha tratado de la distribución de competencias dentro del poder

4 Juba sum. B9969, S.C.B.A., Ac. 34.558; 35.586; 33.347; 54.349; 54.532; entre muchas otras

5 Ac. 34.829, sent. del 1-VII-86, pub. en "Acuerdos y Sentencias", 1986-II-190.

6 En la causa 73.151. Juba sum. B46795.

7 Manual de Derecho Constitucional" Ed. Ediar. Bs.As. Argentina

político salvaguardando así la jurisdicción, el orden público, las facultades privativas del tribunal de la causa, etc.

La propia Corte lo ha hecho cuando debió mantener los límites de su jurisdicción originaria. Así mismo, ha ejercido control de oficio (inclusive fuera de causa judicial) cuando para negarse a tomar juramento a un juez verificó si tanto su designación como la creación del tribunal al que se lo destinaba eran o no constitucionales. Igualmente, cuando en Acordada del 7 de Marzo de 1986 -y antes de sortear a uno de sus miembros para integrar Tribunales de enjuiciamiento creados por ley 17.642- declaró que el sistema era inconstitucional por contradecir al régimen federal. Otro ejemplo lo tenemos con la Acordada del 9 de febrero de 1984 acerca del Tribunal de Ética Forense.”. El argumento que tanto la Corte Nacional como la Suprema Corte Provincial se hayan expedido en sentido contrario ha perdido actualidad en el caso concreto; ello por cuanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/Estado de la Provincia de Corrientes s/Demanda Contencioso Administrativa”, sentencia del 27 de septiembre de 2001 formando mayoría sus ministros Fayt, Belluscio, Bogiano, López, Bossert y Vázquez -con la sola disidencia en el punto de los señores Ministros Nazareno, Moliné O’Connor y Petracchi- estableció que si bien no implica la habilitación a los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley en cualquier supuesto, si se los autoriza en situaciones muy precisas : a) cuando la violación de la Constitución sea de tal entidad que justifique la abrogación de la norma en desmedro de la seguridad jurídica, ya que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad; b) cuando la repugnancia a la Constitución sea manifiesta e indubitable, ya que en caso de duda debe estarse por la constitucionalidad; c) cuando la incompatibilidad sea inconciliable, o sea, cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones distintas que las constitucionales comprendidas en la causa; d) cuando su ejercicio no suponga en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta, lo que determina el carácter incidental de este tipo de declaraciones de inconstitucionalidad o sea, que se ejerce sólo cuando es necesario remover un obstáculo que se interpone entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la C.N.; e) cuando la declaración de inconstitucionalidad no vaya más allá de lo estrictamente necesario para resolver el caso; f) cuando la declaración de inconstitucionalidad no tenga efecto derogatorio genérico.

En un fallo mas reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Banco Comercial de Finanzas” del 19 de agosto de 2004, en el considerando Nro. 3 ha manifestado “..que, asimismo, cabe recordar que si

bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4° del voto de los jueces Fayt y Belluscio)...

Los argumentos brindados por la mayoría en los considerandos tercero y cuarto de este fallo no dan margen de dudas: el “*iura novit curia*” hace que los magistrados puedan y deban pronunciarse sobre el asunto de raíz constitucional que se anide en la causa. Oficialmente, las posiciones aisladas de veinte años atrás de Fallos: 306:303 son hoy prevalecientes. Y está bien que así sea, porque cuando está en juego el orden público constitucional, no hay disponibilidad de las partes que valga. Será la prudencia del juzgador, y en última instancia la de la Corte Suprema, la que “dirá el derecho”, incluso el constitucional. Finalmente es significativo destacar que con la reforma constitucional de 1994, el art. 43 de la C.N. Habilita a los jueces a declarar en los amparos la declaración de la inconstitucionalidad de la norma que sustenta el acto u omisión lesiva -cuyo ámbito de acción ha sido substancialmente ampliado-. Otro caso es la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 14) donde le da la posibilidad de declararla de oficio y que algunas constituciones provinciales (ej. La Rioja, Río Negro entre otras) lo imponen como deber. De allí que esta cuestión es actual y se encuentra abierta a la discusión, ya que como lo señala Néstor Pedro Sagües es un tema donde no hay una sola solución normativa.⁸

4.- DOCTRINA NEGATORIA

Los puntos más importante de esta corriente para no permitir la declaración oficiosa los podemos resumir en los siguientes: 1) La presunción de legitimidad que gozan las leyes; 2) La defensa en juicio de la parte que se ve perjudicada con dicha declaración; 3) La división y el equilibrio de poderes se ven menoscaba por tener el Poder Judicial funciones que van mas allá de las que le corresponde.

En el año 1941 la Corte Nacional en el caso “Los Lagos” sostuvo que

⁸ SAGUES, Néstor: “El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina. Prohibición, facultad o deber”, diario E.D. 18/3/99.-

el control jurisdiccional de oficio sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas vulneraría el equilibrio de los tres poderes e implicaría la violación al principio de división de los mismos.

5. NUESTRA POSICION

No tenemos duda de inclinarnos por la tesis amplia con algunos aditamentos al respecto, donde los jueces pueden hacer aquella declaración sin petición de parte cuando la inconstitucionalidad sea palmaria, de una gravedad significativa y no vulnera el principio de congruencia.

A los efectos de una mayor estructura de la presente temática y dando respuesta a los argumentos vertidos por la corriente adversa, los puntos de nuestra posición son los siguientes: 1) la presunción e legitimidad de las leyes, 2) la defensa en juicio, 3) principio de congruencia y, 4) la división de los poderes⁹.

5.1. PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD

Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución.

5.2. DEFENSA EN JUICIO

No puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haberse podido los interesados expedido sobre su aplicación en el caso"; recoge así la actual jurisprudencia del máximo Tribunal de la Nación la opinión de los Dres. Fayt y Belluscio en el fallo del 24 de abril de 1984.¹⁰

5.3. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA¹¹

Este principio tiene una relación muy cercana con la inconstitucionalidad de oficio, atento que el principio de congruencia, en principio, prohíbe

9 C.S.J.N. fallos, 310, 1090, 311, 2088.

10 Fallos 306.303.

11 Maraniello, Patricio: "Control de constitucionalidad de oficio y el principio de congruencia", www.eldial.com.ar del 21 de abril de 2008.

que el juez vaya mas allá de lo requerido por las partes en el proceso y como justamente la inconstitucional de oficio es efectuada sin que las partes lo haya peticionado, resulta de vital importancia su análisis pormenorizado. Afecta este principio, el razonamiento que traduce una desviada consideración de las alegaciones formuladas por la demandada y de las normas aplicables al caso.¹²

El carácter constitucional del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y a no perjudicarlos; vedando no sólo el pronunciamiento sobre peticiones o defensas no postuladas por las partes, sino también la desviada consideración de hechos conducentes, contenidos en las alegaciones formuladas por aquéllas en los escritos constitutivos del proceso¹³. De ahí que lo esencial sea que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, sin hacer prevalecer la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias¹⁴. Si por ejemplo la cuestión litigiosa se limitaba a decidir acerca de la procedencia o no de la aplicación de un gravamen municipal a la empresa prestataria del servicio telefónico, la sentencia que, tras hacer lugar a la impugnación, ordena la constitución por el municipio de una servidumbre administrativa y el consiguiente cobro de una tasa por la prestación de ese servicio, viola el principio de congruencia y cercena las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio, por haberse excedido en sus facultades decisorias. El principio de congruencia lo dividiremos en: 1) Interno, 2) Externo: A) Externo subjetivo y B) Externo objetivo.

1) En el interno: Debe existir una clara relación entre los argumentos esgrimidos en la sentencia y la parte dispositiva de la misma, al respecto debemos recordar que toda sentencia debe estar motivada, es decir, con argumentos fácticos y jurídicos que sean la consecuencia lógica de la decisión arribada. Si por ejemplo, en uno de los votos que aparece constituyendo la mayoría del Tribunal no existe congruencia entre la conclusión final y sus fundamentos, la decisión adoptada, como sentencia, por aquella mayoría, se encuentra viciada de nulidad, sufriendo el vicio que la Corte ha considerado reiteradamente motivo suficiente para invalidar sentencias -por ser autocontradictorias- al calificarlas de arbitrarias¹⁵.

12 Fallo 319: 227 (Disidencia del Dr. Eduardo Moliné O'Connor).

13] Fallos 321: 1877

14 Fallos 323: 2848

15 Fallo 311: 2023

En este aspecto la inconstitucionalidad de oficio se ve claramente admitida si los argumentos dados para declarar su falta de validez constitucional sean desarrollados sobre argumentos sólidos y certeros que lleven a la conclusión arribada.

2) El externo, que se puede dividir entre objetivos y subjetivos.

A) El externo objetivo ocurre en los casos en que el fallo impugnado omite decidir peticiones, alegaciones o argumentos oportunamente propuestos a la consideración del tribunal y que deben integrar la resolución del litigio¹⁶.

B) El externo subjetivo se centra en virtud del cual la sentencia sólo puede y debe referirse a las partes en el juicio¹⁷. Pero obsta a la posibilidad de condenar al tercero citado en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por no haber sido demandado¹⁸. En este punto no influye si la parte solicitante o no la inconstitucionalidad de una norma, sino que la norma declarada inconstitucional por el juez, este mencionada en el objeto de la pretensión de las partes o en su caso que tenga una relación directa con los elementos fácticos denunciados. Es por ello que se dice que la inconstitucionalidad de oficio siempre es jurídica con relación a los elementos fácticos de juicio.

No importa violentar el principio de congruencia, la actividad del juzgador que, sobre la base del iura curia novit, subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida en el caso¹⁹. Cuando la sentencia sea de la Cámara de apelaciones o de la Corte Suprema, la limitación del juez estará signada en los recursos respectivos, pues configura una violación al principio de congruencia de raigambre constitucional, incitó en la garantía del debido proceso del justiciable, la sentencia que no se pronuncia razonadamente sobre los agravios expuestos por el recurrente y carece del examen crítico de problemas conducentes para la solución del litigio²⁰.

La jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional²¹.

16 Fallos 325: 795.

17 Fallos 321: 220

18 Fallos 315: 2349

19 Fallos 312: 649

20 Fallos 321: 1877.

21 Fallos 315: 106

Aquí la inconstitucionalidad estará limitada por lo alegado por las partes, en los recursos quien deberá indicar la norma y los elementos que lleguen implícitamente a considerarlo el juez no podrá decretarse la inconstitucionalidad de la norma, empero por el contrario de los propios argumentos surgen los elementos para su declaración, en este aspecto si el magistrado, no solo puede, sino debe expresar la norma que encuentra contraria a la ley fundamental.

5.4. DIVISIÓN DE PODERES

No puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y si cuando no la hay. Si bien ningún caso es igual a otro y si bien la jurisprudencia del Superior debe ser tenida especialmente en cuenta, por su autoridad y prevalecía, debe examinarse puntillosamente las circunstancias de cada caso sometido a juzgamiento para no incurrir en generalizaciones indebidas.

Del mismo modo el respeto al principio de supremacía constitucional y la sagrada función de aplicar el Derecho y no la ley inconstitucional, no podemos dejar de lado dicha función por el sólo hecho que los litigantes discordados no lo pidan; el Juez no puede permanecer atado por el silencio de las partes y convalidar una norma que afecte a la Ley Suprema, con la obligación de cumplir y hacer cumplir en lo que a los jueces dependiera, al prestar su juramento de rigor.

Y desde un punto de vista procesal tal facultad también viene avalada por la norma que dimana del Art. 34 inc. 4° del CPCCN, por la cual son deberes de los jueces fundar toda sentencia, bajo pena de nulidad y, respetando la jerarquía de las normas vigentes. Como ya dijimos, la más autorizada doctrina adhiere a esta última postura aceptando el control de constitucionalidad ex-officio; es la posición sustentada por Bidart Campos²² y Juan Carlos Hitters²³.

Desde este criterio, tal facultad de actuar de oficio, debe dinamizarse en casos excepcionales, cuando la violación a la Ley Suprema aparezca evidente y grosera, no se trata que los jueces revisen todos y cada uno de

22 *Manual de la Constitución Reformada*, T III, pág. 435 y siguientes.

23 *Teoría de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*,

los actos del poder político concretando lo que se ha dado en llamar “el gobierno de los jueces”; si no se trata de que ejerzan, en casos como el que nos ocupa, el control de constitucionalidad lo cual hace precisamente al equilibrio de los poderes de todo Estado Republicano.

6. EL ROL DEL JUECES

Como ya lo hemos señalados, el primer y más importante rol del juez, es la de controlar la Supremacía Constitucional a través del control de constitucionalidad, incluso de oficio cuando las partes no lo efectúen.

Para ello además de velar como miembro de uno de los poderes del Estado, de sus funciones específicas con el límite impuesto por la división de poderes, el magistrado debe hacer que se respete al Poder Constituyente y con ello los ideales constitucionales por sobre todas las cuestiones principales o accesorias de su función. La división de poderes tiene como escollo, al no ser, los miembros del Poder Judicial, representantes ni directos ni indirectos del Pueblo, su poder surge de lo establecido por el Poder Constituyente –originario o derivado- es por ello que su esencia radica en el bienestar general, salud pública y orden nacional. Esto varía si es un Juez Civil, Comercial, Contencioso Administrativo y Penal, ya que, se es por sobre todas las cosas Juez de la Constitucional y luego de las leyes que reglamenten las materias específicas.

Aunque podemos decir que en las distintas materias, el juez como guardián de la Constitución, se enfrenta a matices diferentes cuantos están frente a un hecho ambiental, tributario o penal, estos matices, si bien no logran desvirtuar lo sostenido precedentemente, obliga a lograr la búsqueda del bien público o del orden público internacional.

Finalmente no existe desequilibrio de poderes por se declara la inconstitucionalidad de oficio, recuerda Bidart Campos, trayendo a colación opiniones de Carlos Fayt y Augusto Belluscio, que si ello fuera así el desequilibrio se produciría también cuando la declaración se produce a petición de parte; y resalto el argumento pues no ha existido controversia alguna cuando la declaración de inconstitucionalidad ha sido pedido por las partes en el proceso.

7. PROYECTO DE LEY SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

Artículo: “Uno de sus objetivos del Poder Judicial es sostener la observancia de la Constitución en los Estados Partes, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición que esté en oposición con ella. Para ello, el Control de Constitucionalidad debe ejercerse aun sin petición de parte interesada”.

Artículo:” Cuando el magistrado interviniente estime que la norma que prima facie debe aplicar pudiera adolecer de alguna objeción constitucional –previo a la decisión–, correrá traslado a las partes por un plazo común de cinco días a los efectos que se expidan sobre ello. El traslado sobre este punto será conferido cualquiera sea el estado de la causa y no implicará prejuzgamiento”.

Artículo:” La declaración de inconstitucionalidad de oficio sólo procede cuando se hubiera acreditado que:

a)La repugnancia a la Constitución Nacional y/o a los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional sea manifiesta, indubitable e inconciliable;

b)No exista posibilidad de una solución adecuada en la controversia por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa.

Artículo.....: “El ejercicio del control de constitucionalidad de oficio exige, necesariamente, la existencia de causa judicial y agravio concreto o amenaza de tal. La declaración de inconstitucionalidad de oficio sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tiene efecto derogatorio genérico”.

8. A MODO DE CONCLUSION

La tesis amplia o permisiva, que sin llegar al extremo de sostener que los jueces deben pronunciarse de oficio como obligación funcional ineludible, les da la potestad de hacerlo pero en casos excepcionales, cuando la violación del principio de supremacía de la Constitución aparezca flagrante e indudable, no viole la división de poderes, ni la defensa en juicio de los derechos de ambas partes. Para este último aspecto sería conveniente dar traslado a las partes para que puedan expresar libremente su opinión al respecto, sea esta favorable o desfavorable, para aventar esta última posible lesión.

El pronunciamiento registrado en “Mill de Pereyra” (Fallos: 324:3219), sirvió para que cada uno viera lo que quisiera ver: algunos sostuvieron que finalmente la Corte había acogido la inconstitucionalidad oficiosa, mientras que otros afirmaron que era un caso tangencial o marginal. Estas dudas interpretativas llevaron incluso a que uno de los jueces tuviera que explicar en la doctrina “ex post” las razones de su voto. Mientras que en cuestiones netamente jurídicas no encontramos obstáculo para la declaración de oficio, pero resulta más restringido si son cuestiones de políticas: económicas, sociales, culturales, educacionales, etc..

Esta facultad se achica dado que si libremente se concede el juzgador estaría reemplazando a uno de los poderes políticos del estado, sea Poder Ejecutivo o Legislativo, quienes son los que fijan las diferentes políticas en un país. Sólo así se salvan las objeciones que se han levantado contra un presunto “carácter contra-mayoritario” o de “déficit democrático” de la inspección de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial, al remontar su fundamento último al respeto de los derechos de las minorías y a la imparcialidad que debe contener el razonamiento judicial. Para ello debemos tener en cuenta que el análisis de la cuestión sería tan solo al caso concreto y, cuando se ha desnaturalizado, alterado o quebrantado algún derecho, principio constitucional, en estos casos el juez tiene la obligación de seguir el derecho y no la ley inconstitucional.

Todo ello sin tener la intención de reemplazar ningún poder sino, de controlar y respetar la constitución, actuando como un juez y no fijando políticas de estado generales, que resultan de mérito y conveniencia su aplicación política por los otros poderes del estado.

No debe dejar de señalarse que aunque el juez cuando no pueda resolver en el caso por que su decisión es contraria a lo expresado en la causa, se podrá decretar la inconstitucionalidad, de lo contrario habría inconstitucionalidad por omisión en la sentencia del juez.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Verbisky” resalto que hay una muy fina línea que se torna borrosa entre la evaluación de la “oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria, y menos aún, su política criminal en la parte que le compete” (consid.25), y lo aquí resuelto. Es que el Alto Tribunal ha actuado como “una Corte Constitucional” que “fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión” (consid.26).

El “self-restraint” que mostraron las jurisdicciones superiores provinciales ha dado paso a un activismo que se da en un contexto,

justo es reconocerlo, de deserción de los poderes políticos frente a un problema humano y jurídico de envergadura. Por todo lo expuesto no solo el control de constitucionalidad de oficio no choca contra la división de poderes, ni con el principio de congruencia, sino por el contrario lo hace aún mas fuerte, robusteciendo su facultad implícita y exclusiva en el control de constitucionalidad de oficio, sin menguar el sistema republicano y priorizando la aplicación del derecho por sobre la ley y lo peticionado por las partes.

Todo ello en defensa de la más sagrada de las normas, que es la constitución, donde los jueces son sus guardianes en forma permanente sin poder tener excusa alguna para no resguardarla, porque en ella radica el verdadero limite del poder a los otros dos poderes ya que esa es la esencia de la división de poderes. Como nos recuerda Hans Kelsen²⁴ “...La función política de la Constitución es la de poner limites jurídicos al ejercicio del poder...” y, “..como toda norma, también la Constitución puede ser violada por aquellos que deben cumplirla...”

²⁴ Kelsen, Hans: “*El defensor de la Constitución*”, Tecnos. España. Año 1995.

VI

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: TEMÁTICA INFALTABLE EN UN PROYECTO DE CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

Por: Víctor Bazán

Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado de "Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos", Universidad de Buenos Aires. Profesor de la "Maestría en Derecho con Orientación en Derecho Civil Constitucionalizado", Universidad de Palermo (Buenos Aires). Investigador Visitante del IIJ de la UNAM. Miembro del Grupo de Expertos Latinoamericanos en "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Director de la Sección "Derechos Humanos", Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Autor, coautor y coordinador en más de setenta libros y doscientos artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Profesor Visitante en varios países de Europa y América.

Sumario

I. Consideraciones previas.- II. Contexto.- III. Excursus sobre el proceso de codificación de la materia procesal constitucional: 1) Encuadre. 2) De ciertas prevenciones. 3) Final.- IV. El control de convencionalidad: 1) Marco de análisis. 2) Una propuesta de esclarecimiento conceptual. 3) La evolución del control de convencionalidad en la percepción de la Corte IDH. 4) Objetivo genérico. 5) Parámetro de control de convencionalidad. 6) Radio de acción. 7) Sobre el control de convencionalidad ex officio. 8) Algunas dificultades operativas de implementación del control de convencionalidad en el plano interno.- V. Hacia un diálogo interjurisdiccional crítico: 1) Un caso testigo. 2) Diálogo jurisprudencial.- VI. Valoraciones conclusivas.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En general, y en línea con la temática dispuesta para la Mesa 5: “Bloque de Constitucionalidad Procesal y Jurisdicción Constitucional Transnacional”, entre otros tópicos, se examinará la actualidad y la prospectiva de la interrelación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y las Cortes nacionales¹, y la influencia de aquélla sobre éstas.

Ya dentro de un espectro más particularizado (Subtema 5.3), se analizará la importancia del “control de convencionalidad” a cargo de los jueces domésticos, que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y a los estándares interpretativos de la Corte IDH.

Asimismo, se argumentará sobre la relevancia de trazar una línea de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un “diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a los criterios del Tribunal interamericano.

Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades prácticas en la aplicación del “control de convencionalidad”.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, que no puede ser eludida por ningún proceso serio de codificación de la materia procesal constitucional que se intente acometer.

¹ Expresión ésta en la que involucramos a las Cortes Supremas de Justicia (v.gr. México, Argentina), Salas Constitucionales localizadas en Cortes o Tribunales Supremos de Justicia (v.gr., Costa Rica, Venezuela) y a los Tribunales o Cortes Constitucionales (v.gr. Perú, Chile, Colombia, Guatemala –muy próximamente también República Dominicana–), ya estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales o sean órganos constitucionales extrapoderes o entes constitucionales autónomos.

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una conexión cooperativa en la hermenéutica pro homine de los derechos humanos.

Es que las respectivas Constituciones Políticas de los Estados latinoamericanos, con la “fuerza normativa” que les es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (principalmente, la CADH y la exégesis que de ésta realiza la Corte IDH), conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la salvaguardia de los derechos fundamentales, expresión directa de la dignidad de la persona.

2. CONTEXTO

La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías.

Semejantes coordenadas permiten comprobar que la medular cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional.

Ciertamente, no se nos escapa que esta última ostenta una naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de aquellas de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la CADH, párr. 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, estrechamente vinculada al carácter subsidiario de la jurisdicción interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma Pérez Tremps “...no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia”².

2 PÉREZ TREMP, Pablo, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, Anuario de la Facultad de Derecho, N° 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

Convergentemente, García Ramírez resalta que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional³.

No puede ocultarse que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo, en un momento como el actual en el que la mayoría de los escenarios constitucionales de los países latinoamericanos (como acaece en Colombia) está inmersa en un modelo de justicia internacional de derechos humanos, al menos desde el plano discursivo.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto –en su caso– en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional (v.gr. de la Corte IDH⁴), la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano⁵, el previo agotamiento de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta en el espacio nacional o no reparada integralmente en éste) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima, sus familiares o representantes legales, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso.

Se torna, así, indispensable internalizar la centralidad del fenómeno que encarnan los derechos humanos. Se trata de un punto de partida básico en el proceso hermenéutico, desde que la cuestión de los derechos fundamentales es materia perteneciente al *ius cogens*, esto es, normativa imperativa del derecho internacional. En esa línea, es del caso recordar que el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

3 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158; voto razonado del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párr. 11.

4 Cfr. art. 68.2 de la CADH.

5 Cfr. art. 46.1.a de la CADH. Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del PIDCP (art. 5.2.b).

(CVDT), de 23 de mayo de 1969⁶, se refiere al *ius cogens*, conceptuándolo como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” –remarcado agregado–.

Es un dato incontrastable que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), han determinado la aplicación –*inter alia*– de “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

En definitiva, éstos configuran los postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, ya que los principios reconocidos por las “naciones civilizadas” son obligatorios para todos los Estados incluso fuera de todo vínculo convencional, desde que –como anticipábamos– se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y origina una urdimbre de relaciones a veces tensionales.

3. EXCURSUS SOBRE EL PROCESO DE CODIFICACIÓN DE LA MATERIA PROCESAL CONSTITUCIONAL

3.1 ENCUADRE

Una dinámica equilibrada (o si se prefiere, un equilibrio dinámico) del derecho procesal constitucional (en adelante, también DPC) le permitirá una coexistencia provechosa con el derecho procesal y el derecho constitucional y lo dotará en cada ámbito geográfico de mayores elementos argumentales para encarar una discusión seria y profunda sobre su proceso de codificación, el que –como todo, y en función del lugar y el momento en que se acometa– puede aparejar ventajas y desventajas.

⁶ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

No obstante, en general, y resguardadas ciertas premisas, consideramos conveniente y aconsejable emprender tal iniciativa codificatoria, ya que, enunciativamente, ello permitiría:

Proporcionar un tratamiento sistemático a institutos diseminados en diferentes dispositivos legales, que precisamente reclaman ser reunidos en un enclave normativo rector único y con una definida y coherente línea axiológica e ideológica;

reportar un valioso aporte a la seguridad jurídica en tanto contenga reglas claras, inteligibles y predecibles a las cuales someter los requerimientos procesal constitucionales de los justiciables, superando inconvenientes e incertidumbres generados al calor de la falta de uniformidad de criterios y las coetáneas disgregación normativa y jurisprudencia intercadente;

salvar o cubrir perceptibles lagunas jurídicas; y

depurar, actualizar o eliminar piezas jurídicas aisladas y nacidas en tiempos y circunstancias distintos, respecto de las cuales la praxis haya demostrado su desfase, anacronismo, inconveniencia o disfuncionalidad.

De su lado, los riesgos de la codificación pueden venir de la mano de: la improvisación y la falta de rigor de quienes tienen a su cargo proyectarla; la ausencia de una línea metodológica uniforme y de una textura axiológica definida y coherente para vertebrarla; las modificaciones (supresiones, agregados) que por motivos alejados de lo jurídico pudieran imprimir los legisladores a una adecuada iniciativa codificatoria, llegando a alterarla hasta tornarla inconexa y, por tanto, de prácticamente nula utilidad prospectiva; una deficiente técnica legislativa; la falta de verdadera voluntad política para poner en funcionamiento sin cortapisas y más allá de las palabras las pautas contenidas en el dispositivo codificado; etc.

3.2 DE CIERTAS PREVENCIONES

Para que los aspectos positivos tengan mayores chances de imponerse sobre las desventajas codificadorias o puedan inicialmente aventar los riesgos que este ejercicio de concentración normativa pudiera entrañar, sería prudente, *inter alia*, y sin perjuicio de otras apreciaciones que se verterán en el subapartado siguiente, tener en cuenta determinados factores y circunstancias:

3.2.1 Evitar implantar jurídicos artificiales

Esto supone la conveniencia de sortear las distorsiones y los espejismos⁷ de la visión iuscomparada.

Dicho en otros términos, cabe tener presente la utilidad que aporta la observación del derecho extranjero como matriz para el posterior examen comparativo, pero sin perder de vista que lo apropiado es extraer de tal operación sólo lo aplicable a la cultura, la idiosincrasia y la realidad jurídicas donde el plexo normativo proyectado esté llamado a operar. Como apunta De Vergottini, aunque en referencia a la ciencia del derecho constitucional pero con utilidad expansiva hacia el DPC, la función primaria de la comparación es el conocimiento (pues del estudio comparado de ordenamientos o institutos de distintos ordenamientos surgen elementos cognoscitivos indispensables), y la función secundaria es la utilización de los resultados obtenidos por medio de la comparación⁸.

Adicionalmente, cumple advertir que tan aconsejable es conocer el derecho foráneo como materia prima para el estudio comparado (por varias razones, entre ellas, que “el derecho propio no es el único posible”⁹ y la circunstancia indisimulable de que el derecho comparado se transforma –en palabras de Häberle– en un elemento y un instrumento imprescindibles del DPC, formando el “quinto” elemento de interpretación¹⁰ –junto a los métodos gramatical, histórico, lógico y sistemático moldeados en la clásica formulación de Savigny–); como tener la suficiente dosis de prudencia, madurez jurídica y claridad conceptual para asumir que en él residen instituciones de diferentes coloración y textura y que, con “beneficio de inventario”, sólo deberían dejar que se filtren aquellas que se revelen consistentes con la arquitectura y la ideología jurídicas vernáculas y, consiguientemente, que devengan extrapolables y no producto de una simple maniobra imitativa.

7 La expresión pertenece a LÓPEZ GUERRA, Luis, “*Estudio preliminar*”, en *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, p. 31.

8 DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional comparado*, UNAM - Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, trad. de Claudia Herrera, México D.F., 2004, pp. 4 y 5.

9 Paráfrasis de la afirmación de GORLA, Gino, en CASSESE, Sabino (dir.), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3ª ed., Bologna, 1984, pp. 91/92; citado por CASCAJO CASTRO, JOSÉ L. y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B., en el “*Estudio introductorio*” a la obra *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 12.

10 HÄBERLE, Peter, “Alemania”, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (coords.), *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Jurista, Lima, 2006, p. 25.

3.2.2 Aguardar el momento oportuno para llevar adelante la tarea codificatoria

Sobre el particular es recomendable que su instauración venga de la mano de una sincera voluntad política germinada en el convencimiento de la necesidad de plasmar esa unidad normativa en orden a defender la Constitución, los derechos constitucionales y los provenientes de los instrumentos internacionales sobre la materia; y no nutrida del propósito velado de encapsular a la disciplina procesal constitucional en un reducto rígido de reglas que terminen maniatándola y desnaturalizándola.

3.2.3 Existencia de una firme actitud de los propios operadores jurídicos

Es necesario acatar y hacer cumplir los preceptos codificados, que no son axiológicamente asépticos ni están desprovistos de carga ideológica. En otros términos, es imprescindible el soporte conductual que vehicule fáctica y genuinamente el sostén normativo diseñado por el legislador.

En este punto, no debería olvidarse que la norma no tiene efectos taumatúrgicos y que, como se sabe, si bien la ley es poderosa, más poderosa es la realidad.

3.3 FINAL

Obviamente, en este tema no hay recetas ni soluciones de validez universal. Cada contexto jurídico nacional o local es único e irrepetible, y la propia comunidad forense es la instancia que en mejores condiciones está para conocer sus necesidades y debilidades normativas endógenas, prefigurar sus consecuentes prioridades en la agenda legislativa, seleccionar el momento apropiado para propiciar el debate y enfilar sus esfuerzos para impulsar las innovaciones jurídicas que materialicen los cambios anhelados, todo lo que, por supuesto, dependerá de un compacto de factores normativos, axiológicos, ideológicos, culturales, políticos, sociológicos, etc.

Sin contradecir tales prevenciones, es posible todavía enhebrar algunas observaciones adicionales que ofrecen algún punto de conexión con las apreciaciones vertidas supra y con suficiente caudal de generalidad como para ser consideradas “comunes” en un buen número de casos.

Así, en primer lugar, puede arriesgarse que usualmente una dispersión normativa de institutos o mecanismos procesal-constitucionales cualitativa y cuantitativamente importante es directamente proporcional a la conveniencia de pugnar por su codificación, es decir que, mientras mayor sea el grado de diseminación y atomización de remedios existentes en el medio jurídico de que se trate, mayor será la recomendabilidad de concentrarlos en un cuerpo único, siempre que éste sea producto de una razonable y coherente sistematización, de una uniforme técnica jurídica y de un enfoque serio y riguroso.

Y, por otra parte, parece igualmente atinado insistir en que la codificación debe responder a la necesidad concreta derivada de un crecimiento anárquico del DPC en el ámbito geográfico respectivo, que haya provocado la disfuncionalidad del sistema. Así, es aconsejable que la solución codificatoria sea concebida como consecuencia de la exigencia emanada genuinamente del escenario jurídico en cuestión y no como antecedente a partir del cual se pretenda desencadenar la movilización evolutiva de la disciplina.

Dicho de otro modo, sortear el riesgo de que cambie todo para que todo continúe igual o que la tarea codificatoria no pase de ser un mero ejercicio teórico y especulativo. Semejante unificación de la normativa procesal constitucional debe surgir como resultante de la demanda de los operadores jurídicos enraizada en la observación de la praxis jurisprudencial y en la aportación científico-académica consistente al respecto.

Por ende, dicha tarea debe ser preconcebida para cubrir en el momento oportuno una exigencia real y tangible, y no plasmarse ante tempus a la luz de la ilusión de que tal ejercicio de vertebración normativa será el punto de arranque para construir el consenso de la comunidad jurídica.

Sea como fuera, y tomada la decisión de llevar adelante el ensayo codificatorio, el notorio desarrollo de la interrelación de los órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados pertenecientes al sistema interamericano de derechos humanos y la Corte IDH, el creciente protagonismo que asume el control de convencionalidad que deben realizar los jueces locales, la necesidad de que existan principios y valores procesal constitucionales que impregnen a los procesos constitucionales y que sean consistentes con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, y la exigencia de que existan mecanismos sistematizados para viabilizar la ejecución de sentencias de aquel Tribunal interamericano en el marco interno; dan forma a un compacto de factores

que hacen que esta problemática, de intensa actualidad y desafiante prospectiva, no pueda estar ausente en un código procesal constitucional.

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

4.1 MARCO DE ANÁLISIS

Retornando del paréntesis que trazáramos para acercarnos a una temática de gran interés, que entre otros aspectos resulta útil para enfatizar que un código procesal constitucional no puede abordarse desconectadamente de los parámetros y estándares iusinternacionales en materia de derechos fundamentales; en este sector del trabajo nos centraremos en el delicado asunto del control de convencionalidad.

Previamente, relevaremos ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para contextualizar el tema. Aludimos al –ya referido– nivel de desarrollo notable que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos, a la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y a la valía que cobran los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (principalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión IDH) y jurisprudencia (en el de la Corte IDH) deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en los escenarios judiciales locales.

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la soberanía estatal absoluta. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo, basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de soberanía que han firmado, aprobado y ratificado los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o estoppel se encargaría de desvirtuar radicalmente semejante intento argumentativo¹¹.

¹¹ Ver para ampliar, el libro de BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México, D.F., 2003, passim.

En resumen, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que impone el Estado Constitucional de Derecho en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano.

4.2. UNA PROPUESTA DE ESCLARECIMIENTO CONCEPTUAL

Un acercamiento conceptual bastante elemental nos permitiría adelantar que el control de convencionalidad se mueve en dos planos: uno; internacional; el otro, interno.

4.2.1 En el ámbito internacional

La modalidad de contralor convencional que se desenvuelve en el marco internacional ha constituido desde antaño una actividad básica de la Corte IDH, aunque sin ser rotulada sino hasta hace relativamente poco tiempo, como “control de convencionalidad”.

Consiste en que ésta debe juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia –v.gr.– la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la preservación de la vigencia suprema de tal Convención o de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

4.2.2. En el marco interno

El restante movimiento de fiscalización convencional, cronológicamente más reciente, se despliega en sede nacional y se encuentra a cargo de los magistrados locales.

Se basa en la obligación de éstos de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto, en aras de la obligación de tutela de los derechos fundamentales.

Además, tal supervisión de convencionalidad igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) “para garantizar

con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte en sentencia le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (leyes internas) o de otro carácter que fueren necesarias para obtener dicha efectividad”¹².

4.3 LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA PERCEPCIÓN DE LA CORTE IDH

Realizadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos –por supuesto, no taxativamente– la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución “control de convencionalidad” ha tenido en el seno de la Corte Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizatoria.

Todo indica que fue el hoy ex Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”¹³, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27).

Ya con mayor grado de detalle, y por medio de un voto concurrente razonado en el “Caso Tibi vs. Ecuador”¹⁴, el nombrado jurista –luego de comparar la labor de la Corte IDH con la que despliegan los tribunales constitucionales– señaló que aquélla analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el “Caso López Álvarez vs. Honduras”¹⁵, y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la

12 Cfr. REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 26, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2008, p. 46.

13 Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.

14 Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

15 Corte IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”–, debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”¹⁶ (resuelto el mismo día que el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”, del que nos ocuparemos infra), el varias veces citado ex magistrado del Tribunal interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión “control de convencionalidad”, ha emitido en fecha relativamente reciente una sentencia en la que transmite una señal a los magistrados internos de los Estados Partes de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna.

Se trata del anunciado “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente 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, 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, intérprete última de la Convención Americana”¹⁷ (remarcado añadido).

16 Corte IDH, “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

17 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124. También lo ha expresado, v.gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”, puso de manifiesto que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘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...”¹⁸ (párr. 128); tópico que retomaremos.

Asimismo, si confrontamos los fallos pronunciados en los casos “Almonacid Arellano vs. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, se hace notorio el mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y preceptividad del control de convencionalidad que se opera en este último respecto de lo verbalizado en el primero de los decisorios nombrados.

En efecto, mientras que en “Almonacid Arellano vs. Chile” la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”, en “Trabajadores Cesados del Congreso” puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una “especie de control de convencionalidad”, sino que aludió específicamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del control de constitucionalidad, un control de convencionalidad.

Y si a ello le adicionamos que, como vimos, en el mismo caso determinó que los magistrados deben efectivizar el control de convencionalidad incluso de oficio (por supuesto, también a pedido de parte), es indudable que la Corte IDH ha apostado por reforzar la carga imperativa de tal fiscalización de convencionalidad.

4.4. OBJETIVO GENÉRICO

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquéllos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que éste incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

¹⁸ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit. en nota 3.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona García Ramírez (en su voto razonado en el mencionado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida –insisto– merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”¹⁹.

4.5. PARÁMETRO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Nos aventuramos a plantear que el material de cotejo para desarrollar el contralor de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el corpus juris básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, García Ramírez puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párr. 2).

¹⁹ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit., voto razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 8.

Adicionalmente, traemos a colación la versión que aporta O'Donnell, para quien la expresión "corpus iuris de los derechos humanos" es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional²⁰.

En tal sentido, en la Opinión Consultiva OC-16/99²¹, específicamente en el párr. 115, sostuvo: "El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones...".

Para cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la Opinión Consultiva OC-17/2002²², el Tribunal interamericano manifestó que "los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el 'corpus iuris' de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática..." –énfasis agregado– (párr. 92); más allá de lo referido en los párrs. 26 y 27.

Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el ex juez Cançado Trindade en su voto concurrente a la citada OC-17/2002, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre "el corpus juris de los derechos del niño".

4.6 RADIO DE ACCIÓN

Comenzamos esta breve aproximación con un interrogante: las Constituciones Nacionales, ¿pueden ser susceptibles de control de convencionalidad?

20 O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57.

21 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal", solicitada por los Estados Unidos Mexicanos; Serie A, N° 16.

22 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", solicitada por la Comisión IDH; Serie A, N° 17.

La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación práctica.

Necesariamente debemos acudir –una vez más– al art. 27 de la CVDT, que proscribe al Estado alegar su derecho interno para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión “derecho interno” naturalmente queda comprendida la Constitución Política del Estado.

En ese sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-4/84 de 11 de enero de 1984²³, consideró que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales” –énfasis agregado– (párr. 14).

En el marco de este acercamiento sintético al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo, traer a colación aquí el fallo pronunciado en el “Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile”²⁴, donde decidió que el Estado debía “modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa...” (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párr. 73).

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable ad intra, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién/es recepta/n la competencia para desplegarlo y, en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconventionalidad; asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor.

Sea como fuere, en el varias veces citado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”, la Corte IDH parece clarificar la incógnita –al

23 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, “*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*”, solicitada por Costa Rica; Serie A, N° 4.

24 Corte IDH, “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73.

menos en abstracto— al enfatizar en el también nombrado párr. 128 que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...”.

Hemos remarcado ex professo la expresión “normas internas”, por cuanto ello permite interpretar que el material de derecho interno que se somete a fiscalización de compatibilidad convencional vis-à-vis la CADH (inter alia) envuelve a las disposiciones constitucionales que indudablemente quedan inmersas en el enunciado “normas internas”.

Por lo demás, en aquel párrafo (128) de la sentencia, la Corte IDH no ha excluido expressis verbis del análisis exigido a la categoría de normas constitucionales, lo que añade algún peso adicional al intento propositivo que formulamos.

4.7. SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO

La aplicación oficiosa de tal modalidad de contralor, que supone una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional, puede inter alia explicarse —empleando mutatis mutandi las palabras de Jimena Quesada— “por una correcta puesta en práctica del principio jura novit curia, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”²⁵.

La propia Corte IDH abre el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues —basándose en el citado principio jura novit curia—, al desarrollar su tarea jurisdiccional en casos contenciosos no se autolimita

²⁵ Jimena Quesada, Luis, “*La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*”, en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542. Para su afirmación, tal autor se apoya en Conforti, Benedetto (International Law and the Role of Domestic Legal Systems, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio jura novit curia, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“*La vinculación del juez...*”, cit., pp. 542/543 y nota 96 a pie de página).

a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda o la víctima y/o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional) “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella...”²⁶.

Siendo así, y si los jueces nacionales tienen el deber de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obturar discursivamente la posibilidad de que aquéllos lo hagan ex officio, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser agüida frente al derecho aplicable para dirimir la contienda.

Tampoco implica que el juez falle extra petita ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la litis, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional), tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes²⁷.

26 Cfr., entre numerosos precedentes, Corte IDH, “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párr. 172; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párr. 54; “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párr. 186; y “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párr. 61.

27 Para redactar este párrafo, nos servimos –mutatis mutandi– de lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

4.8. ALGUNAS DIFICULTADES OPERATIVAS DE IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PLANO INTERNO

4.8.1 Ciertas incógnitas

Especulativamente, podríamos preguntar(nos) qué sucedería en un modelo de control de constitucionalidad con elementos concentrados, en el que los jueces ordinarios no estuviesen investidos de la facultad de ejercer tal fiscalización de constitucionalidad. En semejante hipótesis, ¿estarían habilitados –vía jurisprudencia de la Corte IDH– a descartar por ejemplo una ley u otro dispositivo subconstitucional por anticonvencional?

Vale como elemento inicial de análisis tomar en cuenta que al exigir el Tribunal interamericano en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso” que el Poder Judicial local despliegue el control de constitucionalidad y de convencionalidad (incluso de oficio), marca una cierta limitación al puntualizar que el desarrollo de tal actividad debe encuadrarse “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Sin embargo, tal apreciación pareciera contener un valor calórico relativo si se la coteja con el tono imperativo con que la Corte redacta las líneas que, en el esquema argumental que diseña, preceden a la enunciación de dicho “límite”.

En efecto, inmediatamente antes de esta suerte de matización, ha señalado preceptivamente –además de “Almonacid Arellano vs. Chile” (párr. 124) y por citar algún pronunciamiento más reciente– en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”²⁸, de 26 de noviembre de 2010: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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 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” (párr. 225).

Así, el pretendido límite pareciera difuminarse al influjo de la estricta obligación que la Corte traza como principio general, por lo que en modo alguno se disipan las dudas y dificultades de la aplicación práctica del control de convencionalidad en el ámbito local.

28 Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

4.8.2 Otros interrogantes

De modo convergente, y para referirnos justamente el caso de México, aparecen otras dificultades. En efecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación proscribió a los jueces locales ejercer el control difuso de la Constitución Federal establecido en el art. 133 de ésta. Así, y como se ha planteado acertadamente, “los jueces locales enfrentarán una paradoja: no podrán desaplicar leyes locales que violen la Constitución pero sí podrán hacerlo cuando aquellas vulneren tratados internacionales de derechos humanos (cuando menos del sistema interamericano)”²⁹ –remarcado añadido–.

A este aprieto por pugna de fidelidades en el que queda inmerso el juez mexicano, puede aún sumársele un capítulo adicional. Basta repasar el dilema que plantea Soto Morales en los siguientes términos: “Suponiendo que en materia interpretativa de un mismo derecho humano, previsto tanto en la Constitución como en el Pacto de San José, la Suprema Corte mexicana y la Corte Interamericana realicen una interpretación distinta o, inclusive, contradictoria, ¿cuál de las dos deberá preferir el juez mexicano? Si elige la jurisprudencia de la SCJN mexicana violará un tratado internacional del que México es parte, lo que eventualmente podrá traducirse en una condena al Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana. Por el contrario, si elige la interpretación de la Corte Interamericana transgredirá disposiciones de orden nacional, como las que establecen la obligatoriedad de la jurisprudencia de la SCJN y podría incurrir (el juzgador mexicano) en responsabilidad administrativa, que podría implicar su destitución”³⁰ –énfasis agregado–.

Más allá del aporte hermenéutico que suministran el art. 29 de la CADH y el criterio pro homine (o pro persona, que aparece más abarcativo), no puede disimularse que el asunto es sumamente complejo y confirma lo anunciado en cuanto a que la activación del control de convencionalidad en sede interna no está precisamente exenta de dificultades operativas en su implementación.

29 Cfr. Soto Morales, Carlos A., “El control de convencionalidad en el sistema judicial mexicano”, 24 de marzo de 2010 (Fuente: <http://carlossotomoraes.blogspot.com/2010/03/el-control-de-convencionalidad-en-el.html>).

30 Ídem.

4.8.3. Una breve digresión

A modo de digresión, aunque siempre dentro del contexto de México, permítasenos señalar que la sentencia de la Corte IDH en el “Caso Radilla Pacheco”³¹, de 23 de noviembre de 2009, ha desencadenado una importante preocupación en la Suprema Corte de Justicia de ese país para examinar el modo de dar cumplimiento a tal pronunciamiento internacional³².

Por ejemplo, en el seno del Alto Tribunal se desarrolló una actuación denominada “consulta a trámite” N° 489/2010, que derivó precisamente de una consulta del Presidente de la Corte al pleno para resolver de qué manera se afrontaba dicho decisorio internacional, al no existir procedimiento específico, legal ni jurisprudencial, para hacerlo.

Hacia finales de 2010 se desechó el proyecto del ministro Ramón Cossío, en el que proponía, básicamente, cumplir con la condena específica que la Corte IDH hizo al Poder Judicial Federal, pero haciendo la aclaración de que a priori no son vinculantes todos los precedentes de la jurisprudencia interamericana, sino sólo las condenas particularmente relativas al Estado mexicano. En cuanto se refiere al Poder Judicial, lo que correspondía definir era si debían acatar las condenas (establecer cursos en materia de desaparición forzada, etc.), o más importante, realizar siempre control de convencionalidad, como dispuso la sentencia en el nombrado “Caso Radilla Pacheco”, basándose en el decisorio recaído en el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”.

Hasta donde alcanza nuestra información, no se llegó al núcleo de la cuestión, porque el procedimiento de “consulta a trámite” se consideró inidóneo para resolver el tema. En otras palabras, se desestimó el proyecto porque no se abocaba a definir el procedimiento, sino que resolvía el fondo del tema, lo cual fue visto como inapropiado por el pleno de ministros.

Por lo demás, vale recordar que, entre otros ítems, la Corte IDH determinó en el “Caso Radilla Pacheco” que el Estado:

31 Corte IDH, “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, N° 209.

32 Como puede suponerse, el tema del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH presenta ribetes complejos, aunque los Estados condenados –en tanto inmersos en un sistema de justicia internacional regional– deberán adaptar paulatinamente sus escenarios jurídicos internos para estar a tono con la textura y el nivel de exigencia de los estándares fijados por el Tribunal interamericano.

“...incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas...” (punto declarativo contenido en el ap. 6 de la parte decisoria del fallo);

“...deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” (punto dispositivo contenido en el ap. 10 de la parte decisoria del fallo); y

“...deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas...” (punto dispositivo contenido en el ap. 11 de la parte decisoria del fallo).

4.8.4. En torno al “control difuso de convencionalidad”

Suponemos que la inquietud irá en aumento luego de la nueva sentencia de condena pronunciada por la Corte IDH en el mencionado “Caso Cabrera García y Montiel Flores”, donde –inter alia– estableció que el Estado:

“...ha incumplido la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense...” (punto declarativo contenido en el ap. 8 de la parte decisoria del fallo); y

“...debe, en un plazo razonable, adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia...” (punto dispositivo contenido en el ap. 15 de la parte decisoria del fallo).

Justamente en este fallo, la Corte IDH citó las sentencias que pronunciara en las causas “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”³³, de 26 de septiembre de 2006; “Rosendo Cantú y otra vs. México”³⁴, de 31 de agosto de 2010; e “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”³⁵, de 1 de septiembre de 2010—, para concluir como manifestábamos líneas arriba en punto a que el Tribunal “es consciente de 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 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. 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” (párr. 225).

Es interesante poner de relieve que la Corte IDH reiteró aquí (párr. 233) lo que había señalado en la trilogía de asuntos recientes contra México: “Radilla Pacheco” (párr. 340), “Fernández Ortega y otros”³⁶ (párr. 237) y “Rosendo Cantú”³⁷ (párr. 220), en cuanto a que “es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas” —remarcado agregado—.

Inmediatamente a continuación, en el mismo párr. 233, añadió: “Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (...), en el presente caso corresponde a las autoridades

33 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, cit. en nota 17, *idem*.

34 Corte IDH, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216, párr. 219.

35 Corte IDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2010, Serie C, N° 217, párr. 202.

36 Corte IDH, “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, N° 215.

37 Corte IDH, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216.

judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario”³⁸ –énfasis añadido–.

Por lo demás, el Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores” advirtió que el sistema jurisdiccional mexicano ha iniciado (incluso con anterioridad al pronunciamiento en el “Caso Radilla Pacheco”) una práctica del “control difuso de convencionalidad”, en sintonía con la jurisprudencia convencional interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países latinoamericanos (párr. 83).

Tal vez esta tesis, que consiste en sostener la existencia en México de un “control difuso de convencionalidad” (cuya raíz debe buscarse en la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH), sea un principio de respuesta a la disyuntiva en que la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación colocaba a los jueces locales (de cara al control de convencionalidad), al inhabilitarlos para llevar adelante el control difuso de constitucionalidad determinado en el art. 133 de la Constitución Federal.

5. HACIA UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO

5.1. UN CASO TESTIGO

Previo a desarrollar específicamente el tópico que se anuncia en el epígrafe, es preciso efectuar una breve digresión sobre una causa resuelta por la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJ): “Espósito, Miguel Ángel”³⁹, de 23 de diciembre de 2004, que nos servirá de soporte y caso testigo para algunas de las apreciaciones argumentales que infra efectuaremos.

En “Espósito”, y al menos por parte de varios de sus componentes, la CSJ exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente⁴⁰ el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos

38 Este último segmento del párrafo coincide con lo expresado por la Corte IDH en el “Caso Fernández Ortega y otros” (párr. 237) y en el “Caso Rosendo Cantú y otra” (párr. 220), no así en “Radilla Pacheco”.

39 Fallos, 327:5668.

40 Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

que luego fueron juzgados por aquel Tribunal interamericano, cuyas decisiones –sostuvo la CSJ– resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el “Caso Bulacio vs. Argentina”⁴¹, en el que se declarara la responsabilidad internacional del país –entre otros puntos– por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

Acotó que, “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que, en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” –énfasis añadido– (consid. 10 de la mayoría).

En síntesis, la CSJ no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional” –bastardillas nuestras– (consid. 15 de la mayoría).

41 Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100.

5.2. DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

La sentencia sumariamente colacionada es sólo una muestra de la tendencia que (no exenta vaivenes⁴²) exhibe la CSJ en cuanto a adoptar en sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptar los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que ésta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial⁴³, aun cuando no se esté de acuerdo con ella y se deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

Juzgamos que dicha tesitura resulta laudable y consistente con los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, se abastecen las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales (cfr., en lo respectivamente correspondiente, arts. 26 y 27 de la citada CVDT, tándem de reglas medulares en materia de observancia de los tratados internacionales).

Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquélla tenga presente las observaciones o discordancias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional.

Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquéllos en nuestro espacio regional.

Es que, como con agudeza se ha afirmado (en referencia específica al citado caso “Espósito” de la CSJ argentina), “el deber de cumplir con

42 Ver sobre el particular Bazán, Víctor, por ejemplo, en *“La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”*, *Revista de Derecho Político*, N° 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), septiembrediciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

43 Entre otros trabajos de Bazán, Víctor, compulsar *“El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia argentina”*, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 359/388.

las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de diálogo crítico que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana [en “Espósito”] ... Es indudable que así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema”⁴⁴ —énfasis añadido—.

Y convergentemente con la línea argumental que aquí esbozamos, también se ha llamado la atención sobre el punto, afirmando que “la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de[!] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción”⁴⁵ —remarcado agregado—.

En el fondo, y como se adelantaba, la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre éstos y aquéllos, sino a trazar una vinculación de cooperación en la interpretación ‘pro homine’ de los derechos

44 Abramovich, Víctor, “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI/VII.

45 Basch, Fernando, “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, borrador del trabajo presentado a las Jornadas “Una Constitución para el Nuevo Siglo”, 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Fuente: <http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc>).

humanos. Al respecto, Landa advierte que no puede olvidarse que el art. 29.b de la CADH proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁴⁶.

Con algún punto de contacto con la problemática anunciada en el texto, la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de extendido uso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y escasa receptividad en la praxis interamericana, responde –en la percepción de García Roca– a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona”⁴⁷.

Naturalmente, un eventual empleo de semejante “margen de apreciación nacional” habría de ser prudente y razonable para evitar que se volatilice la esencia de la protección de los derechos humanos.

Por lo demás, y como lo pusiera de manifiesto el juez García-Sayán en su voto concurrente en el “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia” de la Corte IDH⁴⁸, “Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita” –énfasis agregado– (párr. 33).

46 LANDA, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela - 2009*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.

47 GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

48 Corte IDH, “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213.

5.3. BREVE COLOFÓN

Extrapolando *mutatis mutandi* a nuestro contexto de discusión las certeras apreciaciones de Jimena Quesada, el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”⁴⁹.

6. VALORACIONES CONCLUSIVAS

1) La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es más importante, se prevenirían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2) La Constitución, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas –*inter alia*– en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la protección y la realización de los derechos fundamentales.

En esa línea, como sucede por ejemplo en Colombia, el incremento de los espacios de interactividad del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, constituye una realidad insoslayable y de enorme significación jurídica y axiológica que no puede ser obviada en cualquier proyecto realista, formal y sensato de codificación de la materia procesal constitucional.

49 JIMENA QUESADA, Luis, “*El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad*”, *Revista europea de derechos fundamentales*, Nº 15, Primer Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2010, pp. 41/74.

3) La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones a veces tensionales.

Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al control de convencionalidad. Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes:

Una se desarrolla en sede internacional, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente se la ha bautizado como "control de convencionalidad". Consiste básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal contralor convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.

La restante se desenvuelve en el contexto nacional, está a cargo de los magistrados locales (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de éstos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

4) Con todo, una de las ideas medulares que pretendemos rescatar a modo recapitulativo es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicho de otro modo, que se haga foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, e impregnen toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales⁵⁰.

50 Cfr., *mutatis mutandi*, JIMENA QUESADA, Luis, cit. en nota 25 ("La vinculación del juez..."), pp. 501/502 y nota 13 a pie de página.

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones propias del derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del “control de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

El juez de la Corte IDH, García-Sayán, en su voto concurrente emitido en el “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, ha precisado que “...los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos” —subrayado nuestro— (párr. 30)⁵¹.

5) De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En tal contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

6) El citado principio de adecuación normativa supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del control de convencionalidad, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

51 Corte IDH, “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, cit. en nota 48.

7) Como insistentemente ha señalado la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados⁵².

8) No está de más insistir en que los principios y las reglas sobre derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*; que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y en que es preciso asimilar –en paráfrasis de Higgins⁵³– que el derecho internacional general no son sólo reglas, sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendiente a salvaguardar la dignidad del ser humano.

9) Se aprecia con nitidez que sólo sería una prédica discursiva o fraseológica vacua referirse a un modelo multinivel de protección de los derechos humanos (emergente de la supuesta combinación “tuitiva” de las dimensiones nacionales e internacional), si no se contara con genuinos y eficaces recursos judiciales, que operen como llaves de ingreso a la jurisdicción abriendo el camino para que puedan adquirir anclaje efectivo criterios hermenéuticos esenciales del derecho internacional de la persona, tales como las pautas *pro persona* y *pro actione*.

10) De su lado, y en un marco general de discusión, es preciso insistir en la conveniencia de que se intensifique un diálogo jurisprudencial crítico tangible y efectivo, no etéreo, entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que integran el

52 Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH; Serie A, N° 2, párr. 29.

Un análisis de tal opinión consultiva puede consultarse en Bazán, Víctor, “*La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en Bidart Campos, Germán J. et al. (coords.), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza, 2000, pp. 91/165.

53 HIGGINS, Rosalyn, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.

esquema interamericano. Ello, con la finalidad de que no sólo éstos acaten los estándares exegéticos labrados por el Tribunal interamericano, sino que a su vez, éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de las jurisdicciones constitucionales nacionales, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

11) Uno de los ingredientes para aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre ambas jurisdicciones podría centrarse en el recurso a la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de vasto (aunque proteico) empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH.

Sin embargo, el tema no está exento de dificultades operativas por el riesgo de la generación de inseguridad jurídica que tal doctrina podría traer consigo, además de la necesidad de exigir a su respecto un empleo cauteloso y razonable para evitar el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos.

En suma, que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un margen de apreciación y no un margen de arbitrariedad.

12) En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se intensifica la penetración del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, adquiere realce cualitativo la realización ad intra por los jueces nacionales del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional con el compacto de pautas y principios que conforman la estructura literal de la CADH y los estándares valorativos que viene forjando la Corte IDH en su labor hermenéutica.

13) Por último, tal vez el anhelable “diálogo jurisprudencial” sobre el que argumentáramos aquí, se constituya justamente en el paradigma jurisdiccional que cobre definitivo impulso en la presente centuria para contribuir al complejo tránsito hacia la real efectividad de los derechos fundamentales.

Ello, en el marco interactivo de la tutela multinivel de éstos, a partir de un proceso de mutua influencia jurisdiccional que respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y el valor de sus estándares, pero que simultáneamente no se desentienda de las particularidades

configurativas de las realidades sociales y culturales de los Estados que integran el sistema interamericano.

VIII

O CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL NO BRASIL PARA EVITAR A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL JUDICIAL

Por: Wellington Boigues Corbalan Tebar

Discente do 9º termo B do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Recebeu, por três vezes consecutivas, a Comenda Antônio Eufrásio de Toledo, que reconhece os melhores alunos dos cursos de graduação da Toledo Presidente Prudente. Estagiário do Ministério Público Federal em Presidente Prudente/SP. E-mail: wellingtontebar@hotmail.com

Por: Sérgio Tibiriçá Amaral

Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Associação Educacional Toledo, Professor titular da cadeira de Teoria Geral do Estado da FDDPP e da disciplina de Direito Internacional Público, especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela Faculdade de Direito de Bauru-ITE. Membro do Grupo de Pesquisa do Programa de Doutorado da ITE, liderado pelo Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior, para estudos em direito de informação e liberdade de expressão. E-mail: sergio@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

SUMARIO

1. Resumo 2. Palavras-chave 3. Introdução 4. Constituição e o dever de prestação jurisdicional 5. A Força Normativa da Constituição: A Supremacia Constitucional 6. Da Omissão Inconstitucional 6. Da omissão inconstitucional judicial: descumprimento do dever de prestar a jurisdição 7. Formas de descumprimento do dever de prestação jurisdicional 8. Estudo de um caso concreto: ausência de prestação jurisdicional em razão da ausência de um dos julgadores do órgão colegiado 9. Conclusão 10. Referências bibliográficas

RESUMO:

Este trabalho terá como objetivo demonstrar que um Código de Processo Constitucional, devidamente estruturado, pode vir a ser, no Brasil, um importante instrumento para se evitar a omissão inconstitucional judicial dos órgãos colegiados. Com efeito, o órgão judicial colegiado possui peculiaridades próprias, razão pela qual o modo de funcionamento destes órgãos deve estar previsto numa espécie normativa, dentre as quais podemos citar o Código de Processo Constitucional. Veja, o tribunal (órgão judicial colegiado) não deve se preocupar somente com a apreciação da causa, mas também com o resultado do julgamento. Neste sentido, é de suma importância que sejam elaboradas regras que disciplinem não somente o processamento das ações perante os tribunais, mas também regras que indiquem o sentido do resultado do julgamento, quando presentes determinadas situações excepcionais, tais como a ausência de um dos julgadores do colegiado. Ora, nestes casos excepcionais, o órgão judicial não pode se eximir de julgar, razão pela qual aquelas regras evitariam a omissão inconstitucional judicial por ausência de prestação da justiça.

PALAVRAS-CHAVE:

Constituição. Omissão Inconstitucional. Órgão Judicial Colegiado. Código de Processo Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho terá como objetivo demonstrar que um Código de Processo Constitucional, devidamente estruturado, pode vir a ser um importante instrumento para se evitar e controlar a omissão inconstitucional judicial dos órgãos colegiados.

Nota-se que o órgão judicial colegiado (tribunal) possui peculiaridades próprias, razão pela qual o modo de funcionamento destes órgãos deve estar previsto numa espécie normativa¹, dentre as quais podemos citar o Código de Processo Constitucional.

1 Por espécie normativa queremos designar todo ato, lei, ou qualquer outra forma normativa que seja passível de ser considerada vinculante, abstrata e geral.

No Brasil, a decisão proferida pelo tribunal é denominada de acórdão. Isso porque, como já dito, o tribunal é um órgão colegiado, composto de vários julgadores. Neste sentido, como o resultado do julgamento é, de regra, fruto da convergência da vontade da maioria dos componentes do colegiado, diz-se que eles acordam naquele sentido prevalente.

Acontece que, em determinadas situações excepcionais, alguns problemas podem surgir quando do julgamento realizado pelo colegiado. Por exemplo, podemos nos deparar com a situação peculiar em que não há um número suficiente de julgadores para acordarem no sentido da rejeição, ou do acolhimento da postulação da parte. Neste sentido, o tribunal poderia deixar de julgar, isto é, poderia deixar de prestar a jurisdição? Entendemos que a resposta a essa questão é negativa, pois o órgão judicial, seja ele colegiado ou não, tem o dever de prestar a jurisdição, caso contrário estaria incorrendo em manifesta omissão inconstitucional.

Veja, então, que o tribunal (órgão judicial colegiado) não deve se preocupar somente com a apreciação da causa, mas também com o resultado do julgamento. Neste sentido, é de suma importância que sejam elaboradas regras que disciplinem não somente o processamento das ações constitucionais perante os tribunais, mas também regras que indiquem o sentido do resultado do julgamento, quando presentes determinadas situações excepcionais, tais como a ausência de um dos julgadores do colegiado. Ora, nestes casos excepcionais, o órgão judicial não pode se eximir de julgar. Sendo assim, a existência de um Código de Processo Constitucional serviria de parâmetro para se evitar e controlar a omissão inconstitucional judicial por ausência de prestação da justiça.

Por fim, para a realização do presente trabalho, utilizar-se-á o método indutivo, conjuntamente com o dialético.

2 CONSTITUIÇÃO E O DEVER DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

2.1. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

A força normativa da Constituição já é um conceito consagrado e embora a teoria alemã o tenha abordado com precisão, buscaremos uma definição que melhor se adéqüe ao estudo. Assim também o será em relação à supremacia constitucional. Neste sentido, analisaremos, brevemente, os estudos de Hans Kelsen, criador da Teoria Pura do Direito.

Uma das questões que preocupou Hans Kelsen (1998, p. 135) na formulação da Teoria Pura do Direito foi o fundamento de validade de um sistema normativo. Se o Direito é concebido como um sistema de normas, o que fundamenta a unidade destas normas, isto é, o que as legitimam como conjunto? Além disso, quando uma norma é válida e de onde ela retira o seu fundamento de validade?

Quanto à justificação de validade, “dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo ‘vale’ (é ‘vigente’), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma” (KELSEN, 1998, p.135). Em outras palavras, norma válida é puro dever ser objetivo, sem vinculação alguma com o ser.

Quanto ao fundamento de validade das normas Kelsen (1998, p.135) pondera:

[...] a questão de porque é que a norma vale - quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma - não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma [...].

Assim, a norma não depende dos fatos para ser válida, ao contrário, depende apenas de um outro dever ser. A norma da qual outra lhe extrai a validade é figurativamente chamada de norma superior e assim se segue numa cadeia sucessiva. Portanto, uma norma é válida porque encontra pertinência de validade com uma norma exatamente superior a ela e assim se segue numa escala ascendente.

E continua (KELSEN, 1998, p.136):

[...] A indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm).

Dessa forma, todas as normas têm como fundamento de validade a pertinência com a norma fundamental, razão pela qual as normas válidas formam, junto com a Constituição, um sistema de normas (ordenamento jurídico). Portanto, “[...] é a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (KELSEN, 1998, p.136).

Sendo assim, a Constituição ostenta o atributo da normatividade máxima, sendo o elo de união e fundamento de validade de todo ordenamento jurídico. Esta é a força normativa da Constituição, da qual decorre necessária e logicamente a sua característica de ser suprema.

Uma norma, para ser válida, tem que buscar fundamento de validade numa norma superior, em escala ascendente, “de tal modo que todas as normas, cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental, formam um sistema de normas, uma ordem normativa” (FERRARI, 2001 p.30).

Quanto a escala ascendente de relação de validade das normas, Hans Kelsen nos ensina que (1998, p.155):

[...] A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Desta forma, uma das grandes contribuições de Hans Kelsen foi conceber a estrutura escalonada do sistema normativo, com a Constituição sendo a norma mais importante, a norma maior, a norma suprema, e que por isso todas as outras normas lhe devem obediência, sob pena de serem inválidas.

Isto traz conseqüências jurídicas importantes, como, por exemplo, a idéia do controle de constitucionalidade. Neste introdutório cumpre apenas destacar que tal controle tem como pressuposto justificador a obediência aos preceitos da Constituição.

Se, por exemplo, uma norma está em desacordo com a Constituição, isto significa que esta norma não partilha do fundamento de validade do sistema, representado pela própria Constituição. Dessa forma, para que se garanta a segurança da ordem normativa, pelo respeito à Constituição, deve-se expurgar a norma inválida.

Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2009, p.17): “como a Constituição é hierarquicamente superior, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não existe outra alternativa: afasta-se a lei e aplica-se a Constituição. Nisto consiste a supremacia constitucional”.

Entretanto, a idéia da supremacia constitucional não pode ser analisada somente do ponto de vista da existência de uma norma contrária à Constituição. Deve também ser analisada do ponto de vista do descumprimento de uma ordem dada pela Constituição.

Trata-se da lição de José Afonso da Silva (2009, p.46):

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.

Então, por exemplo, a Constituição pode ser desrespeitada pela criação de uma norma que contraria seus preceitos, ou pela não criação de uma norma ou programa que ela ordenou que fossem criados. Destaca-se que ambas as formas de desrespeito ao texto constitucional representam uma afronta merecedora de repressão enérgica.

Portanto, a supremacia constitucional se traduz na força que a Constituição tem de fazer valer os seus preceitos, seja expurgando uma norma que a contrarie, ou fazendo cumprir ordem que proferiu.

2.2. DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Ressalta-se que o ordenamento jurídico pode exigir, em determinadas situações, uma conduta pró-ativa, caso em que, automaticamente, proíbe-se a omissão. Da mesma forma, nas situações em que o ordenamento exige uma conduta omissiva, automaticamente, proíbe-se a ação.

Trata-se da lição que nos ensina André Vicente Pires Rosa (2006, p.134), ao profetizar que “el ordenamiento jurídico puede exigir una acción, y por lo tanto prohibir la respectiva omisión, o exigir una omisión, y por ello prohibir una acción, em búsqueda siempre de um determinado resultado que repercute em La vida social”.

Isto também se aplica ao ordenamento constitucional, já que, em muitas situações, a Constituição exige, para que seja efetivada, uma ação, orientada por um dever de atuação imposto; já em outras, exige uma abstenção, orientada por um dever de omissão, também imposto ao responsável pela realização dos preceitos da norma máxima.

Dessa forma, a Constituição pode ser desrespeitada por ação ou omissão. Assim, “vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa de fazer o que ela determina” (BARROSO, 2000, p.157).

Nos dizeres de Clèmerson Merlin Clève (2000, p.51), “não é apenas a ação do Estado que pode ofender a Constituição. Deveras, a inércia do Poder Público e o silêncio legislativo igualmente podem conduzir a uma [...] inconstitucionalidade por omissão”.

Segundo Regina Macedo Nery Ferrari (2004, p.355):

[...] o não cumprimento da Constituição pode advir de uma ação, quando os órgãos destinatários do poder atuam em desconformidade com as normas e princípios da Constituição, e da inércia ou do silêncio, quando os órgãos permanecem inertes, não cumprindo as normas necessárias para aplicação e concretização da lei maior.

Veja, então, que a Constituição é desrespeitada por ação, quando uma espécie infraconstitucional², comissivamente, afronta os seus preceitos; ou por omissão, quando ausente, intencionalmente, a espécie infraconstitucional necessária à realização dos preceitos constitucionais.

Pela proposta de nosso trabalho, daremos especial atenção à inconstitucionalidade por omissão dos órgãos judiciais colegiados, quando intencionalmente descumprem seu dever de julgar.

Note que “a Constituição, obra de um Poder mais alto, solenemente promulgada, destina-se a ser efetivamente observada, cumprida e

2 Por espécie infraconstitucional queremos designar todo ato, norma, comportamento, omissivo ou não, ou qualquer outra forma de existência jurídica que seja passível de ser considerada inconstitucional.

aplicada” (FERRAZ, 1986, p.217), razão pela qual a inércia do órgão responsável por efetivar o comando constitucional revela-se como comportamento manifestamente inconstitucional.

Ainda, segundo Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.218):

E, com efeito, se se aceita a Constituição como obra de compromisso posta pelos constituintes no exercício do Poder Constituinte Originário, que lhes é conferido pelo povo, é de se esperar que a Constituição escrita seja aplicada plenamente, em especial pelos detentores dos poderes constituídos: Legislativo, Executivo e Judiciário que, em regra, são titulados, pelo Constituinte, como guardiães da Constituição.

Dessa forma, os poderes constituídos e seus órgãos componentes devem se empenhar em concretizar os mandamentos constitucionais. Em outras palavras, “essa atuação do poder constituído pode significar a edição de uma lei, como a realização de qualquer medida necessária à efetiva aplicação e cumprimento da Constituição”. (FERRARI, 2004, p.357)

Como se vê, “as Constituições prevêm diferentes meios de integração e aplicação de suas normas; isto significa que a Constituição atribui a distintos poderes o dever de aplicar e atuar a norma constitucional” (FERRAZ, 1986, p.221). Dessa forma, “fala-se em inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial ou de medida legislativa” (CLÈVE, 2000, p.322).

Neste sentido, André Vicente Pires Rosa (2006, p.136):

La inactividad del legislador no es la única que puede tener lugar em las diversas funciones de la entidad estatal, esto es, la omisión del legislador es una especie del género omisión. Se puede hablar también del mismo modo de una omisión de naturaleza ejecutiva o judicial.

Portanto, como os três poderes constituídos são guardiões da Constituição, eles devem, obrigatoriamente, cumprir com os deveres que lhes foram designados. O descumprimento desse dever de ação gera a inconstitucionalidade por omissão do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, por traição e afronta direta à confiança que a Constituição lhes depositou para o resguardo de seus preceitos.

Sendo assim, estudaremos, no próximo tópico, o fundamento constitucional do dever de julgar, imposto aos órgãos judiciais, bem como

demonstraremos a razão pela qual o descumprimento deste dever de julgar gera nefasta omissão inconstitucional.

2.2.1 DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL JUDICIAL: DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR JURISDIÇÃO

“A jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado” (SILVA, 2009, p.554). Entretanto, antigamente, não havia um organismo de coletividade estruturada, tal como se caracteriza o Estado hoje. Além disso, mesmo que já se observasse uma certa estrutura de organização, “primitivamente, o Estado era fraco e limitava-se a definir direitos” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.40), razão pela qual o conflito entre as pessoas eram resolvidos das mais variadas formas possíveis.

Conforme nos ensina José Afonso da Silva (2009, p.554):

Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Lembre-se de que os donatários das Capitânicas Hereditárias no Brasil colonial dispunham de jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado.

Nesta época em que o Estado ainda era fraco, cabia aos particulares a proteção e a efetivação de seus direitos. Trata-se do que se denomina de “justiça de mão própria”, ou “justiça privada”, já que as pessoas utilizavam-se dos seus próprios meios para alcançarem aquilo que pensavam ser justo. Entretanto, este método era falho, pois favorecia a prevalência do mais forte sobre o mais fraco, isto é, aquele que detinha superioridade econômica, política e física poderia impor a sua noção de justiça sobre a pessoa indefesa.

É neste sentido que com o “fortalecimento do Estado e com o aperfeiçoamento do verdadeiro Estado de Direito, a justiça privada, já desacreditada por sua impotência, foi substituída pela Justiça Pública ou Justiça Oficial” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 40). Surge, então, a noção de aplicação da justiça como atribuição exclusiva do Estado, já que este, como ente criado a partir do pacto social, passaria a solucionar os conflitos dos cidadãos, substituindo a decadente e ultrapassada justiça privada.

Conforme salienta Humberto Theodoro Júnior (2008, p.40):

O Estado Moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.

Dessa forma, o Estado assumiu a função de prestar a justiça de acordo com o caso submetido à sua análise. Para o desempenho dessa função, estabeleceu-se a jurisdição. Neste sentido, a jurisdição pode ser definida como “a atividade exercida pelo Estado, manifestando o poder de tutelar direitos garantidos em lei, aplicando as normas gerais aos casos concretos, com desejada imparcialidade, buscando, sempre, a paz social, por intermédio dos órgãos judicantes” (GERAIGE NETO, 2003, p.25).

Veja, então, que cabe somente ao Estado a solução dos conflitos de interesses, devendo estes conflitos serem solucionados “à luz da estrutura de um Estado de Direito, pelo menos tal como se concebe, evitando-se, assim, que as pessoas tentem resolver seus problemas com as próprias mãos, a exemplo de tempos passados e mais selvagens [...]” (GERAIGE NETO, 2003, p.25).

Assim, conforme pondera Humberto Theodoro Júnior (2008, p.42):

[...] é fora de dúvida que a atividade de dirimir conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado. Mas, desde que privou os cidadãos de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve que criar para os particulares um direito à tutela jurídica do Estado. E este, em consequência, passou a deter não apenas o poder jurisdicional, mas também assumiu o dever de jurisdição.

A partir do momento que o Estado avocou para si o monopólio da jurisdição, proibindo a justiça de mão própria, nasce o dever da prestação jurisdicional. Em outras palavras, quando o Estado retirou dos cidadãos a prerrogativa de resolverem seus conflitos por si só, automaticamente assumiu o dever de resolvê-los, para que a paz social seja promovida.

É neste sentido que (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.42):

Como o Estado de Direito não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá à parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao juiz que a solucione na forma da lei, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitantes, uma vez que os respectivos titulares não encontraram um meio voluntário e amistoso para harmonizá-los.

Ora, se o Estado assumiu para si o dever de jurisdição, ao mesmo tempo em que proibiu a justiça privada, então este mesmo Estado não pode se eximir de solucionar o conflito de interesses. A partir do momento que o Poder Judiciário foi provocado, uma resposta deverá ser dada ao jurisdicionado, isto é, a prestação jurisdicional deverá ser entregue a aquele que a reclamou.

Esta é, inclusive, uma das características basilares da função jurisdicional, qual seja a indeclinabilidade. Segundo o princípio da indeclinabilidade, o órgão “constitucionalmente investido no poder de jurisdição tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional e não a simples faculdade. Não pode recusa-se a ela, quando legitimamente provocado, nem pode delegar a outros órgãos o seu exercício” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.45).

Portanto, como a prestação da jurisdição é um dever do Poder Judiciário e como foi proibido aos particulares, por si só, realizarem a solução dos conflitos nos quais se vêem envolvidos, a recusa na prestação jurisdicional configura perversa omissão inconstitucional, já que a solução dos conflitos nunca seria alcançada, prejudicando-se a almejada pacificação social.

Veja que a omissão na prestação jurisdicional é mais do que inconstitucional, ela contraria o próprio fundamento do Estado. Ora, o monopólio da jurisdição remonta à própria formação do Estado, enquanto ente organizado, isto é, deriva diretamente do pacto social, sendo a Constituição o instrumento democrático no qual esse dever é selado.

2.2.1.1 Formas de descumprimento do dever de prestação jurisdicional

Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p.364-365), em relação ao judiciário, “a mais importante omissão, ou seja, a mais grave, é sem dúvida a denegação da justiça, podendo advir também do retardamento dos casos levados a sua apreciação”.

Como se vê, a denegação da justiça é a principal forma de omissão judicial. A denegação da justiça pode se dar por várias razões, dentre elas a ausência proposital de prestação de qualquer medida judicial e a morosidade no julgamento das causas. Atentar-nos-emos, principalmente, neste estudo, em relação à ausência, senão proposital, pelo menos consciente, de prestação de qualquer medida judicial.

São vários os motivos que podem ensejar a inconstitucionalidade por ausência de prestação judicial. Dentre esses motivos, podemos citar: [a] a criação de entraves que impedem que o cidadão provoque a atividade jurisdicional; [b] o demasiado e excessivo apego às questões processuais ou secundárias (questões formais) que prejudicam o julgamento da matéria submetida a análise; [c] a negação consciente da proclamação de um resultado, pelo órgão judicial colegiado, mesmo quando já apreciada a questão posta sob análise.

Veja que as duas primeiras formas de inconstitucionalidade por ausência de prestação judicial se aplicam a qualquer juízo ou tribunal. Por outro lado, a última forma somente se aplica ao órgão judicial colegiado.

Com efeito, qualquer órgão judicial pode impedir ou dificultar o acesso dos jurisdicionados à tutela jurisdicional, mas se assim o fizer estará incorrendo em inconstitucionalidade, pois estará ferindo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que consagra a garantia de provocação da Jurisdição.

Por outro lado, qualquer órgão judicial pode se apegar às questões formais, ao invés de decidir a matéria posta sob sua análise, mas neste caso também estará incorrendo em inconstitucionalidade, pois estará negando a prestação da jurisdição.

Agora, somente o órgão judicial colegiado pode deixar de proclamar o resultado de um julgamento. Ora, como o órgão judicial colegiado é composto de vários membros, a proclamação do resultado do julgamento dependerá dos termos e condições acordados pela maioria dos membros do colegiado.

Veja que o órgão judicial colegiado, pelo menos aqui no Brasil, sempre é composto por um número ímpar de julgadores. A título de exemplificação, podemos citar o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, que é composto por 11 ministros³ (artigo 101 da Constituição Federal Brasileira de 1988). Sendo assim, admitindo uma composição completa do órgão judicial colegiado, não há problemas em se proclamar o resultado, pois para isso basta que a maioria dos julgadores acorde em determinado sentido.

³ Ministro é a designação dada, pela Constituição Federal Brasileira de 1988, aos juízes integrantes dos Tribunais Superiores brasileiros. São cinco Tribunais Superiores: o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do poder Judiciário Brasileiro; o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar.

Entretanto, existem determinadas situações excepcionais em que o órgão colegiado não está em condição satisfatória de realizar um julgamento efetivo, mas mesmo assim lhe é exigido a manifestação sobre determinada matéria. Dentre estas situações excepcionais podemos citar, por exemplo, a ausência, justificada ou não, de um julgador componente do colegiado.

Nestas ocasiões, há uma agravante variável, pois é possível que, ante estas situações excepcionais, como a ausência de membros, não se consiga maioria suficiente para se proclamar um resultado, seja ele qual for. Neste caso, embora o tribunal tenha debatido a questão posta sob análise, não seria possível, a princípio, a proclamação de um resultado.

É neste sentido que se poderia falar em critérios de desempate. Os critérios de desempate serviriam para se superar determinado impasse, permitindo que o colegiado proclame um resultado, prestigiando-se a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva.

No Brasil, é muito comum os tribunais formularem critérios de desempate. Estes critérios se encontram, de regra, nos respectivos regimentos internos dos tribunais.

Portanto, nota-se, então, que o órgão judicial colegiado (tribunal) possui peculiaridades próprias, razão pela qual o modo de funcionamento destes órgãos deve estar previsto em alguma espécie normativa. No Brasil, estas regras de funcionamento estão previstas nos regimentos internos dos tribunais.

Por exemplo, pela Resolução n. 450, de 3 de dezembro de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal Federal alterou o Regimento Interno deste Tribunal, ao criar uma nova classe processual, denominada Recurso Extraordinário com Agravo⁴.

Observa-se que o regimento interno do Supremo Tribunal Federal não disciplina apenas regras de funcionamento, mas também critérios de desempate. Dentre estes critérios de desempate podemos citar, por exemplo, a regra prevista no artigo 205, parágrafo único, II5, que dispõe que no

4 Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. DJ eletrônico, Edição Extra, em 7/12/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2010.pdf> Acesso em: 23/12/2010.

5 Art. 205. Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, julgará o pedido.
Parágrafo único. O julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo

juízo do mandado de segurança, havendo votado todos os ministros, mas não tendo sido alcançada a maioria, prevalecerá o ato impugnado.

Vê-se, então, que o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, órgão cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, responsável pela guarda da Constituição, assemelha-se a um Código de Processo Constitucional, pois determina as regras de funcionamento de nossa Jurisdição Constitucional.

Entretanto, entende-se o Código de Processo Constitucional como uma norma mais ampla que o regimento interno de qualquer tribunal. Por Código de Processo Constitucional entende-se o conjunto de leis e normas que disciplinam o processo de controle de constitucionalidade; o processamento das ações constitucionais de garantia, sejam estas individuais ou coletivas; o processamento dos recursos constitucionais; bem como assuntos relacionados a qualquer outra questão de cunho jurídico-constitucional.

Nota-se, assim, que enquanto o regimento interno do tribunal cinge-se, principalmente, a questões atinentes ao seu funcionamento, o Código de Processo Constitucional representaria um conjunto normativo necessário à disciplina de relevantes questões de cunho jurídico-constitucional.

3 ESTUDO DE UM CASO CONCRETO: AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE UM DOS JULGADORES DO ÓRGÃO COLEGIADO

No Brasil, em 04 de junho de 2010, foi promulgada a Lei Complementar nº 1356, a qual recebeu o nome de Lei da Ficha Limpa, pois criou uma série de hipóteses de inelegibilidades, impedindo-se que pessoas de passado criminal descuidado, ou incompatível com a vida política, pudessem se eleger para cargos políticos.

Promulgada a referida Lei Complementar, criou-se uma séria dúvida se aquela norma já se aplicaria para as eleições que ocorreriam em outubro de 2010, ou se somente poderia ser aplicada nas próximas eleições. Diante da polêmica, em 22 de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, por meio de um recurso extraordinário (recurso constitucional),

Tribunal Federal ou do Conselho Nacional da Magistratura será presidido pelo Vice-Presidente ou, no caso de ausência ou impedimento, pelo Ministro mais antigo dentre os presentes à sessão. Se lhe couber votar, nos termos do art. 146, I a III, e seu voto produzir empate, observar-se-á o seguinte:
II – havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado.

6 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 23/12/2010

interposto por Joaquim Roriz, iniciou o julgamento para determinar se aquela Lei teria ou não aplicabilidade imediata para o pleito de 2010.

Joaquim Roriz teria sido enquadrado por uma das hipóteses de inelegibilidade criada pela Lei Complementar nº 135. Sendo assim, tendo o registro de sua candidatura indeferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, recorreu ao Supremo Tribunal Federal, para que este declarasse que a referida Lei não se aplicava a ele.

A discussão no Supremo Tribunal Federal foi acirrada, sendo que 5 ministros votaram pela aplicabilidade imediata da Lei Complementar nº 135, ao passo que os outros 5 ministros entenderam que a lei somente poderia ser aplicada no próximo pleito eleitoral.

Diante disto, uma situação inusitada estava instalada. Isso porque, embora o Supremo Tribunal Federal seja composto de 11 ministros, um de seus membros se aposentou no dia 02 de agosto de 2010, sendo que até então esta vaga ainda não tinha sido preenchida, por inércia do Presidente da República, pois a este cabia a nomeação do novo membro, mas ainda não tinha cumprido este dever constitucionalmente imposto.

Sendo assim, depois de longas horas de debate acalorado, os ministros do Supremo Tribunal Federal começaram a decidir qual seria o critério de desempate.

Alguns ministros propuseram a aplicação analógica, ao caso, do artigo 205, parágrafo único, II, do regimento interno do tribunal (já citado anteriormente), caso em que prevaleceria o ato impugnado, qual seja a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, pois não se havia formado maioria necessária a desconstituí-la.

Outros ministros propuseram que o Presidente do Tribunal proferisse voto de qualidade, isto é, desempatasse a votação, acabando com o impasse que outrora se formara.

Entretanto, neste caso, prevaleceu o entendimento de que o julgamento deveria ser adiado, pois impossível era a formação da maioria para a proclamação de qualquer resultado. Neste sentido, o julgamento ficaria adiado até as vésperas da eleição, momento em que se o Presidente da República ainda não tivesse nomeado um novo ministro, os ministros iriam novamente se reunir para a proclamação de um resultado.

Com esta triste decisão, o Supremo Tribunal Federal, muito embora alertado por Marco Aurélio de Mello, um de seus componentes, deixou de prestar a jurisdição, incorrendo em manifesta omissão inconstitucional, pois deixou, conscientemente, de prestar a jurisdição ao caso que lhe foi submetido, pelo fato de que o Tribunal não chegou a um consenso quanto ao critério de desempate.

Em razão desta situação, qual seja o adiamento do julgamento do recurso, Roriz desistiu do mesmo, no dia 24 de setembro de 2010. Diante da desistência, no dia 29 de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou extinto o recurso, por perda do objeto.

Veja que podemos tirar importantes lições do caso. Entretanto, embora sejam várias as lições, abordaremos somente aquela que se refere à necessidade da elaboração de um Código de Processo Constitucional.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha um regimento interno, e muito embora este se assemelhe a um Código de Processo Constitucional, aquele não substitui este. Ora, o regimento interno de um tribunal é elaborado de acordo com as experiências de seu funcionamento. Isso significa que este ato normativo não se pretende ser geral, nem mesmo abstrato. É por esta razão que o regimento interno não pode ser considerado como substituto de um Código de Processo Constitucional.

Nota-se que se houvesse um Código de Processo Constitucional, entendido como norma vinculante, abstrata e geral, cujos dispositivos tenham sido elaborados de forma cuidadosa, de modo a abranger a maioria das situações possíveis a ocorrer no julgamento por um órgão colegiado, talvez a jurisdição tivesse sido efetivamente prestada no caso narrado.

É claro que não se está a dizer que tal Código preveria toda e qualquer situação passível de ocorrer, até mesmo porque a noção de completude do ordenamento jurídico já se perdeu no tempo. Entretanto, poder-se-ia positivizar regras de colmatação de lacunas, tais como a analogia. Então, por exemplo, poder-se-ia disciplinar que na ausência de critério/norma aplicável, dever-se-ia, então, utilizar a analogia, para que a resposta jurisdicional fosse efetivamente dada.

Veja que se tal regra estivesse disciplinada num Código de Processo Constitucional, então, no caso narrado, uma resposta judicial teria sido dada ao jurisdicionado Roriz, pois, fatalmente, ter-se-ia que acolher a proposta de aplicação analógica de outro dispositivo do regimento interno do tribunal.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos concluir que a Constituição, fundamento de validade do sistema, é dotada de uma normatividade máxima, da qual decorre a sua característica de ser suprema. Neste sentido, toda a ordem jurídica deve se conformar com os seus preceitos.

O Poder Judiciário, por ser um órgão integrante do Estado, também deve se orientar de acordo com os mandamentos constitucionais. E o principal dever constitucionalmente imposto ao órgão judicial é o dever de julgar, isto é, o dever de prestar a jurisdição.

Sendo assim, o Poder Judiciário pode incorrer em omissão inconstitucional, quando descumpre, conscientemente, o seu dever de julgar. Esse descumprimento pode se dar: pela criação de empecilhos à provocação da jurisdição; pelo apego às questões meramente formais; ou pela não proclamação do resultado do julgamento, nos órgãos colegiados.

Quanto a esta última forma, existem determinadas situações excepcionais em que o órgão colegiado não está em condição satisfatória de realizar um julgamento efetivo, mas mesmo assim lhe é exigido a manifestação sobre determinada matéria. Dentre estas situações excepcionais podemos citar, por exemplo, a ausência, justificada ou não, de um julgador componente do colegiado.

Nestas ocasiões excepcionais, é possível que não se consiga maioria suficiente para se proclamar um resultado, seja ele qual for. Neste caso, embora o tribunal tenha debatido a questão posta sob análise, não seria possível, a princípio, a proclamação de um resultado. É neste sentido que se poderia falar em critérios de desempate. Os critérios de desempate serviriam para se superar determinado impasse, permitindo que o colegiado proclame um resultado, prestigiando-se a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva.

E estes critérios de desempate, dentre outras questões constitucionais, deveriam estar cuidadosamente disciplinados num Código de Processo Constitucional, entendido como um conjunto normativo que regulamenta questões jurídico-constitucionais relevantes.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. rev. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 135. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: Julgamento do recurso de Roriz no STF deverá ser retomado na sessão desta quinta-feira (23). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=162192>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: STF extingue processo sobre pedido de registro de candidatura de Joaquim Roriz. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=162758>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <[://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2010.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2010.pdf)>. Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2 ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5 ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Normas Constitucionais pragmáticas: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. 1 ed.; Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 31 ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2005.

GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito [tradução João Baptista Machado]. 6 ed.; São Paulo, Martins Fontes, 1998.

ROSA, André Vicente Pires Rosa. Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31 ed., rev. e atual.; São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1, 48 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

IX

LOS PROBLEMAS PROCESALES EN LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Por: Anibal Quiroga León

Profesor Principal y ex Editor General de la Revista Derecho-PUC en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT (Roma, 2002). Ex Codirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en ejercicio.

"Has la pregunta incorrecta y recibirás la respuesta incorrecta. Este es el problema que se plantea hoy el grueso de las teorías Constitucionales en boga, las cuales, de hecho, constituyen Una cantidad considerable -(...) que circundan alrededor del mismo Interrogante erróneo: 'Cuando la Corte Suprema interpreta la Constitución, ¿Cómo puede asegurar que u interpretación sea Incuestionablemente legítima?'- Sin embargo, todas las corrientes Teóricas constitucionales contemporáneas giran en torno a este Interrogante sólo porque parte de la premisa de que la Corte es el Órgano final con potestad para interpretar la Constitución. Inevitablemente, de esta premisa surge la exigencia de un fundamento Incuestionable para la interpretación judicial: (...) Robert Jackson, Juez de la Corte Suprema, dio a entender con agudeza que la Corte no era el órgano final en este tema por ser infalible, sino que era infalible precisamente por ser el órgano final"

Brown V. Allen
344 U.S., PP.443,540 (1953)
(Voto en concurrencia)
Constitucion y conflicto
Robert A. Burt

SUMARIO

1. Los precedentes vinculantes del tribunal constitucional, 2. Principios constitucionales, principio pro-hómine o pro libertatis, Principio de progresividad, principio del stare decisis, el leading case, el overruling, el self restraint. 3. El control difuso o revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, 4. La problemática de las medidas cautelares o la suspensión del acto reclamado en la jurisdicción de la libertad, 5. La represión de los actos homólogos

1. LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución, en un modelo post-constitucionalista, ha dejado de concebirse tan sólo como un marco retórico, como una mera declaración de principios y postulados, y ha pasado a formularse como una realidad normativa y efectivamente vinculante para sus destinatarios: el poder político y los particulares.⁽¹⁾

Así, la norma constitucional se posiciona en la cúspide del ordenamiento jurídico del estado y pasa así a ser norma suprema, conforme a la teoría kelseniana, de la cual se deriva también la formulación e implementación del Tribunal Constitucional como máximo órgano del control constitucional concentrado.

Los contenidos de la Constitución, sobre todo los referidos a los derechos fundamentales, se expanden a todo el Ordenamiento Jurídico conforme a la aplicación de los principios **pro-hómine, pro-libertatis, in favor processum y de progresividad**. Por ello, la Constitución debe ser concretada y determinada en sus mandatos abiertos y generales a fin de permitir su eficacia en casos concretos.

Las determinaciones o concretizaciones de las normas constitucionales debe ser el resultado de un previo proceso argumentativo, de una adecuada fundamentación interpretativa que debe exhibir el Tribunal Constitucional como su principal actividad. Al ser la Constitución un orden abierto a los valores, es necesario definir y ordenar la interpretación constitucional que debe prevalecer.

El Tribunal Constitucional cuenta, sin duda alguna, con una posición preferente respecto de la interpretación constitucional. Esto genera la necesaria vinculación de todos los poderes públicos y de los particulares en el sistema jurídico general a la jurisprudencia preferente del Tribunal Constitucional que deviene así en precedente vinculante.

1 () CASTILLO CORDOVA, Luis.- El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial; Palestra Eds., Lima, 2008. Ver también; CASTILLOS CORDOVA, Luis y CASTILLO ALVA, José Luis.- El precedente judicial y el precedente Constitucional; ARA EDS., Lima, 2008.

CASTILLO CÓRDOVA ⁽²⁾, conforme el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que el precedente en los procesos constitucionales significa que ante una sentencia con fundamentos o argumentos jurídicos y con un fallo en un sentido determinado, obliga a resolver los futuros casos semejantes según los términos de esa primera sentencia. El precedente que pueda configurar las sentencias del Tribunal Constitucional vincula tanto a los jueces y magistrados del Poder Judicial, como así mismo en los casos semejantes que en el futuro tengan que resolver, salvo se trate de un apartamiento de su línea jurisprudencial.

Sin embargo, no cualquier resolución del Tribunal Constitucional adquiere la calidad de precedente vinculante, ya que para que una Sentencia el Tribunal Constitucional pueda ser considerada como tal, cuando menos debe de cumplirse los siguientes dos requisitos:

- En primer lugar, debe tratarse de una decisión del Tribunal Constitucional que tenga pronunciamiento sobre el fondo, es decir, que la demanda constitucional no haya sido declarada improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad; y,
- En segundo lugar, así deberá expresarlo la Sentencia misma; élla deberá expresar que se está creando un precedente de obligatorio cumplimiento.

Creado el precedente, este no tiene por qué durar para siempre. De hecho el Tribunal Constitucional podrá desvincularse de él, pero para que ello ocurra la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que éstas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente sólo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí –y en plena aplicación del precedente vigente- los magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando.

En efecto, el Art. VII del Código Procesal Constitucional regula la figura del precedente vinculante. En él, básicamente, se hacen dos previsiones: por un lado, se establece que el Tribunal Constitucional puede fijar en sus sentencias precedentes vinculantes; por otro, se prevé que para apartarse de uno de estos precedentes dicho Tribunal debe expresar las

2 (CASTILLO CÓRDOVA, Luis.- *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 92.

razones que le lleven a ello. Se entiende que los efectos del precedente vinculante son similares a una ley, lo que resulta una afirmación imprecisa que confunde la vinculación general con efectos *erga omnes*. La doctrina ha vinculado esta figura con la tradición inglesa de *stare decisis*, que da vocación normativa a las decisiones judiciales, y con la problemática de la *ratio decidendi*, o sea, de la parte de las sentencias que presenta carácter vinculante por ser los elementos de razonamiento que sustentan el fallo. La previsión del Código se valora positivamente al entender que se evita la inseguridad a la hora de identificar la *ratio decidendi*. Así, el Tribunal Constitucional determina qué es lo que vincula a los órganos inferiores.

Sin embargo, resulta poco claro. En primer lugar, el principio del *stare decisis* se aplica en un contexto jurídico muy diferente, por lo que buscar un sucedáneo en el precedente vinculante –*ratio decidendi*. Se ha dicho que gracias a aquel el Tribunal Constitucional es el que fija “qué fundamento, principio, aforismo o tan sólo criterio contenido o emanado de la sentencia, tiene la calidad de *ratio decidendi*. Ello, no debe interpretarse como una identificación entre lo que es *ratio decidendi* y precedente vinculante porque puede haber elementos del razonamiento que sean *ratio decidendi* y precedente vinculante porque puede haber elementos del razonamiento que sean *ratio decidendi* y que no sean declarados por el Tribunal Constitucional precedentes vinculantes. El concepto de uno y otro es distinto aunque sus consecuencias se aproximen: un argumento con la calidad de *ratio decidendi* es aquel que sustenta la argumentación que lleva a determinada decisión final en la sentencia; en cambio, el precedente es una parte de la sentencia que el citado Tribunal declara como tal. En este sentido, la *ratio decidendi* es una cuestión de fondo y el precedente vinculante de forma. La aproximación viene por las consecuencias: el precedente vinculante se impone por la exigencia del Art. VII del Código Procesal Constitucional, mientras que el argumento que es *ratio decidendi* se impone por convención doctrinal y jurisprudencial.

Lo que no presenta tantos problemas interpretativos es la parte final del Art. VII del Código, que obliga al Tribunal Constitucional a dar las razones que le lleven a apartarse de un precedente. La seguridad jurídica y el principio de igualdad exigen semejante solución.

También se ha dicho que esta figura está pensada especialmente para “los procesos que defienden derechos fundamentales o están vinculados a ellos (hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento) y no en los destinados al control de la constitucional abstracto (como es la inconstitucionalidad o la acción popular). Se entiende que la inconstitucionalidad de la ley o reglamento en estos últimos, de ser estimatorios, la elimina del mundo jurídico, y en consecuencia, no

puede ser utilizado como un precedente. En realidad, la previsión legal no permite interpretar tal extremo. En el fondo, también se reconoce lo mismo: Pero en estos casos (de inconstitucionalidad de una ley), se pueden extraer principios de la *ratio decidendi* aplicables a casos futuros. Sin duda, las argumentaciones realizadas en un proceso abstracto de inconstitucionalidad perfectamente pueden servir para dar contenido a un precedente vinculante.

Ahora bien, el precedente vinculante en el Perú “vincula” en virtud de la previsión legal del mismo. No obstante, no se precisa ante qué tipo de vinculación nos hallamos. Parece que en alguna ocasión se conecta con la idea propia de la vinculación de las sentencias constitucionales y, en otras, incluso con el efecto *erga omnes*, que es una cuestión diferente. (3)

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La labor del Tribunal Constitucional se ha definido dentro de los siguientes principios esenciales:

Principio Pro-Hómine o Pro Libertatis.

La facultad que tiene el juez de decidir a favor de la admisión de la demanda o de la continuación del proceso, en aquellos casos en los que tenga una duda razonable respecto de si se está ante un caso de improcedencia de la demanda o de conclusión del proceso. Es necesario que exista la certeza de que el proceso constitucional no va más para recién poder declarar su conclusión. La menor sospecha de que debe continuar, obliga al juzgador a proseguir el proceso. Según PÉREZ LUÑO (4) esta opción a favor de la libertad ha tenido en la doctrina y la jurisprudencia una proyección ambulante, al traducirse en posiciones hermenéuticas de orientación conservadora o progresista de la normativa constitucional. En efecto, el principio in dubio pro libertate puede considerarse como la versión europea, especialmente germana, de la denominada “doctrina del primado de la libertad” (preferid freedom doctrine) elaborada por la Supreme Court norteamericana fundamentalmente para frenar iniciativas públicas de interés social o colectivo en base a la intangibilidad o a la valoración preferente de los derechos de autonomía individual y de su proyección económica.

3 () FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio.- El precedente vinculante en la justicia constitucional peruana. A propósito de la Sentencia del Exp. N° 3362-2004-AA/TC, En: *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, Ed. Grijley, 2010, p. 172-174.

4 () PÉREZ LUÑO, Antonio.- *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1995, Quinta Edición, p.315-316.

También respecto al alcance hermenéutico de este principio resulta decisiva la perspectiva teórica de los derechos fundamentales desde que se le enfoca. La teoría positivista, estrechamente vinculada a los presupuestos ideológicos del Estado liberal de Derecho, ha propiciado una interpretación del principio in dubio pro libertate de marcado signo individualista y dirigida a la defensa del statu quo económico. Por el contrario, las teorías de los valores, institucional, así como la iusnaturalista crítica, acogen o reformulan este principio desde premisas contrapuestas, al contemplarlo como una consecuencia de la fuerza expansiva del sistema de los derechos fundamentales, integrado por normas finalistas con vocación de irradiar todo el ordenamiento jurídico; a la vez que establecen una continuidad entre este principio y el de efectividad de los derechos fundamentales (Grundrechtseffektivität), es decir, de la tendencia ínsita en el sistema de los derechos fundamentales de potenciar su eficacia en todos los ámbitos de la experiencia social y política. A partir de estas interpretaciones el principio in dubio pro libertate tiende a ampliarse en el postulado favor libertatis, o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucionales como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto. Ello implica reemplazar la interpretación estática y defensiva de dicho principio, por su caracterización positiva y dinámica. Supone, al propio tiempo, contemplar el sistema de los derechos y libertades fundamentales como un todo unitario. Lo que obliga al intérprete a no considerar cada uno de los derechos fundamentales como un compartimento estanco dotado de una lógica propia y un sentido autosuficiente, sino como un elemento de un sistema unitario que expresa una estructura coherente y jerarquizada en función de los valores que lo informan.

Principio de Progresividad.

En la medida que la existencia de los derechos humanos, no dependa de su reconocimiento por parte del Estado, hay siempre la posibilidad de ampliar el catálogo hacia situaciones aún no protegidas por la Constitución o los tratados. Así se aplica la aparición de las sucesivas generaciones de derechos humanos. La manifestación del carácter progresivo de los derechos se encuentra reconocida en el Art. 3° de la Constitución, a veces denominada en la doctrina como cláusula reconocedora de derechos implícitos. Conforme BUSTAMANTE ALARCÓN (5), la progresividad de los derechos fundamentales consiste en el perfeccionamiento o evolución que gradualmente experimentan –y

5 () BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.- *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. ARA Editores, 2001, p. 111-113.

que deben seguir experimentando- los derechos fundamentales, tanto en su número como en su contenido, con la finalidad de garantizar mejor el status jurídico de sus titulares y contribuir de una manera más eficaz al logro de una sociedad libre, reconciliada y justa. Su justificación no sólo se encuentra en el anhelo de lograr esa finalidad, sino en el propio sustento de los derechos fundamentales: la dignidad del ser humano. En efecto, si ésta es el fundamento y valor supremo de todo ordenamiento jurídico político y si la persona humana es el principio y fin de la sociedad y del Estado, no es extraño que la doctrina, los instrumentos internacionales, la jurisprudencia, las cartas fundamentales y la demás legislación interna, busquen perfeccionar y extender, a medida que se van sucediendo, el contenido y número de los derechos fundamentales en tanto son expresión directa de esa dignidad.

Principio del Stare Decisis.

La obligatoriedad del precedente, del que deriva la tesis del precedente vinculante, de raíz anglosajona. Conforme señala ITURRALDE SESMA (6), la doctrina de **stare decisis et non quieta movere** ha sido definida como una desición de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real. En un sistema basado en el **case law**, el juez debe tener en cuenta las reglas y principios aplicados por los jueces; éstas no son (como en otros sistemas jurídicos) simplemente materiales que "puede" tener en consideración a la hora de tomar decisión. El hecho de que el sistema inglés sea ampliamente un sistema de case-law significa que la decisión del juez en un caso particular constituye un precedente.

El Leading Case.

El caso primero, es decir el caso a partir del cual se fija el precedente vinculante; el caso que constituirá el primer precedente en una materia y que jalonará a los demás;

6 () ITURRALDE SESMA, Victoria.- *El Precedente en el Common Law*, Editorial Civitas, 1995, p. 31-32.

El Overruling.

El caso en el cual de modo expreso se deja sin efecto un precedente vinculante, y se le sustituye por uno nuevo. El caso en que se quiebra un precedente vinculante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes.

El Self Restraint.

La labor de autocontrol que sobre sí ejerce un Tribunal de los Precedentes, que al no tener superior sobre sí que revise sus fallos por ser última o única instancia, debe de autocontrolarse a sí mismo a fin de ser coherente en la defensa de los Derechos Fundamentales y en el respeto a los principios esenciales de la Constitución.

3. EL CONTROL DIFUSO O REVISIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

El **Control Difuso** de la constitucionalidad de las leyes nace, como lo reconoce de modo la unánime y pacífica doctrina, como facultad pretoriana en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, con la célebre sentencia expedida en el caso **Marbury vs. Madison**, en una acción de **Writ of Mandamus**, bajo la presidencia del **Chief Justice John C. Marshall**; y en la cual se sentó el precedente vinculante (**stare decisis**) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de una **legislatura repugnante** y, como teoría fundamental, **nula e ineficaz** ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y, que por ello mismo, la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho (7).

El llamado **Sistema Difuso** o de **Judicial Review** de la constitucionalidad de las leyes, basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características: (i) una funcional; y, (ii) otra espacial. Por la primera, que se halla sistemáticamente ubicada como atributo constitucional **innominado** de toda Constitución escrita (8). Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente y siempre dentro del Capítulo del Poder Judicial (por

7 () FURNISH, Dale.- La "Revisión Judicial" ...; Op. Cit. p. 88. Allí se puede hallar la transcripción literal de la parte "más importante" de este célebre fallo. Se le puede encontrar completo en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* No. 2; Lima, 1988; pp. 100 y ss.

8 () Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía antes de 1803 en la Constitución de los EEUU y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica "creación" o "redefinición jurisprudencial" efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial. Ver FURNISH, Dale; Op. Cit. pp. 96 y 97.

eso la denominación de **sistema difuso**, esto es, atributo **distribuido** o **difundido** entre todos los órganos del Poder Judicial, es decir, solo entre los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice **difuso** por que no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difuminado, difundido entre todos los Jueces del Poder Judicial. Como atributo constitucional no es susceptible de **transvase** por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado.

Por la segunda, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y sólo con efectos **inter-partes** y mediante declaración judicial de **inaplicación**, sólo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial.

Esto es, no cabe duda que el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, sólo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible ⁽⁹⁾. Así aparece de modo uniforme entre nosotros en la lectura sistemática los Arts. 8 de la LOPJ(D) de 1963, 236 de la

9 () Dice Dale Furnish: "La potestad de la Corte Suprema de los EEUU es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. (Con el curso del tiempo) (...) la Corte ha (auto) establecido que ciertas reglas incontrovertibles que (auto) limitan su función de revisión judicial (Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la judicial review (...); sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esa limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables). Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la Judicial Review. A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte Considerará con respecto a una ley; (...) B) Se requiere un "caso o controversia" auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso (La Corte (...) no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias. (...) Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. (...) Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema); (...) C) La Corte Suprema no intervendrá en una "cuestión política" (esto es, en actos no judiciales); (...) y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso (...). FURNISH, Dale.- Op. Cit. pp. 90 a 96. Respecto de la necesidad de un "caso concreto" ver: BLUME FORTINI, Ernesto.- *El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución; en: Pensamiento Constitucional* No. 3, Año III, F.Ed. PUC del Perú; Lima, 1996.

Constitución de 1979(D), 138, 2da. parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14 del vigente TUO de la LOPJ, VI del Título Preliminar y 3° del Código Procesal Constitucional.

Esto quiere decir que la justicia constitucional o el control constitucional determinados bajo el esquema o modelo anglosajón de la **judicial review** es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva en tanto sólo se puede dar dentro de un proceso que contenga un conflicto subjetivo de interés adversos. Subsidiaria porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria o constitucional de los Tribunales de Justicia, y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional. Residual, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está añadida a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al **caso concreto, interpartes**, nunca le puede relevar de su función de hacer **reparto o distribución de los bienes jurídicos tutelados** -cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de éstos- materia de la controversia judicial. Y subjetiva, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de **contralor concreto de la Constitución** sólo parte -como fuente- de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario.

Esto define a la justicia constitucional americana como una **justicia subjetiva** porque es el derecho de los sujetos, su derecho subjetivo concreto, determinado y determinable en un proceso de controversia real -con una actuación en una realidad determinable-, el que servirá de base esencial y de sustento del examen de constitucionalidad. No le corresponderá, entonces, a un examen teórico o abstracto. Por el contrario, como puede ser apreciado con facilidad, la justicia constitucional concentrada, o ad-hoc, bajo el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior ya que no puede ser subjetivo, sino fundamentalmente abstracto. Son entonces conceptos antitéticos, hasta opuestos.

Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del Siglo pasado e inicios de la presente Centuria (la doctrina francesa la llegó a denominar la **dictadura de los jueces** aludiendo a su no legitimación directa), y que se hacen sobre la base de metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de la una sobre la otra, ni viceversa; simplemente cabe enunciar sus diferencias objetivas.

Mientras aquélla es subjetiva, esta es abstracta puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna, ni se hace en sede judicial. Mientras aquélla es para el caso concreto, esta es **erga omnes**. Mientras aquélla está difuminada entre todo el sistema judicial, con todas sus variantes, ésta se halla concentrada en un sólo órgano expresa y específicamente diseñado en la Constitución. Mientras aquélla surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad, la realidad que enmarca su proceso judicial, ésta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma dubitada.

Si lo anterior es así, cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede, ni debe, ejercer la **judicial review** cuando conoce de una acción directa y abstracta de inconstitucionalidad de las leyes, por aquella pertenecer (la **judicial review**) a la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme a la segunda parte del Art. 138° de la Carta Constitucional, inequívoca y sistemáticamente situada dentro del Capítulo dedicado a la estructura del Poder Judicial (lo que la Constitución **reserva** expresamente para un órgano, veda implícitamente para otro).

Por otro lado, queda claro a la luz de la doctrina más esencial del Derecho Constitucional, que las competencias constitucionales no se pueden analogizar, ni extender, pues deben ser taxativas y son excepcionales -ver el principio general del derecho contenido en el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil-. De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial ¿No se consagraría peligrosamente con ello el precedente que la sagrada y exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualesquiera otro órgano del Estado aunque no esté designado por la Constitución para ello?

Finalmente, es deber racional reconocer que la doctrina del Tribunal Constitucional en la Justicia Constitucional Ad-Hoc o Concentrada es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución, en tanto que el control constitucional del Poder Judicial es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia moderna opta sin ambages por el sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o Ad-Hoc antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la **Judicial review** basada en el Poder Judicial, no siempre dispuesto o en aptitud de repetir el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotados de la ventaja comparativa que el sistema del **Stare Decisis**, o

de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el **Common Law** ⁽¹⁰⁾.

Sin embargo, se debe aclarar que lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la **Jurisdicción Negativa de la Libertad** (Art. 202°, Inc. 2 de la Constitución), dado que en dicha facultad expresa, pero excepcional por cierto, se implica el necesario control constitucional de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional, a condición de que hayan sido **denegadas** al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie **Recurso de Agravio Constitucional** (Art. 18° del Código Procesal Constitucional).

Ello significa que en la facultad excepcional de la **jurisdicción negativa de la libertad**, el Tribunal Constitucional realiza una extensión de la tarea judicial antes que una función de controlador de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En este caso, sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía sólo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo, y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la **jurisdicción negativa de la libertad** el Tribunal Constitucional sí tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la **Judicial Review** como derivación judicial (reconducción del Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar, con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de **autocontrol de sus poderes** o **self restraint** que ha caracterizado siempre la actividad y funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

Entonces, no hay actividad constitucional más opuesta que la **judicial review** y el **control concentrado de la constitucionalidad de las leyes**, por lo que es necesario determinar siempre con claridad y acierto sus fronteras. Pero al mismo tiempo, hay que establecer bien sus canales de contacto, sobre todo en un sistema como el peruano en donde confluyen ambos al mismo tiempo y en el mismo espacio constitucional (Arts. 138°, 2da. parte, y 201° de la Constitución) en lo que la doctrina constitucional peruana ha venido en denominar **sistema dual** o **sistema mixto** ⁽¹¹⁾.

10 () DE BERNARDIS, Luis Marcelo.- *La Garantía Procesal del Debido Proceso*; Bib. Universitaria de Derecho Procesal -Aníbal Quiroga León-Director-; Cult. Cuzco, Eds., Lima, 1995; p. 82 y ss.

11 () Ver QUIROGA LEON, Aníbal.- *Una aproximación a la Justicia Constitucional...*; Op. Cit. p. 180

Diríamos, con GARCIA BELAUNDE ⁽¹²⁾, que estos canales de contacto son, pues, básicamente dos: i) El control del Tribunal Constitucional sobre la labor del Poder Judicial en la denominada **Jurisdicción Negativa de la Libertad** a la que ya nos hemos referido; y, ii) En la vinculación constitucional que se estatuye por mandato del Art. VI, segundo párrafo, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respecto a la imposibilidad del Juez del Poder Judicial para hacer control difuso frente a un fallo desestimatorio del Tribunal Constitucional en una Acción de Inconstitucionalidad, donde la facultad de la **judicial review** judicial cede paso frente a la cualidad mayor y efecto mandatorio en cuanto a la interpretación constitucional de una decisión del Tribunal Constitucional, por mandato propio de la Constitución Política del Estado y por necesaria coherencia constitucional de nuestro sistema mixto de control constitucional.

Así, aparece de la Sentencia de fondo de 14 de noviembre de 2005, recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC⁽¹³⁾, en los seguidos por don Ramón Hernando Salazar Yarlénque contra la Municipalidad Distrital de Surquillo, sobre Acción de Amparo Constitucional, en que el Tribunal Constitucional estableció como **Precedente Vinculante**, a la luz de su interpretación constitucional, el que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene –en principio- la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los Arts. 38°, 51° y 138° de la Constitución.

Para ello, señaló entonces el Tribunal Constitucional, se deben observar los siguientes presupuestos: (i) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; y, (ii) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

El precedente vinculante fue finado del modo siguiente por el Tribunal Constitucional: ***“PRECEDENTE.- (...) 41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes: a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones***

y cita No. 72 referida a la posición del Dr. Domingo García Belaúnde, destacado constitucionalista.

12 () GARCÍA BELAUNDE, Domingo.- “Sobre la Jurisdicción Constitucional”, Op. Cit., P 27 y ss.

13 () Sentencia publicada en el diario oficial El Peruano el día 24 de octubre de 2006.

latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional; b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma; d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución; e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante; (...) 50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos: A) Regla Procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados. A) Regla Sustancial: Todo Tribunal u órgano Colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución. B) Regla Procesal: El Tribunal Constitucional,

de acuerdo con el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas. Regla Sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.”

Sin embargo, este Precedente Vinculante fue **“complementado”** mediante una Resolución Aclaratoria expedida exofficio, de 13 de octubre de 2006 ⁽¹⁴⁾, en que el Tribunal Constitucional acotó: **“RESOLUCIÓN DE ACLARACIÓN.- (...) 4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) todo Tribunal u órgano Colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)”**. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los Tribunales Administrativos u órganos Colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos Tribunales u órganos Colegiados Administrativos que imparten **“justicia administrativa”** con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados. (...) 7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los Tribunales Administrativos u órganos Colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los

14 () Conforme a la doctrina procesal, el recurso de aclaración de un fallo pertenece a la categoría de los medios ordinarios de impugnación, y su resultado –la resolución aclaratoria- forma parte jurídica de la sentencia original, formando un solo cuerpo o texto jurídico, y de ese modo debe ser interpretada, unitariamente.

administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 8. Que los Tribunales Administrativos y los órganos Colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (...) Determinar cuándo una ley es inconstitucional y llegar a establecer jurídicamente ya sea su inaplicación o su derogación, no le corresponde ni a la Administración Pública ni a los particulares. Existen otros órganos a los que se le ha atribuido esa potestad: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Nuevamente aparece el principio de la separación de poderes para reafirmar la exigencia constitucional que cada órgano del poder ejerza solo aquellas potestades (facultades y consecuentes deberes) que el constituyente haya decidido atribuirles”.

Esta Sentencia plantea la problemática de la supuesta atribución de la Administración Pública de la facultad de examinar la constitucionalidad de las normas dentro de procesos administrativos contenciosos y, consecuentemente, el poder de inaplicar aquellas que considere vulneran la Constitución en un caso concreto de justicia administrativa. En sustento de ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que: **“la Administración Pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no solo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional”** ⁽¹⁵⁾.

15 () Fund. 7mo. de la Sentencia original del Precedente Vinculante bajo análisis.

La consecuencia del reconocimiento del control de la constitucionalidad de las leyes a favor de la Administración Pública ha sido explicada por el Tribunal Constitucional en el hecho de que: **“Todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo”**.

A la respuesta del Tribunal Constitucional le siguen razones que pretenden actuar como sustento de ella. Así, la primera razón que el mencionado Tribunal Constitucional establece la encuentra en el Art. 138°, 2da. parte, de la Constitución Política del Estado. Según la interpretación de la Constitución del Tribunal Constitucional: **“si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del Art. 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial”** (16).

Si este dispositivo constitucional se interpretara de modo que el control difuso de la constitucionalidad ahí recogido se circunscribiera solamente a los jueces y, por ende, solo a los procesos judiciales, entonces – continúa diciendo el Tribunal Constitucional, no solo se desconocería **“determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica”**(17), sino que además se daría **“una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución”**(18).

La segunda razón la encuentra el Tribunal Constitucional en la llamada eficacia vertical de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales acompañan a su titular ahí donde este se localice. El hombre lleva sus derechos fundamentales cuando actúa como trabajador, como procesado, y –para lo que aquí interesa resaltar –cuando actúa como administrado. El poder político cuando actúe en relación con los particulares, debe respetar los derechos fundamentales de estos. Por eso, apela el Tribunal Constitucional a la eficacia de los derechos fundamentales señalando que: **“en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la Administración Pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye**

16 () Id.

17 () Id. Fund. 8vo de la Sentencia original.

18 () Id.

un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –eficacia horizontal–” (19).

Consecuentemente, si las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales obligan a la Administración Pública, esta no puede actuar de manera que vulnere esos derechos. De forma que si se encuentra vigente alguna ley que vulnera algún derecho fundamental, la Administración debe estar en posición de poder evitar esa vulneración, lo cual se lograría reconociendo ***“el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley”*** (20), es decir, reconociéndoles el derecho–deber de realizar el control difuso de la constitucionalidad.

Una tercera razón es ubicada en la significación actual del principio de legalidad en sede administrativa. Si anteriormente ***“la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce”*** (21).

A partir de aquí, concluye el Tribunal Constitucional, el derecho y el deber de los Tribunales Administrativos y órganos Colegiados ***“de realizar el control difuso –dimensión objetiva–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –dimensión subjetiva–”*** (22).

Y, al fin, una cuarta justificación la encuentra el Tribunal Constitucional en el ordenamiento constitucional chileno, en el cual se admite que ***“un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa”*** (23).

Pero, como se sabe, en un sistema en el que la Constitución está llamada a ser el fundamento básico del estado de Derecho, el

19 () Id. Fund. 10mo de la Sentencia original.

20 () Id. Fund. 11mo de la Sentencia original.

21 () Id.

22 () Id

23 () Id. Fund. 13mo de la Sentencia original.

Fundamento Republicae y la **Lex Superior**, que sostiene, irradia y vincula por entero al sistema jurídico en que se halla inserta; en un sistema en el que la Constitución es un orden valorativo en el que se advierte **“el carácter sumamente suscito y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional”** ⁽²⁴⁾, resulta necesitado de concreciones y determinaciones, la labor de la suprema interpretación de la Constitución debe caracterizarse no solo por su prudencia, sino también por el hecho que sus decisiones jurisprudenciales no deben ser el resultado de una tesis singular, sino de consenso, y estar destinadas a crear el mayor consenso posible en la sociedad en general, y en el mundo jurídico (académico y judicial) en particular.

No es posible realizar una adecuada y duradera labor de **“ordenación y pacificación”** sin ese consenso necesario o con un consenso estrecho o fundado en bases endebles. Y qué duda cabe que ningún consenso es posible sin la debida y correcta fundamentación. De modo que si el Tribunal Constitucional es el encargado de establecer (determinar) lo que la Constitución vale, entonces las razones que debe emplear para sustentar una concreta determinación de algún dispositivo constitucional deben gozar de la mayor razonabilidad posible ⁽²⁵⁾, de manera que genere el mayor convencimiento posible necesario para el mayor consenso posible ⁽²⁶⁾.

Sin embargo, aparece con evidencia que las razones que ha fundamentado en este caso el Tribunal Constitucional, no solo carecen de la suficiente fuerza jurídica como para crear el consenso deseado, sino que adolecen de una serie de deficiencias y puntos débiles que son precisamente el inicio de su crítica y su necesaria reformulación. La cuestión que resuelve el Tribunal Constitucional consiste, en determinar si el control difuso que la historia constitucional, la doctrina procesal constitucional y la Constitución reconoce de modo exclusivo y excluyente sólo al Poder Judicial, puede ser extendida o analogizada hacia los órganos Colegiados y Tribunales de la Administración Pública del Poder Ejecutivo. Esto es, si el Tribunal Constitucional puede, por vía de la interpretación de la Constitución, alterar el texto expreso de la Constitución, darle un sentido verdaderamente opuesto a su literalidad, si le asiste una función de “poder constituyente” además de ser “poder constituido” y si una facultad constitucional, que es

24 () ALEXY, Robert. *“Los Derechos Fundamentales en el Estado constitucional democrático”*. En: CARBONELL, Manuel. *“Neoconstitucionalismo(s)”*, Editorial Trotta, Madrid 2003. Pág. 35.

25 () BERNAL PULIDO, Carlos. *“El derecho de los derechos”*. Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, 2ª reimpresión, Bogotá 2005. Págs 62 - 65

26 () ALEXY, Robert. *“La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional democrático”*. En: *Derechos y Libertades*, N° 8, 2000. Pág. 41

de orden público-constitucional, puede ser interpretada extensivamente hacia otro orden constitucional no expresamente previsto.

Como ya se ha visto, el control difuso en el derecho comparado, nació en 1803 en la Suprema Corte Federal de los EEUU (vértice superior de todo el Poder Judicial en los EEUU), pertenece al Poder Judicial en el derecho comparado, y en el derecho comparado sólo ha tenido auge y difusión dentro del Poder Judicial. No hay precedente comparado en que se haya extendido el control difuso a la justicia administrativa o a la administración pública.

En el Perú, desde su nacimiento formal (1963) su ámbito de aplicación ha sido sólo el Poder Judicial (de hecho, fue concebido por primera vez en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial(D) de 1963, fue reiterado en el actual TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en vigencia, fue reiterado en el Art. 236° de la Constitución de 1979(D), y lo mismo ha pasado en el texto expreso de la actual Carta Constitucional en vigencia (Art. 138°, 2da. parte). De hecho, la norma jurídica más reciente que la contiene expresamente, que es el Código Procesal Constitucional, y que se refiere a esta facultad (Arts. VI del Título Preliminar y 3°) sólo tienen como destinatario al Juez del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional – excluyendo a la Administración Pública- como se puede ver de sus Arts. I, III y IV de su Título Preliminar ⁽²⁷⁾. ¿Cómo entonces se puede fundamentar que ello puede ser transvasado conceptualmente a la Administración Pública en sus Tribunales Administrativos o en sus órganos Colegiados?

Uno de los argumentos más débiles del Tribunal Constitucional, y que revela poca consistencia jurídica, radica en la alegación de que en la Constitución peruana no existe norma que prohíba que el control difuso pueda ser aplicado por orden distinto al Poder Judicial, para concluir, entonces, que válidamente puede ser ejercitado por un orden diferente al del Poder Judicial. La endeblez teórica de esta consideración se patentiza al determinarse, prima facie, que la Constitución no contiene un orden prohibitivo, sino atributivo. No es un código político de prohibición. Es decir, por tratarse de facultades constitucionales que son de orden público

27 () “Art. I.- Alcances.- El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia (...); Art. III.- Principios Procesales.- (...) El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, (...). Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades (...). Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación. (...) Art. IV.- Órganos Competentes.- Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código”.

y de capital importancia para la estructuración de nuestro Estado de Derecho, la Constitución no contiene prohibiciones sino atribuciones (en ello el argumento del Tribunal Constitucional constituiría un claro sofisma); atribuciones que son de orden público y que, por ende, no pueden ser materia de analogía ni de extensión en la interpretación. Lo que señala claramente la doctrina de la interpretación constitucional ⁽²⁸⁾ es que las facultades constitucionales, al ser de orden público, se dan sobre vasos comunicantes, de manera que lo que se le atribuye a un órgano, no puede ser ejercitado por el otro, siendo de aplicación el principio de interpretación previsto en el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil ⁽²⁹⁾. Así, del mismo modo que la Constitución no prohíbe el control difuso para otros órdenes (no tendría que prohibirlo, ni viene al caso ello), tampoco prohíbe que el Ejecutivo de las leyes (basta para ello que la facultad de dar leyes esté dada al Congreso de la República), o que el Poder Judicial conozca de la Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes (lo que está dado al Tribunal Constitucional); etc.

En consecuencia, a la luz de la doctrina citada y del Precedente Vinculante bajo comentario, lo que hay que determinar es si tal precedente se sostiene y en verdad aplicable y vigente; de manera que de ser la respuesta positiva, hay que determinar cómo es que rige en la vida de la Administración Pública, en sus Tribunales Administrativos u Órganos Colegiados, dentro de lo que tanto la sentencia original, como la sentencia aclaratoria ha denominado la **“Justicia Administrativa”** en sede del Poder Judicial.

Nuestra posición es que claramente constituye una contravención directa y flagrante al texto expreso de la Constitución el atribuir a la Administración Pública del Poder Ejecutivo el ejercicio de una facultad expresamente diseñada y señalada para el Poder Judicial. No basta, en nuestro concepto, para zanjar ello el que tal interpretación conste en un Precedente Vinculante, ya que como lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional, y lo tiene determinado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ninguna orden superior será válida ni debe ser cumplida si atenta contra el orden público, los derechos fundamentales de las personas y el propio respeto de los límites constitucionales. De hecho, tal principio está recogido en el Art. 25° de la

28 () QUIROGA LEON, Anibal.- La Interpretación Constitucional; Op. Cit

29 () “Art. IV.- Aplicación analógica de la ley.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José ⁽³⁰⁾, y que en su parte pertinente señala: **“Art. 25.- Protección Judicial.- 1. 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 Tribunal Constitucional es un órgano constituido -y no un poder constituyente- y es a todas luces evidente que carece de facultades constituyentes o para hacer la modificación de la Constitución por la vía de la interpretación constitucional. En consecuencia, también el Tribunal Constitucional tiene por límite objetivo el texto expreso y literal de la Constitución. La fidelidad a la Constitución así lo exige. De este modo, la conclusión evidente es que este Precedente Vinculante es inaplicable o de ejecución imposible, so riesgo de alterar el texto expreso de la Constitución.

En consecuencia, nuestra primera posición sería el relativizar la aplicación de este mal llamado control difuso en sede administrativa, por las razones ya expuestas y por que su aplicación, reiteramos, constituye en nuestro criterio una evidente y flagrante vulneración constitucional. Téngase en cuenta, además, que la normatividad vigente que desarrolla este postulado constitucional (el del control difuso), contenida tanto en el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando en el Código Procesal Constitucional, remiten la definitoriedad del control difuso a la Corte Suprema de Justicia de la República, por la vía de la consulta obligatoria en caso de que no existan o no se interpongan los recursos de impugnación ⁽³¹⁾. Esta definitoriedad de la Corte Suprema no se cumpliría, y sería de imposible cumplimiento, en el caso de este mal llamado control difuso en sede administrativa.

Sin embargo, cabe reconocer que otra posición podría establecer, de manera vertical y jerarquizada, que si al Tribunal Constitucional compete la interpretación auténtica de la Constitución, y el supremo control de la Constitución, su jurisprudencia vinculante debe ser aplicada e

30 () Ratificada y vigente en el ordenamiento jurídico peruano desde julio de 1978.

31 () Tal como, hasta la fecha, ocurre en su cuna, en derecho constitucional de los EEUU, donde todo control difuso judicial es siempre controlado por la Suprema Corte Federal de los EEUU, y su palabra final. Allí no existe, ni se ha postulado jamás, que ello pueda ser ejercitado por su administración pública.

interpretada tal como se expresa, sin ningún análisis de razonabilidad o de constitucionalidad –a contrapelo de lo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades-, de manera que a partir de dicho Precedente Vinculante se debe considerar que la Administración Pública, por medio de los Tribunales u órganos Colegiados administrativos, siempre que impartan la **“justicia administrativa”** con **carácter nacional** (sic), y siempre que sean dependientes o adscritos al Poder Ejecutivo (sólo a ella se refiere la Sentencia Aclaratoria bajo comentario, Fundamento 4to. in fine) podrán hacer difuso al resolver los casos que le correspondan.

Es evidente que esta formulación aclaratoria es impropia, carente de sustento jurídico, desde que por **“carácter nacional”** referida así, de modo resaltado, no se refiere a que sean órganos o tribunales nacionales, sino de competencia nacional, en todo el territorio nacional, y no de competencia local, regional, departamental o sectorial. En segundo lugar, se excluye a la justicia administrativa de competencia nacional, ejercitada por órganos o tribunales no dependientes del Poder Ejecutivo. Y, finalmente, se excluye a la autoridad administrativa unipersonal de competencia nacional, y a la autoridad administrativa colegiada o conformada en Tribunales Administrativos de orden local, regional o sectorial. El Tribunal Constitucional no ha explicado el porqué de esta diferenciación, que más luce como arbitraria e incompleta ⁽³²⁾.

Pero, si tal fuera el caso, que se opine por la obediencia debida al fallo vinculante del Tribunal Constitucional dado que sería una facultad adosada de orden excepcional, la misma tendría que ejercerse taxativamente, en el expreso caso en que se configure el supuesto normativo de fallo precedente, tanto en su versión original, cuanto en su versión aclaratoria –que debe ser leída, interpretada y aplicada como un todo unitario- de conformidad con el principio de interpretación que informa el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil ya citado anteriormente.

Las reglas serían las siguientes:

- I. *Sólo podría ser ejercitada por un Órgano Colegiado, Cuerpo Colegiado o Tribunal Administrativo colegiado de competencia nacional;*
- II. *Sólo podría ser ejercitado por un Órgano Colegiado, Cuerpo Colegiado o Tribunal Administrativo colegiado de competencia nacional adscrito o dependiente o perteneciente al Poder Ejecutivo;*

32 () Se tiene claro en la doctrina nacional, que así como el Tribunal Constitucional ha efectuado ya un Overruling respecto de un anterior Precedente Vinculante (el caso del RAC constitucional frente a fallos estimatorios) (Ver Nota 13 supra); asimismo lo hará en breve respecto del Precedente Vinculante sub-análisis.

- III. *Solo podría ser ejercitado por un Órgano Colegiado, Cuerpo Colegiado o Tribunal Administrativo colegiado de competencia nacional adscrito o dependiente o perteneciente al Poder Ejecutivo dentro de un procedimiento administrativo de orden contencioso* ⁽³³⁾, *en que el derecho del administrado se encuentre confrontado por la Administración Pública, y en donde el resultado afecte la esfera de sus derechos fundamentales.*

- IV. *Deberá ser aplicado sólo de manera excepcional, luego de haberse descartado todos los métodos ordinarios de interpretación, como última ratio o dernier resort, donde tal interpretación de control difuso administrativo “sea realmente relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo”(Sic) (Regla sustancial A) in fine, punto 1, de la Sentencia original del Precedente Vinculante); y siempre que la norma a cuestionarse en el control difuso administrativo no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución. (Sic) (Regla sustancial A) in fine, punto 2, de la Sentencia original del Precedente Vinculante).*

Si sólo puede ser aplicado por un **Órgano Colegiado, Cuerpo Colegiado o Tribunal Administrativo colegiado de competencia nacional adscrito o dependiente o perteneciente al Poder Ejecutivo dentro de un procedimiento administrativo de orden contencioso** se deberá proteger la vulneración constitucional por la forma o por el fondo de una disposición infraconstitucional (Regla Sustancial A) de la Sentencia original del Precedente Vinculante), el que la norma infraconstitucional tenga una manifiesta contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (Regla Procesal A) de la Sentencia original del Precedente Vinculante); o cuando la aplicación de tal disposición infraconstitucional contradiga un Precedente Vinculante del Tribunal Constitucional (Fund. 7mo. de la Sentencia Aclaratoria del Precedente Vinculante).

En conclusión, ante la interrogante de cómo debería ser aplicado por un ente administrativo, la respuesta sería la siguiente:

33 () No nos estamos refiriendo a un proceso contencioso administrativo, que se da en sede judicial, y donde se confronta a la Administración Pública con el derecho del administrado en sede del Poder Judicial, bajo la teoría del “Control Interórganos”, sino a que el procedimiento administrativo a que se refiere sea uno en que el administrado “contiene” con la administración pública, por la consecución de una determinada prestación que le ha sido negada, en que haya un real y verdadera controversia de derechos subjetivos, y donde el resultado de la administración pública tenga por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados”(Sic), Fund. 4to. in fine de la Sentencia Aclaratoria del Precedente Vinculante.

- I. *Adoptar una posición de cautela constitucional, por respeto a la Constitución misma, en el entendido de que nadie debe obediencia a un mandato, orden o previsión flagrantemente inconstitucional, sin que de ello no se desprendan responsabilidades, sobre todo de cara a un expreso mandato constitucional (en el Estado Democrático, constitucional y de derecho, no cabe la obediencia debida frente a actos ilegales, inconstitucionales o violatorios de Derechos Fundamentales); y que así como el Tribunal Fiscal se ha limitado a ejercer el control normativo por la vía de la jerarquía normativa, sin ingresar a la calificación de la inconstitucionalidad de la norma, ni a hacer una interpretación de la Constitución que no le corresponde (aplicándose lo mismo para el caso de la vulneración a un precedente vinculante del Tribunal Constitucional); o,*

- II. *Aplicar tal control difuso en sede administrativa, sólo cuando: (i) Deba hacerse en sede de su Órgano Colegiado que tiene competencia nacional; (ii) Sólo al momento de resolver tal cuestión contenciosa en sede administrativa (esto es, en la decisión final que pone fin a la instancia administrativa); (iii) Solo frente a un reclamo del administrado, y sólo en el caso de que se ejerza "justicia administrativa" de competencia nacional; (iv) Sólo cuando la aplicación de la norma infraconstitucional tenga por resultado la vulneración de los valores y principios constitucionales y, por ende, la de los derechos fundamentales de los administrados; y, (v) Sólo cuando dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia administrativa así planteada dentro de un proceso administrativo, y cuando, además, la norma legal infraconstitucional dubitada no pueda ser pasible de una interpretación conforme a la Carta Constitucional.*

Quedará claro, además, que tal facultad no podrá ejercerse en ningún caso, y bajo ningún modo, fuera de esos parámetros y del escenario así descrito. No podrá hacerse en un acto administrativo que no provenga de un proceso contencioso y con la finalidad ya indicada, en una comunicación, en un informe, en un memorándum o en cuales quiera que sea la forma administrativa en que se contenga acuerdo o resolución o decisión fuera del procedimiento administrativo, y sólo será de cargo del Órgano Colegiado de resolución de controversias, previsto para el Ente Administrativo.

Tal facultad de ordinario deberá ser ejercitada sólo a petición de parte, de modo rogado, **ex parte**. Excepcionalmente se ha señalado que podrá ser dispuesta **ex officio**, cuando se detecte o determine en la resolución del procedimiento administrativo de que se trate, que la aplicación de la norma infraconstitucional dubitada contravenga expresamente la interpretación previa del Tribunal Constitucional contenida en un Precedente Vinculante (Fund. 7mo. de la Sentencia Aclaratoria).

Conforme el Art. 3º del Código Procesal Constitucional, se advierte que se trata del control de la constitucionalidad de leyes, específicamente, del control difuso de la constitucionalidad de las leyes o judicial review. En efecto, se exige “una norma incompatible con la Constitución”, y dispone que esta norma inconstitucional “debe ser inaplicada al caso que se sentencia”. Como ya señalamos anteriormente, en la Constitución están recogidos los dos más importantes sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, el control concentrado y el control difuso. La declaración de inaplicación de la norma, tiene efectos sólo para el caso concreto que se resuelve, de modo tal que la ley sigue formando parte del ordenamiento jurídico. En este sentido, se trata de un caso de aplicación del control difuso de la constitucionalidad de leyes, y en ningún caso del control concentrado. El mismo Tribunal Constitucional ha afirmado que **“si bien el artículo 200º, inciso 2) de la Constitución dispone que la acción de amparo no procede contra normas legales, debe entenderse que esta prohibición se refiere a acciones de amparo que pretendan la declaración, por parte del Tribunal Constitucional, de la inconstitucionalidad de una norma jurídica, en uso del control concentrado y con efectos erga omnes, para expulsarla definitivamente del sistema jurídico; pero que sí procede la acción de amparo, cuando su objeto es la no aplicación de una norma que se estime incompatible con la Constitución, respecto a un caso concreto, en uso del control difuso del Tribunal Constitucional, y con efectos sólo para el demandante”** (34).

Por su parte, el **Arbitraje** comparte la misma naturaleza jurídica del proceso judicial. Tiene la misma finalidad. Repite en mayor o en menor grado el mismo método. Y se sirve del proceso para su realidad. Es, en realidad, un proceso judicial privado o arbitral de forma variada frente a la única solución que el Estado ofrece a los conflictos intersubjetivos de sus ciudadanos y que puede definirse como **proceso judicial jurisdiccional**. (35)

En los orígenes de la humanidad, donde hunde sus raíces el proceso como medio pacífico de solución de controversias, las disputas al interior de una comunidad fueron inicialmente resueltas por mano propia. Regía entonces la ley del más fuerte, la **autotutela** en la defensa de los derechos de cada cual. Con el desarrollo y evolución de las condiciones sociales de vida, las gentes dejaron de pegarse y de matarse para dirimir la razón y los derechos, y empezaron a hacer acuerdos bilaterales de solución, a negociar,

34 () EXP. N° 1311-200-AA/TC de 19 de junio de 2001, f.j. 1.

35 () ARAGONESES ALONSO, Pedro.- Proceso y Derecho Procesal. Ed. Aguilar, Madrid, 1960.

a hacer **autocomposición**, para la composición de los derechos de las partes. Finalmente, en el grado máximo del desarrollo social, frente a la limitación de la negociación cuando las partes no necesariamente llegaban aun acuerdo, o frente a la injusticia que se podía lograr porque siempre hay una parte más fuerte y una más débil, una más astuta y una más lerda, una más poderosa y otra menos pudiente, y ante el temor cierto de que el fracaso les hiciera involucionar nuevamente hacia la confrontación directa, con el grave perjuicio que ello supondría, decidieron hacer intervenir a un tercero, **imparcial**, que con la aceptación de los contendores y una necesaria legitimación social, determinase finalmente lo que a cada cual correspondía. Descubrieron entonces la **heterocomposición** como trilogía judicial para la solución pacífica de sus controversias. ⁽³⁶⁾

El **Arbitraje** no nace como una alternativa a la facultad jurisdiccional del Estado Moderno de Derecho. Habiendo sido el antecedente fáctico de éste hoy es una fórmula procesal remanente de marcados y propios perfiles en un ámbito específico del Derecho Procesal. Históricamente nace como una fase anterior al desarrollo del proceso jurisdiccional y que, con posterioridad a la formación del Estado de Derecho a finales del siglo XVIII, se hace tarea exclusiva y excluyente del Estado, quien se convierte así en el exclusivo *Arbiter* de los conflictos sociales e individuales de sus ciudadanos.

Sin embargo, el **Arbitraje** se mantiene como figura jurídico-procesal válidas para la solución definitiva de determinadas controversias en las que el Estado cede su posición exclusiva y excluyente permitiendo que sus ciudadanos obtengan la satisfacción obtengan a sus conflictos de un modo **consensualmente judicializado**. Pero esto será así, en verdad, en un marco determinado de derechos, sólo en aquellas actividades que el Estado lo permita y bajo la tutela de éste, tanto como se permite la renuncia a los derechos judiciales, la conciliación de estos, la transacción o su negociación.

Sin embargo, tal vez por la grave crisis del **Sistema Judicial** a nivel mundial en la sociedad contemporánea, muchos han vuelto sus ojos hacia el **Arbitraje** tejiendo una serie de mitos sobre su realidad, y otorgándole una calidad que ni tiene ni le corresponde, y que a larga más que beneficiarle le restará fortaleza como adecuado mecanismo **antecedente** de solución de conflictos entre los particulares.

En efecto, el **Arbitraje** no puede ser considerado como una **alternativa** al proceso judicial, porque no lo es, ni por historia ni por realidad; como

36 () ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Niceto.- Proceso, Autocomposición y Autodefensa, Textos Universitarios, UNAM, México, 1970.

tampoco lo son el desistimiento de los derechos o la transacción judicial. Son **mecanismos antecedentes** de solución de conflictos que el Derecho Procesal contiene de sus múltiples variables, en donde el **proceso judicial jurisdiccionales** el modo final, Terminal, de lograr la solución **compuesta** por el Estado a falta de voluntad de los litigantes.

Y es precisamente eso lo que diferencia el **Arbitraje** del proceso judicial: la voluntad. En efecto, para renunciar a un derecho, para transigir con el, para arbitrar, se requiere de la voluntad expresa de hacerlo, sin la cual no se puede ingresar válidamente a ninguna de estas figuras. Así como no existe el “desistimiento forzado”, ni la “transacción compulsiva”, tampoco puede subsistir el “arbitraje obligatorio” porque dejaría de ser Arbitraje para convertirse en liso y puro *proceso judicial jurisdiccional*, solo que mentiroso.

Para mantener el **Arbitraje** con la fuerza jurídica que le corresponde, debe tenérsele en el lugar que le corresponde, sin desdibujar sus contornos y falsear sus alcances, porque de ese modo no se hace otra cosa que debilitarlo. Uno no puede **arbitrar** la validez de su matrimonio, ni la determinación de su herencia, ni su divorcio, ni todos aquellos derechos que la ley explícitamente excluye del Arbitraje (la gran mayoría). Tampoco el **Arbitraje** puede reemplazar la justicia penal, ni la justicia constitucional. Entonces, ¿qué es lo que se puede someter al **Arbitraje**?: fundamentalmente los derechos patrimoniales y aquellos que sean de libre disposición de los ciudadanos. Nada más. A esto podemos agregar que, además, aquellos que sean de contenido patrimonial suficiente para soportar el costo del **Arbitraje**.

Pero ello que parece poco desde un punto de vista conceptual, es bastante en la realidad. El **Proceso Arbitral** reemplaza al proceso judicial del Estado, sólo en determinados supuestos y bajo puntuales premisas. La decisión arbitral (Laudo) equivale a una sentencia judicial, y el laudo final constituye **cosa juzgada** para sus protagonistas, sustrayéndose el **conflicto o litigio** (materia arbitrable) de la competencia de la Justicia ordinaria, la que para ese caso específico deviene incompetente en su juzgamiento por sobre el **convenio arbitral**.

Y lo que es más importante: los **Árbitros** designados válidamente por los contenedores devienen en verdaderos Jueces Jurisdiccionales, pero sólo delegados para el caso concreto de que trate el **Arbitraje** y por el plazo que allí expresamente debe consignarse; tan Jueces como los Jueces de la justicia común, con la misma representación estatal que la Ley les reconoce y con las mismas responsabilidades e incompatibilidades. No podría ser de otro modo.

No existe, pues, una real **Jurisdicción Arbitral** propiamente dicha como erradamente lo establece la Constitución de 1993, repitiendo el error conceptual de 1979. La explicación que a ello se ha dado, antes y ahora, se expresa en función del presunto fortalecimiento y respeto de esta institución por el hecho de estar dentro del texto constitucional. A ese paso y con la misma metodología, casi todo el país debería estar consagrado en la Constitución. No nos parece que esa deba ser la manera más adecuada en que se habrá de fortalecer y hacer efectiva una institución que permite reconducir válidamente los conflictos individuales y colectivos de la sociedad hacia las mismas soluciones pacíficas que son norte del **proceso judicial jurisdiccional**. Son su verdadera ubicación, conceptualización, educación, respeto y comprensión lo que habrá de permitir al **Arbitraje** constituirse en sólida válvula antecedente, manejada por los propios ciudadanos, para la composición pacífica de algunos de sus más grandes quebraderos de cabeza. Siempre que lo deseen claro está.

4. LA PROBLEMÁTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES O LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN LA JURISDICCION DE LA LIBERTAD

Los elementos esenciales que en conjunto dan realidad al Debido Proceso o Tutela Judicial Efectiva, esto es, aquellos principios y presupuestos procesales ineludibles que han de garantizar y hacer práctico, se encuentran en gran parte contenidos en la normatividad de la Constitución Peruana de 1993 a partir de sus Arts. 138 y siguientes, en el Capítulo VIII -Poder Judicial- de su Título IV -De la Estructura del Estado-, habiendo tenido como impronta los Arts. 232° y siguientes de la Constitución Política del Estado de 1979(D). Sin embargo tal relación, ayer y hoy, debe ser entendida como meramente ejemplificativa o enumerativa, y no taxativa o **numerus clausus**, pues los instrumentos o instituciones de orden fundamental pueden ser muchos y más variados, teniendo como base interpretativa el **Principio Pro Libertate** y constituyendo un absurdo pretender encerrar en una interpretación restrictiva las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia a sólo las que allí aparecen consignadas.

La Constitución establece un **mínimum**, y no un **máximo**, que ineludiblemente deben aparecer en el proceso judicial para que se le repute como tutelador efectivo de derechos subjetivos, esto es, como un Debido Proceso Legal. La relación de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia no se agota en sí misma y es susceptible de ampliación doctrinaria o interpretativa.

Ahora bien, siguiendo a PRIORI ⁽³⁷⁾, el derecho fundamental a la tutela cautelar, es pasible de ser limitado, sin embargo, cualquier limitación que se pretenda hacer a dicho derecho deberá cuidar no traspasar su contenido esencial y realizarse respetando el criterio de proporcionalidad. En este sentido, resulta necesario precisar el siguiente análisis, sin el cual dicha imposición de límites podría estar frente a una vulneración constitucional:

- a. *Evaluar si el límite impuesto al derecho fundamental a la tutela cautelar tiene una finalidad constitucionalmente legítima. De esta manera, la limitación debe tener como finalidad la protección de un valor consagrado constitucionalmente inaceptable.*
- b. *Una vez identificada la finalidad por la que se realiza la limitación y una vez que hayamos concluido que dicha finalidad es constitucionalmente legítima; resulta necesario analizar si la limitación al derecho fundamental a la tutela cautelar es una limitación adecuada e idónea para lograr aquella finalidad. Si la limitación no es adecuada ni idónea, entonces no tiene justificación alguna y es inconstitucional.*
- c. *Luego de establecer que la limitación al derecho fundamental a la tutela cautelar es la adecuada para obtener aquella finalidad, es necesario analizar si dicha limitación es necesaria para lograr la finalidad requerida, es decir, si no existe otro medio para conseguir que dicha finalidad sea conseguida y que la única forma de hacerlo es limitando el derecho fundamental a la tutela cautelar.*
- d. *Si hemos realizado ello, entonces, corresponderá ponderar los daños que dicha limitación genera y los beneficios que con ella se obtiene, para determinar si la limitación tiene justificación.*
- e. *Finalmente, debemos evaluar si con dicha limitación se está afectando el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, es decir si se está afectando la posibilidad que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional, el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse.*

En efecto, aunque pueda resultar contradictorio, el Art. 15° del Código Procesal Constitucional, es el más claro ejemplo de lesión al derecho fundamental a la tutela cautelar. Una limitación al derecho fundamental a la tutela cautelar que no tiene justificación alguna. En este sentido, la citada norma vulnera de manera flagrante el derecho constitucional a la

37 () PRIORI POSADA, Giovanni.- *La Tutela Cautelar: Su configuración como Derecho Fundamental*, ARA Editores, 2006, p.162-170.

tutela cautelar. Dicha norma es inconstitucional, pues sin una justificación objetiva o razonable, crea un trámite distinto para solicitar medidas cautelares contra actos expedidos por los gobiernos regionales y locales. Resulta inconstitucional además, porque regula un trámite tan engorroso para la obtención y ejecución de una medida cautelar que en la práctica hace imposible que ella pueda llegar oportunamente. Lesiona con ello, los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, el Código Procesal Constitucional ha establecido un trámite general para la solicitud de medidas cautelares en los procesos constitucionales en defensa de derechos fundamentales, trámite que supone que la solicitud sea tramitada *in audita pars*, que la resolución cautelar sea expedida inmediatamente, se proceda a su ejecución y, posteriormente, se permita la intervención del afectado con la medida cautelar a través de la interposición de un recurso de apelación sin efecto suspensivo, mediante el cual ejercía su derecho a la defensa. ¿Existe alguna justificación?, recordemos que estamos en el ámbito de un proceso cuya finalidad es la protección de derechos fundamentales. Nada más contradictorio que en el Código Procesal Constitucional, en el que se dictan normas para defender los derechos fundamentales de las personas contra los abusos del poder, se concluya que es mejor quitar efectividad a un medio procesal, en aras de salvaguardar las atribuciones de las entidades a las que en dicho proceso se les acusa de lesionar o amenazar derechos fundamentales. En tal sentido, no se puede por ello, privar a los particulares de un instrumento con el cual se garantiza que la desición jurisdiccional sea eficaz y, menos aún con el argumento de una supuesta salvaguarda a las atribuciones, cuya constitucionalidad es precisamente discutida en dicho proceso.

No hay justificación constitucional alguna para el trato diferenciado, sino que, por el contrario, lo que hay es la creación de un privilegio para algunas entidades de la administración (regionales y municipales). Dicho privilegio consiste en que en los casos en los que se solicite una medida cautelar contra una de sus actuaciones –que se considera lesiva de un derecho fundamental- no se logre obtenerla. En la práctica los efectos de una disposición como la prevista en el Art. 15° del Código Procesal Constitucional son exactamente los mismos que los que se producirían con una disposición que impidiera, de menara general, el dictado de medidas cautelares en los casos en los que se demanda en un proceso de amparo a un gobierno regional o local.

5. LA REPRESIÓN DE LOS ACTOS HOMÓLOGOS

Conforme la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 04878-2008-PA/TC respecto de la represión de actos homólogos, dice lo siguiente:

***“La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentas características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho.*”**

A nivel normativo, la institución de la represión de los actos lesivos homogéneos ha sido recogida en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional. (...)

De forma progresiva, el Tribunal Constitucional ha venido emitiendo diversas decisiones en las que se ha hecho referencia a esta institución, tanto a nivel sentencias, autos de improcedencia y recursos de queja.

La represión de actos lesivos homogéneos encuentra su sustento en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales. A continuación se explica brevemente cada uno de estos fundamentos.

Un primer fundamento de la represión de actos lesivos homogéneos, que ha sido mencionado de forma expresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo constituye la necesidad de evitar que las personas afectadas en sus derechos por un acto homogéneo a aquél calificado como inconstitucional en un primer proceso, tenga que dar inicio a uno nuevo para cuestionarlo.

Al no ser necesario el desarrollo de nuevos procesos constitucionales también se evita la existencia de decisiones contradictorias entre los órganos jurisdiccionales respecto a hechos que son homogéneos. Se busca, así, evitar que una persona que cuenta con una sentencia favorable, al acudir a otro proceso respecto a un acto lesivo homogéneo, se encuentre frente a una sentencia desfavorable.

Los procesos de tutela de derechos fundamentales, una vez que han finalizado con un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, adquieren la calidad de cosa juzgada.

Como señala Devis Echandía, la institución de la cosa juzgada origina dos efectos: su inmutabilidad (efecto procesal) y su definitividad (efecto sustantivo) (...)

Al referirse a los fundamentos de la institución de la represión de actos lesivos homogéneos, el Tribunal Constitucional ha señalado que uno de ellos consiste en asegurar la plena eficacia de la cosa juzgada constitucional (...)

Tomando en consideración las diferencias entre los efectos de la cosa juzgada y de las sentencias ejecutoriadas, es más apropiado señalar que la represión de los actos lesivos homogéneos se sustenta en la necesidad de garantizar los efectos de éstas últimas.

Existen instituciones procesales que se relacionan con la represión de actos lesivos homogéneos, tales como la sentencia estimatoria ante el cese o irreparabilidad del acto lesivo y la técnica del estado de cosas inconstitucional.

Se entiende por cese del acto lesivo aquella situación por medio de la cual la acción u omisión que origina una amenaza o violación de un derecho fundamental de producirse por parte de quien la estaba llevando a cabo. De otro lado, se entiende por irreparabilidad aquella situación fáctica en la cual no se puede reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de un derecho fundamental.

Si luego de presentada la demanda cesa o deviene en irreparable el acto lesivo, los por órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, a fin de que tales actos no vuelvan a reiterarse en el futuro. (...)

En consecuencia, la decisión de un juez de declarar fundada una demanda respecto a un acto lesivo que ha cesado o devenido en irreparable contiene un mandato para que el mismo acto no se repita en el futuro, siendo el objetivo de la sentencia prevenir la realización de un acto homogéneo. Si dicho acto ocurriese nuevamente, corresponde aplicar el procedimiento de represión previsto en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional. La primera sentencia servirá de parámetro para evaluar si el acto que se produce con posterioridad es homogéneo.

La característica esencial de la declaración de una determinada situación como un estado de cosas inconstitucional consiste en extender los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional. El Tribunal Constitucional en la STC N° 2579-2003-HD, ha señalado que la técnica del estado de cosas inconstitucional busca extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

Una vez declarado el estado de cosas inconstitucional, la sentencia respectiva efectúa un requerimiento específico o genérico a uno o varios órganos públicos a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar la acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales. En caso esto no ocurra se estará ante un supuesto de incumplimiento de la sentencia constitucional.

En el supuesto que la declaratoria del estado de cosas inconstitucional implique que las autoridades no lleven a cabo determinadas acciones, por considerarse contrarias a los derechos fundamentales, sin han dejado de realizarse (en cumplimiento de la sentencia) pero luego se vuelven a reiterar respecto a personas que no participaron en el proceso que dio lugar a la declaratoria del estado de cosas, éstas encuentran habilitadas para acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

Para presentar un pedido de represión de actos lesivos homogéneos deben concurrir dos presupuestos, y cuya ausencia implicaría la declaratoria de improcedencia de lo solicitado. (...)

Sólo si existe una sentencia previa, en la que se ha establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, y que ha adquirido la calidad de firme, podrá evaluarse si la acción u omisión que se produzca con posterioridad resulta homogénea. Así, si se declara improcedente o infundada una demanda de tutela de derechos fundamentales, no puede solicitarse –con posterioridad- la represión de actos lesivos homogéneos. La sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser de del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional.

A propósito de este tema, este Tribunal considera importante señalar algunos lineamientos relacionados con el contenido de las sentencias que se emiten en los procesos de tutela de derechos fundamentales. El Código Procesal Constitucional aborda este tema en diversos artículos. (...)

Como se aprecia, la norma general prevista en el artículo 17° del Código Procesal Constitucional debe ser complementada con las normas específicas (...), a fin de determinar lo que corresponda ser establecido en una sentencia que declara fundada la demanda respectiva. Una lectura en conjunto de estas normas permite concluir que toda sentencia estimativa emitida en un proceso de tutela de derechos fundamentales debe precisar, en su parte resolutive, lo siguiente:

- I. El derecho identificado como amenazado o vulnerado.*
- II. El acto (acción u omisión) considerado como lesivo del derecho invocado.*
- III. El acto concreto que corresponde ser llevado a cabo por la parte demandada a fin de proteger el derecho amenazado o vulnerado.*
- IV. La autoridad a la que corresponde llevar el mandato ordenado por el juez, sala o tribunal.*
- V. El plazo en que corresponde llevar a cabo el acto concreto a favor del derecho amenazado o vulnerado.*
- VI. Las medidas coercitivas a aplicar en caso de incumplimiento de lo ordenado en la sentencia.*

Del contenido de las sentencias depende en gran medida su cabal ejecución y cumplimiento, por lo que es importante en que todas las decisiones relacionadas con la tutela de derechos fundamentales se establezca en forma clara los aspectos antes mencionados. La precisión de todos ellos le permitirá al juez de ejecución resolver de modo rápido y en forma adecuada los pedidos de represión de actos lesivos homogéneos.

Si el mandato de dar, hacer o no hacer establecido en una sentencia no se cumple, corresponde aplicar los mecanismos coercitivos previstos en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional. Si una vez cumplido el fallo, se reitera el acto que fue considerado como lesivo de un derecho fundamental, recién corresponderá solicitar la represión de actos lesivos homogéneos. Es por ello que, el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia previa de condena constituye un presupuesto para dar inicio al procedimiento previsto en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional.

Al respecto debe advertirse que en los casos en que luego de presentada la demanda cesó el acto lesivo o devino en irreparable el derecho fundamental, pero el juez emitió pronunciamiento sobre el fondo, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal

Constitucional, el mandato judicial no requerirá un cumplimiento inmediato, pues su objetivo es advertir que determinadas conductas no pueden llevarse a cabo a futuro, siendo procedente la represión de actos lesivos homogéneos si éstas vuelven a concretarse.

Algo similar ocurre sin el Tribunal Constitucional declara que una determinada situación lesiva de derechos fundamentales constituye un estado de cosas inconstitucional, por cuanto los efectos de su decisión sobre un caso concreto benefician a cualquier otra persona que se encuentre en similar situación. De producirse la afectación de un derecho, a través de la reiteración de una acción u omisión que ha sido calificada como un estado de cosas inconstitucional, la persona agraviada no tendría que dar inicio a un nuevo proceso constitucional, la persona agraviada no tendrá que dar inicio a un nuevo proceso constitucional (que es justamente lo que busca evitarse con la mencionada declaración) sino acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

Luego de verificar el cumplimiento de los presupuestos mencionados en la sección anterior, corresponde analizar cuándo se configura un acto lesivo homogéneo. Para tal efecto deberá evaluarse la existencia de determinados elementos subjetivos y objetivos, y su carácter manifiesto. Se trata de criterios generales que corresponde ser aplicados y verificados tomando en consideración las particularidades de cada caso que se presente.

Aquí existen dos elementos a tomar en consideración. En primer lugar, las características de la persona o personas afectadas por el acto homogéneo. En segundo lugar, las características de la fuente u origen de este acto.

- a. *Persona afectada.- El primer aspecto que debe ser evaluado por la autoridad jurisdiccional se relaciona con las características de la persona que presenta un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, pues debe ser la misma que en el proceso constitucional que dio origen a la sentencia fue considerada como la persona afectada en sus derechos fundamentales, lo que refuerza la necesidad de que en el fallo respectivo que declara fundada la demanda se establezca claramente la identificación de la persona a favor de la cual se condena a alguien a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer.*

En los casos en que la demanda dio origen al proceso fue presentada por una sola persona, no debería existir mayores problemas para evaluar este requisito. Las principales dudas podrían presentarse en el caso de los denominados derechos difusos y colectivos

(entendidos como derechos supraindividuales), así como en el caso de las demandas sobre actos individuales homogéneos (entendidos como derechos pluriindividuales). Si bien a nivel de la doctrina existen diferentes formas de denominar a estos tres tipos de situaciones, es posible encontrar algunas definiciones operativas que permiten comprender sus alcances. (...) un ejemplo de tutela de derechos difusos el caso de la contaminación ambiental del aire o del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica, y como un ejemplo de derechos colectivos los problemas de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica o escuela. La posibilidad de acudir a los procesos constitucionales para la protección de los derechos difusos y colectivos ha quedado establecida en el artículo 40° del Código Procesal Constitucional, referido a la legitimación activa en los procesos de amparo, y en el artículo 67°, referido a la legitimación activa en los procesos de cumplimiento.

En estos supuestos, la presentación de la demanda puede ser llevada a cabo por una persona o un grupo de personas, afectadas en sus derechos difusos o como integrantes del grupo que se ve afectado en sus derechos colectivos. La sentencia respectiva surtirá efectos respecto de “todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentran en una posición idéntica al que ejerció la acción correspondiente”. Los efectos de la decisión, por lo tanto, va más allá de la persona o grupo que presentó la demanda.

Respecto de los actos individuales homogéneos (derechos pluri individuales) (...) en este supuesto (actos individuales homogéneos), cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Sin embargo, como ha sido explicado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un estado de cosas inconstitucional.

Tomando como premisas las definiciones propuestas por la doctrina sobre estos temas, se puede concluir que la represión de actos lesivos homogéneos puede ser invocada de la siguiente forma:

*Por cualquier persona en el caso de los derechos difusos.
Por cualquier integrante del grupo en el caso de los derechos colectivos.*

Por cualquier persona que se encuentre en una situación igual a la considerada como un estado de cosas inconstitucional, en el caso de los derechos individuales homogéneos.

En consecuencia, a efectos de evaluar el primer criterio subjetivo para determinar cuando se está frente a un acto lesivo homogéneo, se deberá considerar si éste afecta a la misma persona que presentó la demanda original que dio lugar al proceso constitucional y a la respectiva sentencia previa, siendo necesario estar atento a las particularidades que podrían presentarse en el caso de los derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos.

- b. *Origen o fuente del acto lesivo.- el segundo aspecto que debe ser evaluado por la autoridad jurisdiccional se relaciona con el origen o la fuente del acto respecto al cual se pide la represión por considerársele como homogéneo a uno anterior. En ese sentido el nuevo acto lesivo debe ser llevado a cabo por la misma entidad, autoridad, funcionario o persona que fue obligada a dar, hacer o dejar de hacer algo a través de la sentencia de condena establecida en un proceso constitucional.*

Al respecto es importante señalar que si bien en el proceso que dio lugar a la sentencia previa, la demanda puede haber estado dirigida a un funcionario en particular, el acto lesivo homogéneo puede producirse por un funcionario diferente al demandado, pero que forma parte de la misma institución demandada. Por ese motivo, al momento de evaluar el origen o fuente del acto invocado como homogéneo, debe tomarse en cuenta si el mandato ordenado en la sentencia sólo podía ser cumplido por una determinada persona o si se trataba de un mandato que debía ser observado por toda una entidad en su conjunto. (...)

Luego de haber evaluado los elementos subjetivos, corresponde a la autoridad judicial analizar si el acto invocado como homogéneo presenta similares características respecto de aquél que dio lugar a la sentencia del proceso constitucional. A nivel normativo el Código Procesal Constitucional ha hecho referencia a este criterio en el artículo 60°, en tanto señala que el acto lesivo debe ser “sustancialmente homogéneo” al declarado lesivo.

Un aspecto importante a recalcar es que no corresponde únicamente analizar las características del acto sino también las razones que lo originaron, pues pueden ser diferentes a las invocadas en un primer momento. (...)

El carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, no deben existir dudas sobre la homogeneidad entre el acto

anterior y el nuevo. En caso contrario, debe declararse improcedente la solicitud de represión respectiva, sin perjuicio de que el demandante inicie un nuevo proceso constitucional contra aquel nuevo acto que considera que afecta sus derechos fundamentales, pero que no ha sido considerado homogéneo respecto de un acto anterior.

La institución de la represión de los actos lesivos homogéneos se encuentra prevista en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional, en el título correspondiente al Proceso de Amparo. Sin embargo, eso no significa que no pueda ser empleada en otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

En el caso del proceso de hábeas data, el uso de esta institución puede llevarse a cabo en función al artículo 65° del mismo Código, de acuerdo al cual las normas sobre el proceso de amparo pueden ser aplicadas al proceso de hábeas data.

En el caso del proceso de hábeas corpus, su aplicación es acorde con la misma finalidad que comparte con el proceso de amparo, cual es la defensa de derechos fundamentales a través de un proceso rápido y efectivo. Asimismo, existe una sentencia en la que el Tribunal ha admitido esta posibilidad (STC N° 4909-2007-PA)

Una situación diferente se presenta en el caso del proceso de cumplimiento, en el que busca hacer frente a una omisión de la administración respecto a una norma legal o un acto administrativo. Dado que el acto reclamado en estos procesos consiste en una omisión, la sentencia estimatoria sólo se verá cumplida si se revierte la omisión identificada. En este sentido, mientras dure la omisión no se presenta un acto lesivo homogéneo sino que se incumple lo decidido en la sentencia, situación frente a la cual corresponde aplicar las medidas coercitivas destinadas al cumplimiento de lo decidido.

Un supuesto diferente se presenta en los casos en que el acto administrativo o la norma legal establecen un mandato que debe ser cumplido de forma periódica, por ejemplo, cada quince días o cada mes. En estos casos, si luego del fallo se cumple con el pago de lo ordenado por un acto administrativo o una ley, pero con posterioridad se vuelve a presentar la omisión, se estaría frente a un incumplimiento que ha vuelto a reiterarse y que es contrario a lo decidido por el juez. Este supuesto puede presentarse tanto en los amparos frente a omisiones como en los procesos de cumplimiento.

Por lo tanto, la institución de la represión de los actos lesivos homogéneos puede ser aplicada en todos los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales y en el proceso de cumplimiento. En el caso de las omisiones, su procedencia dependerá del contenido el mandato ordenado en una norma legal o acto administrativo.

La ejecución de una sentencia corresponde al denominado juez de ejecución, que como regla general es el juez que conoció en primera instancia la demanda que dio inicio al proceso constitucional. Es éste el que deberá verificar que se cumpla con el mandato final establecido en la sentencia de condena. En atención a su conocimiento sobre la medida que debe adoptarse para proteger el derecho amenazado o vulnerado, el juez de ejecución tendrá particular ventaja para evaluar si el nuevo acto invocado como homogéneo reúne las características a las que hemos hecho referencia anteriormente.

A esto debe sumarse su carácter unipersonal, que le permite hacer una verificación más rápida de las características del nuevo acto. Por este motivo, el criterio de asignar al juez de ejecución del proceso la competencia para conocer y pronunciarse sobre la represión de actos lesivos homogéneos es la más adecuada.

Ésta ha sido la opción asumida por el Código Procesal Constitucional, en cual establece, en su artículo 60°, que si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Esta disposición ha sido ratificada por el Pleno del Tribunal Constitucional, que además ha concordado el citado artículo 60° del Código con el artículo 22° del mismo cuerpo legal, referido a la actuación inmediata de la sentencia impugnada. (...)

En consecuencia, tanto el Código Procesal Constitucional como jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconocen que son los jueces de ejecución de los procesos constitucionales los competentes para conocer los pedidos de represión de actos lesivos homogéneos.

Dado que su objetivo es evaluar la homogeneidad entre el acto declarado inconstitucional en una sentencia y otro producido con posterioridad a ella, y no la resolución de una controversia compleja, el procedimiento de represión de actos lesivos homogéneos debe ser y no estar sujeto a mayores etapas. Sobre ello el código Procesal Constitucional prevé: “Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días”.

De esta norma se desprende que, básicamente, lo que corresponde en este procedimiento es poner en conocimiento del juez el acto considerado lesivo como homogéneo, escuchar la posición de la otra parte y proceder a evaluar si existe homogeneidad. De otra parte, debe destacarse que una omisión del Código consiste en no haber previsto un plazo para la emisión de la decisión respectiva, lo que no debe ser considerado un obstáculo para emitir en forma rápida el pronunciamiento correspondiente.

Siendo la finalidad de la represión de los actos lesivos homogéneos proteger los derechos fundamentales que han vuelto a ser afectados, corresponde al juez: a) Determinar si el acto invocado es homogéneo a uno declarado con anterioridad como violatorio de un derecho fundamental, y b) Ordenar a la otra parte que deje de llevarlo a cabo.

Ambos aspectos deben quedar claramente establecidos en la decisión del juez. Sobre este tema, el Código Procesal Constitucional (artículo 60°) establece: “la decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto sobreviviente”.

Los alcances de la primera sentencia, por lo tanto, se extienden al acto considerado como homogéneo. Esto incluye todas las medidas coercitivas previstas para hacer cumplir la sentencia original.

La sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales debe ser actuada en forma inmediata , lo que es acorde con la protección judicial rápida y efectiva que debe existir en materia de amenaza o violación de estos derechos , sin perjuicio de que se interponga un recurso de apelación. Esta opción ha sido acogida por el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

En el caso de la represión de actos lesivos homogéneos, en tanto busca hacer frente a un acto contrario a los derechos fundamentales, corresponde aplicar similar criterio, por lo que la decisión que declara que existe un acto lesivo homogéneo debe tener efectos inmediatos, sin perjuicio de que sea apelada. Esta opción ha sido acogida por el artículo 60° del Código, al establecer que: “La decisión (sobre la represión de actos lesivos homogéneos) tiene efectos inmediatos sin perjuicio de que sea apelada”.

A fin de garantizar la pluralidad de instancias y en atención al contenido de la decisión, que implica condenar a una persona a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer, debe contemplarse la posibilidad de impugnar la resolución que declara fundada la petición de represión de actos lesivos homogéneos. El Código Procesal Constitucional acoge esta opción en su artículo 60° y establece que “la resolución es apelable sin efecto suspensivo”.

Por su parte, CASTILLO CÓRDOVA ⁽³⁸⁾ señala que la represión de los actos homogéneos u actos homólogos que contiene como novísima y singular institución procesal-constitucional el Art. 60° del Código Procesal Constitucional, tiene su punto de partida en la comentada técnica del estado de cosas inconstitucionales, al punto que pueden ser consideradas como una manifestación de la misma, en la medida que persigue una mejor y más rápida defensa de los derechos constitucionales, evitando que iguales agresiones cometidas por una entidad pública, exijan del agredido en su derecho constitucional el inicio de un nuevo proceso constitucional. Sin embargo, y como se comentará más adelante, bien vista la doctrina de la represión de los actos homogéneos que permite el Art. 60° del Código Procesal Constitucional, significa dar un paso más.

El mencionado Art. 60° del Código Procesal Constitucional, se coloca una situación en la que una demanda de amparo ha sido declarada fundada por la realización de un acto agresor de un derecho fundamental, y se ha producido un acto sustancialmente homogéneo al declarado inconstitucional por la sentencia que pone fin al proceso de amparo. En estos casos, la parte interesada – es decir, el sujeto que sufre la agresión –, podrá reclamar el nuevo acto agresor ante el juez que tuvo a su cargo la ejecución de la sentencia que declaró fundada la demanda de amparo. La parte interesada que pueda reclamar la homogeneidad puede ser lo tanto el demandante que obtuvo la sentencia a su favor, como cualquier otra persona afectada en su derecho constitucional por idénticos actos violatorios.

Evidentemente, se deberá entenderse por parte interesada, aquella que fue parte del proceso constitucional antecedente, y a la que se pretende afectar con el nuevo acto que será calificado de homólogo u homogéneo, y no un tercero que, en una suerte de ***class action*** (que no existe en el sistema jurídico peruano) quiera situarse en la misma posición del demandante desatendido, sin haber este tercero accionado en un proceso constitucional antecedente. Dicho de otro modo, en la

38 () CASTILLO CÓRDOVA, Luis.- *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 964-965.

represión de los actos homólogos que el Código Procesal Constitucional autoriza excepcional y singularmente, el beneficio es para aquella parte que accionó con éxito un proceso constitucional, y que luego pretende ser antijurídicamente desplazado por el segundo acto irregular (lo que constituye un presupuesto procesal de la represión del acto homólogo); más no así para el tercero que no llegó a accionar y que quiera “homologarse” en la posición del demandante –sin haber demandando- y “extender” para sí de manera impropia los efectos beneficiosos de la sentencia original, mediante una resolución “homologante” a su caso, sin tener el necesario antecedente de haber sido previamente un demandante vencedor.

Presentando el reclamo de homogeneidad, el juez tiene la obligación de correr traslado inmediato del reclamo a la parte realizadora del acto agresor sustancialmente homogéneo. El juez le otorgara un plazo de tres días hábiles para que ofrezca sus correspondientes descargos. Cumplidos estos tres días el juez de ejecución debe resolver sobre el reclamo, se entiende que inmediatamente aunque la ley no especifique un determinado plazo si homogéneo, así lo declara en una resolución que en todo caso, puede ser apelada sin que suspenda la ejecución de la misma.

Como lo dispone la parte final del mencionado Art. 60° del Código Procesal Constitucional, si el juez de ejecución admite la reclamación por tratarse de un acto sustancialmente homogéneo se amplía sólo para el demandante original el ámbito de protección del amparo sentenciado, pues incorporará y ordenará la represión del acto agresor sustancialmente homogéneo. De modo que, en definitiva, lo que realiza el juez es ampliar el ámbito de neutralización de ese nuevo acto agresor. De esta manera, se evita que el agredido por el nuevo acto agresor, deba iniciar un nuevo proceso constitucional para tener la salvación de su derecho fundamental afectado.

Lima, Diciembre de 2010

X

**CODIFICACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES:
EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO
CIVIL BRASILEÑO**

Delton R. S. Meirelles

Profesor adjunto e jefe de el departamento de derecho procesal de la Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordinador de el Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF). Doctor en Derecho (UERJ).

SUMARIO:

1. Introducción
2. los principios del derecho globalizado
- 3 . la codificación de estos principios en el derecho procesal civil brasileño
4. el proceso legislativo de el futuro código de proceso civil
5. conclusión
5. referencias

RESUMEN:

Este artículo busca analizar el proceso de codificación de los principios procesales en Brasil, en este Proyecto de Ley Senatorial n° 166/2010, que pretende ser el tercer código republicano de procedimiento civil. Tras recordar brevemente el contexto de los principios de derecho procesal, verifica donde el proyecto condiziría con al idealizado por los juristas, dada la constante influencia de la globalización y del mercado en la formulación de los diversos sistemas jurídicos.

Palabras clave: Principios del Derecho procesal. Código de Procedimiento Civil Brasileño.

RESUMO:

Este artigo pretende analisar o processo de codificação de princípios processuais no Brasil, presente no Projeto de Lei do Senado n° 166/2010, que almeja ser o terceiro código processual civil republicano. Após expor sinteticamente o quadro dos princípios no direito processual, verifica em que medida a redação daquele projeto condiziria com o idealizado pelos juristas, haja vista a constante influência da globalização e do mercado na formulação dos diversos sistemas jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípios do direito processual. Código de Processo Civil brasileiro

1. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2009, el Senado Federal comenzó la redacción del tercer código de procedimiento civil unitario de República Brasileña. A diferencia de las leyes anteriores, gestadas durante las dictaduras Vargas (1939) y militares (1973), concentrado en la visión de sólo un jurista (respectivamente Pedro Bautista Martins y Alfredo Buzaid), la anteproyecto de Ley n° 166/2010 es el producto de las ideas de una comisión de juristas, formado especialmente para este propósito

Uno de los aspectos más destacados presentes en este proceso legislativo es el primer artículo de este PLS: “o processo civil será

ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código¹. Cuidase de facto jurídicamente relevante esta tendencia de la constitucionalización de derecho procesal Brasileño, especialmente a partir de la Constitución Federal de 1988², como se observa en la literatura especializada, en la jurisprudencia y aun en infraconstitucional legislación³.

Este artículo analiza el actual proceso de codificación de principios, contrastando los fundamentos de los códigos anteriores con la ley, en particular de su artículo 6º, discriminador de los principios procesales.

2. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO GLOBALIZADO

El papel de los principios es el tema corriente en filosofía jurídica contemporánea⁴, cada vez más incluidas en la orden del día de las reformas legislativas en décadas recientes. Entre otros enfoques, este fenómeno se puede entenderse en un contexto general de creciente constitucionalización del derecho o neoconstitucionalismo⁵, inserta en una más específicas, sería la neoprocesualismo⁶⁷. Las constantes

1 BRASIL. *Substitutivo do relator no Projeto de Lei do Senado* Nº 166/2010, p. 245.

2 En la literatura jurídico-procesal, hay la distinción entre el derecho constitucional procesal (disposición constitucional de las garantías procesales y la organización de la Justicia) y el derecho procesal constitucional (incluida la protección judicial de las libertades y el control judicial de constitucionalidad de las leyes y actos administrativos). En la literatura jurídica Brasileña, aunque no hay consenso sobre estos conceptos, muchos autores los utilizan, como se señala en los trabajos de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (Direito Processual Constitucional); NELSON NERY Jr. (Princípios do Civil na Constituição Federal); PAULO BONAVIDES (Curso de Direito Constitucional); ROBERTO ROSAS (Direito Processual Constitucional); MARCELO CATTONI (Direito Processual Constitucional); PAULO ROBERTO DE GOUVEA MEDINA (Direito Processual Constitucional); y ANDRÉ RAMOS TAVARES ("Teoria processual e processo constitucional 'objetivo'").

3 Este es el caso, p. ex. de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 2º, Ley nº 9784/99: "a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência").

4 Como nos estudos fundamentais de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXI, seguido por numerosos juristas.

5 BARROSO, Luiz Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)".

6 Esta expresión está en obras como las de OWEN FISS (Um novo processo civil), EDUARDO CAMBI ("Neoconstitucionalismo e neopositivismo"), LUIZ GUILHERME MARINONI ("A jurisdição no Estado Contemporâneo"), y CASSIO SCARPINELLA BUENO ("O 'modelo constitucional do direito processual civil': um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações").

7 También los principios integran los estudios de la teoría del proceso, a pesar de atado no necesariamente con el derecho constitucional. Es de lo que se percibe en el boleto siguiente de MORELLO y MENDOZA:

mutaciones de derecho procesal, de los debates teóricos a el praxismo contemporáneo, puede observarse en el análisis de derecho procesal, los códigos y las consolidaciones imperial hasta este proyecto de ley.

También merece nota los efectos generados por la globalización en la producción de la ley. Es factor que no puede ser analizado desde la perspectiva de derecho comparado tradicional y la clásica separación entre las familias jurídicas⁸, pero la constante influencia de la economía internacional en los sistemas de legislación y jurisprudencia locales⁹.

Esta situación puede explicarse, entre otras razones, por el creciente poder de los grandes oficinas de abogados que, en virtud de la globalización, buscan importar las prácticas profesionales y los procedimientos decisorios de los países centrales, destacando la flexibilidad y una mayor libertad en el desempeño de procedimiento (características de el proceso anglo-americanos, de tradición liberal)¹⁰.

Por otra parte, el fortalecimiento del discurso de uno derecho universal, satisfactorio para el mercado mundial, encontraría el campo fértil en el formularization de principios generales comunes. Éstos si el relleno en la agenda de las reformas procesales contemporáneas, mientras que observa

“El desarrollo de una concreta actividad humana corresponde al modelo de procedimiento, el cual es fruto de una específica regulación legal, a la que debe ajustarse aquel desarrollo, la que si debe responder a principios, que son los parámetros que se le ofrecen al legislador en la elaboración de un sistema legal que regule el orden de la actividad que se cumple ante el juez para la decisión de un caso concreto y que, una vez sancionada la ley, se convierten en orientaciones (guías) explicativas de las normas vigentes. Estos principios no son más que reglas generales que derivan de los conceptos construidos en el plano de la teoría del proceso. Tejido o red de contención y de disciplina lógico funcional que “aceite” el andamiaje, los instrumentos para que funcionen de manera adecuada (nervio y savia).

Esa labor de construcción viene presidida por pautas generales, derivadas de la labor realizada por la teoría procesal, en cuanto impuestas por exigencias que parten directamente de los fines que se propone alcanzar el proceso judicial, que modelan las diversas opciones que se le presentan a quien emprende la espinada tarea de diseñar un procedimiento que garantice, para cada caso (o asunto) una sentencia justa y oportuna.

En ocasiones las normas de organización político-jurídica del Estado captan esas directivas y le imprimen el carácter de obligatoriedad para el legislador, transformándolas en líneas de sentido que debem ser respetadas (por el legislador) si quiere implementar un procedimiento válido y, sobremanner eficiente, que ayude a desembocar en resultados beneficiosos. Éstos son los principios y garantías constitucionales, que condicionan la validez de la ley procesal, pero que, cuando no aparecen expresados en la ley fundamental del Estado (o en tratados incorporados a la Constitución, artículo 75, inciso 22) tienen, también, valor, aunque puramente lógico-jurídico, condicionando en este plano la actividad legislativa” [MORELLO, Augusto M. y MENDOZA, Efraín Quevedo. “Proceso y procedimiento. Ciencia y técnica (replanteos y nuevas perspectivas), pp. 21/22”]

8 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*.

9 SANTOS, Boaventura de Sousa et alii. *Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*; GARAPON, Antoine & ALLARD, Julie. *Os Juizes na Mundialização*; FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*.

10 GARAPON, Antoine & ALLARD, Julie. *Os Juizes na Mundialização*.

en las transformaciones legislativas en los países centrales y periféricos en este década¹¹, siendo distinguido el intercambio constante entre en los países de las familias tradicionales de la common law y del Civil law¹².

Algunos ejemplos podrían ser citados para mostrar la influencia de las organizaciones internacionales en las recientes reformas procesales. La Unidroit (International Institute for the unification of Private Law) y la ALI (American Law Institute), p. ex., habían lanzado el documento llamado "Principles of Transnational Civil Procedure", a fin de establecer criterios normativos aplicables en la mayoría de los litigios civiles, además de servir como base para las iniciativas de reforma¹³. En la última década del siglo XX, el Banco Mundial hizo informe sobre América Latina y el Caribe, recomendando diversas reformas judiciales en consonancia con la cartilla del Consenso de Washington¹⁴.

11 Entre otros, se pueden mencionar los nuevos códigos procesales de Inglaterra (Civil Procedure Rules, 1999) y de España (Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000) y las reformas legislativas Alemán (Zivilprozessordnung, 2001) y Italiana (CARPI, 2006), así como los comentarios generales. En la América Latina, merece la prominencia el Relatório nº 319 del Banco Mundial (1997) que dio lugar a sucesivos cambios en los sistemas jurídicos y de procedimiento del continente.

12 GARAPON, Antoine & ALLARD, Julie. *Os Juízes na Mundialização*; TARUFFO, Michele. **Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*

13 "These Principles are standards for adjudication of transnational commercial disputes. These Principles may be equally appropriate for the resolution of most other kinds of civil disputes and may be the basis for future initiatives in reforming civil procedure" (ALI / UNIDROIT. "Principles of Transnational Civil Procedure").
Duas outras passagens, no documento em espanhol, revelam melhor as ideias destes institutos: "Este proyecto procura redactar principios procesales y reglas que un país pueda adoptar para la resolución de litigios resultantes de transacciones comerciales internacionales. El proyecto está inspirado en parte por el Proyecto de aproximación conducido por el Profesor Storme, mencionado anteriormente; en parte por el proyecto del American Law Institute (ALI) sobre Insolvencia Transnacional; y en parte por el esfuerzo exitoso en los Estados Unidos, medio siglo atrás, de unificar muchas jurisdicciones diferentes bajo un único sistema de normas procesales con la adopción de las Normas Federales de Procedimiento Civil. Las Normas Federales establecieron un procedimiento único para ser utilizado en los tribunales federales radicados en 48 Estados distintos y semi-soberanos, cada uno con su propio derecho procesal y su propio colegio de abogados. Las Normas Federales lograron por este medio aquello que muchos observadores serios creyeron que era imposible – un único sistema procesal para cuatro docenas de comunidades jurídicas diferentes. El proyecto para crear los Principios del proceso civil transnacional presume que vale la pena intentar también un procedimiento para litigios que atraviesan las fronteras nacionales" [UNIDROIT . *Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional (Adaptados y promulgados por The American Law Institute)*, pp. 03/04.]

"La formulación de Principios en general atrajo a la mentalidad del civil law. Los abogados de common law están menos familiarizados con este tipo de generalización. Ya que los Principios y las Reglas han sido desarrollados simultáneamente, la relación entre la generalidad y la especificación se ha mostrado más nitidamente. Los Principios son guías interpretativas para las Reglas, las que constituyen un cuerpo de derecho procesal más detallado. Los Principios podrían también ser adoptados como principios para la interpretación de códigos de procedimientos nacionales ya existentes. Correlativamente, las Reglas pueden ser consideradas como una ejemplificación o una implementación de los Principios, adecuada para su adopción o para su posterior adaptación en jurisdicciones particulares. Ambos pueden ser considerados como modelos para reformas en la legislación interna" (Id., ibid., p. 04)

14 MEIRELLES, Delton R. S. "Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?"

Así, cualquier análisis en las reformas procesales debe pasar para este comentario crítico. No tiene como si entender el panorama de las alteraciones legislativas, fuera si admite cuenta los impactos del globalización y del mercado en el formularización de la política pública, incluso los judiciales. Específicamente en los principios, es posible identificar tal hipótesis en la elaboración de los códigos procesales brasileños.

3. LA CODIFICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

A priori, es importante contextualizar históricamente el tema. Con efecto, los principios tienen un significado diferente dependiendo del momento en que se reconocen, bajo pena de anacronismo y comparaciones razonables. Después, los principios también sean construcciones históricas, divulgando más en la judicial de la época que solamente el retratar práctico la forense. Por otra parte, no sería nada científico descalificar una legislación para omitir las garantías conquistadas recientemente, o creyendo una pseudo-evolución normativa .

En el caso brasileño, hasta que los años 1930 no tenía una sistematización completa de la ley procesal civil, que hasta entonces sólo había conocido la fragmentación de las leyes imperiales y los códigos regionales de la Vieja República. Le correspondió al entonces ministro Francisco Campos a la tarea de dar forma legal a la ideología del presidente Getulio Vargas, fue el responsable de la edición de las diversas leyes que han modificado sustancialmente el derecho en Brasil.

En 1934 hubo la federalización de los códigos de procedimiento antes regulados por las leyes estatales. Preveía la creación de una comisión para elaborar el proyecto de código unitario¹⁵, pero esto llegó a ser escrito por uno de sus miembros (Pedro Baptista Martins). El Código de Procedimiento Civil, con prefacio de Francisco Campos, viene en forma de Decreto-Lei¹⁶ n° 1608, de 18/09/1939.

15 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: "O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal".

16 El Decreto-Lei era norma emanada por el Presidente de la República (art. 12 de la Constitución de 1937), independiente de la participación del congreso nacional.

Hay algunos pasajes de el CPC/39 que tienen que ver con los principios¹⁷ y, sin embargo, no tienen el mismo sentido cotidiano. Si tomamos hacia fundamentos metodológicos, un pasaje de la exposición de motivos indica que “clamava-se por uma reforma de base, orientada nos princípios da oralidade e da concentração”, dejando la clara influencia de Chiovenda en la concepción de el código¹⁸. Con ello, esta parte preliminar, no sólo sintetiza el período histórico-político brasileño (como las referencias a populismo¹⁹ y autoritarismo²⁰), como guías en la concepción publicística²¹ y la valuación de la oralidad²².

17 Este es el caso del artículo 872, acerca de los principios de distribución de los hechos en los tribunales, y el artículo 883, acerca de los principios de ejecución provisional.

18 Giuseppe Chiovenda (1872-1937) fue el autor más citado en la exposición de motivos, aunque hubo referencias a los autores americanos, como William Franklin Willoughby (1867-1960), Edson R. Sunderland (1874-1959), Elihu Root (1845-1937) y Roscoe Pound (1870-1964).

19 “Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando, numa certa medida, ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado “princípio dispositivo”, de “controvérsia” ou “contradição”, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei.” (CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939).

20 “O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos, meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Dai a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer-lhe. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada, como manda a prudência, é que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade” (CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939).

21 “Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção dá-nos, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos em relação aos quais não o anime nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se representa e personifica” (CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939).

22 “A questão mais importante, porém, era a do sistema a ser adotado no projeto. Quanto a este ponto, conhecendo as idéias de Vossa Excelência em relação ao rumo que deveriam seguir as reformas legislativas, recomendei desde o princípio que o futuro Código não poderia deixar de aí afeiçoar-se ao sistema a que quase todos os Códigos de Processo do mundo se vêm progressivamente conformando, tão uniformemente se fazem sentir por toda a parte as inconveniências do processo escrito tradicional. Impunha-se uma reforma de fundo do nosso processo. O nosso problema não poderia ser o de emendar e retocar: a questão era de estrutura e de sistema. Se a questão era de remodelar o processo no sentido de torná-lo adequado aos seus fins, de infundir na máquina da justiça um novo espírito, que é, precisamente, o espírito público, tão ausente da concepção tradicional do processo; se o problema era, em suma, de racionalizar o processo, adaptando-o às formas mais precisas, adquiridas pelo espírito humano para o exame e a investigação

En el segundo código de procedimiento civil republicano, forjada durante el régimen militar (1973), la exposición de motivos se abre con una cita de Giuseppe Chiovenda (“convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso”). El autor del proyecto, Alfredo Buzaid (1914-1991), también señaló que “Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas”. Se invoca Niceto Alcalá-Zamora y Castillo para explicar los principios de la conservación y la innovación como una guía para su proyecto. Critica a los principios de la información del código anterior²³, al tiempo que refuerza la publicismo²⁴ y el racionalismo/legalismo²⁵. También dice que el proyecto se esfuerza “por aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica.”

La exposición de motivos se refiere a la legitimación de la incorporación de prácticas jurídicas y la importación de los institutos extranjeros²⁶, por

das questões, a opção teria que se decidir pelo processo oral, em uso em toda a Europa, à exceção da Itália, onde, porém, a reforma está iminente. O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção dualística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza-o no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas.” (CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939).

- 23 “Os princípios informativos do Código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação. A extensão territorial do país, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código. Os inconvenientes resultavam não do sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador. Não se duvidava, pois, da excelência do princípio da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira” (BUZOID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973).
- 24 “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade” (BUZOID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973).
- 25 “O processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito” (BUZOID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973).
- 26 Además de la mención de los diversos códigos extranjeros de procedimiento (italiano, austriaco, francés, alemán), la exposición de motivos cita varios autores italianos, como Chiovenda (1872-1937), Carnelutti

no hablar abiertamente opción ideológica durante el régimen dictatorial (a diferencia del código anterior).

Tour no contiene una sección específica sobre los principios²⁷, se puede identificar algunas explícitas (por ejemplo, la sucumbencia²⁸ e el dispositivo²⁹) y implícitas (la buena fe procesal, por ejemplo.) con exclusión de la disposición legal de los principios generales como fuente subsidiaria³⁰. Pero, quién merece más atención es el principio de la oralidad, en su versión modificada por el nuevo código, que buscaba “limitar o sistema de processo oral, não só no que toca ao princípio da identidade da pessoa física do juiz³¹, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias³²”.

4. EL PROCESO LEGISLATIVO DE EL FUTURO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL

Los cambios en la política mundial (globalización y la re configuración de los Estados) y (democratización y las reformas estructurales de la Administración de Brasil) nacionales contribuyó a una serie de cambios

(1878-1965), Calamandrei (1889-1956), Emilio Betti (1890-1968), Enrico Tullio Liebman (1903-1986) y Elio Fazzalari (1925-2010); así como juristas como el español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), el francés Albert Tissier (1862-1925), el uruguayo Eduardo Couture (1904-1956), los alemanes James Goldschmidt (1874-1940), Leo Rosenberg (1879-1963) y Franz Schlegelberger (1876-1970).

- 27 En conferencia en la universidad de Keyo (Japón), Alfredo Buzaid dijo que su proyecto prefiriera ocuparse de los principios a través del texto, hablando que *“seu conjunto ordenado e sistemático é construção da doutrina”* (*“Linhas fundamentais do sistema do CPC brasileiro”*, pp. 34/35)
- 28 “O projeto adota o princípio do sucumbimento, pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor (art. 23)”(BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973).
- 29 “O projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 130, III)”(BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973).
- 30 CPC/73, art. 126. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.
- 31 “O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível de princípio da identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retornar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas”(BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973).
- 32 “Outro ponto é o da irrecorribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correção parcial e o mandado de segurança. Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias. É mais uma exceção. O projeto a introduziu para ser fiel à realidade da prática nacional” (BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973).

en la judicatura y el sistema de justicia y dio lugar a posteriores cambios legislativos en el ámbito del Derecho procesal. No sólo el sistema legal podría tener cabida dentro de la renovación de Brasil (las leyes de Cappelletti y Garth³³), No sólo el sistema legal podría tener cabida dentro de la renovación de Brasil (las leyes de Cappelletti y Garth).

Así, la Constitución de 1988 afirma lo que se establece un Estado social y democrático de derecho, el establecimiento de diversas garantías³⁴ y una amplia lista de principios, resultó ser reformada de forma sistemática para cumplir con algunos requisitos de la agenda neoliberal. Este fue el caso de las enmiendas constitucionales nº 19/99 (administración pública), 24/99 y 45/04 (Poder Judicial), cuya finalidad era aumentar la eficiencia administrativa del sector público, incluyendo la incorporación de nuevos principios constitucionales.

El Código de Procedimiento Civil no ha ido a salvo por las olas. La literatura aquí pueden señalar tres grandes movimientos de reformas legislativas, entre los años 1994/1995, 2001/2002 y 2005/2006 (y cambios específicos en el sistema legal del procedimiento), que modifiquen sustancialmente su contenido.

Tantos remiendos habían justificado la creación de una comisión de juristas para escribir un proyecto del nuevo código de la acción civil. Interesando para separar que, del acto de la instalación de la comisión hasta la presentación del proyecto del nº 166/2010 de la ley, también tenía la preocupación de si demostró un procedimiento abierto y democrático, por medio de separarse amplio en la prensa³⁵ y la organización de ocho audiencias públicas (Belo Horizonte, Fortaleza, Rio de Janeiro, Brasília, São Paulo, Manaus, Porto Alegre e Curitiba), como se señala en el texto de uno de los juristas de la comisión:

Desde os inícios dos trabalhos esteve muito claro, para a Comissão de Juristas nomeada pelo Senado para a apresentação do anteprojeto do novo CPC, que deveria ser viabilizada a participação de toda a comunidade jurídica nos debates a respeito do conteúdo do futuro Código.

33 CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à Justiça.

34 Entre otros, Nelson Nery Jr. (Princípios do processo civil na Constituição Federal) y Leonardo Greco ("Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo").

35 Como datos del informe (disponible en < <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>, p. 379), entre 1º de octubre de 2009 y 02 de junio de 2010, los trabajos de la comisión tenían aparecido 514 veces en los medios diversos, también televisión y periódicos de la circulación nacional.

Todos poderiam enviar suas sugestões ao e-mail da Comissão (contato.novocpc@senado.gov.br). A Comissão entendeu, porém, que isso não bastaria, e optou por fazer audiências públicas. Mas não apenas poucas audiências públicas apenas em Brasília – como normalmente acontece -, mas a maior quantidade possível de audiências públicas, na maior quantidade possível de Capitais do Brasil. E mais: as audiências públicas deveriam ter início desde logo, antes mesmo de a Comissão apresentar sugestões de redações para os dispositivos do novo Código, para que a comunidade jurídica pudesse participar de todas as fases do trabalho desenvolvido pela Comissão, discutindo desde as proposições.

Se, de fato, vivemos em um Estado Democrático de Direito, penso ser indispensável que o anteprojeto reflita este valor, em todos os sentidos. Deverão constar do anteprojeto, evidentemente, dispositivos que concretizem os princípios e garantias constitucionais. Mas isto não basta. Tenho sustentado, em meus trabalhos doutrinários, seguindo a denominada teoria do *status*, que têm os cidadãos direito de participar ativamente do processo de criação da solução jurídica. Isso repercute não apenas no meu modo de ver o processo civil e seus institutos fundamentais, mas, segundo meu modo de pensar, o denominado *status activus processualis* deve manifestar-se também na produção da legislação processual. (...)

Podemos afirmar, sem medo de errar, que, se este anteprojeto tem algo de marcante, é este espírito democrático, que se concretizará não apenas nos dispositivos que serão seu conteúdo, mas também no procedimento que está sendo observado em sua elaboração³⁶.

Por lo tanto, se puede ver el relieve en el discurso de la democracia procedimental de Habermas³⁷, para legitimar el diseño del proyecto a través de sucesivas audiencias públicas. Por otra parte, con base en el concepto socio-jurídico de legal culture³⁸, se da cuenta de que el trabajo de la comisión de juristas fueron guiados no sólo por los argumentos técnicos y legales, incluso, los principios constitucionales del proceso, específicamente adoptadas.

Todo esto contribuiría a la oxigenación del Código de Procedimiento Civil y el fortalecimiento de un sistema de garantías, ya que sería un entorno favorable para la construcción de una ley de procedimientos

36 MEDINA, José Miguel Garcia.. "O espírito democrático do anteprojeto do novo CPC".

37 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia; entre facticidade e validade.

38 FRIEDMAN, Lawrence. "Legal Culture and the Welfare State".

democráticos. Incluso una de las grandes noticias de el PLS 166/2010 es la positivización de algunos de los principios constitucionales ya en los primeros artículos:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Pero merece la observación el artículo 6º: “ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum³⁹, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência”. Es curioso que, entre distintas garantías previstas en la Constitución brasileña de 1988, el comité ha elegido los principios rectores de la administración pública en general. De hecho, hay una clara coincidencia con los principios administrativos constitucionales de el artículo 37⁴⁰ y los de la Ley Federal de Proceso Administrativo⁴¹. Es un hecho digno de destacar que la eficiencia administrativa es su principal preocupación en el texto del futuro Código de Procedimiento Civil, como puede verse en otras reformas procesales⁴².

En entrevista al periódico “O Estado de São Paulo”, el presidente de la comisión del anteproyeto del código de proceso civil, ministro LUIZ FUX revela su posición de equilibrio entre la eficiencia administrativa judicial, garantizando el acceso a la justicia:

O importante não foi criar instrumentos para julgarmos 260 mil processos. Imaginamos criar instrumentos para não termos 260 mil processos. Isso sem violar a cláusula de acesso à Justiça de qualquer cidadão. Vamos diminuir as etapas e solenidades, transformar o processo extremamente formal num processo mais simples⁴³.

En el procedimiento legislativo, esta fuerza ganada sujeta en los discusiones parlamentarios, teniendo como alto punto el informe del senador Valter Pereira, que habla consolida la necesidad del código para llevar cuidado de la eficacia administrativa, como el plan general de la reforma de la judicial:

39 En el actual Código, contenida en el art. 126 que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

40 Art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”

41 Lei nº 9784/99, art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”

42 MEIRELLES, Delton R. S. “Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?”

43 <<http://www.brasilianas.org/blog/luisnassif/luiz-fux-do-stj-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>>, acesso em 29 de novembro de 2010.

A inclusão, no art. 5º, do direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade na sua tramitação é sem dúvida um grande marco no Direito brasileiro, representando, a um só tempo, a consagração do anseio da população pela maior celeridade do Poder Judiciário bem como a imposição ao Estado de um claro dever de atuação em prol da maior efetividade do processo, assegurando-se a maior qualidade na prestação da justiça aos jurisdicionados.

5. CONCLUSIÓN

En este sentido, uno se da cuenta que es imposible dissociar el futuro Código de Procedimiento Civil brasileño del debate sobre la reforma del Estado, impulsado por la globalización y el mercado. Contrariamente a lo que podría parecer a primera vista, el derecho procesal sería sólo reglamento técnico de la función judicial, no es en realidad una combinación de todas las fuerzas que conforman el sistema de procesos judiciales.

De hecho, por un lado, la constitucionalización del derecho y los principios de la efectividad fortalece las garantías fundamentales, en el otro lado puede enmascarar la intención de fortalecer el sistema jurídico de un rehén del mercado, ávido de seguridad y eficiencia a toda costa. Estos objetivos se vale problematizados, como la revisión judicial debe ser guiada por valores nobles como la justicia social y la inclusión de los excluidos.

Tal vez Brasil está perdiendo una oportunidad única para elaborar un texto de manera eficaz y coherente con el ideal democrático participativo, ya que es legitimada por un procedimiento formal supuestamente abierta. Sin el debate sobre qué es realmente la ley de procedimiento que la sociedad brasileña quiere, cualquier codificación sólo tiende a crear frustración y un déficit de representación.

6. REFERENCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Dereito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". In: *Interesse Público*, nº 33, set./out., 2005, pp.13-54.

BUENO, Cássio Scarpinella. "O 'modelo constitucional do direito processual civil': um paradigma necessário de estudo do direito processual

civil e algumas de suas aplicações”. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maíra Terra. (Org.). *Processo Civil - Novas tendências - Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 157/166

BUZAID, Alfredo. “Linhas fundamentais do sistema do CPC brasileiro”. In *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 31/48.

CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neopositivismo”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson & Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Constituição e Processo. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, pp. 662/682.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939*. In *O Estado Nacional*. Disponível em www.eBooksBrasil.com.

CAPPELLETTI, Mauro. “*Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano*”. In: *Proceso, ideologias y sociedad*. Buenos Aires: Ejea, 1974, pp. 273/291.

CAPPELLETTI, Mauro. “*Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*”. In: *Revista de Processo*, ano 17, n. 65, p. 127-143, jan.-mar. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988 .

CARPI, Federico. “Linee di tendenza delle recenti riforme processuali”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LX, n.3, setembro de 2006, ed. Giuffrè, Milano, p. 849/864

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. “O Anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança” . In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35 , n.185,p. 145-150, jul. 2010.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FISS, Owen M. *Um novo Processo Civil. Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FRIEDMAN, Lawrence. "Legal Culture and the Welfare State". In: TEUBNER, G. *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin, New York: Walter e Gruyter, 1988.

GARAPON, Antoine & ALLARD, Julie. *Os Juizes na Mundialização: A nova revolução do Direito*. Lisboa: Piaget, 2006.

GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". In: *Revista de Processo*, v. 164, p. 29-56, 2008.

GRECO, Leonardo. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". In: *Revista Jurídica (Porto Alegre)*, v. 305, p. 61-99, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia; entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. "Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo". In: *Revista Estudos Históricos*, n. 18, 1996, p. 01, disponível em <<http://www.cpdoc.fgv.br-revista-arq-201.pdf>>).

MADALENA, Pedro. "Novo CPC: sucesso em risco". In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 88-95, abr./jun. 2010.

MORELLO, Augusto Mario y MENDOZA, Efrain Quevedo. "Proceso y procedimiento. Ciencia y técnica (replanteos y nuevas perspectivas)". In *Revista Latinoamericana de Derecho*, Número 2, Sección de Contenido, 2004. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/2/cnt/cnt7.pdf>

NERY Jr., Nelson. *Princípios do Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia.. "O espírito democrático do anteprojeto do novo CPC". Disponível em <<http://professormedina.wordpress.com/2010/03/12/o-espirito-democratico-do-anteprojeto-do-novo-cpc/>>, acesso em 29 de novembro de 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. “A jurisdição no Estado Contemporâneo”. In: Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13/66.

MEIRELLES, Delton R. S. “Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?”. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. Disponível em <www.revistaprocessual.com>. 1ª Edição – Outubro/Dezembro de 2007, pp. 70/85.

MEIRELLES, Delton R. S. “Poder central x justiça comunitária: observações sobre o sistema português e sua aplicação no mundo lusófono”. In: Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010. Disponível em <www.conpedi.org>.

MEIRELLES, Delton R. S. & MELLO, Marcelo Pereira de. “A Reforma da Justiça do Trabalho e o embate Judiciário X Legislativo”. In: Revista IMES, v. 1, p. 32-54, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O neoprivatismo no Processo Civil”. In: Temas de direito processual: nona série. Rio de Janeiro: Saraiva, pp. 87/101

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. “Reforma do CPC: por um renovado processo civil”. In: Revista Jurídica, Brasília, v. 14 , n.314,p. 28-29, fev. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa et alii. *Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*. Porto: *Afrontamento*, 1996.

TARUFFO, Michele. “Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law”. In: Revista de Processo, São Paulo, ano 28, n. 110, p.141-158, abril-junho 2003.

TAVARES, André Ramos. “Teoria processual e processo constitucional ‘objetivo’”. In: DIDIER JR., F.; JORDÃO, E. F. (coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008, pp. 69-88.

THEODORO JUNIOR, Humberto. “Primeiras observações sobre o projeto do novo Código de Processo Civil”. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 11 , n.66,p. 7-12, jul./ago. 2010.

UNIDROIT (INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS).
Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional (Adaptados
y promulgados por The American Law Institute). 1ª edición. México:
Universidad Nacional Autónoma de México, 2010

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS Y NORMAS RECTORAS EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

I
DERECHOS FUNDAMENTALES Y
ACTIVISMO JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA.

Por: Miguel Carbonell. IIJ-UNAM.

SUMARIO

1. introducción, 2. la experiencia norteamericana, 3. la previsión constitucional de los derechos. 4. el reto de la aplicación judicial de la constitución. 5. retos del futuro para el constitucionalismo de américa latina. 6. conclusión.

1. INTRODUCCIÓN.

Cualquiera que sea la noción que tengamos de lo que significa el activismo judicial, lo cierto es que habrá que considerarlo como un medio para alcanzar ciertos fines. Es decir, el activismo judicial, por sí mismo, no pasaría de ser una categoría meramente descriptiva, a menos que convengamos sobre su capacidad instrumental en relación a determinadas ideas, bienes o valores. Si esto es así tendremos que convenir también en que, en su calidad instrumental, el activismo judicial puede ser positivo o negativo. Aunque se suele identificar el activismo judicial con política judiciales progresistas, hay que reconocer que también puede haber un activismo judicial profundamente conservador.

Si recurrimos a los ejemplos históricos más conocidos veremos que las etapas de fuerte activismo judicial se han dado sobre todo en relación a los derechos fundamentales. Los jueces activistas han concentrado su actuación en generar las condiciones para reconocer una dimensión fuertemente normativa (a veces incluso de carácter prestacional, dependiendo del caso) a los derechos fundamentales. El activismo judicial ha permitido alcanzar lo que algunos teóricos han denominado la “revolución de los derechos”, pero lo interesante (para la teoría general del derecho constitucional y, sobre todo, para la teoría constitucional mexicana), es que tal revolución ha sido acompañada por elementos adicionales sobre los que conviene reparar. En otras palabras, el activismo judicial ha sido una condición o elemento esencial para la revolución de los derechos si atendemos a la evidencia histórica disponible, pero no el único.

Si quisiéramos encontrar un caso paradigmático de activismo judicial seguramente tendríamos que mirar a la historia del constitucionalismo norteamericano.

2. LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA.

La historia constitucional de los Estados Unidos permite vislumbrar, aparte de un modelo de constitucionalismo que presenta muchas peculiaridades y que ha sido paradigmático para un número importante de países, las condiciones que son necesarias para realizar una revolución

jurídica a partir de los derechos fundamentales, contando con fuertes dosis de activismo judicial.

En realidad, en Estados Unidos se han producido dos revoluciones de los derechos. La primera, a finales del siglo XVIII cuando en las constituciones de las colonias se comenzaron a “constitucionalizar” los derechos fundamentales, cumpliendo con la primera etapa del desarrollo histórico de los derechos¹. Ese primer movimiento se completa con el establecimiento del Bill of rights a nivel federal en 1791 y con las enmiendas constitucionales expedidas al finalizar la Guerra Civil a mediados del siglo XIX. Esa es la primera revolución de los derechos que se realiza en territorio norteamericano y, junto con la experiencia francesa de 1789, la primera en sentido moderno a nivel mundial.

La segunda revolución inicia en la década de los 50. El disparo de salida, preparado durante años importantes movimientos cívicos en defensa de los derechos, puede fijarse convencionalmente en el año de 1954, cuando se emite la sentencia del caso Brown versus Board of Education para remover la segregación racial en las escuelas. Su realización completa se lleva a cabo desde ese año y hasta la primera mitad de la década de los 70, cuando las fuerzas conservadoras sustituyen en el estrado de la Suprema Corte a los jueces liberales que habían tenido un papel destacado en defensa de los derechos. La decisión final de esta segunda revolución tal vez haya sido la sentencia del caso Roe versus Wade sobre el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, dictado en 1973. Desde luego, con posterioridad a esa sentencia ha habido otros casos de activismo de gran importancia, pero han sido más escasos, más repartidos en el tiempo y sin que el conjunto de todos ellos haya reproducido en extensión y en intensidad los múltiples pronunciamientos progresistas que en materia de derechos fundamentales fueron dictados entre 1954 y 1973, sobre todo mientras presidía la Corte Earl Warren. Volveremos más adelante sobre algunos de los casos más conocidos que fueron resueltos en el tiempo de la presidencia de Warren.

A partir de la experiencia histórica de los Estados Unidos tal vez sería interesante extraer algún tipo de reflexión de carácter general que nos permita identificar las condiciones de posibilidad de las revoluciones de los derechos y el papel que dentro de ellas juega el activismo judicial. Para ello nos resulta de mayor utilidad la segunda revolución estadounidense, ya que en la

¹ Sobre las etapas de desarrollo histórico de los derechos fundamentales y sobre el surgimiento de los derechos en el constitucionalismo norteamericano, Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, 2ª edición, México, Porrúa, 2010, pp. 10-19 y 165-211, respectivamente.

primera existían condiciones históricas, filosóficas y políticas muy distintas de las actuales. En cambio, la experiencia estadounidense de la segunda mitad del siglo XX presenta todos los rasgos que la teoría constitucional considera como necesarios para lograr una revolución de los derechos.

Como lo ha sintetizado Charles Epp², los requisitos que se suelen identificar para que exista una revolución de ese tipo son: a) la previsión constitucional de los derechos, b) una judicatura progresista o al menos receptiva de la causa de los derechos, c) una cultura popular que se identifique con los valores que preservan los derechos, y d) un activismo social y organizativo que sea capaz de llevar hasta la mesa de los tribunales los casos por violaciones de derechos. Las cuatro condiciones mencionadas estuvieron presentes en Estados Unidos hacia la mitad del siglo XX. Lo que nos podríamos preguntar es si existen actualmente en los distintos países de América Latina y, en su caso, el grado de desarrollo que tienen.

En las páginas siguientes se explora el alcance de algunos de los cuatro temas apuntados por Epp. Hacer una revisión completa de todos ellos es algo que debería formar parte de la agenda de investigación de muchos de nuestros centros universitarios, pero que excede con creces el contenido posible de una ponencia.

3. LA PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS.

De acuerdo con Epp, la existencia de un catálogo más o menos amplio de derechos es una condición esencial para que pueda darse la revolución de los derechos. Si bien podemos estar de acuerdo con esta tesis, puesto que el desarrollo de los derechos fundamentales en general se ha dado a partir de la existencia de las declaraciones que los enuncian, lo cierto es que la experiencia histórica es ambigua. Recurriendo de nuevo al caso de los Estados Unidos, podemos observar que el Bill of Rights fue expedido en 1791 y las enmiendas posteriores fueron resultado, a mediados del siglo XIX, de la Guerra Civil³. ¿Cómo es posible entonces que la segunda revolución de los derechos no aconteciera sino hasta un siglo o siglo y medio después? La previsión constitucional de los derechos, por tanto, es una condición necesaria pero no suficiente para que se pueda dar una revolución de los mismos.

² Epp, Charles, *The rights revolution. Lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, capítulo uno.

³ Reed Amar, Akhil, *The Bill of Rights*, New Haven, Yale University Press, 1998.

Desde el primer nivel de análisis de los cuatro señalados por Epp, se puede observar en América Latina un proceso siempre creciente y (hasta el día de hoy) en términos generales imparable de expansión de los derechos enunciados por las Constituciones de la región. Este proceso está presente a todo lo largo de la historia de los derechos, comenzando por sus “cunas originales”, que fueron Francia y los Estados Unidos⁴. La expansión de los catálogos de derechos se ha producido por un doble fenómeno de universalización de los titulares de los derechos (como efecto de la aceptación ampliamente compartida de la universalidad de los derechos) y de la mayor especificación que van adquiriendo sus contenidos.

La universalidad es una característica que ha acompañado a los derechos fundamentales desde su nacimiento. De hecho, uno de los primeros catálogos de derechos –que además es, quizá, el más importante de todos los tiempos– ya contenía la aspiración a la validez universal de los derechos; en efecto, la lectura de los artículos que integran la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de agosto de 1789 (conocida simplemente como Declaración francesa), pone en evidencia que sus normas están dirigidas no solamente a los franceses, sino a todas las personas y que su ámbito de validez racional no se limitaba a Francia sino que pretendía ir más allá de sus fronteras, como efectivamente lo hizo.

Como lo explica García Manrique, la universalidad de la Declaración francesa tiene dos sentidos: uno textual y otro funcional; la universalidad textual se desprende de la forma en que están redactados sus preceptos, que no se dirigen solamente a los franceses sino a todas las personas; la universalidad funcional se proclama en virtud de que la Declaración expresa ideas que pretenden alcanzar una validez universal e intenta recoger los principios que deben servir para estructurar no solamente a la sociedad francesa, sino a cualquier sociedad:

“La Declaración puede considerarse universal en dos sentidos: textualmente y funcionalmente... En primer lugar, la Declaración es textualmente universal como efecto necesario del modelo iusnaturalista que inspira su forma y su contenido... expresa ideas que pretenden una validez universal... la Declaración es funcionalmente universal porque ha servido como referente ideológico en todo el mundo a lo largo de dos siglos. Ello se debe, por supuesto, al lenguaje universal de su texto, pero no sólo a él, sino también a dos circunstancias no imputables a la voluntad de sus redactores: una es que la Declaración refleja la filosofía moral, política y jurídica de la modernidad... y que ha alimentado de una u otra forma la mayor parte de

4 Carbonell, Miguel, Una historia de los derechos fundamentales, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2005.

los proyectos políticos de los siglos XIX y XX, hasta nuestros días: la otra es que la situación social y política europea de finales del siglo XVIII era lo bastante similar a la francesa como para que la Declaración tuviera impacto inmediato, profundo y duradero más allá de las fronteras de Francia”⁵.

La universalidad, además, es una consecuencia de la fuerte influencia iusnaturalista del primer constitucionalismo: si los derechos que entonces se enunciaban eran “naturales”, es obvio que tenían que ser reconocidos por igual a todas las personas, puesto que todas ellas comparten la misma “naturaleza”; en palabras de Stephane Rials, “si existe un orden natural racional cognoscible con evidencia, sería inconcebible que fuera consagrado con variantes significativas según las latitudes”⁶.

En términos generales la universalidad de los derechos fundamentales puede ser estudiada desde dos distintos puntos de vista. Desde el punto de vista de la teoría del derecho la universalidad tiene que ver con la forma en que están redactados los preceptos que contienen derechos. Si su forma de redacción permite concluir que un cierto derecho se adscribe universalmente a todos los sujetos de una determinada clase (menores, trabajadores, campesinos, ciudadanos, mujeres, indígenas: lo importante es que esté adscrito a todas las personas que tengan la calidad establecida por la norma), entonces estamos ante un derecho fundamental universal.

Algunos autores han incluido la característica de la universalidad como requisito esencial para la identificación de los derechos fundamentales. Es decir, para ellos solamente serían fundamentales los derechos que sean universales. Es el caso de Luigi Ferrajoli, quien distingue entre los derechos fundamentales (asignados universalmente a todos los sujetos de una determinada clase) y los derechos patrimoniales (asignados a una persona con exclusión de los demás); así por ejemplo, la libertad de expresión, al ser reconocida constitucionalmente como un derecho de toda persona, sería un derecho fundamental; mientras que el derecho patrimonial sobre mi coche (derecho que comprende la posibilidad de usarlo, venderlo, agotarlo y destruirlo) excluye de su titularidad a cualquier otra persona⁷. En palabras del autor⁸,

5 García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, volumen III, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, pp. 247-248.

6 Citado por García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, cit., pp. 247-248.

7 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2004, pp. 45 y ss.

8 *Derechos y garantías*, cit., p. 46.

Los derechos fundamentales –tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales- son derechos ‘universales’ (omnium), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los demás derechos reales y también los derechos de crédito- son derechos singulares (singuli), en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás... Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica... Los otros son exclusivos, es decir, *excludendi alios*, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica.

Siguiendo desde la misma perspectiva de teoría del derecho hay que distinguir, como lo ha explicado Robert Alexy, entre la universalidad con respecto a los titulares y la universalidad respecto a los destinatarios (obligados) de los derechos⁹. La primera consiste “en que los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos”, con independencia de un título adquisitivo¹⁰. Los destinatarios (en cuanto que obligados por los derechos) serían no solamente los seres humanos en lo individual sino también los grupos y los Estados. En este último caso, de acuerdo con Alexy, hay que diferenciar los derechos humanos absolutos de los derechos humanos relativos; los primeros son los que se pueden oponer frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados, mientras que los segundos –los relativos- solamente son oponibles a, por lo menos, un ser humano, un grupo o un Estado.

Alexy pone como ejemplo de derechos humanos absolutos el derecho a la vida, que debe respetarse por todos; un ejemplo de derecho humano relativo frente al Estado sería el derecho al voto, el cual debe ser respetado por el Estado del cual el individuo forma parte; un ejemplo de derecho humano relativo frente a un grupo sería el derecho de los niños a que sus familias les proporcionen asistencia y educación.

9 Alexy, Robert, “*La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*”, *Derechos y libertades*, número 8, Madrid, enero-junio de 2000, pp. 24-26.

10 Alexy no acepta que puedan haber derechos de grupo, es decir, derechos que no sean asignados a cada uno de los seres humanos en lo individual, si bien reconoce que pueden existir “derechos de comunidades” o “de Estados” (derechos de tercera generación, derecho al desarrollo); tales derechos, sin embargo, no serían derechos humanos, con lo cual –reconoce el autor- se perdería la carga valorativo-positiva que tiene el término, pero se obtendría la ventaja “*de aguzar la vista para que estos derechos no devengan en derechos de funcionarios*”, “*La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*”, cit., p. 25.

Aparte de la perspectiva de teoría del derecho, que es la que se acaba de explicar de forma muy resumida, la universalidad de los derechos debe también ser contemplada desde una óptica política, desde la cual dicha característica supondría la idea de que todos los habitantes del planeta, con independencia del país en el que hayan nacido y del lugar del globo en el que se encuentren deberían tener al menos el mismo núcleo básico de derechos fundamentales, los cuales además tendrían que ser respetados por todos los gobiernos.

Desde luego, la forma en que ese núcleo básico podría plasmarse en los distintos ordenamientos jurídicos no tiene que ser uniforme para estar de acuerdo con los principios de justicia; la historia, cultura y pensamiento de cada pueblo o comunidad puede agregar, y de hecho históricamente ha agregado, una multiplicidad de matices y diferencias al conjunto de derechos fundamentales que establece su respectiva Constitución. En palabras de Konrad Hesse, "...la validez universal de los derechos fundamentales no supone uniformidad... el contenido concreto y la significación de los derechos fundamentales para un Estado dependen de numerosos factores extrajurídicos, especialmente de la idiosincrasia, de la cultura y de la historia de los pueblos"¹¹.

En la historia de los derechos hemos encontrado formas distintas de redactarlos, si bien es cierto que también se han dado claras influencias entre los distintos textos que los recogen; influencias ideológicas, desde luego, pero también influencias "textuales", por medio de las cuales los poderes constituyentes han redactado de forma muy parecida las normas que establecen ciertos derechos.

La caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad y su no negociabilidad; en palabras del propio Ferrajoli, si tales derechos "son normativamente de 'todos' (los miembros de una determinada clase de sujetos), no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados"¹². Que no sean alienables o negociables significa, en otras

¹¹ Hesse, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales" en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de derecho constitucional, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 85.

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 39.

palabras, que los derechos fundamentales no son disponibles. Su no disponibilidad es tanto activa (puesto que no son disponibles por el sujeto que es su titular), como pasiva (puesto que no son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos, incluyendo sobre todo al Estado)¹³.

En este contexto, se puede afirmar que los derechos fundamentales, tomando en cuenta tanto su universalidad como su protección constitucional, se sitúan fuera del mercado y de los alcances de la política ordinaria. Esto significa que no puede existir una justificación colectiva que derrote la exigencia que se puede derivar de un derecho fundamental.

Tal como lo expresa Ronald Dworkin, “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio”¹⁴; en el mismo sentido, Robert Alexy señala que “El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella...”¹⁵.

Esto significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental.

En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho fundamental con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental.

Ni siquiera el consenso unánime de los integrantes de una comunidad puede servir como instrumento de legitimación para violar un derecho fundamental, pues como señala Ferrajoli,

“Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta

13 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 47.

14 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

15 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002 (reimpresión), p. 412.

persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil¹⁶.

La base normativa de la universalidad de los derechos humanos se encuentra, además de lo ya dicho, en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia. El punto de partida de todas esas disposiciones –en sentido conceptual, no temporal, desde luego– es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Dicha Declaración, junto con la Carta de la ONU, supone el embrión de un verdadero “constitucionalismo global”¹⁷.

Norberto Bobbio sostiene que con la Declaración de 1948 se inicia una fase importante en la evolución de los derechos: la de su universalización y positivación, haciéndolos pasar de “derechos de los ciudadanos” a verdaderos derechos de (todos) “los hombres”, o al menos “derechos del ciudadano de esa ciudad que no conoce fronteras, porque comprende a toda la humanidad”¹⁸.

Tiene razón, pero solamente en cuanto que la Declaración de 1948 supone un producto acabado de la vocación universal de los derechos; en realidad la característica de la universalidad ya estaba presente, como lo explicamos con anterioridad, desde las primeras cartas de derechos.

Lo importante en este punto es que, a partir de la Declaración de 1948, los derechos dejan de ser una cuestión interna de la incumbencia exclusiva de los Estados y saltan por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales. Los particulares se convierten en sujetos de ese nuevo derecho, antes reservado solamente a la actuación de los Estados y no de los individuos, en la medida en que tienen asegurado un estatus jurídico supranacional; incluso, bajo ciertas circunstancias, pueden acceder a una jurisdicción internacional para el caso de que consideren violados sus derechos. Los tribunales nacionales empiezan a aplicar las normas jurídicas internacionales y los problemas antes considerados como

16 *Derecho y razón*, cit., p. 859.

17 Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2008, pp. 397 y ss.

18 Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., pp. 23-24.

exclusivamente domésticos adquieren relevancia internacional; podemos afirmar, en consecuencia, que también en materia de derechos humanos –como en tantos otros aspectos- vivimos en la era de la interdependencia. Más adelante volveremos sobre este tema, en referencia específica a la creciente “internacionalización” de los derechos en América Latina.

Resumiendo lo que se ha dicho podemos afirmar que la universalidad de los derechos es un rasgo que puede ser analizado desde una doble perspectiva: desde el punto de vista en que está redactada una norma jurídica por lo que hace a sus titulares (lo que nos sirve para identificar a los derechos fundamentales, según el punto de vista de Ferrajoli, diferenciándolos de los derechos patrimoniales), y desde el punto de vista de su alcance geográfico (lo que nos indica que no serán universales aquellos derechos que se queden dentro de las fronteras de los Estados o estén asignados solamente –excludendi alios- a sus habitantes). Si lo primero tiene un significado estrictamente normativo, lo segundo encierra un enorme debate político y social, quizá uno de los más importantes de nuestro tiempo.

Por su parte, el proceso de especificación de los derechos, como lo explica Norberto Bobbio, se ha dado en virtud del paso del hombre abstracto al hombre en concreto, del individuo considerado solamente como ciudadano al individuo considerado en los distintos roles o estatus que puede tener en la sociedad. Para ese efecto se han tomado en cuenta diversos criterios de diferenciación: el sexo, la edad, las condiciones físicas, etcétera, que merecen un especial tratamiento y protección¹⁹.

A partir de las primeras décadas del siglo XX se empieza en consecuencia a hablar de derechos de los trabajadores, de los campesinos, de los niños, de los ancianos, de las personas con discapacidad, de los enfermos, de las mujeres, de los indígenas, de los consumidores, de los inmigrantes, de las minorías sexuales, entre otros. La Constitución de Querétaro de 1917, por ejemplo, realizó un verdadero salto en el tiempo al constitucionalizar derechos para grupos en situación de vulnerabilidad, como los campesinos y los trabajadores.

Actualmente, se habla incluso de los derechos de las generaciones futuras, que se verían amenazados por los posibles efectos de una guerra nuclear o de la devastación ecológica producida por la destrucción que sobre el medio ambiente tienen algunos procesos productivos. Como apunta Giancarlo Rolla, “En el constitucionalismo contemporáneo el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas,

19 Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, pp. 62 y 68, entre otras.

inmersos en la sociedad, personas concretas, consideradas en su existencia histórica y material, portadoras de múltiples necesidades y expectativas”²⁰.

Si la universalización puso en claro que los derechos pertenecen a todas las personas, con independencia de su lugar de nacimiento o residencia, de sus características físicas, de sus preferencias y sus ideologías, la especificación quiere responder a las preguntas “¿qué hombre?” y “¿qué ciudadano?”²¹.

La especificación se ha producido sobre todo en el campo de los derechos sociales, en la medida en que la igualdad y la libertad genéricamente expresadas no han sido suficientes para proteger todos los intereses de grandes grupos humanos marginados o que conviven en la sociedad de forma desventajosa.

La especificación se refiere tanto a los destinatarios –es decir, a los sujetos - de los derechos, como a los bienes que protegen los derechos –es decir, al objeto de los mismos-; en consecuencia, de la misma forma en que hoy ya no se habla de ciudadano o de persona sin más, tampoco se regula la libertad o la igualdad sin más, sino que se ha avanzado en un proceso de determinación también de esos bienes, que se han ido haciendo cada vez más precisos.

En nuestra región, un primer momento especialmente importante dentro de los procesos que estamos analizando se observa ya con la Constitución guatemalteca de 1985, la que no solamente nos ofrece un largo catálogo de derechos, sino que también se ocupa de clasificarlos, ofreciendo al lector una primera clave de lectura de gran relevancia (una cuestión que merece ser discutida aparte es si esa clasificación resulta más o menos acertada, más o menos exhaustiva y más o menos comprensible). Pero son sobre todo las Constituciones de Brasil en 1988 y de Colombia en 1991 las que, con base en las experiencias europeas de la Segunda Posguerra, expanden hasta niveles previamente desconocidos los catálogos de derechos.

20 Rolla, Giancarlo, “*La actual problemática de los derechos fundamentales*”, Asamblea, número 3, Madrid, junio de 2000, p. 49. El mismo autor explica que “la tendencia a la especificación representa no tanto una ampliación de las posiciones subjetivas abstractamente tutelables, sino una técnica de codificación específica dirigida a concretar históricamente la materia de los derechos de la persona reconocidos en un determinado ordenamiento. Tal técnica se propone –quizá de forma optimista- codificar un catálogo de derechos de la persona sin lagunas, en contraposición a otros ordenamientos constitucionales propensos a recabar la tutela de nuevas posiciones subjetivas por vía jurisprudencial e interpretativa, sobre la base de formulaciones constitucionales esenciales”, Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 35-36.

21 Bobbio, Norberto, *L'eta dei diritti*, cit., p. 62.

En Brasil el afán clasificatorio de los derechos fundamentales que se observa en otros documentos no preocupa demasiado a los autores de su texto constitucional, quienes decidieron redactar un extenso artículo 5 que cuenta con 78 fracciones, muchas de las cuales se dividen en distintos apartados; en el artículo 5 se encuentran tanto cuestiones sustantivas como procedimentales (es decir, tanto derechos como garantías). La misma Constitución brasileña pone aparte los derechos sociales (artículos 6 a 11), el régimen jurídico de la nacionalidad (artículos 12 y 13) y los derechos políticos (artículos 14 a 16).

Una visión más moderna, incluso terminológicamente, se observa en el texto colombiano de 1991, cuyo Título II se denomina "De los derechos, garantías y deberes". En ese Título se encuentra una clasificación que separa los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos colectivos y del ambiente, y los deberes y obligaciones (una distinción parecida puede observarse en la Constitución peruana de 1993).

Es probable que la distinción entre derechos fundamentales y otro tipo de derechos (como los sociales) provenga de la no muy acertada fórmula del artículo 53 de la Constitución española, que parece distinguir los derechos "plenos", objeto de protección por todos los tribunales o mediante amparo ante el Tribunal Constitucional, de los simples principios que sirven para "informar" la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos²².

La Constitución de Argentina, reformada en profundidad en 1994, contiene un capítulo segundo dedicado a "Nuevos derechos y garantías", dentro del cual se encuentran interesantes desarrollos para su catálogo de derechos, incluyendo medios de tutela oponibles a particulares (como el juicio de amparo, según el artículo 43 párrafo primero). Infortunadamente se trata de un capítulo poco sistemático, ya que mezcla cuestiones no muy homogéneas, lo que probablemente no aporte una adecuada guía de lectura para quienes quieran profundizar en su conocimiento.

La Constitución mexicana ha ido incrementando paulatinamente el espacio dedicado a la regulación de los derechos fundamentales, si bien es cierto que lo ha hecho con escasa técnica legislativa y sin ningún prurito por salvaguardar una mínima sistemática²³. De hecho, dentro del capítulo dedicado a los

22 Un análisis de los alcances de dicho precepto puede verse en Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

23 Un estudio de tales derechos puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2009. Las críticas a su falta de sistematicidad y

derechos fundamentales (a los que, siguiendo la tradición de hace dos siglos, todavía se les llama “garantías individuales”), se pueden encontrar cuestiones relativas a la economía nacional, a la planeación del desarrollo o incluso a los órganos constitucionales autónomos, los cuales deberían haberse previsto dentro de la parte dedicada a la división de poderes. Entre las reformas que han suscitado un mayor debate, podemos señalar una del año 2001 por medio de la cual se incluye una extensa regulación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y otra de junio de 2008 para introducir una detallada regulación de las bases del procedimiento penal²⁴.

Las Constituciones más recientes (Venezuela, Ecuador y Bolivia) contemplan amplios catálogos de derechos, contruidos sobre la base de los ya señalados, aunque también expresan ciertas preocupaciones locales; en su tramitación y proceso de aprobación han sido objeto de intensos debates²⁵.

Como se puede ver, la renovación constitucional en América Latina ha sido intensa y extensa. Ahora bien, cabe destacar sobre todo no solamente la magnitud del cambio, sino sus cualidades. Y entre ellas está la de haber incorporado una buena cantidad de normas jurídicas redactadas como principios en nuestras constituciones.

Como se sabe, los principios (sobre todo los principios constitucionales que recogen o se refieren a derechos fundamentales) requieren de una específica técnica de aplicación, la cual también ha tenido un impacto profundo en el constitucionalismo de América latina y en el quehacer de nuestros jueces constitucional.

4. EL RETO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN.

La presencia tan relevante de principios y de cláusulas abiertas en los nuevos textos constitucionales de nuestra región conlleva el reto de aplicar bien tales disposiciones, lo que supone al menos las siguientes dos cuestiones:

a la impropiedad de sus contenidos (así como las respectivas propuestas de reforma) en Carbonell, Miguel, *La constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, 2004 y en idem, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, IJ-UNAM, CNDH, 2007.

24 Sobre la reforma penal de 2008, García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008 y Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, 3ª edición, México, Porrúa, 2011.

25 Ver las contribuciones que, sobre tales constituciones, figuran en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, IJ-UNAM, IDEA Internacional, AECID, IIDC, 2009.

a) Dotar de sentido concreto, aplicable a casos concretos, a esas cláusulas abiertas, semánticamente vagas e indeterminadas²⁶.

Tomemos como ejemplo, nuevamente, el caso de la Constitución de Ecuador, que hoy en día es un buen ejemplo de las Constituciones del neoconstitucionalismo en América Latina. Conforme avanzamos en su lectura nos encontramos con ese tipo de cláusulas indeterminadas y abiertas: hay referencias a un Estado de derechos y justicia (artículo 1), a un medio ambiente sano y equilibrado (artículo 14), a una comunicación incluyente y participativa (artículo 16), a una información oportuna, contextualizada y plural (artículo 18), a una vivienda digna y adecuada (artículo 30), a la atención integral a la salud (artículo 32), etcétera.

Lo mismo sucede con otros muchos textos constitucionales de la región. Por ejemplo, quien lea la Constitución brasileña de 1988 se encontrará con conceptos tan indeterminados como los de dignidad de la persona (artículo 1.III), pluralismo político (artículo 1.V), igualdad ante la ley (artículo 5), proporcionalidad en el derecho de respuesta (artículo 5.V), intimidad, vida privada y honor (artículo 5.X), derechos adquiridos (artículo 5.XXXVI), pena cruel (artículo 5.XLVII inciso E), debido proceso legal (artículo 5.LIV), etcétera.

Obviamente, se podría hacer un ejercicio semejante respecto de casi todas las Constituciones recientes y el resultado sería muy parecido.

Pues bien, el intérprete de esas normas debe ser capaz de dotarlas de un contenido concreto, de “aterrizarlas”, a partir seguramente de una adecuada teoría de la norma jurídica (dada la necesidad de trabajar con principios, como modelo normativo distinto al de las reglas, con las que se trabaja en otras ramas del conocimiento jurídico)²⁷.

b) la aplicación compleja tendiente a dotar de sentido a las normas abiertas, a la que acabamos de hacer referencia, presupone y exige construir una buena teoría de la argumentación. Una teoría que permita a los aplicadores de las normas jurídicas ser capaces de operar en la práctica con conceptos

26 Sobre la ambigüedad y la vaguedad de las normas jurídicas en general, así como sobre las dificultades que comportan para la interpretación, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2004, pp. 57 y siguientes.

27 La distinción entre principios y reglas, que es un tema central de las discusiones constitucionales contemporáneas, puede verse por ejemplo en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2004, capítulo I. Una discusión sobre el tema, pero aplicada al campo de la interpretación, en Guastini, Riccardo, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, pp. 119 y siguientes.

y técnicas interpretativas tan sofisticados como la proporcionalidad, la ponderación, el efecto irradiación, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el principio pro-personae, la aplicación prevalente de los tratados internacionales (sobre estos dos últimos puntos puede verse el interesante artículo 417 de la Constitución de Ecuador), el principio de coherencia, el principio de universalidad de los derechos, etcétera.

Todo lo anterior se debe hacer teniendo presente la idea general de la aplicación directa de las normas constitucionales, es decir, la no necesidad de que exista siempre y en todos los casos intermediación legislativa para poder aplicar una norma constitucional a un caso concreto (una idea que forma parte de lo que Riccardo Guastini ha llamado las “condiciones de la constitucionalización del ordenamiento jurídico”)²⁸.

Otra idea general a tomar en cuenta en este contexto es el de la “interpretación conforme”, de acuerdo con la cual el intérprete (sobre todo en sede jurisdiccional), puede salvar la constitucionalidad de una norma legislativa, pero proporcionando a la vez la orientación para que sea correctamente interpretada, de conformidad con lo que señala la Constitución²⁹.

Igualmente, es muy posible que los intérpretes constitucionales, al construir sus argumentaciones, deban tener una cierta apertura hacia el conocimiento científico³⁰. Algunos tribunales constitucionales del mundo están incorporando cada vez con mayor frecuencia las evidencias científicas a sus sentencias, de modo que se reconoce el lugar que la ciencia puede y debe tener en el proceso, incluyendo por supuesto al proceso constitucional.

Tanto la concretización constitucional como la argumentación en la materia, dan lugar (o deben dar lugar) a jueces activistas. El activismo judicial no significa ni implica que el juez pueda sustituir con su criterio personal las decisiones que ha tomado el constituyente³¹. Eso solamente

28 Guastini, Riccardo, “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*” en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009, p. 55-56.

29 Guastini, Riccardo, “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*”, cit., pp. 56-57.

30 Ver sobre el tema, de entre lo mucho que se ha escrito, el ensayo de Michele Taruffo, “*Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*”, *Jueces para la democracia*, número 52, Madrid, marzo de 2005, pp. 63-73.

31 Una interesante exposición sobre el tema, realizada además por una persona con varias décadas de experiencia práctica, puede verse en Barak, Aharon, *The judge in a democracy*, New Haven, Yale University Press, 2006; también es importante revisar lo que se afirma sobre el tema en Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, así como en la obra colectiva

sucede en las versiones caricaturizadas que hacen del activismo sus enemigos. El activismo judicial, bien entendido, significa simplemente que el juez toma todas las normas constitucionales en serio y las lleva hasta el límite máximo que permite su significado semántico, a fin de proteger con la mayor extensión normativa y fáctica los derechos fundamentales. Precisamente, el activismo será más marcado en materia de derechos y mucho más moderado (o deferente) cuando se trate de cuestiones relativas a la división de poderes o al ejercicio de competencias públicas.

El activismo judicial no deviene o surge de una postura académica o ideológica, sino que –me parece– es parte del modelo mismo de la democracia constitucional, tal como se le entiende al menos desde el surgimiento del neoconstitucionalismo (al día siguiente del final de la Segunda Guerra Mundial).

La democracia constitucional debe contar con jueces vigilantes, custodios intransitables e intransigentes de los derechos fundamentales; jueces que estén dispuestos y bien preparados para llevar las normas que prevén tales derechos hasta sus últimas consecuencias, maximizando su contenido normativo³².

Si revisamos los casos más conocidos de activismo judicial, podemos identificar claramente las enormes aportaciones que han hecho los jueces que lo personifican (y podemos también darnos cuenta que los riesgos sobre los que nos advierten sus críticos existen en su imaginación más que en la realidad).

Si recurrimos a los ejemplos históricos más conocidos veremos que las etapas de fuerte activismo judicial se han dado sobre todo en relación a los derechos fundamentales. Los jueces activistas han concentrado su actuación en generar las condiciones para reconocer una dimensión fuertemente normativa (a veces incluso de carácter prestacional, dependiendo del caso) a los derechos fundamentales.

Jueces y derecho. *Problemas contemporáneos*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2008.

32 Desde luego, el activismo que es propio del modelo del Estado constitucional no es el “activismo cuantitativo” que Gustavo Zagrebelsky ha denunciado en una de sus elocuentes reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales; el activismo cuantitativo es la “mera productividad” del tribunal, en cuya consecución se ponen todas las energías de sus miembros, como si su tarea fuese la de sacar el mayor número de asuntos para poder presentar, a final de año, una estadística satisfactoria para quienes no entienden para qué puede servir la jurisdicción constitucional. Zagrebelsky apunta que hay que resistir siempre esta tentación por los números gruesos. Tiene razón, ya que las grandes épocas de la jurisdicción constitucional no son recordadas precisamente por el número de sentencias dictadas, sino por su impacto en la sociedad. La Suprema Corte de los Estados Unidos, que como quiera es un ejemplo del que mucho se puede y se debe aprender, no emite más de 70 u 80 sentencias al año. Pero el impacto de cada una de ellas no tiene parangón en casi ningún otro país del mundo. Ver sobre el “activismo cuantitativo” el apunte de Zagrebelsky, Gustavo, Principios y votos. *El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008, p. 43.

Tomemos el ejemplo más conocido sobre un Tribunal activista, ya mencionado páginas arriba: la Suprema Corte de los Estados Unidos mientras fue presidida por Earl Warren, entre 1953 y 1969³³. ¿Qué fue lo que hicieron ese grupo extraordinario de jueces que no fuera estrictamente apegado al paradigma irrenunciable del Estado constitucional? Si revisamos sus más conocidas sentencias veremos que, lejos de asumir funciones que no les correspondían, los justices de la Corte Warren se limitaron a aplicar, pero con todas sus consecuencias, lo que con claridad se podía deducir del texto constitucional vigente.

En ese entonces se generaron importantes precedentes en materia de igualdad racial en las escuelas (caso *Brown versus Board of Education* de 1954)³⁴, de la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución (*Cooper versus Aaron* de 1958), de cateos y revisiones policíacas (caso *Mapp versus Ohio* de 1961)³⁵, de libertad religiosa (caso *Engel versus Vitale* de 1962)³⁶, de asistencia letrada gratuita (caso *Gideon versus Wainwright* de 1963)³⁷, de libertad de prensa (*New York Times versus Sullivan* de 1964)³⁸, de derechos de los detenidos (*Miranda versus Arizona* de 1966) o de derecho a la intimidad de las mujeres (*Griswold versus Connecticut* de 1965 en relación con la compra y el uso de métodos anticonceptivos)³⁹.

33 Sobre la Corte Warren y sus más destacadas sentencias, así como sobre sus integrantes, existen centenares de libros y quizá miles de artículos publicados. Ha sido una de las etapas de la Suprema Corte de los Estados Unidos que ha merecido una mayor atención de los especialistas. Para una primera aproximación puede ser de utilidad revisar el libro de Tushnet, Mark (editor), *The Warren court in historical and political perspective*, Charlottesville, Londres, Virginia University Press, 1993, así como la narración que nos ofrece Powe, Lucas Jr., *The Warren court and american politics*, Cambridge, Harvard University Press, 2000. Una muy completa biografía del propio Earl Warren puede verse en Newton, Jim, *Justice for all. Earl Warren and the nation he made*, Nueva York, Riverhead books, 2006; otra muy conocida es la de White, Edward G., *Earl Warren. A public life*, Nueva York, Oxford University Press, 1982.

34 Patterson, James, *Brown versus Board of education. A civil rights milestone and its troubled legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001; Kluger, Richard, *Simple justice. The history of Brown v. Board of Education and black america's struggle for equality*, Nueva York, Vintage Books, 2004; Cottrol, Robert J. y otros, *Brown v. Board of Education. Caste, culture and the Constitution*, Lawrence, Kansas University Press, 2003.

35 Long, Carolyn N., *Mapp v. Ohio. Guarding against unreasonable searches and seizures*, Lawrence, Kansas University Press, 2006.

36 Dierenfield, Bruce J., *The battle over school prayer. How Engel v. Vitale changed america*, Lawrence, Kansas University Press, 2007.

37 Lewis, Anthony, *Gideon's trumpet*, Nueva York, Vintage books, 1989.

38 Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la primera enmienda*, Miami, SIP, 2000.

39 Johnson, John W., *Griswold v. Connecticut. Birth control and the constitutional right of privacy*, Lawrence, Kansas University Press, 2005; Tribe, Lawrence, *Abortion. The clash of absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992. Con independencia de su valor e interés intrínseco, la sentencia *Griswold* es recordada sobre todo porque fue el precedente invocado por la Corte al resolver

¿Quién se atrevería a sostener que la igualdad racial en las escuelas, la posibilidad de realizar críticas vehementes a los funcionarios públicos o el derecho a la asistencia letrada gratuita en materia penal no forman parte del corazón mismo del modelo del Estado Constitucional de derecho? ¿dónde está, por tanto, el exceso de la que se reconoce como la Corte más activista del mundo? No hay tal exceso ni mucho menos una situación de riesgo para los valores y derechos tutelados constitucionalmente, salvo en la imaginación de aquellos que objetan las tareas judiciales como una forma (poco) encubierta de denostar al modelo mismo, que es en realidad lo que les molesta, dadas las muchas exigencias y controles que de él derivan.

El activismo judicial ha permitido alcanzar lo que algunos teóricos (como el ya citado Charles Epp) han denominado la “revolución de los derechos”⁴⁰, pero lo interesante (para la teoría general del derecho constitucional y, sobre todo, para la teoría constitucional latinoamericana), es que tal revolución ha sido acompañada por elementos adicionales sobre los que conviene reparar.

En otras palabras, el activismo judicial ha sido una condición o elemento esencial para la revolución de los derechos si atendemos a la evidencia histórica disponible, pero no el único. Hay que contar además con buenas declaraciones de derechos, con marcos institucionales que permitan “activar” la actuación de los jueces (acciones populares, legitimación activa amplia, *amicus curiae*, etcétera), con una fuerte conciencia social alrededor de los derechos, etcétera.

Me interesa detenerme en el último de los aspectos mencionados: la conciencia social alrededor de los derechos y la correspondiente existencia de un fuerte “activismo social” para su defensa. En efecto, al margen de los alcances que pueda tener una judicatura decidida a llevar hasta sus últimas consecuencias la interpretación constitucional, lo cierto es que

el caso más importante en materia de interrupción voluntaria del embarazo: *Roe versus Wade* de 1973. En *Griswold* la Corte dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un “derecho a la intimidad” derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of rights*. Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of rights* tienen zonas de “penumbra”, de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: “¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial”.

40 Epp, Charles R., *The rights revolution. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1998.

los jueces no deberían ser los únicos y ni siquiera los más destacados intérpretes de las constituciones. La interpretación constitucional debe correr a cargo, como lo ha señalado Peter Häberle, de una “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”⁴¹. En este sentido, podemos constatar que las experiencias de fuerte activismo judicial suelen estar acompañadas de ciertas dosis de “activismo social”, mayor o menor dependiendo del contexto de que se trate, pero casi siempre presente; ese activismo social cancelaría las críticas que sostienen que la actuación garantista (o activista) de los jueces contiene riesgos anti-democráticos⁴².

Para que tal activismo social se pueda dar es necesario no solamente que la sociedad o algunos de sus grupos se mantengan alerta en la defensa de sus derechos, sino también que el ordenamiento jurídico permita traducir en pretensiones procesales esa vigilancia. Esto suena como algo muy obvio para lectores de países avanzados, pero supone un problema de considerables dimensiones en países que sufren de graves retrasos en la evolución de sus ordenamientos jurídicos, en los que no suele existir vía alguna para que desde la sociedad se emprendan acciones judiciales contra políticos corruptos o contra administraciones públicas que amparadas en la opacidad violan cotidianamente los derechos fundamentales de un buen número de ciudadanos.

Aparte del conocido caso de los Estados Unidos, otros casos de cortes o tribunales activistas pueden encontrarse, por citar solamente dos ejemplos adicionales, en España, con la primera integración del Tribunal Constitucional y hasta el retiro de la mayor parte de los grandes juristas que la conformaron (entre 1981 y 1992), y en Colombia, con la Corte Constitucional que se crea a partir de la nueva Constitución de 1991 (la Corte dicta sentencias verdaderamente emblemáticas por su progresismo sobre todo entre 1992 y 1996, cuando se da una formidable actuación de varios magistrados, entre los que cabe destacar a Carlos Gaviria)⁴³.

41 Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2201, pp.149 y siguientes.

42 Epp, Charles R., *The rights revolution. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*, cit., p. 5.

43 Algunos de sus pronunciamientos más importantes se encuentran en Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias. Herejías constitucionales*, Bogotá, FCE, 2002.

5. RETOS DEL FUTURO PARA EL CONSTITUCIONALISMO DE AMÉRICA LATINA.

Desde luego, en toda nuestra América Latina, los derechos fundamentales (y el régimen constitucional en su conjunto) siguen corriendo graves riesgos de retroceso, dada su precariedad. Tales problemas se proyectan, como es evidente, a todos los actores del sistema constitucional, pero afectan particularmente al ejercicio de la función judicial, dada la vulnerabilidad endémica de muchos aparatos judiciales en nuestra región.

Describir los riesgos del constitucionalismo en América Latina podría llevarnos cientos de páginas, pero creo que se deben apuntar al menos los siguientes:

El riesgo de subordinación de los derechos fundamentales al discurso de la seguridad.

La crisis de seguridad pública que se vive en muchos países de la región ha influido de forma importante en la percepción social alrededor de los derechos fundamentales. Los habitantes de América Latina se preguntan ¿para qué deben servir los derechos humanos? ¿qué tipo de castigos merecen los responsables de cometer crímenes atroces? ¿cómo lograr que las autoridades sean eficaces en su combate contra la delincuencia organizada, sin que por alcanzar dicha eficacia terminen violando derechos? ¿qué autoridades deben participar en la lucha contra el delito? ¿requiere el Estado tomar medidas excepcionales, como la suspensión de derechos, para frenar la ola de delincuencia que afecta a una parte considerable de nuestros países?

Todas estas preguntas se intentan responder en la actualidad desde un contexto social y político marcado por el miedo. No es algo del todo nuevo, aunque quizá sí lo sea por lo que respecta a la dimensión del fenómeno dentro de las sociedades latinoamericanas, que han presenciado actos de una brutalidad inusitada en los tiempos recientes. La historia de la humanidad ha estado marcada por el miedo, como lo han reconocido destacados pensadores entre los que se suele citar a Hobbes. El miedo está presente en nuestras vidas desde la infancia. Ha incidido en el rumbo de algunas de nuestras decisiones desde tiempos remotos y, de alguna manera, lo sigue marcando en la actualidad.

De hecho, nunca como en nuestro tiempo ha existido una estrategia tan obvia y tan deliberada para extender el miedo entre la población y

contribuir de esa manera a determinar la forma en que vivimos y las decisiones que tomamos.

El miedo de nuestra época se ha vuelto disperso, omnipresente y además es multicausal, pues lo mismo proviene de los riesgos que derivan del cambio climático que de factores vinculados con la inseguridad pública. Y por eso mismo es más efectivo, pues como señala Bauman, “El miedo es más temible cuando es difuso, disperso, poco claro; cuando flota libre, sin vínculos, sin anclas, sin hogar ni causa nítidos; cuando nos ronda sin ton ni son; cuando la amenaza que deberíamos temer puede ser entrevista en todas partes, pero resulta imposible de ver en ningún lugar concreto”⁴⁴.

El miedo determina nuestra conducta, afecta a la libertad al ejercer influencia sobre el uso que le damos a nuestra autonomía personal y, en esa medida, se proyecta sobre el ejercicio de nuestros derechos fundamentales. Las decisiones que tomamos en nuestra vida cotidiana están condicionadas por el miedo. En esa virtud, el miedo tiene que ser un componente explicativo de cualquier análisis moderno sobre el derecho constitucional y los derechos fundamentales.

La encuesta Latinobarómetro indica, en su edición correspondiente al año 2008, que la delincuencia es el principal problema de la región, seguida por el desempleo.

En América Latina están las dos ciudades más peligrosas del mundo, si tomamos en consideración el número de homicidios por cada 100,000 habitantes. Son Ciudad Juárez en México y Caracas en Venezuela, respectivamente. Ambas ciudades se ubican, en esa vergonzante clasificación, por delante de Bagdad⁴⁵.

La muy difundida percepción del peligro que supone la delincuencia hace que muchos jueces sean muy obsequiosos con los pedimientos de las autoridades policíacas o ministeriales, haciendo a un lado los límites y restricciones que imponen los derechos de seguridad jurídica establecidos en las constituciones y los tratados internacionales.

Hemos visto, en los años recientes, una verdadera devaluación de las garantías procesales en América Latina, sobre todo en los países que han

44 Bauman, Zygmunt, Miedo líquido. *La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 10.

45 Ver la nota de www.elpais.com/articulo/internacional/violencia/desangra/Caracas/elpepiint/20091006elpepiint_8/Tes

sufrido con mayor intensidad la ola delincencial. De hecho, en algunos casos han proliferado las ejecuciones extrajudiciales, ya sea por parte de las autoridades o bien por medio de la propio población civil (linchamientos).

5.1. EL RETORNO DEL AUTORITARISMO.

En América Latina tenemos una larga historia de regímenes autoritarios y dictatoriales. En el pasado de todos nuestros países se encuentran interrupciones (a veces recurrentes) del orden constitucional por medio de la fuerza. La presencia de las fuerzas armadas en el escenario público también ha sido una constante.

La democracia, sin embargo, parecía estarse extendiendo sin discusión desde la década de los años 80 del siglo pasado. Hoy parece que esa tendencia no es tan sólida⁴⁶. Nadie puede negar que tenemos en general sistemas democráticos en la región (salvo el caso concreto de Cuba, que merecería un análisis por separado, pero que indudablemente no puede ubicarse dentro de la lista de países democráticos). Pero también es cierto que nuestras democracias tienen escasa "calidad" y que los ciudadanos desconfían profundamente de sus "representantes" populares⁴⁷.

Los datos de una encuesta aplicada en toda América Latina son por demás elocuentes. Tomemos por ejemplo los que aparecen en el Latinobarómetro 2004. A partir de 1996 la satisfacción con el funcionamiento de la democracia ha sufrido fuertes retrocesos en países como Perú, Ecuador, Paraguay y Bolivia. Se ha incrementado ligeramente (entre un 8 y un 14 por ciento) en países como Panamá, Brasil, Honduras, Venezuela, Colombia y Chile. Esta falta de satisfacción se demuestra muy crudamente cuando se les pregunta a los habitantes de la región si consideran que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno.

De acuerdo con la misma encuesta, los más convencidos de las bondades de la democracia viven en Costa Rica, donde el 48% está a favor de esa forma de gobierno sobre cualquier otra. Existen altos niveles de aceptación democrática en Uruguay (45%), Venezuela (42%)⁴⁸ y

46 Carpizo, Jorge, "*Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*" en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, cit., p. 10.

47 Sobre el tema de la calidad democrática lo mejor que se ha publicado en y sobre México, hasta donde tengo información, es la obra colectiva coordinada por César Cansino e Israel Covarrubias, *Por una democracia de calidad. México después de la transición*, México, CEPKOM, 2007.

48 Aunque es probable que la presidencia de Hugo Chávez y su deriva autoritaria de los últimos años

Chile (40%). Por el contrario, la menor adhesión ciudadana al régimen democrático se produce en Perú (7%), pero le siguen muy de cerca Paraguay (13%), Ecuador (14%), Bolivia (16%) y México (17%).

Pese a estos datos, tan preocupantes, lo cierto es que la mayor parte de la población de América Latina considera que un gobierno militar no podría solucionar mejor los problemas que uno democrático, aunque también en esto las cifras son muy variables. Consideran más eficaz y mejor a un gobierno democrático sobre uno militar el 85% de los encuestados en Costa Rica, el 73% en Uruguay y el 71% en Panamá, pero solamente el 41% en Paraguay, y el 47% en Perú y Honduras. En lo que parece haber mayor consenso es en la necesidad de “aplicar más mano dura” en el país: están de acuerdo con esto el 85% de los paraguayos y el 78% de los guatemaltecos y salvadoreños. Pero solamente están de acuerdo con esa opción el 32% de los uruguayos y el 43% de los brasileños.

Se trata, pese a todo, de un dato inquietante, pues demuestra que hay un segmento de la población que podría sentirse atraído por una opción de “endurecimiento” del ejercicio del poder estatal, lo que podría tener consecuencias nefastas en el desarrollo democrático de alguna nación⁴⁹. Sin embargo, no debemos olvidar que estos datos suelen ser muy volátiles. Así por ejemplo, la adhesión a la democracia en México era del 45% en 1997 (año en el que el PRI pierde la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados) y todavía del 36% en el 2000 (cuando el PRI pierde la Presidencia de la República), pero desciende hasta un 26% en 2001 y hasta el 17% en 2002 y 2004⁵⁰.

Como quiera que sea, no dejar de resultar preocupante para el régimen de libertades y derechos el observar la involución militarista de Honduras (con golpe de Estado incluido), la persecución del pluralismo y los factores caudillistas en Venezuela, el coqueteo con la desaparición de poderes en Bolivia, la política de mano dura en Colombia, el discurso contra los medios de comunicación en Ecuador, el regreso de la tortura y otras violaciones masivas de derechos en México, etcétera. Muchos de esos fenómenos reflejan, de forma directa o indirecta, la persistencia de una

haya hecho disminuir notablemente esta cifra.

49 Es probable que este endurecimiento se haya plasmado de forma amplia (y del todo autoritaria), en el derecho penal y su correlativo derecho procesal penal; ver al respecto las reflexiones de Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

50 Se pueden encontrar estos datos, y otros más actualizados, en www.latinobarometro.org

pulsión autoritaria que parecía haber sido expulsada de la región, pero que todo parece indicar que sigue entre nosotros.

5.2. LA PRECARIA CULTURA JURÍDICA.

Hay un último factor de riesgo, de entre los muchos que podrían citarse, del que vale la pena dar cuenta. Se trata de la precaria o muy débil cultura constitucional. Desde luego, no se trata de algo específico del derecho constitucional, sino que se extiende por buena parte de los sistemas jurídicos del sub-continente. La anomía generalizada parece ser un rasgo hoy en día estructural, si bien es cierto que hay en esto grandes diferencias entre los países de América Latina⁵¹.

La falta de observancia de las normas jurídicas, la justificación de conductas ilegales, la tolerancia a todo tipo de discriminaciones, el apoyo popular a conductas a veces abiertamente delictivas, la extensión del fraude fiscal y la falta de cumplimiento en general de todo tipo de deberes cívicos, no aportan en modo alguno el mejor de los escenarios para exigir un escrupuloso cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de la autoridad⁵².

No cabe duda de que debería ser precisamente en este tipo de contextos en los que mayor auto-exigencia pusieran las autoridades en la observancia del régimen jurídico que las vincula, aunque solamente fuera por la idea de ponerse como ejemplo de lo que deberían hacer también todos los ciudadanos. Infortunadamente no ha sido el caso, de modo que hemos visto y seguimos viendo amplias actitudes contrarias a la Constitución realizadas, amparadas, toleradas o auspiciadas por las autoridades que deberían ser las encargadas de garantizar el cumplimiento de las normas.

6. CONCLUSIÓN.

En las páginas anteriores hemos realizado someras reflexiones sobre los derechos fundamentales y el activismo judicial, desde distintos puntos de vista. Se hizo referencia a conceptos como el de universalidad y especificación de los derechos, se analizaron los derechos fundamentales en la historia (Francia y Estados Unidos) y la regulación que actualmente tienen algunas constituciones, se citaron casos concretos de cortes

51 Un análisis que se ha vuelto todo un clásico en la materia es el de Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, 3ª edición, Buenos Aires, Ariel, 2005.

52 Ver las consideraciones al respecto en García Villegas, Mauricio (director), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

activistas, se mencionaron algunos de los riesgos que corre actualmente el constitucionalismo en América Latina, etcétera. ¿Qué panorama queda de todo ello?

No cabe negar que el constitucionalismo democrático y garantista se ha ido asentando paulatinamente en la región. Sin embargo, persisten graves asincronías entre lo que proclaman constituciones y tratados y lo que vemos cotidianamente en las calles de cualquier ciudad latinoamericana. Las grandes promesas constitucionales todavía están pendientes de ser cumplidas.

Una parte del esfuerzo para cerrar la brecha entre lo que ordenan las normas y lo que sucede en la realidad le corresponde a los guardianes de la Constitución: los jueces constitucionales. Pero solamente una parte, ya que ningún poder judicial puede –por sí solo- superar los graves problemas que tenemos.

Los jueces, lo mismo que los académicos, deben estar conscientes del papel que están llamados a jugar, el cual lo convoca a utilizar todas las herramientas que estén a su alcance para hacer realidad los derechos fundamentales. Eso no significa sustituir al legislador ni permitir que se vaya en busca de la solución más justa por encima del derecho vigente.

Nada de eso. El activismo que se requiere es uno que esté rigurosamente enmarcado en la Constitución desde luego, pero que sea capaz de aprovecharla por completo y de llevarla hasta sus últimas consecuencias. Eso es lo que requiere, por otra parte, el modelo mismo en el que se basa la democracia constitucional.

II

GARANTISMO Y ACTIVISMO. ¿CONTRARIOS O COMPLEMENTARIOS?

Por: Luis Alberto Petit Guerra

Abogado, Universidad Santa María, Caracas (1995), [2do. Lugar en promoción]. Juez titular de Municipio-Caracas por oposición, Poder Judicial (2002) [2º lugar en promoción]. Estudios en Derecho Procesal Civil, Universidad Central de Venezuela (2000). Estudios en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monte Ávila (2010) [mención Summa Cum Laude][1º lugar en promoción]. Miembro fundador del Instituto Venezolano de Derecho Procesal (1999). Miembro del Instituto Venezolano de Derecho Procesal Constitucional (2009). Miembro no residente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional (2010). Profesor invitado de Derecho Administrativo I, Escuela Nacional de Hacienda Pública Nacional (2007). Profesor de Postgrado, Universidad Gran Mariscal de Ayacucho (2002), Profesor de postgrado Escuela de la Magistratura (2009), Profesor de Postgrado Universidad MonteÁvila (2009), autor de ensayos y obras jurídicas. Conferencista Nacional e Internacional, correo electrónico: luispetitguerra@hotmail.com

Arturo UsLAR Pietri.

“Si alguien tuviera la paciencia y el ocio suficientes para ponerse a leer las constituciones políticas que los países de la América Latina han adoptado desde la independencia hasta nuestros días, comprobaría... (La) antinomia entre el texto constitucional y la vida política y social real...”¹

René Molina Galicia.

“La decisión jurisdiccional no constituye una simple aplicación mecánica del Derecho, pues no consiste en la constatación de éste, de tal forma que nada agregue al orden jurídico, ni al campo de las ideas, ni a la realidad fáctica.”²

SUMARIO.1.

1. Generalidades. de la evolución del Estado de Derecho. 2. Cuestionamientos a los jueces constitucionales. 3. Del derecho ‘inerte’ al derecho en ‘vivo’. 4. Teoría del Derecho Judicial. La construcción normativa de los jueces. 5. Justicia Constitucional. El ejercicio “Político” del derecho en letras mayúsculas.

Complementariedad del Garantismo y el Activismo.

1 Arturo UsLAR Pietri. *Golpe y Estado en Venezuela*, grupo Editorial norma, Editorial Presencia, Colombia, 1992, p.109.

2 René Molina Galicia. Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. *¿Hacia un gobierno judicial?*, Ediciones Paredes, Serie Monografías, 2ª Edición, Caracas, 2008, p.301.

1. GENERALIDADES. DE LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO.

El Estado de Derecho tiene como nota particular –entre otras- que todos los órganos que ejercen funciones públicas así como los ciudadanos quedan sometidos al principio de legalidad [bloque normativo], además del establecimiento de competencias –en cuanto a los órganos- así como la categorización de garantías y otros derechos –en cuanto al Estado y a los ciudadanos-. LOSING nos recuerda que el concepto de Estado de Derecho como se sabe, nació en Europa,³ pero también que su contenido (división de poderes, independencia de los tribunales, la legalidad de la actuación de la administración, catálogo de derechos/garantías, etc.) no es en sí mismo suficiente, motivo por el que actualmente se vincula al desarrollo de los derechos fundamentales como razón de ser,⁴ que a su vez, se justifican por ser emanación de los derechos humanos consecuencia de las posguerras.

Cabe precisar en este orden, que por derechos fundamentales se entiende “aquellos derechos humanos, garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada.”⁵ Con la introducción del catálogo de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, se da un vuelco a la concepción primitiva del Estado de Derecho, que no ya reparto de competencias y establecimiento de derechos. Por ejemplo, EICHENBERGER entiende el Estado de Derecho como aquel sistema garante de los derechos humanos.⁶ Dentro de esa concepción, ese Estado basado en cuerpo normativo (Constitución y resto de fuentes), ya no puede ser visto como el acondicionamiento de todos sus preceptos en forma abstracta –a veces inalcanzables-; importa que se mire al ciudadano de carne y hueso, ergo que sea posible desde la

3 Norbert Losing. *La Jurisdicción Constitucional como contribución al Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Ediciones Ucab, 2ª edición, Caracas, 2009, p.65.

4 Norbert Losing. *La Jurisdicción Constitucional...*p.65.

5 Rafael Ortiz-Ortiz. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, Caracas, 2004, p.559.

6 Kurt Eichenberger. *El Estado de Derecho como garante de los derechos humanos*, en: Estado de Derecho y Democracia (Obra Colectiva), J.Thesrng (Compilador), Buenos Aires, 1997, pp.159 y 163.

práctica o en la materialización de sus fines reales (no abstractos). Por esta idea, -centrado en los derechos humanos- es que HERZOG, concibe ese tipo de Estado de Derecho como aquel que se muestra “tal como es y que a su vez, actúa en beneficio de los ciudadanos.”⁷

Es decir, ya no solo implica el establecimiento del tipo de Estado (forma de gobierno, límites, concepción), sino – y más importante-, estableciendo un catálogo de derechos y garantías ‘realizables’ en beneficio ciudadano. Más allá del contenido del Estado de Derecho, lo que importa a nuestro juicio es su esencia, su existencia. Y serán las Constituciones las que adquieran nuevo rol dentro de ese nuevo Estado, en tanto ya no son solo programas políticos, como sí, normas cuya existencia es compleja por contener coetáneamente derechos humanos como derechos fundamentales.

Con esta explicación, se deduce que esas nuevas Constituciones requieren de nuevos órganos/mecanismo que comprendan esa dimensión, siendo este trabajo atribuido a la Justicia Constitucional, a quien fundado en razones de su neutralidad, corresponde la difícil misión de lograr el equilibrio de los factores políticos de un país, interviniendo ‘activamente’ en la producción de tales resultados. Ora, neutralidad no quiere decir distanciamiento de las realidades sociales, como apunta CARRILLO DE LA ROSA.⁸ Esa realidad social, obliga a entender los efectos ‘sociales’ que se generan de la doble composición derechos humanos y derechos fundamentales.

En tal sentido, LOSING sobre lo que denomina principio del Estado de Derecho, explica que “debe su existencia, especialmente, a los derechos fundamentales y procesales de la Constitución”⁹, que se consigue, mediante la interpretación constitucional (Tribunales Constitucionales), que se desarrolla dentro de la Jurisdicción Constitucional, “para ejercer una influencia determinante sobre el desarrollo del Estado de Derecho”.¹⁰ Hay pues una convivencia entre Estado de Derecho, Constitución y Justicia Constitucional.

7 Roman Herzog. *Elementos que definen un Estado de Derecho. El Estado servidor del ciudadano*, en: Estado de Derecho y Democracia (Obra Colectiva), J.Thesrng (Compilador), Buenos Aires, 1997, p.21.

8 Yezid Carrillo De la Rosa. *Teorías de la Argumentación y del Razonamiento Judicial*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C., 2009, p.294.

9 Norbert Losing. *La Jurisdicción Constitucional como contribución al Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Ediciones Ucab, 2ª edición, Caracas, 2009, p.68.

10 Norbert Losing. *La Jurisdicción Constitucional...*, p.69.

Conforme lo anterior, la justicia Constitucional, en desarrollo del Estado de Derecho y su materialización práctica, dispone de amplios mecanismos para comprender mediante el fenómeno interpretativo, la justa compensación o balance de los intereses en juego [pero no de solo un sector de la sociedad, sino de toda ella]. En ese orden, la interpretación tiene un rol preponderante, aunque no única, y allí –pensamos- radica la pugnacidad entre activismo o garantismo. En concurso de lo dicho, convenimos con ÁLVAREZ SACRISTÁN en su afirmación, [que] “el camino para llegar a una interpretación que llegue a los ciudadanos no es otro –en vía jurisprudencial- que el proceso.”¹¹ (Subrayado nuestro).

Y será dentro de un proceso debido donde la justicia constitucional despliegue todo su potencial, garantizando con su actuación el equilibrio de las partes en conflicto (por ej., de tipo subjetivo: amparo o tutela entre particulares y el Estado, y de tipo objetivo: control sobre la nulidad de ley). Quizá por ello, nuestra insistencia a que el proceso [debido] sea hoy día verdadero derecho fundamental autónomo, salvando los criterios –como los de la propia Corte Interamericana- que lo aprecia como una garantía, por deducción del artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos¹² (que lo prevé como una garantía judicial), precepto del que sostenemos debemos construir otra consecuencia [proposición normativa por vía de la interpretación].

Lo expuesto permite afirmar, que es a través del proceso judicial y mediante la interpretación donde se conecta el ejercicio de los derechos fundamentales (derechos humanos), de lo previsto [por el legislador] a lo posible [construido por el juez constitucional], con dos importantes premisas: a.) Que como indica GÓMEZ ISA, “la idea de los derechos humanos, está basada en las nociones de la dignidad del ser humano y de la limitación al Poder del Estado”¹³; lo que supone al intérprete entender este contenido y, b.) que desde que HESSE habló de la hermenéutica

11 Isidoro Álvarez Sacristán. *La Justicia y su Eficacia. De la Constitución al Proceso*, Editorial Colex, Madrid, 1999, p.179.

12 En nuestro trabajo *‘Estudios sobre el Debido Proceso’*, planteamos los diferentes escenarios que se consiguen sobre el tratamiento del debido proceso, que amén de principio, es visto al mismo tiempo por diversos autores y parte de la jurisprudencia, como derecho, como garantía, como derecho y garantía. En esa obra, criticamos el relativismo –o reduccionismo- dado a tan importante ‘derecho’, cuando solo se entiende al proceso como mero instrumento. Vid., Luis Alberto Petit Guerra. *Estudios sobre el Debido Proceso (en imprenta)*, Paredes Editores, Caracas, 460 págs.

13 Felipe Gómez Isa y José Manuel Pureza. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI (Obra conjunta)*. Parte I, *Introducción General, correspondiente a Felipe Gómez Isa*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad Deusto, Bilbao, 2004, p.23.

como concreción [de la norma]¹⁴, solo los profanos -expresa GADAMER- pueden pensar que la aplicación de una ley a un caso concreto, suponga un “proceso lógico de subsunción de lo general a lo particular”¹⁵; porque además, la tarea de juzgar, como explica HECK, no configura reconocer y expresas decisiones del legislador¹⁶, toda vez que la ley escrita no cumple una función de resolver la justicia.¹⁷

Por todo ello, nuestra conclusión primaria es que la Constitución funda la unidad política y el cuerpo jurídico, y que se manifiesta a través del principio legalidad para la distribución de tales unidades, pero corresponderá es al juez [especialmente a los de justicia constitucional, aunque también al ordinario], el establecimiento o la materialización de tal desiderátum, tomando en cuenta que esa atribución le corresponde como garante de los derechos fundamentales.

Precisamente, FERRAJOLI –citado por CÁRCOVA- es de la idea que como los derechos fundamentales -sobre los que se asienta la democracia sustancial- están <garantizados a todos> y <a cada uno> de manera incondicionada, es allí donde los jueces ostentan su legitimación democrática.¹⁸ No obstante este aserto, otras voces cuestionan esa legitimidad, conforme sigue, ya que la discusión política se centra no ya en el papel de los jueces como garantizadores de derechos y garantías, como sí, en los posibles excesos –o peligros- en que puedan incurrir en la apreciación del derecho [positivizado], y que motiva la tesis del derecho judicial. En razón de lo anterior, está cada vez más vigente el “enfrentamiento” entre garantismo y activismo judicial.

2. CUESTIONAMIENTO A LOS JUECES CONSTITUCIONALES.

Hemos analizado que gracias a la interpretación y a la labor devenida de los jueces a través del proceso, la justicia constitucional ha logrado insertarse en el seno de un debate político, que renueva hoy – aunque creemos superado- su necesaria existencia. Pero los jueces

14 Honrad Hesse. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

15 Gadamer. *Hermenéutica e historicismo*, en: *Verdad y Método I*, Editorial Sígueme, Salamanca, 1996, p.613.

16 Luis Afonso Heck. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, (s.f.), p.209.

17 BVerfGE 9, 338 (349), en Luis Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional...*, [nota 731], p.210.

18 José María Cárcova. *Derecho, Política y Magistratura*, Editorial Biblos, 1ª edición, Buenos Aires, 1996, p.181.

constitucionales se encontraron con dos problemas distintos como importantes: (i) el cuestionamiento sobre su legitimidad democrática para ‘instruir’ (y decidir) causas en contra del resto de los Poderes Públicos y conferirle más poderes al ciudadano, y, (ii) el predominio del positivismo por largo tiempo, por derivación del Estado Liberal burgués y la proscripción del valor normativo de la Constitución. Que, aunque “problemas” para su aceptación, gracias a las distorsiones del Estado mismo, sirvieron para afianzar a la justicia constitucional como un factor necesario en el juego democrático y en la protección de los derechos ciudadanos.

(i) Para explicar el primer cuestionamiento (sobre su legitimidad) recordemos que era necesario resolver algunos excesos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, que amparados en ‘programas de gobierno’ –a veces en forma orquestada por ser de la misma tendencia política-, generaban desequilibrios que imponían las mayorías electorales frente a las minorías. En este orden, democracia no es solo el tipo gobierno producto de las mayorías electorales, distorsión ésta que produjo innumerables cuestionamientos a la efectividad como sistema, a veces por un ejercicio abusivo de ciertos grupos de dominio o élites políticas. Ya lo dijo el profesor CASAL, “el funcionamiento de la Democracia presupone que dicha mayoría no se apropie de la soberanía popular que corresponde al pueblo en su conjunto”.¹⁹ Igual SARTORI para quien la Democracia implica un gobierno “limitado” de la mayoría.²⁰

Estos excesos han dado lugar a las distorsiones del sistema democrático, a cuyos efectos, el académico DUQUE CORREDOR refiere que FERNÁNDO DE TRAZEGNIES GRANDA ha llamado a esta anomalía ‘ingobernabilidad de la democracia’²¹, sobre lo que el propio maestro DUQUE opina se trata del “cuestionamiento de la forma de gobierno del Estado democrático que usa la democracia para que nada cambie.”²²

Ante estas distorsiones, corresponde a la justicia constitucional un papel ‘activo’, que no ya simple espectador de la contienda social. Hoy, la Democracia con todas y sus imperfecciones –siempre mejorable-, a

19 Jesús María Casal H. Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia, en: *Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho* (Obra Colectiva), Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Ediciones Ucab, 2ª edición, Caracas, 2009, p.114.

20 Giovanni Sartori. *Teoría de la Democracia*, Alianza Editorial, volumen I, Madrid, 1988, p.55 y ss.

21 Román José Duque Corredor. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Ediciones Legis, 1ª Edición, Colombia, 2008, p.246.

22 Román José Duque Corredor. *Temario...*, p.246.

veces excluyente²³ –lo que colaboró con la existencia de la Justicia Constitucional-, es el sistema referente universal, elevado a condición de derecho humano, lo que de suyo tiene importantes consecuencias, como direccionar en función del ser humano, a la condición de ciudadanía, todos los valores transversales de ese modelo. Por ejemplo, no es posible hacer un proyecto de ley, interpretar una norma, decidir un asunto, sin entender la pluralidad de la sociedad y la condición humana. En esto queremos ser enfático, las normas son abstractas pero se aplican a seres humanos. Allí radica la diferencia entre quien hace la norma y quien la aplica

Con el advenimiento de la Constitución como norma, se registra el inicio de la legitimidad de la justicia constitucional, al mismo tiempo que se asocia Estado de Derecho con Democracia, deducida esta “relación” por los elementos que aporta cada uno de estos, al sometimiento de todos al imperio de la ley, la distribución de competencias, el régimen de libertades, el debate (consensos y disensos), de respeto a las mayorías electorales como a las minorías no representadas, y especialmente el entendimiento de una sociedad plural. Es obvio, que ninguno de los actores de poder, va a ceder unilateralmente en la imposición de sus ideas, de allí que corresponda al Poder Judicial -en ejercicio de la Justicia Constitucional- lograr el equilibrio de todos los factores de poder. Entonces la comprensión del término “pluralidad” advierte unas consecuencias al operador constitucional de normas.

Esta advertencia puede ser constatada según lo explica RAWLS en su Teoría de la Justicia, específicamente en lo atinente a la pluralidad, donde VUDOYRA NIETO, referido a aquella teoría, sostiene:

“Las tesis sustentadas en su teoría en conjunto –se refiere a RAWLS-, pueden resumirse en la pregunta planteada en Liberalismo político: ¿Cómo es que exista durante un tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, los cuales permanecen profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales?”²⁴

23 Gracias al ‘trabajo político’ de ciertos grupos partidistas, en algunos países latinoamericanos sortearon los caminos electorales y luego en el ejercicio del poder, se constituyeron en fanáticos de la parcialidad, excluyendo al contrario, y muchas veces, ignorando el balance del resto de los intereses, ajenos a los ‘suyos’. Decimos esto, con la preocupación que asume Carlos María Cárcova en relación a la democracia excluyente, quien es de la opinión: “Frente a la crisis que enfrentamos y a la ingobernabilidad que proponen los modelos de democracia excluyente, queda aún la posibilidad de recorrer caminos alternativos, como, por ejemplo, los de la participación, la ampliación del espacio público y la producción discursiva de un consenso democrático, que fusione los dos grandes valores de libertad e igualdad.” Carlos María Cárcova. *Derecho, Política y Magistratura*, Editorial Biblos, 1ª edición, Buenos Aires, 1996, p.94.

24 J.Ricardo Vudoyra Nieto. Disponible: <http://ghrendhel.tripod.com/textos/rawls.htm>

De manera que una de las claves para comprender la actuación de la justicia constitucional (sea mediante activismo o sea mediante decisionismo), pasa por respetar y responder ante esa pluralidad. Sea por ese motivo que los jueces constitucionales deberán ser verdaderamente independientes y autónomos como sujetos reactivos neutrales, como los denomina el autor DEL BURGOS Y MERCHÁN, dentro del “sistema de partidos, a base de fuerzas situadas fuera de ellos y aún por encima de ellos”²⁵, y se mantengan –agrega– “totalmente al margen de las luchas partidistas.”²⁶

Pensamos que es en base a esa neutralidad social, donde descansa la verdadera esencia –legitimidad– de la justicia constitucional, amén de los límites de proscribirsele actuar de oficio –salvo ex, así de los límites previstos en la propia Constitución y demás leyes. A pesar de los excesos que pudieran darse –y se dan– en la jurisprudencia constitucional, que puede verse tentada a fungir como actor político sin serlo²⁷, es obvio que tampoco sea concebible una justicia constitucional apartada de la realidad social y del dinamismo político dentro del Estado, como sostiene FERNANDEZ SESGADO citado por el profesor CASAL.²⁸ Esa realidad social junto con el propósito por unir el derecho escrito, supone la base del constitucionalismo centro-europeo que del período de la entreguerras marcó la tendencia de la racionalización del poder, como explica GONZÁLEZ HERNÁNDEZ.²⁹

Por consiguiente, el control del poder se concibe como necesario para evitar los excesos. Ahora bien, el que la justicia constitucional se atenga a la realidad política del Estado, es distinto, a la justicia politizada (jueces con perfil y orientación política), cuyos excesos son perniciosos

25 Ángel Martín del Burgo y Merchán. *La Justicia como problema: El Juez como administrador de Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p.49.

26 Ángel Martín del Burgo y Merchán. *La Justicia...* p.49.

27 Algunos ejemplos ilustran esta circunstancia, como en España que con motivo de la polémica sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 del 17 de enero, en la que anuló una decisión relacionada con una inquisición de paternidad proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, produjo un fuerte enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de Justicia, donde se llegó hasta pedir la intervención del Rey. Los detalles de esta polémica, pueden verse en el trabajo: José Ángel Marín. *Naturaleza Jurídica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1998, pp.121 y ss.

28 Jesús María Casal H. Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia, en: *Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho* (Obra Colectiva), Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Ediciones Ucab, 2ª edición, Caracas, 2009, p.101.

29 Esther González Hernández. Breve historia del constitucionalismo común (1787-1913). *Exilio Político y turismo constitucional*, Editorial universitaria Ramón Areces, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2006, p.217.

al sistema democrático, que es causa ahora sí, que deslegitima la justicia constitucional, objeto de no pocas críticas.³⁰

A pesar de las críticas, para nosotros se encuentra superado el debate³¹ conforme al cual, los jueces constitucionales no tienen esa legitimidad por no ser designados en primer grado electoral. La mayor polémica se centra en el tema del control de constitucionalidad de las leyes bajo la idea de la voluntad de las mayorías, argumento que se cae en base a la experiencia práctica, por tres motivos: a.) porque el legislador si se equivoca –y muchas veces-; b.) porque la Constitución es un documento que contiene programas plurales, a veces no respetado por el legislador sectario y excluyente³²; c.) porque se garantiza la “representación” –vigilia- de la pluralidad de la ciudadanía, que a veces no está representada en los parlamentos, pero no con ello carezca de intereses. No parece difícil entender las tensiones que se originan entre el poder Legislativo y el poder judicial (en cabeza de quienes ejercen la jurisdicción constitucional), porque como recuerda ÁLVAREZ SACRISTÁN es “mejor tener presente siempre, que las leyes las construyen los políticos –Poder Legislativo- y que otro Poder, influido y nombrado por políticos –acude a la relación entre los jueces, nombra a los Magistrados del Tribunal Supremo y dictamina sobre leyes-”.³³ Por esa realidad no pocas fricciones se generan en el seno democrático.³⁴

30 En Venezuela, el profesor Chavero hace un largo recuento de algunos fallos de la Sala Constitucional, de los que opina constituyen excesos como “entrar a revocar decisiones de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia no por razones constitucionales, sino por motivos de interpretación legal y hasta de política judicial.” Rafael Chavero Gazdiek. Justicia Politizada. Un pecado imperdonable. Comentarios a la actuación del TSJ ante la convocatoria de un Referendo Revocatorio Presidencial, en: *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio* (Obra Colectiva), Editorial Aequitas, Caracas, 2004, p.115.

31 Sobre esta polémica véase: Eduardo García de Enterría. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pp.157 y ss.; Mauro Capelletti. Necesidad y Legitimidad de la justicia constitucional, en: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp.599 y ss.

32 Ejemplo de ello constituye el caso de Venezuela, cuya política excluyente dio lugar al proceso Constituyente de 1999 que reformó las bases de la República. Incluso, un opositor al actual régimen, el distinguido jurista Brewer Carías, reconoció sobre aquel pasado que: “...la hegemonía de un partido dominante, exclusivista y exclusionista, sin tener en cuenta que toda democracia debe construirse sobre el pluralismo partidista, donde el diálogo, la tolerancia, la negociación y la conciliación sea instrumentos de acción;...” Allan Brewer Carías, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000, pp.15-16. Para infortunio nuestro, ese proceso constituyente devino en otro sistema excluyente como el actual amparado en un régimen de mayorías “fanáticas” como las de ayer.

33 Isidoro Álvarez Sacristán. La Justicia y su Eficacia. *De la Constitución al Proceso*, Editorial Colex, Madrid, 1999, p.72.

34 Un solo comentario bastará para constatar estas tensiones. A propósito de la sentencia 301/2007 del 27 de febrero de 2007, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde interpretó el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, se generó un enfrentamiento entre algunos diputados de la Asamblea Nacional que cuestionaron la ‘legitimidad’ del ponente (Magistrado Jesús

(ii) En cuanto al segundo cuestionamiento sobre la existencia de la Justicia Constitucional, tenemos el predominio del Estado Liberal y desarrollo de la tesis del positivismo puro, pero también, gracias a esa historia y sus desaciertos, se justifica una revisión de las estructuras. En efecto, el desgaste del Estado Liberal (libertario por naturaleza, lo que en sí no es malo), comenzó a tener inconvenientes en la práctica, como lograr la materialización de los programas políticos de las Cartas Magnas, a veces letra muerta por falta de mecanismos útiles, el acento individual –antes que colectivo- y el excesivo formalismo en la aplicación de las leyes.³⁵

La primera idea de Estado de Derecho –recuerda AARNIO- fue la del Estado de Derecho formalista³⁶, y en otro de sus trabajos, explica que esta identificación del derecho se correspondía mediante el modelo del razonamiento deductivo y silogístico.³⁷ Ese intento de matematizar el derecho propio de las tendencias formalistas, que proscriben la interpretación y otras operaciones que “desnaturalizan” la actividad jurisprudencial, constituyen un desacierto.³⁸ Además, las normas abstractas que se construyen como fuentes, se divorciaron de la realidad ‘social’.

Elo dio paso no solo al nacimiento del Estado “Social” de Derecho, -que no puede confundirse con socialismo que es su distorsión- atribuido a marcadas desigualdades –que explicó RAWLS en su “principio de la diferencia”³⁹-, que intenta la inclusión de importantes sectores que no tenían vida política, sobre sectores que carecían de atenciones

Eduardo Cabrera Romero), proponiéndose incluso una moción para su destitución, lo que generó una crisis política solucionada satisfactoriamente a favor de ‘acatar el fallo’, y donde curiosamente no hubo pronunciamiento ulterior de ningún representante de los dos poderes.

35 Este formalismo, no puede confundirse con Constitución formal, que es aquella que entiende a ésta, según RIVAS QUINTERO como un “documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas”. Alfonso Rivas Quintero. *Derecho Constitucional*, 6ª edición, Editorial Andrea, Valencia, Venezuela, 2009, p.122.

36 Aulis Aarnio. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, en: Revista Doxa Nro.8, Trad. Joseph Aguiló Regla, 1990, p.25..

37 Aulis Aarnio. *Derecho, racionalidad y comunicación social, Distribuciones Fontamara*, México, 1995, pp.38 y 39.

38 Manuel Atienza. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Autónoma de México, México, 2004, p.36.

39 Según Rawls, este principio funciona así: “Las desigualdades económicas y sociales deben cumplir dos condiciones: en primer lugar, deben ser vinculadas a las funciones y a las posiciones abiertas a todos en condiciones de justa (fair) igualdad de oportunidades, y, en segundo lugar, deben ser para el mayor provecho de los miembros más desfavorecidos de la sociedad.” John Rawls. *Teoría de la justicia*, Madrid, 1979, p.23 y ss.

debidas, preparación de programas colectivos, intervención del Estado ante las desigualdades contractuales, etc., sino, y más importante, al reconocimiento sobre la necesidad de una justicia más expedita sobre lo formal, que pusiera coto a los desmanes de los poderes públicos y a la inoperatividad del sistema liberal. Ello dio lugar a que, en vigencia de ese nuevo Estado, los jueces tuvieran cierto protagonismo mediante una jurisprudencia inscrita dentro del uso alternativo del derecho, trayendo cosas positivas como negativas dentro del espectro jurídico-político.

Reconocemos entre los aspectos negativos, como algunos países de corte radical, se aprovecharon para producir contaminación política de la judicatura (La Unión Soviética⁴⁰ y la Alemania Nazi⁴¹), manipulando el derecho -a través de una judicatura servil y fanática (política)- a favor de sus programas políticos.

Esas prácticas abusivas, que profanaron el derecho generaron tantos inconvenientes [conflictos reales: guerras internas y convencionales] como críticas en los juristas. Entre los cuestionamientos, LOWENTAL sostiene que con ese sistema (se refiere al alternativo del derecho), no hace falta que el Estado sea totalitario cuando basta que los sean, quienes interpretan las leyes, para <adaptarlas> a su ideología sin límites,⁴² tesis que se corresponde con la idea 'política' del pensador comunista VISHINSKY que se refiere a la <conciencia jurídica socialista del juez para corregir la aplicación de la ley>.⁴³

Como consecuencia de estos movimientos en su decadencia (ultra derecha y ultra izquierda), se generaron otros como Critique Du Droit (Francia), Critical Legal Theory (Inglaterra y Estados Unidos), Uso Alternativo del Derecho (Francia y España), Teoría Crítica del Derecho

40 Vishinski, uno de los máximos exponentes del marxismo, citado por Cárcova, era de la idea que el derecho "juega un gran papel creador y organizador. Ya es derecho nuevo, derecho de la transición, derecho socialista, creado por la dictadura del proletariado" Vid., Carlos María Cárcova. *Derecho, Política y Magistratura*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1996, p.66

41 Veamos esta afirmación de Rothenberger como viceministro de justicia del tercer Reich: "El juez apolítico, neutral del Estado liberal multipartidista, que se mantiene a un lado, debe convertirse en un nacionalsocialista con seguridad de sus instintos y con un sentimiento hacia las grandes metas políticas del movimiento. La política, la filosofía, y la justicia son la misma cosa." Recogida por Ingo Muller. *Furchtbare juristen*, Kinder Verlag GmbH München, 1987, p.263 [Trad., Carlos Armando Figueredo. *Los Juristas del Horror. La 'justicia' de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*, Editorial Actum, Caracas, 2006].

42 Richard Lowenthal. La Urss modelo de Estados totalitarios, en: *Rusia encuentra su nuevo espíritu*, N y C, Madrid, 1967, p.115.

43 Isidoro Álvarez Sacristán. *La Justicia y su Eficacia. De la Constitución al Proceso*, Editorial Colex, Madrid, 1999, p.73.

(América Latina). Así las cosas, de la misma manera en que el Estado Liberal entró en crisis, del mismo modo las corrientes reformistas basadas en el uso alternativo del derecho pasaron por serios cuestionamientos, lo que obligó –otra vez- a rescatar de uno u otro, los elementos convergentes y que les son comunes.

Fue necesario entonces concertar la idea sobre la necesidad de repotenciar el Estado de Derecho Liberal, pero adaptarlo a nuevos cambios (en lo social), teniendo en cuenta la relatividad del derecho formal porque no lo abarca ni regula todo. En ese orden, importantes pensadores apoyan la idea que en la obtención judicial del derecho intervienen otros factores o elementos (por ej., PERELMAN y WRÓBLESKY), porque no caben dudas que el juez es quien adapta el derecho a la realidad, como opina MOLINA GALICIA⁴⁴. Comienza pues, a potenciarse un movimiento de varias corrientes reformistas del derecho –además de los citados-, con procedencia tan variopinta como DWORKIN, FERRAJOLI, BARCELLONA, ALEXY, LÓPEZ CALERA, VON IHERING, GÉNY, POUND, ROOS, COSSIO, entre otros.⁴⁵

Ora, esa adaptación del juez –corrección para otros- no puede ser arbitraria aun cuando confiemos en la neutralidad del árbitro ‘Político’ (con mayúsculas) que supone la justicia constitucional, ya que resulta obligado imponer límites y métodos para construir una hermenéutica acorde, basados en principios universales, evitando las arbitrariedades o, como explica ÁLVAREZ SACRISTÁN-, evitando su ideologización, que impide alejarse de la vocación constitucional, del espíritu y de la mens legislarotis.⁴⁶ Entonces, si <controlamos> a los jueces respecto a la aplicación ‘plural’ del derecho, los cuestionamientos a su labor [política], serán reducidos.

44 René Molina Galicia. Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. *¿Hacia un gobierno judicial?*, Ediciones Paredes, Serie Monografías, 2ª edición, Caracas, 2008, p.332.

45 El colombiano López Medina concibe que dentro de este grupo de teorías, se encuentran conformando un bloque las siguientes: libre recherche scientifique, jurisprudencia de intereses, doctrina del derecho libre, realismo jurídico, critical legal studies y otros más. *Dentro de estos últimos refiere que Recasens Siches (Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1956, cap.2.) resume dentro del impulso de la nueva formulación en la interpretación del derecho desde Bentham a Carnelluti, pasando por Holmes, Ehrlich, Pound, Dewey, Cossio, Levi, Viehweg entre otros. Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*, 2ª Universidad de los Andes, 2ª edición, 6ª reimpresión, Editorial Legis, Bogotá, 2008, p.269-270.

46 Isidoro Álvarez Sacristán. *La Justicia y su Eficacia. De la Constitución al Proceso*, Editorial Colex, Madrid, 1999, p.75.

Es en ese campo, en la construcción-aplicación del derecho, y sobre todo porque lo que se aplica es la Constitución (no cualquier norma), donde mayor protagonismo se confiere a la justicia constitucional. Esa es en parte, la labor que correspondería a la Justicia Constitucional, convertirse en verdadero árbitro sobre las tensiones sociales y políticas que no se pueden solucionarse en el debate político, puesto ganado desde los primeros pasos en el control de la constitucionalidad de leyes, y posteriormente, con el desarrollo de un efectivo sistema de amparo (acciones de tutela⁴⁷) en beneficio de los particulares -entre sí- y fundamentalmente en contra del Estado en sus distintos órganos.

Adicionalmente, por la corriente positivista que predominaba en el Estado de Derecho, primaba la ley como producto del cuerpo deliberativo, como emanación del principio de la legalidad. Resultado de ello, la Constitución no tuvo fuerza normativa, como sí, con el nacimiento del Estado Constitucional de Derecho, cuyas implicaciones no son otras que permitir la ejecución práctica de los derechos y garantías en ella prevista como verdaderas normas, punto de partida del Estado Constitucional que vendría a valerse de la justicia constitucional en esos menesteres.

En la aplicación del Derecho formal como fuente primaria (acto aprobado en Asamblea), que no la Constitución, la concepción filosófica del Estado de Derecho liberal y el positivismo que imponía su materialización, no se entendió que los jueces no son máquinas [que subsumen hechos en derecho], ni se distinguió que a veces era imposible aplicar la ley en la forma y a la letra de lo prescrito por el órgano asambleario, porque su redacción era ambigua, incompleta, errónea y otras veces, por existir antinomias con otros textos legales.

Así que bajo la fachada de la seguridad jurídica –que es muy importante-, el formalismo supuestamente previsto para garantizar aquella, se impuso sobre la justicia la más de las veces. Si no estaba prescrito textualmente en la norma, el juez estaba vedado de darle al ciudadano lo que correspondía, y peor, ciertas leyes (aprobadas por políticos con proyectos parciales, grupales o de partidos) desconocían a las Constituciones (aprobadas por constituyentes con proyectos generales). En ese orden, identificamos

⁴⁷ Para un importante sector de la doctrina, las acciones de tutela han tenido más énfasis y apoyo en la jurisdicción ordinaria, sobre todo respecto al tema de tutelas contra decisiones judiciales (se refiere al caso de Colombia). Vid., Alejandro Felipe Sánchez Cerón. Técnica de la tutela contra decisiones judiciales, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C., 2010, p.13. Aunque en nuestro criterio, aún se trate de jueces ordinarios, si ejercen actuación de amparo constitucional –como el caso venezolano- se convierten en jueces constitucionales –conforme a la materia-, pues en nuestro caso, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su artículo 334 dispone que a todos los jueces corresponde asegurar la integridad de la Constitución.

como atacada la llamada Constitución material, que es definida por RIVAS QUINTERO como aquella constituida por los preceptos que regulan la creación de normas,⁴⁸ de la que identificamos, anomalías como cuando quienes ejercen el control del parlamento, modifican el diario de debates, las horas de las deliberaciones, los proyectos de votación, etc.⁴⁹

Otras maniobras de quienes detentan el poder político, dan cuenta de las tácticas “democráticas” del parlamento, como explica el jurista DUQUE CORREDOR, devenidas de la utilización de la función legislativa para burlar controles de la constitucionalidad, al incorporar a ciertos proyectos de ley, disposiciones que antes habían sido anuladas por Tribunales Constitucionales, en nuestro caso, la Sala Constitucional.⁵⁰

En consecuencia, apreciamos la resistencia que opone el poder legislativo –de aquí y de allá– en aceptar se cuestione su labor hacedora de la fuente de las fuentes, la ley. Esta premisa, guarda correspondencia con la idea del autor MOLINA GALICIA conforme a la cual: “La creación del Derecho es una actividad eminentemente política, típica de los órganos legislativos que exige una legitimación que en nuestra constitución –se refiere a Venezuela– sólo puede tener su origen en la soberanía.”⁵¹ Pero ya vimos algunas de las desviaciones que en nombre de esa soberanía hace ese poder legislativo.

48 Alfonso Rivas Quintero. *Derecho Constitucional*, 6ª edición, Editorial Andrea, Valencia, Venezuela, 2009, p.122.

49 A propósito de la llamada Democracia procedimental, la Corte Constitucional Colombiana en fallo C-816/04 del 30 de agosto de 2004, declaró la inconstitucionalidad y la inexequibilidad (anulabilidad) de un acto legislativo mediante el cual, se modificaron varios artículos de la Constitución Política de Colombia para dar cabida a disposiciones legales que ampliaran poderes en la ‘lucha’ contra el terrorismo (Estatuto Antiterrorista). La alta Corte Constitucional, anuló el acto legislativo aprobado por vicios procedimentales, apoyándose en actas de las deliberaciones, así como las grabaciones y videos de las sesiones parlamentarias. Se constató, maniobras dirigidas a continuar la votación del proyecto, para otra oportunidad en que otra mayoría distinta, apoyara –como efecto sucedió– la aprobación del texto legislativo, lo que se denominó ‘tácticas dilatorias’ y violatorias del debate parlamentario.

50 Se refiere el autor, el caso de la reforma del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, Gaceta Oficial ro.37.323 del 13 de noviembre de 2001. Vid., Román José Duque Corredor. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Ediciones Legis, 1ª edición, Colombia, 2008, p.401.

51 René Molina Galicia. Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. *¿Hacia un gobierno judicial?*, Ediciones Paredes, Serie Monografías, 2ª edición, Caracas, 2008, p.287.

3. DEL DERECHO 'INERTE' AL DERECHO EN 'VIVO'.

Tampoco el positivismo resolvió distinguir, ni resolver como lo hizo la interpretación de la justicia constitucional, la aplicabilidad de los valores y principios de la constitución, que junto a su valor normativo, forma parte del bloque o fuentes que prevé la Constitución.

El positivismo se quedó relegado a que los jueces aplicaban lo que regulaba el legislador, cuya función es correcta, a no ser que se explique –como no hizo el positivismo– qué pasaba con aquellas normas que contenían lagunas, vacíos, antinomias y hasta incoherencias con otras normas. El formalismo en la aplicación del derecho llegó a niveles tan inauditos de no dar respuesta (solución) a determinado asunto porque no lo había previsto el legislador, como si ese asunto fuera irresoluble. El celo mayor de los positivistas, estuvo en no distorsionar el papel que desempeñaban los parlamentos y el que correspondería a los jueces, en mantener cada uno con sus competencias. Entonces, las palabras crisis e inoperatividad dieron lugar al nacimiento de otras corrientes del pensamiento.

Un ejemplo cercano explica como las altas Cortes, van moldeando su jurisprudencia al sistema de valores y principios constitucionales, a pesar de la inexistencia de precepto positivo expreso para 'resolver' determinado asunto. Venezuela vivía para 1998 una crisis política –que aún persiste– devenida de la desconexión de los principales partidos políticos con la población, la falta de independencia judicial, la corrupción y la indebida distribución de la riqueza; en fin se anarquizó el país. Pero no termina allí el listado del caos: se dieron movimientos sociales de violencia y represión (27 de febrero de 1992), así como dos intentonas militares golpistas contra el orden institucional (27 de noviembre y 4 de febrero de 1992), y para terminar, se hizo un juicio contra el primer presidente de la República en funciones de gobierno (Carlos Andrés Pérez), que culminaron con su condenatoria y posterior destitución.

Al final de este proceso, viene otro histórico –aunque no mejor– producto del cual, el actual presidente de la República (Hugo Chávez Frías), propuso ante la Corte Suprema de Justicia una solicitud para convocar a un referéndum consultivo con miras a una asamblea Constituyente. El resultado de esa solicitud, aplaudido por unos, criticado por otros⁵², constituye un claro ejemplo de la actividad política que tuvo

52 El jurista Brewer Carías opina que: "La Constitución de 30 de diciembre de 1999 fue producto de la Asamblea Nacional Constituyente convocada por el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, luego de que la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 19 de enero de 1999, dictada en

la entonces Corte Suprema de Justicia, conectándose con una realidad social incuestionable. El descontento popular era elocuente y los jueces son termómetro de ese clima. Sin embargo, resulta que en la Constitución de 1961 -vigente para ese momento-, no figuraba la convocatoria de un referéndum consultivo a los fines de convocar al pueblo y preguntarle si deseaba modificar su Constitución.

A pesar que para el profesor BREWER se confundió lo que él denomina la crisis de los partidos políticos, con la crisis de la democracia, que en sus palabras no existió, lo que en su criterio generó un desprestigio como régimen político⁵³, nosotros no pensamos igual. La crisis de la democracia fue verdadera. El sistema se hizo inoperante, como seguramente también lo es hoy, pero el punto que interesa [sobre activismo judicial versus garantismo], es que siempre el sistema permite la salida a las crisis. Ello fue lo que llevó a la Corte Suprema de Justicia, a aceptar por vía de interpretación del texto Constitucional [valores implícitos], la petición formulada que convocó al referéndum que diera lugar a la modificación de nuestra carta magna.

Este ejemplo es una evidencia lo que en la práctica sucede en esa interacción juez-valores, que dominan la escena política, cuando no hay ya salidas de orden partidista dentro de los distintos actores que hacen vida en un país; aunque también sirve para explicar, los riesgos de poner en manos de la justicia constitucional esa competencia a veces expresa, otras implícita. Estos temores, sirven de argumento a los promotores del Garantismo.

De consiguiente, no es difícil comprender que sea un tema de debate constante si los operadores deben dar aplicación a todo precepto de justicia Constitucional en forma exegética o garantista según la abstracción del legislador conforme a las situaciones que éste previó, o si pueden deducir del precepto otros contenidos distintos a los que “originalmente” previó el legislador, esto es, si puede ser activista dentro de esa función. Esa diferencia no parece cualquier cosa, si se piensa que en principio corresponde al Poder Legislativo la función de crear la ley [en forma abstracta] y al Poder Judicial, de aplicarla [en forma de sentencia al caso concreto].

En defensa de la Ley y el puesto del legislador dentro de Estado Constitucional, ZAGREBELSKY reclama que “en expresión de derechos

Sala Político Administrativa, admitiera la posibilidad de que, mediante referéndum consultivo, el pueblo pudiera `crear` dicha instancia política no prevista ni regulada en la Constitución de 1961, para revisar la Constitución.” Allan Brewer Carías, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000, p.15.

democráticos, a la ley debe reconocérsele un valor en sí misma, con independencia de sus contenidos y de sus vínculos de derivación a partir de preceptos constitucionales.”⁵⁴ Cuestión con la que vamos a estar de acuerdo parcialmente porque, a renglón seguido, él mismo opina como cuestionamiento a esa validez, que aunque la ley “no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva...”, -agrega- que puede “deslegitimarse por contradecir a la Constitución”, y ese es justamente el fundamento a favor del activismo judicial de la justicia constitucional, en la recomposición de esos principios y valores constitucionales.

Entonces, el principio de las competencias-atribuciones luce como rector, en el equilibrio y colaboración de esas funciones-poderes. Esto se corresponde por esencia del derecho público, en el sentido que a los órganos a quienes corresponde el ejercicio de poderes de esa naturaleza, quedan sometidos a hacer lo estrictamente estipulado en las leyes, contrario al derecho privado cuya visión permite hacer lo que no esté expresamente prohibido. Es decir, por antonomasia uno hace la ley –poder legislativo y poder ejecutivo excepcionalmente- y el otro la aplica en la resolución de conflictos reales –poder judicial-. Este celo comienza gracias a KELSEN (1920), con quien arranca una nueva etapa sobre el control de ciertos actos [normas] del poder legislativo⁵⁵, lo que sería atribuido posteriormente al Poder Judicial –en cabeza de la Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales- hasta llegar a la evolucionada justicia Constitucional como la conocemos en la actualidad, verdadero sistema especializado que provee al ciudadano mecanismos contra las arbitrariedades del resto de los poderes públicos (verbigracia, el control de la constitucionalidad de actos normativos o la acción de amparo/tutela, incluido en contra del propio poder judicial donde se manifiesta: ej., contra sentencias).

Así que ese equilibrio de poderes pasa por una tensa época para conseguir el cheks o balances, hasta los cuestionamientos sobre la justicia constitucional, por corresponderle un ejercicio político del derecho, que se plasma en la resolución práctica de lo que se debate. Esto lo explica CASTAÑO en estos términos: “La politicidad del derecho como horizonte de totalidad significa que lo justo, sea como conducta, como norma o

54 Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Editorial Trotta, Colección Estructuras y procesos, Serie Derecho, 9ª edición, Madrid, 2009, p.151 [Trad. Marina Gascón, título original: *Il Diritto Mitte. Legge diritti giustizia*, Giulio Einaudi, s.p.a, Torino, 1992].

55 Recordemos que al separarse Austria del Imperio Alemán, en 1920 se dio un importante paso sobre la revisión de las leyes de los “Lander” mediante el control de las leyes federales en tanto lesionaran el reparto de las competencias establecidas en la Constitución. Vid., Pedro Cruz Villalón. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp.49-69.

como derecho subjetivo, es real y verdaderamente tal en la medida en que se integra dentro de un plexo de relaciones en el cual toda justicia se hace posible y desde el cual toda justicia se mide⁵⁶; y, agregamos, esa concreción sobre el ejercicio político del derecho se hace en la práctica, de lo abstracto a lo real. Ese es el papel de la justicia constitucional.

De este modo, dentro de las razones legítimas en las democracias modernas, está el debido equilibrio de los poderes que lo componen, en una suerte de coordinación pero nunca invasión de las funciones y competencias de cada uno; de allí la importancia en recordar que uno de los poderes hace la ley y el otro, aplica la justicia con esa misma ley, pero que la completa cuando se hace necesario adaptarla a los valores constitucionales.

En este estado para distinguir las fórmulas de Garantismo y Activismo, su naturaleza y mecanismos, hay que entender que las razones de la Justicia Constitucional, no son otra que darle al ciudadano mecanismos para controlar desde el Poder Judicial, el 'excesivo' poder que ejercen el Poder Legislativo (en cuerpos asamblearios) y el Poder Ejecutivo (generalmente unipersonales). Esta difícil misión, se efectúa a través de una práctica garantista -cumpliendo lo prescrito- por la Constitución y las leyes dentro del ámbito de sus competencias [hacer lo que está expresamente autorizado], pero también, ocurre otras veces, que -a falta de establecimiento expreso-, urge necesidad de complementar el derecho como fórmula activista, frente a lo que el autor LÓPEZ MEDINA denomina "casos de entramamiento o malfuncionamiento de los canales políticos regulares"⁵⁷, sin cuya actuación, "la Constitución corre el riesgo de volverse un texto meramente retórico."⁵⁸

Entonces, para la corriente garantista, al juez [cuya legitimación deviene en designación de segundo grado] debe someterse a la voluntad del legislador por ser representante del poder ciudadano o soberano [cuya legitimación es de primer grado por la vía del voto], de allí que no pueda salirse de los preceptos de ley. Esa "invasión" de funciones, no estaría bien vista. Al contrario, la corriente activista del derecho, supone que respecto a los preceptos legales contienen lagunas, omisiones, antinomias

56 Sergio Raúl Castaño. *Principio políticos para una teoría de la Constitución*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, p.63.

57 Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*, Universidad de los Andes, 2ª edición, 6ª reimpresión, Editorial Legis, Bogotá, 2008, p.338.

58 Ob. Cit., p.338.

que deben complementarse con la labor del juez, y que respecto a la Constitución contiene valores y principios ‘identificables’ por el juez, y en aplicación de ambos textos, a través de sus decisiones, completa el derecho [adecúa]

Como vemos, la diferencia entre Garantismo y Activismo es fundamental al momento de aplicar preceptos, de interpretarlos y “crearlos” por vía del llamado derecho judicial, la jurisprudencia. Es así, como dos corrientes procesales se debaten, entre “garantizar” a las partes la neutralidad judicial en la aplicación del derecho, y, entre intervenir en forma “activista” en pro de otros axiomas y valores, que, aunque derecho, son deducciones fuera de lo positivizado. En este ensayo pretendemos demostrar que los contrastes y enfrentamientos entre el activismo y el garantismo, pueden ser superados si apuntamos a que son complementarios y no excluyentes.

Pero antes de hacer esta ilación, tenemos que abordar brevemente estadio previo, qué se entiende por derecho judicial, o si la jurisprudencia –su contenido- es fuente de derecho. En cuanto al derecho venezolano, copiamos del profesor PEÑA SOLIS, que la Constitución como fuente de fuentes, incorpora dentro de la potestad normativa –entre otros: Asamblea Legislativa, Consejos Legislativos, Concejos Municipales- y excepcionalmente –Presidente de la República, Gobernadores de Estado y Alcaldes-; hasta llegar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que es la que importa a efectos de este trabajo, cuya facultad prescrita en el artículo 335 Constitucional, permite que su jurisprudencia tenga carácter vinculante,⁵⁹ pero que en nuestro criterio dista aún de llamarse precedente por razones que no pueden abordarse en este ensayo por no ser nuestro objetivo.

Ora, la sola vinculación de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, no es en sí misma razón suficiente para explicar la tesis del activismo o Garantismo judicial, pero sí, un paso importante para comprender que se le concede en forma explícita a la jurisdicción constitucional esa competencia, que en principio, era reservada exclusivamente al legislador –nos referimos a crear fuente de derecho, que no ley, pues sabemos que ésta última es exclusiva de los órganos antes indicados-

Si bien la justicia constitucional no crea normas en el sentido literal de su expresión (pero si es fuente de derecho en caso del precedente vinculante), si le está autorizado en cambio la interpretación de esas normas previstas

59 José Peña Solís. Las Fuentes en el Marco de la Constitución de 1999. *Fundación de Estudios de Derecho Administrativo*, Caracas, 2009, p.108

en la legislación vigente, y durante ese proceso interpretativo es donde se pone de manifiesto las iniciativas que se tiene, para (i) conformarnos con lo preceptuado y no invadir la esfera de otro poder –legislativo- [tesis garantista], (ii) bien para desentrañar de la norma otro contenido a través de la escala de valores, mediante mecanismos y métodos interpretativos [tesis activista o decisionista].

Y, es que el precepto puede contener tantas normas como interpretaciones consiga el operador, como explica el profesor CANOVA GONZÁLEZ, quien sobre <disposición>, <enunciado de ley> y <norma> señala existen relaciones como diferencias. Agrega que el enunciado de ley [también llamado disposición] es distinto a la norma [llamado mandato o regla], que se construye a partir de aquél.⁶⁰ En ese sentido, opina que una misma disposición o enunciado legal, puede contener tantas normas como sean posibles, que se obtienen de los operadores, quienes en decir del autor, “caen inevitablemente en la necesidad de interpretar el significado abstracto del ‘enunciado legal’ y extraer, de allí, la ‘normas’ que aplicarán a los asuntos o procesos de los cuales conozcan.”⁶¹

Conforme a este aserto, la necesidad de conferirle atribuciones al intérprete, pero también límites a dicha labor, descansa en una serie de principios provenientes del derecho internacional -como el de progresividad, de ponderación, pro homine, etc.-, del derecho constitucional -principio de buena fe, pacta sunt servanda, etc.- como de la propia Constitución –democracia como sistema de gobierno, respeto a la pluralidad de la sociedad, libertad, igualdad, etc.-), como de métodos (literal, histórico, teleológico, sistémico, etc.). En nuestro criterio, la existencia de estos límites <objetivos> sirven para explicar que garantismo y activismo no son antagónicos, en la medida que, según explica CÁRCOVA: “La actividad creativa de los jueces es una actividad controlada por una serie de principios positivos de naturaleza garantista que, en las sociedades democráticas actuales, se encuentran consagrados constitucionalmente.”⁶² (Subrayado nuestro).

Y, como toda interpretación se hace dentro de un proceso, entonces se entiende la interpretación procesal, según ÁLVAREZ SACRISTÁN como

60 Antonio Canova González. *La Inconstitucionalidad de la Ley, Temas de Derecho Constitucional y Administrativo (Obra Colectiva)*, Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2010, p.400.

61 Antonio Canova..., Ob. Cit., p.400.

62 José María Cárcova. *Derecho, Política y Magistratura*, Editorial Biblos, 1ª Edición, Buenos Aires, 1996, p.180.

la que dictan los jueces y que consiste en la aplicación del Derecho en cada caso concreto, atendiendo a la efectividad de los derechos y sobre todo, los derechos fundamentales.⁶³

4. TEORÍA DEL DERECHO JUDICIAL. LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA DE LOS JUECES.

Huelga recordar, que antes del positivismo, correspondió al derecho natural la adscripción de ciertos derechos que corresponden al hombre por el solo hecho de serlo; pero la falta de rasgos coactivos de sus mandamientos le restó importancia práctica, y en el polo opuesto, el positivismo tomó partida. Como dice HASSEMER, la contraparte del pensamiento iusnaturalista lo constituye el derecho positivo⁶⁴, aunque para el autor OLASO, el derecho natural es el verdadero fundamento del derecho positivo⁶⁵. Tratando de conciliar estas posiciones, CASTAÑO refiere que: “El derecho –ya se trate de una conducta, de una norma o de un poder jurídico- es una totalidad compuesta por dos partes, la natural (fundante) y la positiva (determinante).”⁶⁶

En cualquier caso, si tenemos que aquel derecho natural como inmanente al hombre, fue normándose a través de preceptos de derecho positivo, correspondió a este último el afianzamiento de los Estados de Derecho primigenios, pero no de los Estados Constitucionales, entendidos como derivación del primero, en donde la Constitución no era ya mero programas -de ‘papel’-, sino que adquieren contenido ‘normativo’ –que como recuerda JIMÉNEZ ASENSIO, esa noción de normatividad es una herencia norteamericana de indudable importancia⁶⁷- pasando por la polémica entre CARL SCHMITT y HANS KELSEN respecto a qué órgano o ente le correspondía la defensa de la Constitución,⁶⁸ produciendo entre

63 Isidoro Álvarez Sacristán. La Justicia y su Eficacia. *De la Constitución al Proceso*, Editorial Colex, Madrid, 1999, p.173.

64 Winfried Hassemer. Jurisdicción Constitucional en una Democracia, en: *Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Edición Conjunta Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Católica Cecilio Acosta, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Católica del Táchira, Caracas, Publicaciones Ucab, 1ª edición, 2005, p.23.

65 Luis María Olaso. Curso de Introducción al Derecho. *Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1988, p.352.

66 Sergio Raúl Castaño. *Principios Políticos para una Teoría de la Constitución*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, p.39.

67 Rafael Jiménez Asencio. *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*, Editorial Marcial Pons, 3ª edición, Madrid-Barcelona, 2005, p.101.

68 Carl Schmitt. *La defensa de la Constitución (Der Hunter der Verfassung)* Trad., Manuela Sánchez

otros, el establecimiento y precisiones sobre los derechos y las garantías, evolucionando las últimas desde 1789 hasta nuestros días.

De manera que esos derechos y garantías constitucionales se positivizaron en textos legales, por lo que hubo que adecuar todo el sistema judicial a esa premisa. El juez como operador debía ahora mediante la subsunción [a veces mecánica como ejercicio del garantismo, otras veces abstracta y axiológica como ejercicio del decisionismo], lograr hacer efectiva las garantías para deducir o proteger derechos, que ayer eran derechos naturales, y que hoy se encuentran positivizados en preceptos.

Entonces, siguiendo la línea sobre la 'defensa' de la Constitución, completamos diciendo que como modelo "está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento..."⁶⁹ En ese sentido, el positivismo tuvo una enorme influencia en el nacimiento y permanencia de los estados liberales, pero poco o nada frente a la Constitución como norma, porque lo que tenía el significado/valor de "derecho" no era la Constitución sino el sistema legal basado en normas aprobadas por el Poder Legislativo (y el Poder Ejecutivo excepcionalmente).

Esto es un recordatorio que la Constitución eran programas y principios, careciendo de fuerza normativa, lo que se explica para GARCÍA-ATENCE conforme "a la tradición del constitucionalismo demoliberal"⁷⁰ Al paso del tiempo, por el agotamiento de las instituciones y sobre todo, la ineficacia en la resolución práctica de algunos asuntos, "existiendo un auténtico desequilibrio entre las reglas constitucionales y la realidad social"⁷¹ (GARCÍA-ATENCE), motivó a estudiosos a plantear una revisión del positivismo "puro" matizando su acento, y proponiendo eventuales salidas sobre determinadas circunstancias. Por consiguiente el positivismo del Estado Liberal no consiguió resolver el carácter normativo de la Constitución, ni la ineficacia del sistema de leyes para la resolución de <todos> los casos [de los asuntos reales].

Sarto, Editorial Labor, Barcelona, 1993; Hans Kelsen, ¿Quién desde ser el defensor de la Constitución? (Wer soll der Hunter dere Verfassung sein?), Trad., Roberto J. Brie, Editorial Tecnos, 1995.

69 Héctor Fix Zamudio. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Colección Derecho, Administración y Política, Editorial Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (Fundap), 1ª edición, Santiago de Querétaro, 2002, p.70.

70 María Victoria García-Atance. *Reforma y permanencia constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Cuadernos y debates, Nro.136, Madrid, 2002, p.27

71 Ob. Cit., p.44.

El positivismo se quedó anclado en la perspectiva, que lo que no estaba previsto en la ley, no era derecho; criterio según el cual, muchos casos no tendrían solución. Acá conseguimos las bases de un garantismo extremo propio del liberalismo radical, que fue superado luego (segunda parte del siglo XIX) por el liberalismo moderado. De manera que, esa fuente primigenia y por excelencia que es la ley, comenzó a ser seriamente cuestionada. Lo exegético, que significa la aplicación “literal” del precepto, comenzó a perder influencia en el mundo moderno por múltiples factores, primordialmente, en cuanto a la ineffectividad de las normas de derecho, sea por inadecuadas, por vacuas, por incompletas. Lo que no estaba previsto por el legislador no era resoluble, lo que en términos de justicia, cuestionaba la funcionabilidad del sistema judicial imperante.

Tampoco el positivismo distinguió los problemas normativos de las leyes, ni entendió que la Constitución era norma suprema de aplicación práctica. Otras de las influencias del positivismo, fue su carácter garantista, que es beneficioso en términos de seguridad jurídica y control de competencias, pero inadecuado en la solución de casos prácticos, pues adicionalmente a ese garantismo se le unía el formalismo extremo. Ora, gracias a esa corriente no pocas veces, se sacrificara el fondo del asunto [resolución del caso particular], porque las formas estaban previstas como un valor superior. Es decir, se confundió que las formalidades son necesarias, siempre que no atente contra la justicia misma, porque no puede existir justicia sin las formas, pero tampoco las formas son más importantes que la justicia.

Aunado a que posteriormente se establece el carácter normativo de la Constitución, también el positivismo puro –y con ello el garantismo- empieza a ceder, cuando no consigue explicar que la Constitución también contiene preceptos, principios y valores expresos e implícitos. En consecuencia, los jueces constitucionales –y ordinarios- adquieren un nuevo rol en la sociedad, ya no simple veedores de un proceso, sino verdaderos directores, que conectados a la realidad social no pueden quedarse cruzados de brazos y decir, que tal caso no tiene solución porque el legislador no previó norma expresa. Eso es una ortodoxia incomprensible en el siglo que corre. Este es el espacio ideal de la corriente decisionista o activista del derecho. Cada juez debe subsumir el asunto en los valores y principios constitucionales, y lograr la interpretación más armónica con la Constitución, aunque sabemos que esa subsunción no todas las veces es mecánica.

5. JUSTICIA CONSTITUCIONAL. EL EJERCICIO “POLÍTICO” DEL DERECHO EN LETRAS MAYÚSCULAS. COMPLEMENTARIEDAD DEL GARANTISMO Y EL ACTIVISMO.

En nuestras clases de Deontología del Derecho precisamos que hay una enorme diferencia entre la concepción <Política> (con ‘P’ mayúscula) y <política> (con ‘p’ minúscula), derivado en nuestro entender de los actores y sus funciones. La mención en minúscula a pesar de su gran importancia, queda relegada a los partidos políticos, cuyos actores necesarios en la vida democrática, se manifiestan mediante la militancia que defiende ideas y concepciones particulares [parcializadas] sobre diversos aspectos del quehacer nacional e internacional, donde lógicamente conseguimos su visión del derecho.

Amén de la importancia de este tipo de ‘política’, en la construcción de un debate plural, los operadores de este tipo de política siempre estarán parcializados por una causa que seguramente será noble y legítima dentro del esquema de valores y el debate democrático, pero que dista de ser incluyente a lo que no sea igual a sus pares e ideas. Cada bando tiene su proyecto que defiende, negocia, concilia y propone en el juego democrático de los intereses de sus grupos. Este fanatismo de la imposición de ‘sus’ ideas políticas -de los partidos- se manifiesta lógicamente, en materia legislativa –donde mayormente se da el control de la justicia constitucional-, aunque aprendimos de LOCKE, que [el] “bien público es la regla y medida de toda actividad legislativa”.⁷² Ora, muchas veces ese bien público, es sustituido por lo que los partidos crean o entiendan qué constituye ese ‘bien público’, cuando no sea, ‘bien público’ de ‘sus’ seguidores o adeptos. El asunto es, que no todos los sectores están representados en los cuerpos asamblearios, lo que en términos de igualdad atenta contra dos principios básicos de la democracia moderna: la pluralidad y el respeto de las minorías.

En cambio, la ‘Política’ (en mayúscula) escapa de los sectarismos de grupos o personas. Es la manifestación más auténtica de la sociedad plural, recogida de la experiencia social. Ejemplo de ello, lo conseguimos en el ejercicio de la abogacía, que para el maestro DUQUE CORREDOR constituye un caso de ejercicio ‘Político’, porque exige “el conocimiento de las costumbres, de la experiencia, de la vida, de los hechos sociales y de la realidad.”⁷³

72 John Locke. *Cartas sobre la Tolerancia*, Editorial Tecnos, Clásicos del pensamiento, Madrid, 6ª edición, 2008, p.35 [Título original: *A Letter Concerning Toleration*, traducción atribuida a William Popple, 1688], presentación y edición Pedro Bravo Gala, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966.

73 Román José Duque Corredor. *Lecciones Elementales de Deontología Jurídica*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, Nro.89, Caracas, 2010, p.85

Por esa naturaleza y razón, el ejercicio ‘Político’ es neutral, y el ‘político’ –partidista- no lo es, porque es la esencia de los partidos políticos. Ante esa realidad, se requiere de alguien que ajeno a las pasiones propias del debate político, se conecte en forma objetiva con todos los sectores y sea capaz de contrastar ideas e intereses [lejos de imponer], para lograr equilibrio, incluso frente a los que son minorías, que también tienen derecho y bastante. Es acá donde los jueces constitucionales cumplen su papel protagónico en la sociedad que le designa. Pero esto no lo descubrimos nosotros; pues se debe a THOMAS PAINE la afirmación según la cual “... la naturaleza y el propósito de una Constitución es prevenir el gobierno de partido estableciendo un principio común que limite y controle el poder y el impulso de partido, y que diga a los partidos: hasta aquí habrás de llegar y no más allá...”⁷⁴ (Subrayado nuestro).

Resulta obvio que la justicia constitucional por su naturaleza requiera el ejercicio de la ‘Política’ –en mayúscula- porque debate y decide cuestiones de altos intereses nacionales, sea del gobierno o de los particulares, poniendo a buen resguardo los valores, los principios y las normas constitucionales. Y es que ese alto ministerio requiere de unas potencialidades especiales, pues de su ejercicio depende la paz pública, los resortes constitucionales del ejercicio de los demás poderes.

Otra diferencia entre ‘Política’ y ‘política’, la encontramos con el tipo de actuación en la práctica, porque cuando el legislador, en aplicación de aquellos valores y principios constitucionales crea normas de derecho, lo hace en forma abstracta, es decir, suponiendo situaciones ficticias – aunque muy parecidas en la práctica-. Esta es una práctica ‘política’ del derecho –la del legislador-, pero también limitada e inexacta. Sin embargo, estos preceptos mañana quedan ineficaces por desuso, cambios sociales y tendencias, inoperativos por problemas de redacción –literal-, insuficientes para regular todas las circunstancias –son incompletas-, imposibles por desencuentros con otros preceptos –son contrarias por antinomias-, inconsistentes con el texto constitucional –son inconstitucionales-, etc. Ante estas circunstancias, corresponde a los jueces constitucionales la determinación de ese derecho o valor fundamental, que resulta un ejercicio de la ‘Política’ en mayúsculas, y sí, claro que se trata de un activismo judicial necesario para aliviar las pasiones sociales, las crisis políticas.

74 Thomas Paine. *Disertación sobre los primeros principios de Gobierno. El sentido común y otros escritos*, Editorial Tecnos, Madrid, (s.f.) p.96.

En ese cometido, el juez constitucional interpreta las normas basadas en preceptos construyendo otras, teniendo por norte la constitucionalidad de la norma en primera instancia [manteniendo la vigencia de la norma], mediante una lectura conforme al texto constitucional, aunque algunos sostengan como advierte ALVAREZ SACRISTÁN –donde no se incluye él- “de que los jueces crean normas”⁷⁵. Este autor prefiere llamar a este recurso una “posición normativa subjetiva”.⁷⁶ En segunda instancia y solo cuando sea evidente y la interpretación no sea posible, procede a anular la norma por vía del control abstracto.

Por eso somos partidarios que se pueden y deben darse al juez constitucional, herramientas útiles para que por vía de la interpretación produzca ‘derecho judicial’ en la medida que gracias a su independencia, permita el equilibrio de los valores en juego, y que se complementen tanto el garantismo como el decisionismo al momento de dictar justicia, porque no hacerlo, implicaría decir que en el derecho no está la solución del caso que se le somete, que cuando eso sucede, es porque en las instancias ‘políticas’ no se ha logrado solucionar.

La justicia constitucional tiene la complicada misión de ser garante del cumplimiento de los resortes democráticos, ya que primordialmente controla actos legislativos [por vía de la nulidad], como crea derecho en el sentido amplio de la palabra –no en el sentido estricto de creación de la ley-, mediante la adaptación de su texto a la Constitución, pues como explica FERRAJOLI:

“La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuera su significado, sino sujeción de la ley en cuando válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez.”⁷⁷

En consecuencia, pensamos que el juez debe someterse inicialmente a lo previsto en la exégesis de la norma (Garantismo), sus cánones y

75 Isidoro Álvarez Sacristán. *La Justicia y su Eficacia. De la Constitución al Proceso*, Editorial Colex, Madrid, 1999, p.203.

76 Ob. Cit., p.203.

77 Luigi Ferrajoli. *El derecho como sistema de garantías*, en: *Justicia Penal y Sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, tomo III, Nro.5, 1994.

regulaciones expresas, pero para la resolución del asunto debatido, también se valga de otros medios para lograr la recta y debida justicia, logrando la ponderación de los valores y principios constitucionales que pueda identificar fuera de la positivado en dicha norma (Activismo), mediante un ejercicio prudente y equilibrado con los mecanismos y métodos con que cuenta (Activismo-Decisionismo). Consecuencia de lo dicho, observamos correspondencia entre el garantismo y el activismo, que, antes que contrarios resultan a la postre complementarios.

Para ese ejercicio 'Político' se requiere de jueces verdaderamente independientes como sujetos neutrales, cumpliendo lo que denomina SAAVEDRA con una función objetiva del derecho⁷⁸, porque si es cierto que existen los peligros de que se exceda habitualmente de su cometido⁷⁹ –nos referimos a los jueces constitucionales–, también lo es, que a pesar de los excesos cometidos y algunas agrias críticas como las que hace el profesor CHAVERO –frente a la justicia constitucional de Venezuela–, el mismo autor reconoce “que a pesar de la crisis institucional...no podemos perder la perspectiva de un camino que han venido siguiendo la mayoría de los países europeos y latinoamericanos, el cual puede producir muchos más beneficios que lamentos...”⁸⁰

Ello nos lleva a defender la tesis según la cual, es necesario un balance de los valores en juego, de manera que garantismo y activismo (judicial) sean complementarios, antes que contrarios. Finalmente, estimamos que en la redacción de un Código relativo a la Justicia Constitucional, ayudará tomar en cuenta esta realidad, para que, impuestos los límites y facultades se logre el fin propuesto. Bienvenido el debate.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, AULIS. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico, en: Revista Doxa Nro.8, Trad. Joseph Aguiló Regla, 1990.

78 Modesto Saavedra. Poder Judicial, Interpretación y Legitimidad, en: *Jueces y Derecho (Obra Colectiva)*, Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Rodolfo Vázquez (Compiladores), Editorial Porrúa, México, 2005, p.208.

79 Como opina Laurence H. Tribe a propósito de los eventuales excesos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Vid., Laurence H. Tribe. *American Constitucional Law*, 3ª edición, vol.1, New York, 2000.

80 Rafael Chavero Gazdiek. Justicia Politizada. Un pecado imperdonable. Comentarios a la actuación del TSJ ante la convocatoria de un Referendo Revocatorio Presidencial, en: *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio (Obra Colectiva)*, Editorial Aequitas, Caracas, 2004, pp.112-113.

AARNIO, AULIS. Derecho, racionalidad y comunicación social, Distribuciones Fontamara, México, 1995.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO. La Justicia y su Eficacia. De la Constitución al Proceso, Editorial Colex, Madrid, 1999.

ATIENZA, MANUEL. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, Universidad Autónoma de México, México, 2004.

BREWER CARÍAS, ALLAN. La Constitución de 1999, Editorial Arte, Caracas, 2000.

CÁRCOVA, JOSÉ MARÍA. Derecho, Política y Magistratura, Editorial Biblos, 1ª edición, Buenos Aires, 1996.

CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO. La Inconstitucionalidad de la Ley, Temas de Derecho Constitucional y Administrativo (Obra Colectiva), Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2010.

CARRILLO DE LA ROSA, YEZID. Teorías de la Argumentación y del Razonamiento Judicial, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C., 2009.

CAPELLETTI, MAURO. Necesidad y Legitimidad de la justicia constitucional, en: Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

CASAL H, JESÚS MARÍA. Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia, en: Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho (Obra Colectiva), Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Ediciones Ucab, 2ª edición, Caracas, 2009.

CASTAÑO, SERGIO RAÚL. Principio políticos para una teoría de la Constitución, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO. La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

CHAVERO GAZDIEK, RAFAEL. Justicia Politizada. Un pecado imperdonable. Comentarios a la actuación del TSJ ante la convocatoria de un Referendo Revocatorio Presidencial, en: La Guerra de las Salas

del TSJ frente al Referéndum Revocatorio (Obra Colectiva), Editorial Aequitas, Caracas, 2004.

DUQUE CORREDOR, ROMÁN José. Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público, Ediciones Legis, 1ª edición, Colombia, 2008.

DEL BURGO Y MERCHÁN, Ángel Martín. La Justicia como problema: El Juez como administrador de Derecho, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

EICHENBERGER, KURT. El Estado de Derecho como garante de los derechos humanos, en: Estado de Derecho y Democracia (Obra Colectiva), J.Thesrng (Compilador), Buenos Aires, 1997.

GADAMER, HANS-GEORG.. Hermenéutica e historicismo, en: Verdad y Método I, Editorial Sígueme, Salamanca, 1996.

GARCÍA-ATANCE, MARÍA VICTORIA. Reforma y permanencia constitucional, Centro de estudios políticos y constitucionales, Cuadernos y debates, Nro.136, Madrid, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Colección Derecho, Administración y Política, Editorial Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (Fundap), 1ª edición, Santiago de Querétaro, 2002.

FERRAJOLI, LUIGI. El derecho como sistema de garantías, en: Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, tomo III, Nro.5, 1994.

GÓMEZ ISA, FELIPE Y PUREZA, JOSÉ MANUEL. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI (Obra conjunta). Parte I, Introducción General, correspondiente a Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad Deusto, Bilbao, 2004.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, ESTHER. Breve historia del constitucionalismo común (1787-1913). Exilio Político y turismo constitucional, Editorial universitaria Ramón Areces, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2006.

HECK, LUIS AFONSO. O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, (s.f.).

HESSE, HONRAD. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

HASSEMER, WINFRIED. Jurisdicción Constitucional en una Democracia, en: Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho, Edición Conjunta: Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Católica Cecilio Acosta, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Católica del Táchira, Publicaciones Ucab, 1ª edición, Caracas, 2005.

HERZOG, ROMAN. Elementos que definen un Estado de Derecho. El Estado servidor del ciudadano, en: Estado de Derecho y Democracia (Obra Colectiva), J.Thesrng (Compilador), Buenos Aires, 1997.

JIMÉNEZ ASENCIO, RAFAEL. El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, 3ª edición, Madrid-Barcelona, 2005.

KELSEN, HANS. ¿Quién desde ser el defensor de la Constitución? (Wer soll der Hunter dere Verfassung sein?), Trad., Roberto J. Brie, Editorial Tecnos, 1995.

LOCKE, JOHN. Cartas sobre la Tolerancia, Editorial Tecnos, Clásicos del pensamiento, Madrid, 6ª edición, 2008.

LOWENTHAL, RICHARD. La Urss modelo de Estados totalitarios, en: Rusia encuentra su nuevo espíritu, N y C, Madrid, 1967.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. El derecho de los jueces, Universidad de los Andes, 2ª edición, 6ª reimpresión, Editorial Legis, Bogotá, 2008.

LOSING, NORBERT. La Jurisdicción Constitucional como contribución al Estado de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Ediciones Ucab, 2ª edición, Caracas, 2009.

MARÍN, JOSÉ ÁNGEL. Naturaleza Jurídica del Tribunal Supremo de Justicia, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

MOLINA GALICIA, RENÉ. Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?, Ediciones Paredes, Serie Monografías, 2ª edición, Caracas, 2008.

MULLER, INGO. Furchtbare juristen, Kinder Verlag GmbH München, 1987 [Trad., Carlos Armando Figueredo. Los Juristas del Horror. La 'justicia' de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás, Editorial Actum, Caracas, 2006].

OLASO, LUIS MARÍA. Curso de Introducción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1988.

ORTÍZ-ORTÍZ, RAFAEL. Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos, Editorial Frónesis, Caracas, 2004.

PAINE, THOMAS. Disertación sobre los primeros principios de Gobierno. El sentido común y otros escritos, Editorial Tecnos, Madrid, (s.f.).

PEÑA SOLIS, JOSÉ. Las Fuentes en el Marco de la Constitución de 1999. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2009.

PETIT GUERRA, LUIS ALBERTO. Estudios sobre el Debido Proceso (en imprenta), Paredes Editores, Caracas.

RIVAS QUINTERO, ALFONSO. Derecho Constitucional, 6ª edición, Editorial Andrea, Valencia, Venezuela, 2009.

RAWLS, JOHN. Teoría de la justicia, Madrid, 1979.

SAAVEDRA, MODESTO. Poder Judicial, Interpretación y Legitimidad, en: Jueces y Derecho (Obra Colectiva), Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Rodolfo Vázquez (Compiladores), Editorial Porrúa, México, 2005.

SÁNCHEZ CERÓN, ALEJANDRO FELIPE. Técnica de la tutela contra decisiones judiciales, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C., 2010.

SARTORI, GIOVANNI. Teoría de la Democracia, Alianza Editorial, volumen I, Madrid, 1988.

SCHMITT, CARL. La defensa de la Constitución (Der Hunter der

Verfassung). [Trad., Manuela Sánchez Sarto, Editorial Labor, Barcelona, 1993].

USLAR PIETRI, ARTURO. Golpe y Estado en Venezuela, grupo Editorial norma, Editorial Presencia, Colombia, 1992.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia, Editorial Trotta, Colección Estructuras y procesos, Serie Derecho, 9ª edición, Madrid, 2009, [Trad. Marina Gascón, título original: Il Diritto Mitte. Legge diritti giustizia, Giulio Einaudi, s.p.a, Torino, 1992].

III
LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL

Por: *Hubed Bedoya Giraldo*

Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín

TITULO UNICO

1. Uno de los más grandes problemas con los que se encuentra la práctica jurídica es, sin duda, el de la “interpretación”. Para la mayoría de los practicantes del derecho y, en especial, de los abogados, es un asunto elemental la identificación de las disposiciones jurídicas, pues una buena porción de ellos las asimila a los textos escritos que se encuentran en las diferentes codificaciones o pronunciamientos administrativos y judiciales de cierto tipo. Lo que no resulta tan elemental y se constituye, por ello, en fuente de agrias discusiones y de profunda incertidumbre es lo que podemos –siguiendo un uso bastante consolidado, aunque, a veces, no suficientemente claro- llamar “los contenidos” de tales disposiciones. Para lograr esto último es para lo que, básicamente, existen los procesos de interpretación jurídica.

Cualquier operador jurídico ejecuta, en la práctica, procesos de “interpretación de normas” –como se llama normalmente a la labor de asignar sentido a las disposiciones jurídicas- y casi cualquiera de ellos estaría en capacidad de reconocer cómo logra efectivamente hacer esas interpretaciones, y todavía algunos lograrían mencionar una que otra herramienta básica utilizada en dicho proceso. Esto último, sin embargo, no sólo no es esperable en sentido estricto –es decir, no puede exigirse a cada operador jurídico que esté en capacidad de enunciar cuáles son las herramientas, criterios y condiciones con las cuales llega a sus resultados interpretativos-, sino que la mayoría de las veces “hacer conciencia” de ello no mejora ni contribuye efectivamente al logro de tales resultados. Como, quizá, quepa decir parafraseando algún dicho tradicional, “a interpretar se aprende interpretando”, más que escudriñando en los recovecos del proceso.

Esto último, no obstante, se ha considerado una necesidad desde el campo de los estudiosos o los teóricos, en la medida en que hacer explícitos los mecanismos y reglas que hacen posible esa interpretación contribuiría a su administración y mejoramiento, razón por la cual en la actualidad proliferan los estudios de hermenéutica o de interpretación y las escuelas que defienden un método, o perspectiva al respecto, u otro. Pues, más allá de que, efectivamente o de hecho, los operadores jurídicos interpreten las “normas” de una determinada manera –o, mejor, de muchas determinadas maneras-, la teoría ha encontrado útil, llamativo o, cuando menos, legítimo, dar cuenta de los procesos mediante los cuales se llega

allá (a la interpretación) y eso es lo que ha producido el cúmulo de teorías y escuelas de interpretación que cualquier estudioso del derecho ha oído, como mínimo, mencionar.

Sin hacer repastos históricos por ese campo y caer en la consabida lista erudita que es común o exigencia en estos casos, nos tomaremos la licencia de proponer nuestro propio esquema de revisión, a partir de una identificación bastante individual de lo que es o se busca mediante los procesos de interpretación.

El término -"interpretación"- es ambiguo como el que más y su uso frecuente para diversos propósitos así lo muestra: se habla indistintamente de la interpretación artística, haciendo referencia, por ejemplo, a la forma como un cantante "interpreta" una canción o una orquesta "interpreta" la obra de un compositor, pero también las artes plásticas y pictóricas se consideran campos en los que los creadores "interpretan" bien la realidad, bien el mundo y, aún, otras cosas.

En otro campo de actividad, algunos llegan a llamar interpretación a procesos de simple "traducción" de textos, precisamente haciendo una extensión un tanto libre de lo que regularmente se concibe como interpretación en sentido estricto, que es aquella que se lleva a cabo primordialmente sobre "textos", según advirtió ya y en su momento Wilhem Dilthey¹.

Así, lo que puede afirmarse aun en medio de las discusiones sobre ello, es que cuando hablamos de "interpretación" en un sentido muy básico o restringido, estamos haciendo referencia al proceso mediante el cual intentamos hallar el sentido de un texto escrito. No obstante, nosotros creemos que esta noción tan básica hay que matizarla un poco con el fin de alcanzar una mayor precisión y, en consecuencia, sugerimos entender ese proceso (de interpretación) como el trabajo mediante el cual intentamos asignar o dotar de sentido a un enunciado de lenguaje buscando fundamentalmente una de dos cosas: o bien que dicho sentido sea, o coincida con, el que quiso dar al enunciado su creador, o bien que dicho sentido permita lograr el propósito efectivo con el cual o para el cual el enunciado existe y es materia de interpretación.

La manera de lograr una u otra cosa no parece siempre la misma, si reparamos en los criterios y métodos con los cuales los intérpretes

¹ DILTHEY, Wilhelm. Dos escritos sobre hermenéutica: *El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*. Trad. Antonio Gómez Ramos. Madrid, Ediciones Istmo S.A., 2000.

proceden. Esto nos permite esbozar, de la siguiente manera, las diversas alternativas que se ofrecen al respecto.

1.1 La denominada “interpretación textual”. Sin duda considerada por una gran mayoría como la forma “natural” de interpretar, se funda en la doble hipótesis –casi mítica- conforme con la cual, y en primer lugar, las palabras solas efectivamente portan un significado que será, precisamente por ello, susceptible de llegarle a, y ser captado por, quien las escuche o lea; pero adicionalmente, y en segundo lugar, que quien emite el enunciado lo hace acertando, por principio, en la elección de los términos y atendiendo estrictamente al uso más correcto de las palabras que efectivamente comunican lo que quiere decir, de tal manera que al captar esas palabras –según la primera hipótesis- y comprender el significado de ellas, el oyente o lector no tendrá riesgo de equivocarse en relación con lo que quiso decir el emisor. Precisamente esta segunda consideración es la que sentó las bases para la creación del mito jurídico del “legislador racional”, que hacía partir al intérprete del supuesto de que, al elaborar la disposición, el creador normativo había elegido con plena consciencia cada una de las palabras y giros que quedaban en la redacción definitiva y, en consecuencia, a cada una había que hallarle su justificación precisa, que es lo mismo que decir: hacer la interpretación adecuada. Tal legislador no podía acarrear con la acusación de ambigüedad o vaguedad tan propia del lenguaje ordinario, ni podría acusársele de haber usado mal una palabra o haber puesto una más o una menos de las que correspondería a la “redacción correcta” que es la primera cara de la otra que ha de aparecer bajo la forma de la “interpretación correcta”.

En consecuencia, la interpretación textual asume que bastará con leer debidamente –sea esto lo que fuere- el enunciado, para estar en condiciones o posición de hallar su sentido exacto. Es decir, que cuando nosotros leamos el enunciado: “el gato está sobre la alfombra”, siempre tendremos la posibilidad de acertar acerca de qué es lo que esa expresión quiere decir o comunica y, sobre todo, que ella no comunica, ni puede comunicar, nada diferente de lo que hemos de comprender al leerla.

Pero la sola ambigüedad del término “gato” –que puede señalar al felino, tanto como a una herramienta mecánica o, aún, a una persona por su “alias”- desarma el supuesto en su primera y casi más elemental aplicación. Prácticamente no existe un término que escape a esa ambigüedad², como no sea bajo condiciones de control máximo casi

2 Cfr. ECO, Humberto. *Los límites de la interpretación*. Trad. Helena Lozano. Barcelona, Editorial Lumen, 1998.

por naturaleza ajenas a las del uso real de nuestro lenguaje. Con esta consideración parece necesario pasar a otro modelo de interpretación.

1.2 Interpretación con base en el contexto. Puesto que, al parecer, lo dicho anteriormente demuestra la imposibilidad de asegurar la interpretación sobre la sola base de las palabras, se estima viable, por algunos, recurrir a la consideración de lo que ordinariamente llamamos “el contexto”. Sin embargo, es necesario advertir desde aquí que por este – contexto- no siempre se entiende lo mismo y que es necesario, entonces, distinguir entre los que podemos llamar “contexto de producción” y “contexto de recepción” (o, propiamente, “de interpretación”).

Pero, todavía hay que advertir que serían necesarias muchas consideraciones para llegar a creer que hemos precisado el alcance del concepto de “contexto”, pues casi todas las personas entienden de manera diferente lo que con el término se dice. Por ahora, vamos a señalar dos formas de entendimiento del contexto que nos parecen útiles y, aún, necesarias para los propósitos actuales, que son: en primer lugar, el que podemos llamar “contexto semántico” y, en segundo lugar, el que denominamos “contexto histórico”. Y ambas formas de construir el contexto serán aplicables o útiles para el entendimiento de los respectivos contextos “de producción” y “de recepción”.

En otras palabras: el productor del enunciado se halla en una condición en la que se le imponen o lo limitan circunstancias que provienen, por una parte y en primer lugar, de la forma como las personas (y él, con ellas) entienden las palabras que se han usado en el enunciado y que, puede asumirse, será el contenido que él ha querido darle a sus palabras dentro del enunciado; es el contexto de producción semántico. Al lado de este podemos considerar el contexto de producción histórico, como aquellas circunstancias de hecho que rodean al productor del enunciado y que no sólo contribuyen a entender qué ha querido decir con él, sino que, incluso, servirían hasta para justificar dicho enunciado. Parece elemental reconocer que eso, que también podríamos describir como el ambiente histórico en el que se mueve el productor del enunciado, es determinante en relación con lo que este puede llegar a significar.

Adicionalmente, deben tenerse en cuenta los respectivos contextos “de recepción semántico” y “de recepción histórico” que, con estructuras semejantes a las que mencionamos en el párrafo anterior, permiten considerar la situación de quien oye o lee el enunciado; es decir, el receptor y que es, actualizadas las cosas, quien “interpreta”.

Esta presentación meramente esquemática sirve para advertir la innegable incidencia que esos factores –distintos pero íntimamente vinculados con él- tienen sobre el enunciado a la hora de determinar su sentido. El modelo de interpretación al que aludimos aquí, sin embargo, asume que tales factores son susceptibles de identificarse y que eso hace posible introducir mecanismos de control sobre ellos para poderlos utilizar en su justa proporción dentro del proceso de asignación de sentido al enunciado y, en consecuencia, pregona como legítimo un ejercicio de ese estilo.

1.3 Interpretación con base en valores. Aunque bien podría incluirse esta en el acápite anterior como uno de esos factores que inciden en el entendimiento del enunciado, creemos prudente tratarlo por aparte para destacar en él una condición de marcado tinte subjetivo que gravita sobre cada individuo, pretendidamente, según algunos, con independencia de factores históricos y/o semánticos.

Desde algún punto de vista que no tengo interés en discutir por el momento, los hombres –quizá, una mayoría siquiera- poseemos y estamos condicionados por una serie, diversamente amplia, de “valores” que –y esta es la opinión que no quiero debatir ahora- incluso están más allá de nuestras condiciones históricas o personales particulares y, en consecuencia, de un entorno que puede ser meramente circunstancial. Esos “valores” podrían –o deberían- ser los mismos para todos; pero aún los más acérrimos defensores de esa posición admiten que históricamente eso es difícil de probar.

Los “valores”, según los más, determinan en buena medida nuestros propósitos, nuestras actitudes, nuestras intenciones y, en último término, lo que hacemos y decimos. De esa manera, cuando tenemos necesidad de buscar el “sentido” de la expresión o enunciado que alguien ha hecho, el conocimiento o determinación de los valores (“escala de valores” es una denominación que se usa frecuentemente también) nos puede ayudar enormemente para lograrlo (el sentido). No obstante, además de la innegable dificultad que esa determinación supone desde el punto de vista del “tiempo”, hay que advertir que un ejercicio de ese tipo siempre supondrá el surgimiento del conflicto entre los valores del emisor y los del intérprete y volveremos a estar en una situación semejante a la que revela el punto anterior: ¿cuál de las dos escalas de valores hemos de usar? Y, todavía, aun conociendo la escala de valores del emisor, ¿por qué hemos de usar esa y no la nuestra?

1.4 Queda, finalmente y por ahora, una cuarta opción que podemos denominar “interpretación con base en los fines de la norma”.

Los modelos lógicos que se pregonan para la actividad normativa sostienen que la producción de las normas (aquí, los enunciados, que es el objeto de interpretación sobre el que venimos haciendo el ejercicio) siempre tiene una finalidad o busca un objetivo más o menos específico o concreto. Tal versión no es del todo ajena a algunas lecturas de los enunciados en general y, en ambos casos, ello lleva al supuesto de que el sentido de estos o de las normas es determinable de manera más precisa si tenemos claro cuál es el fin que el enunciado o la norma persiguen.

Primero que todo habría que decir que, si no todas las veces, en una buena mayoría de casos la identificación o determinación del fin depende de que el propio intérprete “descubra” –lo que, en rigor, quiere decir, asigne- ese fin desde su mismo ejercicio de interpretación. Puede no resultar fácil sostener que para cada norma o enunciado sea posible hallar en algún referente independiente, objetivo o neutral el fin que buscan. Por ejemplo, parece elemental afirmar que el fin que persigue el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia es la consagración de una forma específica de libertad como un “derecho fundamental” de la sola ubicación de dicho artículo en el capítulo que lista estos últimos. Y de esa manera habrá muchísimas guías de interpretación de tales fines en las compilaciones normativas y, aun, en otro tipo de documentos jurídicos. Sin embargo, ese no es necesariamente el caso con todas las disposiciones y en muchas ocasiones es el propio intérprete quien tiene que comprometerse con definir cuál es dicho fin.

Pero, aún en el mejor de los escenarios –es decir, aquél en el que el fin de la norma está claro-, ¿bastará ello para encontrar el mejor sentido de esta? ¿O, incluso y como dirán algunos, el fin de la norma es precisamente su sentido? Vale decir, cuando el normativizador expide una disposición podemos asumir que lo hace con un propósito o fin; el ideal de identificación de este, quizá consiste en que el propio normativizador lo exprese explícitamente, o bien fije reglas o formas para llegar a él – como cuando incluye la disposición en un acápite que permite hacer tal cosa-; no obstante, no parece una simple especulación afirmar que en un buen número de casos, no ocurre ni lo uno ni lo otro y el intérprete se va a ver abocado a buscar por sus propios medios –seguramente, también interpretativos- cuál sea ese fin o propósito.

En cualquier caso, y aunque no fuera más que por lógica, la determinación del fin buscado con la disposición contribuirá grandemente a la definición del sentido con el cual ha de ser leída, es decir: la norma.

2. Modelos como los descritos, que no pretendemos considerar que agotan las posibilidades de los esquemas de interpretación, son los que los abogados usan en el cumplimiento de su papel como operadores jurídicos y casi todos ellos –los modelos- ha gozado en su momento de un buen nivel de prestigio y de aplicación efectiva en la práctica. En nuestro concepto, la “interpretación constitucional” como especie del género que es la “interpretación jurídica”, ha hecho uso efectivo y positivo de estos y otros esquemas de interpretación, corriendo, por supuesto, con los mismos costos y críticas que se le plantean o pueden proponerse frente a cada uno de ellos.

Quizá valga la pena considerar, antes de presentar una propuesta de lectura más concreta para lo que puede estimarse como un modelo límite de interpretación, la circunstancia particular que pesa, en este campo –de la interpretación-, sobre los cánones o textos constitucionales.

2.1 En primer lugar parece necesario señalar –aunque luego aparezca como obvio- que el carácter constitutivo de las disposiciones de una Constitución les otorga una categoría de normas originarias que, en buena medida, excluye la posibilidad de inscribirlas claramente dentro de una dinámica de producción e interpretación normativa que facilite su lectura. Justamente eso es lo que ha mostrado el largo proceso en el que se halla comprometida desde su institución la Corte Constitucional colombiana, obligada a hacer lecturas fundantes de las disposiciones de la carta de 1991, apelando sólo de una manera muy tangencial y parcial a criterios o precedentes derivados de los textos precedentes y derogados.

Quizá el hecho de que se haya calificado a dicha carta como “política”, contribuye a darle claridad a sus lecturas acerca del ámbito desde el cual se deben tomar los criterios para su interpretación, pero bien miradas las cosas ese no es un aspecto que brinde garantías efectivas para guiar la labor de los intérpretes. También las interpretaciones están llamadas a ser “originarias”, y este carácter es un llamativo campo para la disputa y la controversia con los más disímiles criterios y propósitos.

2.2 En segundo lugar, cabe advertir que, justamente por el lugar que la Constitución ocupa en la jerarquía normativa, el mecanismo de interpretación basado en precedentes resulta limitado en un primer momento y el criterio

de armonización o coordinación con el cual frecuentemente pueden ser leídas las disposiciones de inferior categoría por la existencia de otras de igual rango o jerarquía, no opera con la misma intensidad y extensión en el caso de la Constitución. Una constitución originaria sólo puede intentar armonizarse consigo misma y esto no puede hacerse, paradójicamente, sin que se haya construido un buen nivel de contenidos de ella mediante interpretaciones previas.

Una verdadera “coordinación” o “armonización” de las normas constitucionales sólo aparecerá legítimamente una vez se haya decantado en muy buena proporción todo el texto constitucional y, en mucha parte, esa armonización tenderá a operar como mecanismo de corrección y ajuste de lo que hayan sido algunas de las primeras asignaciones de contenido para sus disposiciones. Esto es lo que, seguramente, pensaba la Corte cuando afirmaba: «Se puede decir que la Constitución misma ha de interpretarse conforme a la Constitución.» (Sentencia: SU-1122 de 2001).

Si el carácter político de la carta provoca más dificultades interpretativas que reales formas de hacer una lectura pacífica de sus textos, y la inexistencia o ilegitimidad de precedentes en sentido estricto o de líneas jurisprudenciales de lectura o la aparente dificultad para buscar interpretaciones que se ajusten con criterio armónico a otras normas o disposiciones, son una situación real que revela las dificultades del ejercicio hermenéutico frente a dicho conjunto normativo, ¿qué puede considerarse como un canon pertinente para proceder con pie firme en tal campo?

3. La racionalidad como límite de la interpretación

Si bien para un buen número de practicantes o teóricos de la interpretación y, aún, de la filosofía y áreas afines, justamente los modelos arriba descritos son, cada uno a su manera o, dado el caso, cuando menos juntos, la manifestación misma de la racionalidad o partes de ella, lo que nosotros vamos a sostener es que es necesario hacer explícito su concepto para pasar revista a si es en ella en donde podemos hallar los efectivos cánones de la interpretación.

La mayoría de las nociones de “racionalidad” se juegan por considerarla como una instancia conforme con la cual cabe controlar, regular y describir las manifestaciones efectivas de nuestro pensamiento; una buena manera de intentar ratificar esto es identificándola con las

estructuras lógicas del pensamiento y, en consecuencia, reduciendo de esa manera la razón a la lógica.

Ello supone, para los más, la posibilidad o, aún, la necesidad de que nuestro lenguaje como herramienta imprescindible del pensamiento, tanto bajo su forma mental como expresa, se someta o rija por los cánones de la lógica³ y, en consecuencia, será esta, en cuanto instancia diferente y separada de él —el lenguaje—, la que determinará cuándo hemos pensado racionalmente y cuándo ha sido fallido nuestro pensamiento (que, entonces, deviene irracional).

La aplicación de un concepto de racionalidad lógica, como el que acabamos de mencionar, parece ir bien cuando, por ejemplo, se aplica la categoría género-especie o el esquema de subordinación a la solución de un conflicto o eventual contradicción entre, por ejemplo, normas de rango constitucional con normas de rango legal. No parece racional, porque no resulta lógico desde el punto de vista según el cual la norma constitucional es de superior categoría o jerarquía a la norma legal, mantener la validez de esta última cuando la primera dispone algo contrario a ella. Es este mecanismo el que principalmente utilizó Kelsen para sostener su esquema de análisis de validez dentro del ordenamiento jurídico en la “Teoría pura del derecho”⁴ y es, sin duda, un procedimiento que conserva toda su validez para efectos como los revisados en este genérico ejemplo. En otras palabras, cuando el análisis es básicamente formal, un esquema de racionalidad lógica —según prevé Toulmin al denominarla precisamente como “formal”— es una herramienta perfectamente útil y válida.

Pero, cuando de lo que se trata es de análisis que consideran o contemplan expresamente “contenidos” para las normas o los enunciados, quizá la “racionalidad” ya no quepa bajo su concepción meramente lógica. Entonces es necesario otro concepto de “racionalidad”.

3.1 ¿Qué hemos de entender, en estas condiciones, por “racionalidad”?

Aunque aquí no parece posible hacer la serie de consideraciones que podrían facilitar una comprensión clara del alcance de lo que postulamos, ha de advertirse, en primer lugar, la relación clara que las meras palabras ofrecen entre “racionalidad” y “razón”.

3 Sobre esta perspectiva habría que considerar la opinión de Stephen Toulmin, para quien la racionalidad como canon lógico no produce los efectos de garantizar la plena aplicación como criterio a todas las disciplinas cognitivas. Cfr. TOULMIN, Stephen. *La comprensión humana*. 1977.

4 KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

Luego, no sólo porque el Diccionario de la Real Academia Española define el último término –razón–, entre otras, como «3. Palabras o frases con que se expresa el discurso» y «4. Argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo», sino porque los trabajos de la filosofía del lenguaje desde mediados del siglo pasado han mostrado la vinculación íntima o dependencia que el pensamiento y, con este, la “razón” tienen de nuestro lenguaje, es necesario señalar que de “racionalidad” tanto como de “razón” no podremos hablar más que cuando nos referimos a esquemas de pensamiento y por eso a formas del lenguaje. La razón y la racionalidad son, desde esta perspectiva, manifestaciones que vienen con o dentro del lenguaje.

A pesar, pues, de los esfuerzos que muchos estudiosos han invertido en tratar de demostrar que puede haber o hay una “racionalidad” en, por ejemplo, el acto material que un individuo llega a efectuar, en nuestro concepto esto sólo cabe como producto de una confusión simple en la que se supone que la acción material contiene una consideración, pensamiento o valoración que la justifica o explica y que permite hablar de ella como “racional”.

En un ejemplo escuchado, el individuo que necesita alcanzar la parte superior de una habitación y elige para ello una escalera en lugar de un pequeño banco, actúa –es decir, ejecuta el acto material– racionalmente; esta descripción sugiere la idea de que es el acto mismo el que goza de la calidad asignada mediante el predicado, pero si se mira con detalle el punto habrá que reformular dicha conclusión refiriendo el calificativo al pensamiento –y su forma es la lingüística– que hace que el sujeto elija la escalera y no el banquito, y es allí, entonces, en donde podrá “verse” la racionalidad del acto.

La racionalidad, tanto como la razón, vienen en nuestro lenguaje y, para evitar una apresurada conclusión errónea, cabe decir de una vez que tal cosa ocurre no porque el lenguaje se adapte a unas circunstancias externas y ajenas que le confieren dicha calidad, sino porque es el propio lenguaje el que crea las estructuras de pensamiento que, luego, asumen la denominación de “rationales”. La racionalidad no viene de afuera, viene en el lenguaje como una forma específica de algunas de sus estructuras, de manera paradigmática, en las de pensamiento.

De esta manera, es necesario hacer explícita una inferencia que supone la anterior perspectiva, cual es la de que no es propiamente el pensamiento el que controla o rige el lenguaje, sino que es éste el que

determina a aquél y el que fija cuáles pensamientos podemos hacer y cuáles pueden tildarse o calificarse legítimamente como “racionales” o no.

Con lo anterior, y si tenemos en cuenta que las disposiciones jurídicas por antonomasia: las normas escritas, no son otra cosa que elaboraciones de lenguaje, ellas –las disposiciones- habrán de ser consideradas básicamente a la luz de ese mecanismo mediante el cual se producen y, en consecuencia, acarrearán y soportarán todas las implicaciones que tal condición les impone. Como expresiones de lenguaje, las disposiciones han de manifestar la forma y el contenido de los pensamientos que quien las expide ha concebido mediante ellas; y la interpretación que, con posterioridad, habrá que hacer de estas –incluyendo a su propio creador- aparecerá sólo bajo la forma, también, de expresiones de lenguaje. Lo que pueda decirse en torno a las disposiciones y bajo el manto de su “interpretación”, ha de ceñirse igualmente a los cánones del lenguaje y estará limitado, entonces, por lo que este permite legítimamente o no.

3.2 Pero no olvidemos que el objetivo al que apuntan todas estas consideraciones no es otro que la interpretación jurídica y, en consecuencia, lo que podemos describir también como el proceso de dotación de contenido para las disposiciones jurídicas. Esta es, finalmente, la razón que elimina de este ámbito de elaboraciones teóricas, la posibilidad de atenernos a una concepción de la racionalidad de carácter meramente lógico.

La racionalidad que supone o requiere el derecho es, entonces y sin duda, una racionalidad material o de contenidos y, desde esta exigencia no puede ser otra que la que efectivamente pone entre sus usuarios un lenguaje.

Nadie negará que es el lenguaje el que nos permite hablar; quizá sólo una mayoría admitirá fácilmente que es él el que nos permite pensar, pero, definitivamente muy pocos admitirán que es el lenguaje el que fija los cánones de nuestra “racionalidad”.

La posibilidad de controvertir esta última afirmación radica, al parecer, en la eventualidad de que algunas –incluso, muchas- expresiones de lenguaje deban ser corregidas no sobre la base de las palabras que las componen o la forma como estas han sido dispuestas en la oración, sino desde la perspectiva de otras reglas –básicamente, y como ya dijimos, las de la lógica- que impondrían la necesidad de reformular la expresión.

A partir del famoso silogismo aristotélico, expresado en el ejemplo:

- Todos los hombres son mortales;
- Sócrates es hombre,
- Luego, Sócrates es mortal.

Se pasa fácilmente a la conclusión de que una expresión como “Sócrates es inmortal” o “Sócrates nunca morirá”, es una afirmación errónea y, sobre todo y a la luz del silogismo instalado, claramente irracional. Y, en efecto, esta conclusión cabe si, como venimos advirtiendo, nos mantenemos dentro de los espacios de una racionalidad de carácter puramente lógico.

Pero si dejamos de lado –como, por lo demás, es lo corriente en el uso del lenguaje cotidiano- las meras fórmulas lógicas y nos atenemos a la pragmática lingüística efectiva, quizá incluso sin necesidad de controvertir la conclusión arriba citada, cualquiera de nosotros reconocerá validez plena a las dos expresiones propuestas después del silogismo. El punto es fácil: si consideramos la expresión de “Sócrates es inmortal” dentro del espacio de una exposición en la que un historiador de la filosofía utiliza la palabra “Sócrates” no para referirse al hipotético o real hombre que vivió en Atenas hace más de dos mil quinientos años y posiblemente fue el maestro de Platón, sino al pensamiento (o tipo de pensamiento, también) que él produjo, entonces hemos de concluir que la citada expresión es válida, correcta o, aún, cierta.

Una consideración como esta permitirá ver, entre otros casos similares, el carácter restringido que tiene un análisis como el que Kelsen hiciera en su famoso opúsculo “¿Qué es justicia?”⁵, a la luz de lo que los hombres entendemos –o creemos entender- cuando utilizamos la palabra “justicia”.

Para Kelsen el problema que plantea el concepto de justicia (no el mero término) es claro: ¿cuáles son las posibilidades de que yo tenga un conocimiento cierto de lo que es la “justicia”? La conclusión no puede ser otra que la que él alcanza: de carácter rotundamente negativo.

Pero si nosotros decantamos suficientemente los ámbitos de pensamiento y lenguaje en los que estos problemas se plantean, quizá hallemos una manera de dejar en claro el punto: una cosa es el uso que las personas comúnmente hacemos del término “justicia” invocando una

5 KELSEN, Hans. ¿Qué es justicia? Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1982.

manera de evaluar o considerar circunstancias básicamente de carácter social, y otra muy distinta es la pretensión –por supuesto, también claramente legítima desde el punto de vista social- de dar una explicación acerca del procedimiento que seguimos o, incluso, del mero uso de una o más de las palabras con las cuales intentamos la evaluación mencionada.

En otras palabras: hemos de diferenciar el efecto cognitivo de las palabras, de su efecto comunicativo o pragmático, para estar en capacidad de ver la racionalidad de nuestros pensamientos. Esta depende no de las posibilidades cognitivas del pensamiento y las expresiones que lo contienen, ni de las estructuras de estas últimas, sino de las posibilidades pragmáticas efectivas de uso que el lenguaje haya creado y que permiten que, con él, se haga aquello que efectivamente nos proponemos.⁶

Si, conforme con esto, la racionalidad del lenguaje está dada por su pragmática, entonces no será en asépticas reglas lógicas o externas condiciones del lenguaje en donde hemos de buscar qué cabe decir y cómo con él –el lenguaje-, sino en la efectiva práctica que los individuos llevan a cabo con él.

Con lo cual, y en un orden de cosas del que tampoco podemos ocuparnos ahora, hemos de decir que el lenguaje es el medio a través del cual se construye nuestra realidad; el derecho se articula a esta no porque sus normas obedezcan efectivamente a las circunstancias de hecho en las que pretenden ser aplicables, sino porque sus disposiciones expresan de manera acertada lo que los individuos entienden como su “realidad”.

De esta manera, la interpretación de las disposiciones –que es lo mismo que la definición de cuáles normas pueden considerarse realmente existentes dentro del ordenamiento- depende de que los sentidos que se asignen a las palabras o a las expresiones que estas forman, coincidan con la forma como la pragmática las usa de hecho en el ámbito correspondiente.

Bien puede, pues, el legislador o el juez –como efectivamente hacen, sobre todo estos últimos, de manera permanente- acudir a fuentes bibliográficas o teóricas, de carácter extraño por su origen o su tiempo, para apuntalar los razonamientos con base en los cuales estructuran sus

⁶ Cfr. Sobre las funciones del lenguaje: DE AGUIAR E SILVA, Víctor Manuel. *Teoría de la literatura*. Versión española de Valentín García Yebra. Madrid, Editorial Gredos, 1975. Sobre el uso realizativo del lenguaje: AUSTIN, John. *Cómo hacer cosas con palabras*. Trad. Genaro R. Carrió. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1988.

decisiones, pero ellas sólo cabrán en la medida en que la pragmática del lenguaje de aquellos a quienes tales decisiones aplican, admita su uso, es decir, las dote de un sentido.

La interpretación de nuestras normas, incluyendo quizá de manera principal –por su carácter político- a la Constitución, ha de hacerse a la luz de la racionalidad vigente dentro de nuestro medio, que es lo mismo que decir, con el lenguaje que efectivamente nosotros hablamos y que es lo mismo que el pensamiento que estructura nuestra realidad. La búsqueda de patrones de interpretación neutros y objetivos, capaces de servir aquí y ahora tanto como mañana y en cualquier otro lugar, no es más que una quimera o un artificio ideológico encaminado a discriminar a quienes no tienen acceso a las sofisticaciones del discurso.

IV

LEGITIMACIÓN EN EL CONTROL CONCRETO Y ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

*-COSTA RICA-
Prof. Ernesto Jinesta Lobo*

www.ernestojinesta.com Catedrático Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD), Director y profesor del Programa de doctorado en Derecho Constitucional UELD, Profesor programa especialidad en Derecho Constitucional (Universidad Castilla La Mancha-Universidad para la Cooperación Internacional), Presidente de la Academia Costarricense de Derecho, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

SUAMRIO

Introducción, 1.- Control concreto, 1.1.- Asunto pendiente de resolver ante los tribunales, 1.1.1.- Proceso jurisdiccional ordinario, 1.1.2.- Proceso de amparo, 1.1.3.- Procedimiento administrativo de impugnación, 1.2.- Invocación de la inconstitucionalidad, 1.3.- Acción de inconstitucionalidad como medio razonable para la tutela de una situación jurídica sustancial que se estima lesionada, 1.4.- Lesión individual y directa, 1.5.- Caducidad del derecho a accionar en la sede constitucional, 2.- Control abstracto, 2.1.- Inexistencia de lesión individual y directa, 2.2.- Defensa de intereses colectivos, 2.2.1.- intereses difusos, 2.2.2.- Intereses corporativos, 2.2.3.- Legitimación institucional, 2.2.3.1.- Contralor General de la República, 2.2.3.2.- Procurador General de la República, 2.2.3.3.- Fiscal General de la República 2.2.3.4.- Defensor de los Habitantes

INTRODUCCIÓN

Uno de los parámetros para medir la eficacia directa e inmediata de la Constitución, lo constituye la amplitud con que el legislador regula la legitimación para acceder al proceso de control de la constitucionalidad de las leyes, normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al Derecho Público. En nuestro criterio, cuanto más amplia es la legitimación para acceder a la jurisdicción constitucional, es mayor la intensión legislativa de hacer de la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico y de procurar que tanto los poderes públicos como los privados se sometan, efectivamente, al bloque de constitucionalidad¹.

En el caso costarricense, como veremos, la Ley de la Jurisdicción Constitucional (No. 7135 de 11 de octubre de 1989) —en adelante LJC— combina acertadamente, en aras de garantizar los principios de la supremacía constitucional y de la regularidad jurídica, el control concreto de la constitucionalidad de las leyes, a través de un asunto o cuestión previa y el control abstracto, que habilita a las personas físicas para acudir al Tribunal Constitucional a demandar la inconstitucionalidad de una ley, norma de cualquier índole o acto sujeto al Derecho Público, aunque no exista un asunto pendiente de ser resuelto en el que se invoque la inconstitucionalidad cuando no exista una lesión jurídica individual y directa o se pretenda la tutela de intereses colectivos, tales como los difusos y los corporativos. Va más allá, la LJC al concederle una legitimación de carácter institucional, en materia de sus competencias específicas, a ciertos órganos que cumplen un papel primordial en la fiscalización de los poderes públicos y en procurar que la actuación de éstos discurra por los cauces del Derecho de la Constitución, esto es, el conjunto de principios, valores, preceptos constitucionales y de la jurisprudencia constitucional.

No cabe la menor duda que en el ordenamiento jurídico costarricense la posibilidad de impugnar de manera concreta y, al propio tiempo, de modo abstracto la constitucionalidad de las leyes, normas y demás actos

¹ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el Voto No. 3705-93 indicó que “La jurisdicción constitucional, como medio jurídicamente idóneo y necesario para garantizar la supremacía del derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y ello implica, en general, que una legitimación mucho más abierta y flexible es necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de Derecho de fiscalizar y, en su caso, restablecer su propia juridicidad”.

sujetos al Derecho público, le garantiza a los habitantes y ciudadanos, en general, la eficacia directa e inmediata de la Constitución y el principio de la supremacía constitucional.

Las posibilidades que tiene la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, establecida mediante reforma parcial del artículo 10° de la Constitución en 1989, para declarar inconstitucional cualquier ley, norma de cualquier naturaleza o acto sujeto al Derecho público, son infinitas, por todas las opciones con que cuentan los justiciables para interponer una impugnación de esa naturaleza. A lo anterior, debe agregarse, la existencia de otros procesos constitucionales, tales como el control a priori de constitucionalidad, a través de la consulta legislativa facultativa y preceptiva, así como de la consulta judicial facultativa, cuando el órgano jurisdiccional tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que debe aplicar en un caso concreto, la consulta judicial preceptiva en materia de infracciones al debido proceso cuando se resuelve un recurso extraordinario de revisión.

Cabe advertir que la propia Sala Constitucional ha recomendado que en aras de fortalecer los principios de la supremacía constitucional, de la regularidad jurídica y la eficacia directa e inmediata de la Constitución, hay un interés público esencial para que los obstáculos para la admisión de las acciones de inconstitucionalidad y su resolución de fondo en sentencia, sean de interpretación y aplicación restrictiva (VSC 5175-93).

En esta contribución nos ceñiremos a exponer cuáles son los requisitos y condiciones que establece la LJC de 1989 para tener legitimación en el control de constitucionalidad a posteriori, tanto concreto como abstracto o como lo ha llamado la Sala Constitucional, respectivamente, por “vía incidental” que entiende como una regla o la “vía directa” que la reputa como una excepción (VVSC Nos. 3705-93 y 5175-93).

1.- CONTROL CONCRETO

1.1.- ASUNTO PENDIENTE DE RESOLVER ANTE LOS TRIBUNALES

En el control de constitucionalidad concreto (denominado por la Sala Constitucional “acción de inconstitucionalidad directa”), es preciso que exista pendiente de ser conocido y resuelto un proceso jurisdiccional ante cualquier orden jurisdiccional ordinario. La LJC admite en el artículo 75, párrafo 1°, que ese “asunto pendiente de resolver” pueda ser un recurso de amparo o de hábeas corpus, interpuesto ante la propia Sala Constitucional

o bien, en la sede administrativa, el procedimiento de impugnación, esto es, cuando se interponen los recursos administrativos ordinarios procedentes contra la declaración administrativa de voluntad, juicio o conocimiento.

La Sala Constitucional ha insistido que los “asuntos pendientes de resolver” enunciados por el artículo 75, párrafo 1°, son taxativos y no meramente enunciativos, de modo que solo los que han sido objeto del elenco legislativo son idóneos para plantear la acción de inconstitucionalidad (VVSC Nos. 1376-91 y 6621-99)².

1.1.1.- PROCESO JURISDICCIONAL ORDINARIO

En punto a un proceso jurisdiccional ordinario pendiente de resolver ante los Tribunales de legalidad, podría ser de cualquier tipo, tanto procesos ordinarios, abreviados, especiales por razón de la materia, sumarios o incidentales interpuestos ante cualquier orden jurisdiccional (v. gr. contencioso-administrativo, laboral, familia, penal, civil, agrario, etc.), siempre y cuando la norma que se impugna vaya a ser aplicada al caso concreto.

Un punto polémico que se ha suscitado en algún momento es a partir de qué momento o estadio procesal se puede plantear la acción de inconstitucionalidad, si con la mera interposición del proceso, su admisión y curso o traslado a la contraparte o la contestación de la demanda por la contraparte –lo que se denomina en el argot procesal trabar la litis-. En tesis de principio, la Sala Constitucional ha sostenido que vasta la interposición del proceso para que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, sin que sea necesario el curso del proceso y el traslado de la demanda o que ésta sea contestada (VVSC Nos. 2004-94, 2005-94, 416-96, 506-I-96, 576-96, 749-96, 857-96, 2511-96, 5268-96, 5233-96 y 835-97).

La única matización que se introdujo, en su momento, lo fue con proceso contencioso-administrativo antiguo –regido por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1966-, por cuanto, en el modelo de justicia administrativa anterior se distinguía entre el escrito de interposición de la demanda o simple demanda y la formalización de la demanda, siendo que entre uno y otro había diferencias sustanciales, por cuanto, el primero tenía por objeto anunciar la interposición de un contencioso-administrativo, los actos y normas impugnados y estimar la cuantía, con lo que el órgano jurisdiccional lo tenía por interpuesto y solicitaba a la administración

² Así, en el VSC 4190-95 no se admitió la acción de inconstitucionalidad como asunto base Cfr. HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), *Derecho procesal constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1994, pp. 423-424 para quien esa posición es equivocada, por cuanto, una acción de inconstitucionalidad podría ser asunto base para plantear otra, si se considera que las normas de trámite de ese proceso presentan algún vicio.

recurrida el expediente administrativo para que el administrado preparara el escrito de formalización de la demanda. Con el nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 28 de abril de 2006) que entró en vigencia el 1° de enero de 2008, se suprimió la distinción entre el escrito de interposición y de formalización de la demanda, por lo que la modulación específica, introducida por vía jurisprudencial, para el antiguo proceso contencioso administrativo perdió vigencia.

Un extremo de suma importancia es la condición que debe tener el sujeto de Derecho que interpone la acción de inconstitucionalidad en el proceso pendiente de resolver ante los tribunales ordinarios. La Sala Constitucional ha venido exigiendo que tenga la condición de parte principal (VSC No. 11034-2000), sea como actor o demandado el que, eventualmente, puede ser reconventor –independientemente de la existencia de un litis consorcio, activo o pasivo, necesario, por lo dispuesto en la ley o por la naturaleza de la relación jurídica material, o facultativo, cuando entre las pretensiones promovidas exista conexión objetiva o causal -, eventualmente, podría tratarse, también, de un tercero que interviene principalmente de manera excluyente y que pretende para sí, total o parcialmente, el objeto del proceso. Solo de esta manera, lo que resuelva la Sala Constitucional puede repercutir favorable o negativamente en el proceso pendiente de resolver (VSC 11034-2000). Consecuentemente, habrá ciertos terceros intervinientes en un proceso jurisdiccional que no tienen legitimación para plantear una acción de inconstitucionalidad tales como los que intervienen en forma adhesiva como coadyuvantes activos o pasivos en cuanto no pretenden nada para sí mismos, y tienen un interés jurídico en el resultado del proceso para una de las partes (VSC 4190-95).

1.1.2.- PROCESO DE AMPARO

De acuerdo con el artículo 75, párrafo 1°, el recurso de amparo es útil como asunto previo, se trata de un proceso constitucional sumario que conoce y resuelve la propia Sala Constitucional y que, eventualmente, genera una prejudicialidad constitucional. Hay varios factores en la regulación legislativa del amparo que amplían, enormemente, las posibilidades del justiciable para plantear una acción de inconstitucionalidad empleándolo como asunto base, que son las siguientes: a) La legitimación vicaria del amparo, en el sentido que cualquier persona puede interponer el amparo a favor de otra (artículo 33 LJC); b) su carácter principal y no residual, puesto que, que no es necesario agotar la sede administrativa o la jurisdiccional ordinaria para acudir en amparo; c) el carácter gratuito de ese proceso y d) el informalismo y la no necesidad del patrocinio letrado.

No en todos los supuestos el recurso de amparo tiene la idoneidad suficiente para servir como asunto base de una acción de inconstitucionalidad, dado que, si se impugnan actuaciones formales o materiales concretas que están fundadas en una norma que no tiene visos de inconstitucionalidad, no tendrá sentido plantear la acción de inconstitucionalidad. Básicamente, el proceso de amparo se convierte en asunto previo cuando se impugnan, conjuntamente, conductas individuales que son aplicación de normas (artículo 30, inciso a, LJC), siendo que, en tal caso, el acto o conducta singular tiene sustento y cobertura en la norma respectiva, la que goza de la presunción de legitimidad, por lo que se debe tener, en tesis de principio, con sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico constitucional.

También puede suceder que el recurrente impugna un acto o conducta de aplicación específica que tiene suficiente sustento y válida cobertura en una ley o norma de cualquier tipo, siendo que omite impugnar esta última.

En tales supuestos, existen varias posibilidades que son las siguientes:

La Sala Constitucional, ante la omisión de plantear la acción de inconstitucionalidad respectiva, suspende el amparo y le concede un término de 15 días hábiles al recurrente para que formalice la acción, so pena de archivar el amparo si omite plantearla. Sobre el particular, el artículo 48, párrafo 1°, LJC prevé lo que se ha denominado “conversión de un recurso de amparo en una acción de inconstitucionalidad” al preceptuar que “En cualquier momento en que la Sala considere que las actuaciones u omisiones impugnadas están razonablemente fundadas en normas vigentes, haya sido éstas atacadas o no también como violatoria de los derechos o libertades reclamados, así lo declarará en resolución fundada, y suspenderá la tramitación y le otorgará al recurrente un término de quince días hábiles para que formalice la acción de inconstitucionalidad contra aquéllas. Si no lo hiciere, se archivará el expediente”.

El amparado o su representante deciden, motu proprio, plantear la acción de inconstitucionalidad, así el artículo 48, párrafo 2°, LJC dispone que “Cuando el amparo se interponga directamente contra las normas a que se refiere el inciso a) del artículo 30, el Presidente de la Sala suspenderá, sin más trámite, el recurso y procederá en la forma prevista en el párrafo primero de este artículo”.

La diferencia en estos dos casos, radica que en el primero (a) el Pleno de la Sala efectúa un juicio de probabilidad o prima facie sobre

la justificación de efectuar un escrutinio de constitucionalidad y del eventual éxito de la acción de inconstitucionalidad, de manera que ésta debe tener una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), razón por la cual es ese órgano colegiado el que dispone suspender el amparo y otorgar un plazo. En el segundo supuesto (b), es la Presidencia de la Sala Constitucional quien suspende y otorga plazo, pues la propia parte interesada ha impugnado la constitucionalidad de la norma en el amparo, pese a que debe plantear una acción de inconstitucionalidad con todos sus requisitos y formalidades técnicas, de manera que en esta hipótesis la presidencia no debe valorar los extremos que pondera el Pleno de la Sala Constitucional en el primer caso expuesto.

En la práctica judicial sucede que como en el proceso de amparo rige la defensa material, por lo que no es necesario el patrocinio letrado, muchos recurrentes, legos en derecho, a quienes se les otorga plazo y deciden plantear la acción de inconstitucionalidad conforme un escrito de su propia factura, finalmente, pierden el asunto por falta de requisitos técnicos de la acción de inconstitucionalidad, dado que, incuestionablemente, es un proceso más complejo que precisa de una adecuada defensa técnica; consecuentemente, es recomendable que las partes interesadas en un proceso de amparo, si la Sala Constitucional decide suspender y conceder plazo, contraten los servicios de un abogado especialista, para que el patrocinio letrado refuerce las posibilidades de éxito de la acción.

Como se ha indicado, la Sala Constitucional ha estimado que basta la interposición de un proceso, en este caso de un amparo, para que exista el asunto base, de modo que no hay esperar a que se le curso o a que las autoridades recurridas rindan los informes. Ahora bien, si el recurso de amparo, aún después de ser suspendido su trámite y de concederse plazo para plantear la acción de inconstitucionalidad, es manifiestamente inadmisibile –rechazo de plano o por el fondo- no es idóneo o útil como asunto previo (VSC No. 16128-2005).

Cabe advertir que estas consideraciones son igualmente aplicables al amparo contra sujetos de derecho privado –cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos (artículo 57 LJC)-, si la conducta lesiva para un derecho fundamental de otro sujeto privado tiene fundamento en una norma jurídica de naturaleza privada (v. gr. Estatutos de una asociación privada) que le brinde cobertura. Al respecto, el artículo 65 LJC establece que “En lo no

previsto en este capítulo o en el siguiente, se aplicarán las disposiciones y principios establecidos en el capítulos anterior –amparo contra órganos o servidores públicos-, en lo que fueren compatibles”.

1.1.3.- PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

A tenor del artículo 75, párrafo 1°, LJC el proceso de habeas corpus es también, un asunto previo idóneo para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En el habeas corpus hay varias características en su regulación legislativa que facilitan que sea un asunto previo, como que puede ser interpuesto por cualquier persona y la informalidad en su interposición, por memorial, telegrama, correo electrónico, fax u otro medio de comunicación escrito, sin necesidad de autenticación (artículo 18 LJC).

No cualquier habeas corpus podrá tenerse como asunto previo para la acción de inconstitucionalidad, puesto que, es preciso que la acción u omisión impugnada se encuentren razonablemente, fundadas en una norma jurídica válida y eficaz. Este es un proceso sumario y preferente (artículo 19 LJC), cuyo objeto versa sobre la tutela de la libertad e integridad personal y el derecho a libre movimiento (artículos 48 de la Constitución y 15 LJC), lo que hace que una parte interesada, sobre todo si se discute la libertad personal, se lo piense más para plantear una acción de inconstitucionalidad que va a suspender, sine die, el habeas corpus y que, en promedio, tarda en resolverse dos años y medio. Este mismo argumento, muchas veces, hace reflexionar a la Sala Constitucional sobre la oportunidad y conveniencia –para evitar la postergación de la tutela de la libertad personal- suspender el habeas corpus y conceder plazo para plantear la acción de inconstitucionalidad, cuando la acción u omisión de la autoridad pública tiene sustento en una norma jurídica válida y que goza de la presunción de legitimidad. Sin embargo, en varias ocasiones la Sala Constitucional ha dispuesto el “trámite de conversión del habeas corpus” en acción de inconstitucionalidad, con fundamento en el artículo 28, párrafo in fine, LJC el cual estipula que “Cuando la Sala considere que las actuaciones u omisiones impugnadas están razonablemente fundadas en normas vigentes, se procederá en la forma prevista en el artículo 48”.

Las consideraciones que formulamos para el proceso de amparo son aplicables al habeas corpus, en el sentido que no servirá como asunto previo, si una vez interpuesta la acción, el habeas corpus es rechazado de plano, por el fondo o desestimado en cuanto al mérito, por cuanto dejará

de ser medio razonable al no haber ninguna situación jurídica sustancial que tutelar en un proceso extinto.

1.1.4.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IMPUGNACIÓN

El artículo 75, párrafo 1°, indica que “el procedimiento para agotar la vía administrativa” es un asunto previo que puede suscitar la cuestión de constitucionalidad. Se ha interpretado que esa expresión se refiere a los procedimientos administrativos de impugnación o de control, esto es, a los recursos administrativos ordinarios que caben contra la declaración de administrativa de voluntad, juicio o conocimiento que se ha formado después de observarse un procedimiento administrativo constitutivo (VSC 1063-94, 2866-94, 3154-94, 3618-94, 5974-94, 5975-94, 182-95, 5267-95, 542-96).

Es preciso advertir que con el VSC No. 3669-2006, a través del cual se declaró inconstitucional el agotamiento preceptivo de la vía administrativa –al estimarse que constituía un privilegio injustificado de los poderes públicos que contrariaba el principio y derecho a la igualdad, el derecho de acceso a la justicia y a una justicia pronta y cumplida-, este presupuesto del control concreto de constitucionalidad sufrió modificaciones relevantes. En efecto, como en el VSC No. 3669-2006 se indicó que el agotamiento de la vía administrativa es facultativo u optativo para el administrado justiciable, a partir de ese momento, podrá suceder que un recurso administrativo ordinario sea asunto base idóneo para plantear la acción de inconstitucionalidad, si el administrado elige plantearlo. Ahora bien, si no decide interponer los recursos administrativos, bien podría emplear el proceso jurisdiccional –normalmente contencioso-administrativo como asunto base-. En todo caso en ese voto se dejaron a salvo algunas hipótesis en que el constituyente establece el agotamiento preceptivo de la sede gubernativa, como en materia municipal y de contratación administrativa (artículos 172 y 183 de la Constitución). Es preciso añadir que el nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo de 2006 – entrado en vigencia el 1° de enero de 2008- estableció como regla el agotamiento facultativo de la vía administrativa (artículo 31), con algunas matizaciones que hemos criticado.

1.2.- INVOCACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Este es un requisito formal que establece el artículo 75, párrafo 1°, LJC y se traduce, en términos prácticos, en presentar un escrito en el asunto previo, sea ante el órgano jurisdiccional, la Sala Constitucional o el órgano

administrativo, en el que se planten, de manera sucinta –sin que sea detallado o exhaustivo VSC No. 4208-96-, los alegatos o argumentos de la inconstitucionalidad y que será planteada una acción de inconstitucionalidad.

Este memorial no tiene efecto práctico, por cuanto, el órgano jurisdiccional o administrativo, pese a la invocación de la inconstitucionalidad no está obligado a suspender la resolución y conocimiento del asunto, por lo que podría resolverlo de manera definitiva o, incluso, aplicar la norma que se invoca inconstitucional y dejar sin asunto previo al recurrente, tema que perjudica y lesiona, seriamente, la eficacia directa e inmediata de la Constitución y el principio de la supremacía constitucional. De otra parte, resulta lógico que el órgano jurisdiccional o administrativo no puede suspender, indefinidamente, el proceso o procedimiento base a la espera que la parte que invocó la inconstitucionalidad presente, de manera efectiva, una acción de inconstitucionalidad. Lo anterior se agrava con la ocasional práctica torticera y aviesa de los órganos jurisdiccionales y administrativos de acelerar el trámite para resolver el asunto base, ante la invocación de la inconstitucionalidad, extremo que no ofrece mayores complicaciones en el ámbito jurisdiccional que insume tiempos más prolongados por las diversas instancias que deben agotarse, pero que sí resulta perjudicial en sede administrativa, por cuanto, los recursos administrativos ordinarios tiene plazos relativamente cortos de resolución –los que no siempre son cumplidos- quedándole al justiciable la posibilidad de invocar en la fase jurisdiccional la inconstitucionalidad con lo que se compensa el perjuicio irrogado al dejarlo sin asunto administrativo base.

El problema de iure conditio es que la Presidencia de la Sala Constitucional es la que valora, prima facie, la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad, de modo que, en muchas ocasiones, estima que debe ser rechazada de plano o por el fondo, decisión que requiere de un proyecto de resolución que debe ser sometido a conocimiento del pleno de la Sala, con lo cual se consume un lapso considerable de tiempo en el que la autoridad jurisdiccional o administrativa, encargada de resolver el asunto base, no conoce que se ha interpuesto una acción de inconstitucionalidad. Incluso, el Pleno de la Sala puede revertir la decisión de rechazo de la acción de la presidencia y disponer dar curso a la acción, entretanto ha pasado un lapso considerable en el que, pese a la invocación, se pudo haber resuelto el asunto pendiente. El artículo 81, párrafo 2º, LJC dispone que si el Presidente de la Sala estima cumplidos los requisitos materiales y formales de la acción debe, al mismo tiempo, “(...) enviar nota al tribunal u órgano que conozca del asunto para que no dicte la resolución final antes de que la Sala se haya pronunciado sobre la acción (...)”, de manera que si entre

la invocación en el asunto base, la interposición de la acción y su curso median lapsos considerables de tiempo, puede ser que se haya resuelto el asunto pendiente y la nota de la presidencia de la Sala arribe tardíamente.

En nuestro criterio, este problema que enfrentan algunos justiciables, puede ser zanjado con una interpretación correcta del artículo 77 LJC, de acuerdo con el cual el derecho de pedir la declaración de inconstitucionalidad en casos determinados se extingue por caducidad, únicamente, cuando no sea ejercitado antes de que el respectivo proceso judicial quede resuelto por sentencia firme. A contrario sensu, el derecho de pedir la declaración de inconstitucionalidad no caduca si a la fecha de interposición de la acción no se había resuelto el asunto base. Si el órgano jurisdiccional o administrativo aceleran el trámite, después de la interposición de la acción, para dejar al justiciable sin asunto base, se trata de una conducta contraria a los principios de la buena fe y la lealtad además de fraudulenta, cuyos efectos negativos no debe soportar el accionante; en todo caso, a tenor del artículo 77 LJC, en este supuesto, el derecho a pedir la declaratoria de inconstitucionalidad no ha caducado, por cuanto, se ejercitó antes de la terminación del asunto base.

Compartimos, plenamente, la tesis expuesta por Hernández Valle en el sentido que si se resuelve el asunto previo, después de la fecha de interposición de la acción de inconstitucionalidad, todas las actuaciones del órgano jurisdiccional o administrativo, al haber perdido la competencia, son absolutamente nulas y así deben declararse³. Lo estipulado en el artículo 77 LJC y la tesis expuesta, en el estado de cosas legislativo actual, obliga al órgano jurisdiccional o administrativo, una vez invocada la inconstitucionalidad, a suspender el asunto y a monitorear si fue interpuesta la acción de inconstitucionalidad, solución que no parece muy ortodoxa. Por esto compartimos, la propuesta de Hernández Valle para reformar la LJC de manera que, una vez interpuesta la acción de inconstitucionalidad, la Sala Constitucional le comunique, inmediatamente, al órgano encargado del asunto previo para que suspenda cualquier pronunciamiento hasta que la Sala no se pronuncie sobre la admisibilidad⁴.

En el caso de los amparos o habeas corpus que son asunto previo pendiente de resolución, si bien compartimos la postura jurisprudencial en el sentido que deben ser admisibles para que tengan la condición idónea de tales, no admitimos la posibilidad que, por inadvertencia –y sobre

3 HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), *Derecho procesal constitucional*, p. 423.

4 op. ult. cit., p. 422.

todo por un excesivo volumen de trabajo- la Sala resuelva el mérito de tales procesos base, pues, en tal supuesto, no se puede argüir la falta de conocimiento de la propia Sala sobre la interposición de la acción y, adicionalmente, debe aplicarse el artículo 77 LJC. Consecuentemente, si interpuesta la acción se resuelve, por error, el amparo o el habeas corpus, antes de dictarse la sentencia en el proceso de control de constitucionalidad, se debe anular cualquier pronunciamiento vertido en el asunto previo, sea estimatorio o desestimatorio.

1.3.- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO RAZONABLE PARA LA TUTELA DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA SUSTANCIAL QUE SE ESTIMA LESIONADA

Un presupuesto esencial o material que impone el artículo 75, párrafo 1º, LJC es que la acción de inconstitucionalidad sea un “medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado” en el asunto previo. Consecuentemente, lo que se resuelva en la acción de inconstitucionalidad debe tener una influencia directa en el asunto principal (VSC 6696-93). En el Voto No. 2592-93 la Sala Constitucional indicó que entre el juicio base y la acción de inconstitucionalidad “debe existir una conexidad tal, que la primera de ser acogida, incida en forma directa en el juicio base, como un remedio procesal más a favor de los derechos de la parte” y luego añadió que la conexidad debe subsistir hasta el dictado de la sentencia de fondo en el proceso de constitucionalidad (VSC 3040-97). Para determinar la concurrencia de este requisito se requiere efectuar un juicio de utilidad acerca de la eventual sentencia estimatoria, es decir, de su trascendencia para el asunto previo (VSC 3628-95), de manera que el accionante tenga posibilidad de obtener la razón y salir victorioso al removerse una norma inconstitucional. No obstante, aun si la norma luce, prima facie, constitucional la Sala Constitucional debe dar curso a la acción para resolverla y conocerla.

1.4.- LESIÓN INDIVIDUAL Y DIRECTA

La exigencia de una lesión individual y directa que produce la norma o acto sujeto al derecho público, presuntamente inconstitucional, es un requisito sustancial que exige el artículo 75, párrafo 1º, LJC de manera congruente con un control de constitucionalidad concreto. No tendría sentido plantear la cuestión prejudicial de constitucionalidad, si ésta no es un medio razonable para tutelar una situación jurídica sustancial que se discute en el asunto previo y, por consiguiente, para evitarle la lesión que le inflige a ésta la aplicación de una norma inconstitucional en el acto administrativo o en una sentencia judicial desfavorable.

1.5.- CADUCIDAD DEL DERECHO A ACCIONAR EN LA SEDE CONSTITUCIONAL

Como se indicó, la norma que se impugna como inconstitucional debe ser aplicada en el asunto previo pendiente de resolverse, para que exista la conexidad necesaria entre éste y la acción y para que esta funja como medio razonable para tutelar una situación jurídica sustancial determinada.

Consecuentemente, si la norma no se debe aplicar en el proceso pendiente (VSC No. 8739-97) o ya fue aplicada y el asunto quedó firme en una cuestión interlocutoria (VSC 619-90), la acción de inconstitucionalidad, será, irremisiblemente, inadmisibile y será rechazada de plano por la Sala Constitucional. El artículo 77 LJC es muy claro al indicar que “El derecho a pedir la declaración de inconstitucionalidad en casos determinados, se extingue por caducidad cuando ese derecho no se ejercite antes del que el respectivo proceso judicial quede resuelto por sentencia firme”. Este precepto de la LJC, merece una aclaración, dado que, como se indicó, una norma jurídica puede ser aplicada en firme, tanto en la sentencia de mérito como en algún auto-sentencia que se produce durante el curso del proceso y que, eventualmente, no tiene recurso alguno, en este último caso la aplicación en firme de la norma presuntamente inconstitucional se ha producido antes de la terminación normal del proceso por sentencia e, igualmente, supondrá la caducidad del derecho de interponer la acción de inconstitucionalidad.

2.- CONTROL ABSTRACTO

El control abstracto de constitucionalidad le va a permitir a ciertas personas y órganos, bajo determinados presupuestos y condiciones, interponer una acción de inconstitucionalidad, sin necesidad de un asunto previo, de modo que la cuestión de constitucionalidad deja de ser incidental y pasa ser principal. La Sala Constitucional ha denominado a este tipo de acciones como directas (VSC 4390-96).

2.1.- INEXISTENCIA DE LESIÓN INDIVIDUAL Y DIRECTA

Lo característico del control abstracto de constitucionalidad es que la persona que plantea la acción de inconstitucionalidad no sufre, como consecuencia de la aplicación y los efectos de la norma o del acto sujeto al derecho público, una lesión personal y directa, aunque no es descartable que por los efectos colectivos de la lesión una persona en particular, también la sufra al formar parte de un determinado grupo o conglomerado. Sobre el particular el artículo 75, párrafo 2°, LJC indica

que “No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa”, basta que concorra esta condición sustancial para que proceda el control abstracto de constitucionalidad. La ausencia de una lesión individual y directa podría surgir cuando la norma aparentemente inconstitucional es de aplicación automática –auto aplicación- y no existe un acto de sujeción individual o de aplicación específica, de modo que la persona no tiene la posibilidad de impugnar el acto de aplicación y, concomitantemente, la norma que le da cobertura en un proceso jurisdiccional ordinario, constitucional o en un procedimiento administrativo.

Resulta importante señalar que la Sala Constitucional ha estimado que no hay lesión individual y directa cuando una institución autónoma o descentralizada estima que una ley o una norma de cualquier índole ha violentado la autonomía –administrativa, política o de gobierno o de organización- que le otorga y reconoce la constitución (artículos 84, 170, 188 y 189 constitucionales), por lo que se debe admitir la posibilidad que se interponga una acción de inconstitucionalidad directa (VVSC Nos. 4717-97, 1924-98, 5669-99).

2.2.- DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS

Cuando una persona pretende la tutela de intereses legítimos de carácter colectivo a tenor del artículo 75, párrafo 2°, LJC, tampoco, se requiere de caso previo pendiente de resolver. Según la interpretación que ha efectuado progresivamente la Sala Constitucional del artículo 75, párrafo 2°, LJC los intereses colectivos son el género y las especies los difusos y los corporativos que tienen diferencias relevantes, según la propia jurisprudencia constitucional. La definición de las categorías especiales se ha ido efectuando de manera progresiva y casuísticamente, de modo que no existe un elenco taxativo del círculo de los intereses colectivos, en su versión difusa o corporativa.

La titularidad de los intereses colectivos, no puede confundirse con la acción popular para garantizar la pureza constitucional del ordenamiento jurídico o su conformidad sustancial con el parámetro constitucional. En el ordenamiento jurídico costarricense la acción popular es reserva de ley, de manera que debe estar expresamente dispuesta por ésta, según se desprende del párrafo in fine del artículo 49 constitucional al señalar que un mínimo legislativo es la protección ex lege de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados, de manera que bien podría la ley establecer la acción popular como lo ha hecho en materia ambiental;

adicionalmente ese precepto constitucional abre la puerta, al propio tiempo, para la tutela de los intereses legítimos no solo personales sino colectivos, en cuanto no hace distinción.

2.2.1.- Intereses Difusos

Los intereses difusos son aquella especie de los colectivos que ostenta un grupo sin personificación –personalidad jurídica propia- aunque se encuentre organizado de hecho⁵. En cuanto a su objeto y contenido, estos intereses están estrechamente vinculados con los derechos fundamentales y humanos, con principios, valores y bienes de carácter constitucional que cuentan con una especial protección⁶.

Pese a la difícil e ingente tarea para delimitar los intereses difusos, la Sala Constitucional a través de sus sentencias ha ido determinando, progresivamente, su alcance y contenido. Así, ha sostenido que los intereses difusos tienen una doble faceta, puesto que, pertenecen a un grupo determinable de personas, quienes son todos, a la vez, titulares colectivos e individuales por lo que, también, pueden reclamarse en este último carácter (Votos Nos. 980-91 y 3750-93). En los Votos Nos. 3705-93 y 4422-93, la Sala Constitucional, consideró que “Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra Ley (...) los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos –por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter”. En el Voto No. 360-99, estimó que se trata de un tipo especial de interés “cuya manifestación es menos concreta e

⁵ V. JINESTA LOBO (Ernesto), *Tratado de Derecho Administrativo* –Tomo I, Parte General-, San José, IUSconsultec y Editorial Jurídica Continental, 2ª. Edición, 2009, p. 224.

⁶ V. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), *Intereses colectivos y legitimación constitucional*. *Revista Ivstitia*, año 4, No. 46, octubre 1990, p. 17.

individualizable que la del colectivo (...) pero que no puede llegar a ser tan amplio y genérico que se confunda con el reconocido a todos los miembros de la sociedad de velar por la legalidad constitucional, ya que éste último –como se ha dicho reiteradamente- está excluido del actual sistema de revisión constitucional. Se trata pues de un interés distribuido en cada uno de los administrados, mediato si se quiere, y diluido, pero no por ello menos constatable, para la defensa, en esta Sala, de ciertos derechos constitucionales de una singular relevancia para el adecuado y armónico desarrollo de la sociedad (...). En el Voto 4808-99, señaló que “(...) el interés difuso comparte la sustancia o esencia universal en tanto se incluye en la categoría de bienes e intereses de efecto expandible, que con facilidad trasciende demarcaciones territoriales o artificiales. Es el interés difuso, desde el punto de vista material, el que es de todos y de cada uno, siendo que, procesalmente, es de todos y de ninguno, en el entendido de que nadie puede arrogarse el monopolio para su defensa efectiva o acaso aplicar la tesitura restrictiva en la defensa de bienes que por su naturaleza son de categoría universal (...)”. Finalmente, en el Voto No. 2958-07 indicó lo siguiente: “(...) En relación con los intereses difusos, que es la legitimación aducida por el accionante, este Tribunal ha dicho se que se trata de aquel interés personal relacionado con un derecho o situación jurídica de naturaleza especial y particular, que puede ser compartido por otras personas, formando todos los interesados un grupo o categoría determinada. Así, la vulneración de ese derecho puede afectar a todos en general y/o a cada uno en particular, de ahí que cualquier miembro de esa agrupación puede interponer la acción para proteger el derecho que se estima lesionado. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (difuso) entre una pluralidad no identificada de sujetos (...)”⁷.

Dentro de los intereses difusos que ha identificado la Sala Constitucional figuran la defensa del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, del derecho a la salud, la tutela del patrimonio histórico y de la materia electoral, particularmente, de la participación ciudadana (VVSC Nos. 1775-90, 980-91, 3705-93, 4422-93, 5753-93, 360-99, 7158-2000).

2.2.2.- Intereses corporativos

Los intereses corporativos, como una especie de los colectivos, son aquellos intereses colectivos de un grupo organizado y personificado –personalidad jurídica propia-. Es la ley o estatuto constitutivo el instrumento normativo que establece que su objeto social o colectivo será

⁷ En similar sentido ver Votos Nos. 5840-2002, 2771-2003, 5207-2004, 5308-2005, 3002-2006, 17552-2007 y 1001-2008.

la protección de ese interés. Este interés, en cuanto colectivo, es individual y formado por la suma de los intereses personales de los miembros del grupo –asociados o agremiados al ente- en el disfrute colectivo del bien o servicio que lo caracteriza, por lo que tanto el ente como sus asociados o agremiados pueden ejercer, a nombre y por cuenta propia, las acciones en defensa del interés colectivo a cargo del primero⁸.

A partir de la expresión contenida en el artículo 75, párrafo 2º, LJC, de intereses que “atañen a la colectividad en su conjunto”, la Sala Constitucional ha entendido que se refiere a los intereses corporativos (VVSC Nos. 2621-95, 360-99, 11735-2003, 2765-2004 y 8207-2004) y específicamente ha considerado que tampoco puede interpretarse que con tal expresión se refiera a la “colectividad nacional” “(...) pues este supuesto equivaldría a aceptar y reconocer una acción popular no regulada en nuestra legislación” (VSC No. 4113-93) cuyo objeto es el simple interés de velar la “legalidad constitucional” (VSC No. 2621-95) o la supremacía constitucional (VSC No. 2233-91). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones ha enfatizado que este interés debe ser esgrimido o alegado por una organización colectiva debidamente constituida, personificada y organizada que represente y defienda los intereses de un grupo o sector determinable de personas (v. gr. cámaras, asociaciones, colegios profesionales), siempre y cuando se impugnen normas o actos que inciden negativamente en los intereses que constituyen la razón de ser o el factor aglutinante de la agrupación, de modo que no se trata de un interés simple interés por la legalidad constitucional (VSC 2621-95). Así, sobre el particular, el Tribunal Constitucional, al analizar la legitimación que poseían los agremiados de varias asociaciones a efecto de interponer una acción de inconstitucionalidad, señaló en el Voto No. 13323-2006, lo siguiente: “(...) como lo ha reconocido con anterioridad este Tribunal (en sentencias número 6433-98, 7615-98, 0467-99, 1313-99, 1830-99, 2289-99, 2745-99, 6644-99, 7975-99, 0877-2000, 2856-2000, 5565-2000, 6973-2000, 7160-2000, y 2001-9677) los intereses corporativos son aquellos que se caracterizan “[...] por la representación y defensa de un núcleo de intereses pertenecientes a los miembros de la determinada colectividad o actividad común, y, en cuanto los representa y defiende, la Cámara actúa en favor de sus asociados, la colectividad de comerciantes. De manera que estamos frente a un interés de esa Cámara y, al mismo tiempo, de cada uno de sus miembros, de forma no individualizada, pero individualizable, lo que constituye un interés corporativo o que atañe a esa colectividad jurídicamente organizada, razón por la que esta acción es admisible en los términos del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.” (Sentencia

⁸ V. ORTIZ ORTIZ (E.), *Intereses colectivos y legitimación constitucional*, pp. 15-16.

número 1631-91...). Es así como en estos casos, no resulta necesaria la existencia de un asunto pendiente (en la vía administrativa o jurisdiccional) como lo exige el párrafo primero del citado artículo 75 para acreditar la legitimación del accionante, pues por la misma esencia del asunto, se trata de la defensa de intereses corporativos. Considera la Sala que no resulta legítimo desconocer este tipo de interés, toda vez que ello implicaría desconocer una importante función de los entes corporativos, que han sido creados según los lineamientos de la ley, y en el caso de las Cámaras, colegios profesionales, asociaciones, o sindicatos implicaría desnaturalizar su función mediadora en lo que respecta a la defensa de los intereses de sus agremiados, función que ha sido reconocida como esencial de estos entes por la propia jurisprudencia de este Tribunal⁹.

2.3.- LEGITIMACIÓN INSTITUCIONAL

La legitimación institucional para interponer una acción de inconstitucionalidad, aún sin asunto previo pendiente de resolver, le es otorgada a ciertos órganos encargados de ciertas competencias específicas de control o fiscalización, consultivas y de persecución penal, en el tanto deben velar porque la actuación de los poderes públicos discurra conforme al bloque de constitucionalidad.

En criterio de la Sala Constitucional la enunciación de órganos contenida en el artículo 75, párrafo 3°, LJC es taxativa, de manera que ningún otro órgano tiene legitimación para interponer una acción de inconstitucionalidad sin asunto previo (VSC No. 1924-98). De igual modo, la Sala Constitucional ha insistido que el objeto de la acción de inconstitucionalidad que interpongan los cuatro órganos mencionados en el numeral citado, debe estar, necesariamente, vinculado o conexo al desempeño de sus competencias específicas (VSC 7730-2000). Asimismo, ha estimado que la acción debe plantearla el titular del órgano y no un funcionario subordinado (VSC 5212-99).

2.3.1.- Contralor General de la República

La Contraloría General de la República es un órgano constitucional –auxiliar de la Asamblea Legislativa– encargado de la fiscalización superior de la Hacienda Pública (fondos públicos, presupuestos y finanzas públicas, contratación administrativa, control interno, etc.), con absoluta independencia y administración en el ejercicio de las competencias (artículo

⁹ En similar sentido ver Votos Nos. 1631-91, 6198-95, 6525-98, 8866-98, 360-99, 4258-2002, 3465-2003, 2595-2005, 15949-2006, 6614-2007 y 593-2008.

183 constitucional) especificadas en el ordinal 184 de la Constitución y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República No. 7428 de 7 de septiembre de 1994 y sus reformas.

Atenor de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, el Contralor General de la República podría interponer una acción de inconstitucionalidad para impugnar una norma de cualquier índole o acto sujeto al derecho público cuyo contenido o efectos lesionen objetivamente la Hacienda Pública y ordenamiento de control y fiscalización superior.

2.3.2.- Procurador General de la República

La Procuraduría General de la República es un órgano técnico superior consultivo de toda la administración activa y, también, funge como representante legal del Estado en los procesos en que figure como parte (Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República No. 6815 de 27 de septiembre de 1982 y sus reformas). A través del ejercicio de sus competencias específicas de consulta y asesoramiento de la administración pública activa, de detección y erradicación de la corrupción, de incrementar la ética pública y la transparencia en la función pública, de la defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo-terrestre, la plataforma continental y la zona económicamente exclusiva, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y de los intereses de los consumidores (artículo 3° de la Ley Orgánica), la Procuraduría General de la República puede detectar leyes, normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al derecho público que quebranten el Derecho de la Constitución, de ahí la legitimación que se le otorga al Procurador General de la República para interponer una acción de inconstitucionalidad.

2.3.3.- Fiscal General de la República

El Fiscal General de la República es el representante del Ministerio Público, que en el caso costarricense, es un órgano desconcentrado del Poder Judicial encargado de ejercer la acción penal, definir y establecer las políticas de persecución penal y de ejercicio de la acción penal (artículo 2° de la Ley Orgánica del Ministerio Público No. 7442 de 25 de octubre de 1994 y sus reformas). En esa función, también, puede detectar normas que rocen la constitución, de ahí que se le otorgue legitimación para interponer acciones de inconstitucionalidad aún sin asunto previo pendiente de resolver.

2.3.4.- Defensor de los Habitantes

La Defensoría de los Habitantes de la República tiene por cometidos fundamentales proteger los derechos e intereses de los habitantes y velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, los principios generales del Derecho, las leyes, los convenios y tratados internacionales y la Constitución Política (artículo 1° de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República No. 7319 de 17 de noviembre de 1992 y sus reformas). En esa labor de control y fiscalización del sector público y de protección de los habitantes, también, puede ubicar normas que violenten la constitución, razón por la cual se le concede legitimación para interponer acciones de inconstitucionalidad sin asunto pendiente de resolver.

V

**DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA
PETICIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL – ACCIÓN**

oscargaitanhurtado@hotmail.com

Por: Oscar E. Gaitán Hurtado

SUMARIO

1. Eje temático: Derecho Procesal Constitucional; 2. Otras sentencias; 3. Referencias bibliográficas

1. EJE TEMÁTICO: DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Entre la Constitución y las demás fuentes de derecho, ya no existen, tan solo, diferencias de grado o de estructura normativa, sino diferencias cualitativas, teniendo en cuenta tres factores a saber: (1) La Constitución como punto de conexión de fuentes de derecho y problema de aplicación interno, de lo que se deriva la diversidad de producción normativa; (2) El problema externo, en cuanto construcción de la imagen del derecho, la naturaleza jurídica y los límites de la norma, y (3) La eficacia directa e indirecta respecto del cubrimiento y protección efectiva del conjunto de garantías. Por eso, la Constitución opera como la conexión entre la diversidad en la producción normativa, la identificación, la unidad y permanencia del orden jurídico, y la unidad normativa con fuerza jurídica propia que complementada o integrada por el bloque de constitucionalidad propicia un orden de poder jurídico que requiere de su propio sistema procesal, lo que se relaciona con el contenido material del texto superior frente al conjunto de actos y situaciones en un determinado contexto social y momento histórico.

En el Primer Congreso de Derecho Procesal Constitucional, se hacía una reflexión respecto del sistema integrado de fuentes y la necesidad de la claridad derivado de los conflictos interpretativos y de aplicación que presenta el artículo 230 Superior, en acuerdo con el principio de supremacía de la Constitución, a propósito del texto contenido en el artículo 4º de la misma normatividad que implica y exige una modificación o cambio especialmente del 230 ídem, a lo que ahora se agrega la tendencia descrita en la ley 1395 de 2010 respecto de la integración del sistema de precedente jurisprudencial con el fin de evitar acciones administrativas por el que el uso del derecho de petición y su enunciación, obliga a autoridades administrativas a dar solución a los casos similares bajo la misma óptica y dirección, lo que debe entenderse en la medida de las circunstancias a aplicar por el derecho Constitucional frente al uso de las acciones constitucionales con vocación propia superior derivada del artículo 4º, y no así entenderse como criterio de deslegalización de la Constitución, en tanto, a la fecha es un criterio integrador como fuente de orden principal que la Política de Estado definido y tomado con el fin de salvaguardar el conjunto de derechos, entre ellos, el de acción.

En esta oportunidad, es el tercer factor, “La eficacia directa e indirecta respecto del cubrimiento y protección efectiva del conjunto de garantías que complementada o integrada por el bloque de constitucionalidad propicia un orden de poder jurídico que requiere de su propio sistema procesal, lo que se relaciona con el contenido material del texto superior frente al conjunto de actos y situaciones en un determinado contexto social y momento histórico”, lo que motiva el presente estudio en función del denominado Derecho de Petición.

Un ideal del Constitucionalismo político, se encuentra plasmado en el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos, al establecer que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una Constitución”, ese precepto, si bien, no resuelve la determinación de ideales, coincide con el liberalismo democrático (1) (NINO, Carlos Santiago: Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis Filosófico, Jurídico y Politológico de la Práctica Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 4) en cuanto a que un derecho procesal constitucional permite construir herramientas de autodeterminación y autoprotección de las normativas superiores que a la vez sirve para materializar la eficacia del conjunto normativo paraconstitucional del que hace parte el bloque de constitucionalidad, razón por la que, es obvio que gran parte de la discusión en la filosofía política y el derecho constitucional de la modernidad se base en ese factor que es clave para permitir la apertura de un derecho procesal constitucional en el entendido de que el constitucionalismo político permite observar la configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos, de lo que surge la Constitución del Estado Constitucional como fuente de liberación política y jurídica (2) KAY, Richard S.: Constitutional Chrononomy, en Ratio Juris Vol. 13, No. 1, mayo 2000) creadora de su propio sistema procesal en función de la protección directa del sistema de garantías configuradas por el sistema superior constitucional y el sistema de normas paraconstitucionales a través de un consolidado integrado de factores de valores, principios, reglas y procedimientos. Frente al planteamiento inmediatamente esgrimido, como decía NINO, los ideales del constitucionalismo coinciden básicamente con los del liberalismo democrático, por eso es razonable afirmar que la Constitución formal no es necesaria para la realización de los contenidos básicos superiores y, desde luego, tampoco suficiente, por lo que se requiere de algo más, de una estructura normativa autodeterminativa con eficacia directa, lo que sucede con los derechos fundamentales y un complemento de tipo directo a través de acciones y procesos constitucionales que hagan de la norma constitucional un sistema integrado de autoprotección por el

que entre norma “sustantiva especial superior” y proceso constitucional, se vivifique y materialice el sistema de garantías superiores sin incurrir en desconocimiento del conjunto normativo del que hace parte la justicia ordinaria, especial y especializada. Por eso LUCAS VERDÚ, manifiesta lo siguiente: “Conviene introducir la distinción entre tener una Constitución y vivir una constitución, un sistema jurídico político tiene una Constitución cuando cuenta con la forma constitucional como garantía de dichos ideales, y vive en Constitución cuando esos ideales son practicados” (3) (LUCAS VERDÚ, Pablo, en *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykinson, 1997, pág. 43) así, la metáfora de la que hace relación NINO, muestra que la aspiración de darse o tener una Constitución para llegar a vivir una Constitución requiere de un punto conector de eficacia normativa derivada de la creación de un sistema procesal propio en función de la autoprotección de garantías de tipo superior que se dirige a crear una acción o un conjunto de acciones constitucionales, procedimientos sumarios o breves de la misma categoría, con jueces especializados que hagan eficaz de manera directa la normativa superior, lo que se traduce en la creación de un sistema de derecho procesal constitucional.

Lo expresado, deviene de recordar que la Constitución no solo tiene una dimensión constitutiva, esto es, no solo reconoce y tiene el poder de crear procedimientos, sino que además tiene una dimensión valorativa porque reconoce estado de cosas como valiosas, por tanto, merecedoras de ser protegidas y promocionadas de manera especial, por ejemplo, la soberanía popular, la independencia de la nación, la libertad e igualdad formal y material, la dignidad humana, el pluralismo político, la diversidad étnica y cultural, etc., no son términos creados por la Constitución pero si son preceptos acogidos por aquella dado su valor, por lo que se acogen como valiosos para crear un sistema soportado sobre ellos, en términos de GUASTINI, son aquellos fragmentos de la Constitución que permiten interpretar la acción de darse una Constitución como una acción racional en el sentido weberiano de la expresión; es decir “racional con arreglo a fines, para el logro de fines racionalmente sopesados y perseguidos, o racional con arreglo a valores, determinado por la creencia consciente en el valor (4)(Peculiaridades de la Interpretación Constitucional, Trad. De Miguel Carbonell, en GUASTINI, Ricardo: *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, México, Porrúa – UNAM, 2000, Págs., 125 y 126. FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 2ª Ed., Madrid, Trotta, 1997, págs. 853 – 854).

Específicamente, tratándose de un derecho de carácter fundamental – acción, el derecho de petición permite hacer eficaz la comunicación

entre la administración y el particular, esa ha sido la visión al consolidarse como una de las formas de iniciar la tramitación de los procedimientos administrativos que atendiendo a lo conceptuado en el artículo 4º del C.C.A., su ejercicio depende del Interés General (art. 5º y ss. C.C.A.), el Interés Particular (art. 9º y ss. C.C.A.), la solicitud o necesidad de que se allegue o dé Información (art. 17 y ss.), y por la formulación de Consultas (art. 25 y ss. C.C.A.)

Históricamente, el derecho de petición es de aquellas instituciones públicas que se remontan al comienzo mismo de la humanidad; inclusive, en la época monárquica hubo vestigios de algo que podría equipársele, aunque se alegara que se trataba de una graciosa concesión del soberano. En Grecia y Roma, por otra parte, el derecho de petición se confunde con el derecho de acción; el individuo estaba facultado para presentar su petición directamente al pretor, quien definía no sólo el asunto particular que se le consultaba sino que eliminaba la controversia que pudiera extrañar con el derecho de los demás, todo dentro de un dinámico procedimiento verbal. Con el tiempo, petición y acción se separaron para marchar cada una por senderos jurídicos distintos, sin olvidar que la doctrina moderna encuentra en el derecho petición el origen del derecho de acción.

En las legislaciones de Occidente se adoptó el derecho de petición, como precepto positivo. Corresponde a Inglaterra la gloria de la primera consagración institucional del derecho de petición, ello tiene lugar en Bill of rights, de 1689, bajo el reinado de Guillermo de Orange, y se manifestó:

“Los súbditos gozan del derecho de hacer peticiones a Su Majestad; es contrario a derecho todo acto coercitivo o vejamen de cualquier índole que sufran por esta causa”.

Curiosamente, la Constitución francesa de 1789, admirable por otros aspectos nada dispone sobre las peticiones ciudadanas; ello ocurrirá en la enmienda de 1791, en que se consagra el derecho en estos términos:

(Se reconoce a los ciudadanos) “(...) la libertad de dirigir a las autoridades constituidas peticiones suscritas individualmente.

En Estados Unidos, surge con la primera enmienda, en que se lee:

“El Congreso no hará una ley que limite el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente a reclamar al gobierno la reparación de sus agravios”.

En lo que respecta a la Constitución colombiana, el tenor del artículo 23 se asemeja mucho al 45 de la Constitución anterior, pero entre ambos

se advierten dos notables diferencias: Una, se refiere al reconocimiento categórico de su carácter de derecho fundamental; otra, es la posibilidad de ejercerlo con fundamento en una prerrogativa personal.

El derecho de petición, como facultad personal, fue por primera vez reconocido en Colombia hace ya 186 años (tomando como referencia el año 2011) cuando en el artículo 157 de la Constitución de Cúcuta se dispuso:

“La libertad que tienen los ciudadanos de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y el respeto debidos, en ningún tiempo será impedida ni limitada”.

El derecho de petición, ya en la Constitución de 1886 tuvo su fundamento como facultad personal y la norma que hacía referencia a él era el artículo 45 de la, de acuerdo con el precepto:

“Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y de obtener pronta resolución”. Artículo concordante con el Código Contencioso Administrativo”. (Artículos 5º al 24).

El dilema de aplicabilidad resultante del derecho de petición bajo un estado de derecho en una Constitución como la de 1886, incorporada a la ley civil, con la fuerza jurídica dependiente de la norma de inferior jerarquía, trajo consigo la legalización de la petición por el derecho administrativo sin otra consideración con defectos de aplicabilidad a la hora de reconocer la diferenciación de poderes del ejecutivo frente a los demás poderes públicos y peor aún respecto de los particulares.

La acepción “petición” es sinónimo de solicitud, demanda, ruego, reclamación, instancia, imploración, exigencia, pedido, cuestación, moción, petitoria y pretensión (Diccionario Conciso de Sinónimos y antónimos, Océano). El Diccionario Jurídico (Jaime Sierra García) lo define como “Poder o ventaja jurídica que el ordenamiento otorga a los asociados para realizar ante los órganos del Estado, diversas solicitudes en interés general o particular”, el Diccionario Jurídico (Asociación Henry Capitant) indica que es una acepción de origen francés “requeté” sacada del antiguo participio “requerir”, del latín popular “requaerere” que significa encuesta. Luego se indica que es requerir o encuestar; acto por el cual se formula un recurso administrativo que va dirigido a una autoridad pública o privada que tiene el poder de decidir”.

El derecho de petición como derecho fundamental, parte del concepto de jerarquía normativa no derivado de la norma constitucional sino de reconocer un estado de cosas como valiosas en el marco de un Estado Constitucional, en donde se define el derecho fundamental como “aquel derecho categorizado de manera especial, de aplicación directa e inherente a la persona humana y/o necesario para el autoperfeccionamiento atendiendo a la dignidad humana” (5) (Sentencia de la Corte Constitucional C-621 de 1997 de noviembre 27, Expediente D-1709. M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA; C.S.J. Sentencia 129 de 17 de septiembre de 1987 con Ponencia del DR. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ).

El artículo 23 del Nuevo orden constitucional indica frente al derecho de petición:

“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

Desde esa perspectiva, dado que el derecho de petición es garantía de materialidad de los derechos fundamentales el legislador, al condicionarlo para autoridades desde el punto de vista de la función pública y reconsiderar casos excepcionales de aplicabilidad para particulares, lo ha restringido sin consideración a su importancia para exigir el cumplimiento de particulares quienes mantienen relaciones jurídicas con particulares y requieren de la protección de sus derechos fundamentales y para su realización a la fecha no ha podido hacer uso del derecho de petición en aquellos específicos casos, lo que implica dentro del esquema de reconstrucción del derecho de petición a partir del derecho procesal constitucional la inclusión de la petición como acción no solo para ejercicio de acciones contencioso administrativas sino para las propias ordinarias, en tanto, la categorización de los derechos fundamentales no pueden ni deben limitar el derecho de petición como corolario de que es garantía de salvaguarda del derecho constitucional, y tal y como lo refiere el artículo 6º superior, tanto el particular como las autoridades públicas están obligadas a reconocer, respetar y viabilizar materialmente el contenido de la Constitución a través de actos y acciones desde el punto de vista amplio y no restringido, unos por responsabilidad positiva, otros como consecuencia de la responsabilidad negativa.

Inclusive, el derecho de petición, dada la concepción constitucional actual, en Colombia, debe integrarse como presupuesto procesal del

conjunto procedimientos, por ejemplo, dicese de la solicitud o petición de un control de legalidad sobre los actos que le son propios a los jueces que en su omisión pueden desconocer, vulnerar o lesionar derechos fundamentales de las partes, en uno y otro caso referido existen razones perfectamente sustentables en consideración a los fines del estado(6) (Artículo 2º Constitucional), la libertad de expresión, del deber de difusión, el derecho a informar y ser informado de manera veraz (7) (Artículo 20 y 74 Constitucional), el acceso a documentos públicos salvo en casos en que el legislador no lo considere pertinente (8) (Artículo 74 Constitucional).

El sustento que justifica la proposición o reforma al derecho de petición e inclusión en las categorías normativas para casos particulares, además de fórmula integradora al interior de procedimientos es concordante con la Declaración Universal de Derechos Humanos (9) (Artículo 8º), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales(10) (Ley 74 de 1968, artículo 16), la Convención Americana sobre Derechos Humanos(11) (Ley 16 de 1972, artículo 8º), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (12) (Ley 51 de 1981, artículo 15), la Convención sobre los Derechos del Niño(13) (Ley 12 de 199, artículo 10º) y el Convenio IV de Ginebra (14) (Artículo 52).

Esa contravía de sistematización del derecho de petición sin tener en cuenta su carácter de fundamental y la tendencia de deslegalizar la Constitución para convertir en una categoría inferior el derecho de petición por la que ciertos particulares en sus relaciones jurídicas pretenden desconocerlo e inclusive por parte del poder judicial al interior de los procesos pretender subcategorizarlo a la luz de normas del derecho objetivo, es lo que a lo largo de estos veinte años de Constitucionalización del derecho ha ocupado la atención de la H. Corte Constitucional, la H. Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, acerca de los conflictos de aplicación, integración e interpretación del derecho de petición, entre otras, se tienen pronunciamientos sobre:

-Régimen para las peticiones incompletas.(C.S.J, S. Plena, Sentencia noviembre 22 de 1984),

-El Derecho a obtener una Respuesta es más estricto frente a personas de la tercera edad (T-426 Junio 24 de 1992,M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

-El Derecho de Petición y derecho de acceso a documentos públicos. (T-464 Julio 16 de 1992, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ),

-El Derecho de petición y derecho de acceso a documentos públicos (C. Const., Sent. Jul. 28/92, T-473. M.P. CIRO ANGARITA BARÓN; T-158 Marzo 24 de 1994 M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA),

-El Derecho de Petición no se satisface con el silencio administrativo (T-481 Agosto 10 de 1992, M.P. JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN),

-El Derecho de Petición como Derecho Fundamental debe ser efectivo (T-181 Mayo 7 de 1993, M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA),

-El derecho de petición puede formularse de palabra (T-098 Marzo 7 de 1994, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ),

-Exigencias que debe cumplir la respuesta a una petición (T-220 Mayo 4 de 1994, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ),

-El Derecho a la información vital. (Sentencia T 443, oct. 12/94. Expediente T-39625. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.).

-Petición ante funcionario incompetente (Sentencia T-575, diciembre 14 de 1994, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO).

-El derecho de petición es diferente al contenido de lo pedido a través de él (Sentencia T-572, diciembre 1º /95, Expediente T-79867- M.P.FABIO MORÓN DÍAZ.).

-T-125 de 1995 MARZO 22, M.P. EDURDO CIFUENTES MUÑOZ (La respuesta al derecho de petición por parte de la administración debe ser rápida, coherente y referirse a la materia consultada)el derecho de petición atenúa el poder del gobernante.(C.Const.,Sent. T.610, dic. 12/95, exp80061. MP. Vladimiro naranjo mesa)

-Ejercicio del derecho de petición frente a las organizaciones particulares, (Sentencia T-105, mar. 12/96, Expediente T-83875. M.P-VLADIMIRO NARANJO MESA).

-Término de la administración para contestar la petición (Sentencia T-392 de 1995 M.P. FABIO MORÓN DÍAZ; T-054 de 1994 M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO Y T-187 de 1995 M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA).

-Facultad del legislador para reglamentar el derecho de petición (Sentencia T-570, diciembre 1º de 1995, Expediente 77341 M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA).

Por eso, y a manera de ejemplo, la Corte Constitucional, ha tenido que manifestar que(15) (Sentencia de 9 de diciembre de 1997, expediente T-663 M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y de 23 de junio de 1993 expediente T-242)

“Nose debe confundir el derecho de petición, cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir y en obtener pronta resolución con el contenido de lo que se pide es decir con la materia de la petición. La falta de dar respuesta o la resolución tardía son formas de violación de aquel y son susceptibles de la actuación protectora del juez mediante el uso de la acción de tutela, pues en tales casos se conculca un derecho constitucional fundamental. En cambio lo que se debate ante la jurisdicción cuando se acusa el acto expreso o presunto, proferido por la administración, alude el fondo de lo pedido”.

2. OTRAS SENTENCIAS:

-Significado del término pronta resolución (Sentencia T-134 marzo 29 de 1996 Expediente T-85504 Y T-85506. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. Sentencia T-575 de 1994 M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO).

-Naturaleza del Derecho de Petición (T-403 de 1996 julio 25, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA).

-La solicitud de documentos adicionales no exime a las autoridades de una respuesta inmediata.(C.E., Sec. Tercera, octubre 28/96. M.P. LUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ).

-Criterios que debe observar la administración para contestar el derecho de petición. (Sentencia T-517 de 1996, octubre 9 M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL, Sentencia T-718 de noviembre de 1998, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ).

-El derecho de petición también debe cumplirse por las fuerzas militares(SU-200, Abril 17 de 1997; T-498 octubre 6 de 1997, M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA; T-165 de 1 de abril de 1997; T-206 de 26 de abril de 1997; T-228 de 13 de mayo de 1997; T-545 de 1997 de 28 de octubre de 1997).

-Derecho de petición ante autoridad pública no cobija datos de gestión privada de Servicios públicos Domiciliarios (Sentencia T-1, ene. 16/98. M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL).

-Principios legales del derecho de Petición (Sentencia de noviembre 27 de 1997 Expediente C-621 M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA

- No otorgar respuesta a la solicitud de revocatoria del acto administrativo viola el derecho de petición (Sentencia de Febrero 10 de 1998 Expediente 144806 M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO).

-Respuesta del derecho de petición a través de medios masivos de comunicación (Sentencia de Marzo 11 de 1998, Expediente T-139.747 M.P. JORGE MEJÍA ARANGO).

La prolifera jurisprudencia de las altas Cortes, solo puede permitir llegar a una conclusión, el derecho de petición y su desarrollo debe ser Constitucional, y el intento por deslegalizar esa categoría tratándose de una herramienta de efectivización y realización de derechos fundamentales ha traído consigo la permanente reducción de criterios legales con los que se quiso configurar el derecho acción y debe ser el derecho constitucional y procesal constitucional el soporte para reconstruirla atendiendo a la experiencia legislativa circundante y el desarrollo jurisprudencial, en atención a ello, es posible abstraer las siguientes ideas en pro del mantenimiento de la experiencia y los pronunciamientos sin olvidar los complementos ya citados.

Como elementos básicos del derecho de petición deben considerarse:

Dada su naturaleza jurídica, el derecho de petición debe permitir elevarse ante personas y autoridades públicas y privadas con el fin de que adecúen su conducta y sus acciones (en sentido amplio) al orden constitucional y en consideración al cumplimiento y respeto por los derechos fundamentales.

El derecho a que dichas solicitudes sean objeto de pronta resolución o respuesta.

Dejar constancia de recibido en copia del documento que se entrega a fin de observar los términos propios para la resolución del derecho de petición; lo que de igual manera, en el caso de autoridades públicas, servirá para contabilizar los términos del silencio administrativo y sus

consecuencias; en el caso de particulares y otros funcionarios deberá proponerse las consecuencias jurídicas a lugar, pero en todo caso el control constitucional en protección del derecho fundamental no solo dirigirá su acción a la mera contestación sino a la protección del derecho fundamental propio del derecho de petición y subsecuente del mismo.

Dados los artículos 20, 23 y 74 Constitucionales, como tipos de petición se deben considerar: (16) (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-567 de 23 de octubre 1992.

QUEJAS, cuando se coloque en conocimiento de las autoridades conductas irregulares de servidores públicos o de particulares, y las mismas lesionen o pongan en peligro derechos fundamentales.

RECLAMOS, cuando se dé a conocer a las autoridades la injustificada o de la prestación deficiente de un servicio público.

MANIFESTACIONES, cuando en ejercicio de actividad particular o pública se inclumpla con las funciones inherentes o derivadas del cargo o ejercicio de actividad sin justificación.

PETICIONES DE INFORMACIÓN, cuando se formulan a las autoridades para que estas:

Den a conocer como han actuado en un caso concreto

Permitan el examen de documentos públicos que tienen en su poder, siempre que no gocen de reserva previa ley que así lo exprese.

Expidan copia de documentos que reposan en una oficina pública o privada.

CONSULTAS: Cuando se presentan a las autoridades para que manifiesten su parecer sobre materias relacionadas con sus atribuciones, y en casos expresos dicho concepto debe tener un efecto vinculante, especialmente cuando del mismo se derive la aplicación del precedente jurisprudencial(17) (Ley 1395 de 2010).

En lo que respecta a los términos de contestación de la petición:

(48) Cuarenta y ocho horas a partir del momento en que se presenta la petición cuando quiera que su no resolución transgreda de manera

grave derechos fundamentales o produzca un perjuicio irremediable y se requiera de la respuesta para el cabal ejercicio y materialidad en la protección de un derecho fundamental.

En los demás casos:

(15) Quince días para contestar quejas, reclamos y manifestaciones
Derecho de Petición en Interés general y Derecho de Petición en Interés Particular.

(10) Diez días para contestar peticiones de información

(30) Treinta días para contestar consultas.

Debiéndose entender, que los anteriores, en toda situación son plazos máximos para dar contestación a los derechos de petición y en consideración a que tanto particulares como servidores públicos debe actuar frente a las peticiones con celeridad y eficacia, y que cualquier perjuicio derivado de la demora en la contestación genera responsabilidad por incumplimiento a la Constitución, además que en los casos de deber de resolución en cuarenta y ocho (48) horas la no respuesta genera el silencio administrativo positivo, así mismo cumplidos los términos señalados se produzca en todo caso la violación del derecho fundamental de petición y automáticamente el silencio administrativo positivo o negativo según sea condicionado por el legislador ya que es práctica recurrente violar los términos de la contestación a expensa de la generación o espera del silencio administrativo negativo establecido a noventa (90) días que consagra el artículo 40 del C.C.A.

Como consecuencias por no responder o responder inoportunamente el derecho de petición, se sugieren:

En caso de un servidor público, por no responder el derecho de petición o responderlo tardíamente o responderlo de manera incompleta frente a las solicitudes incoadas, causal de mala conducta (artículos 12 y 25 de la ley 57 de 1985), lo anterior se deriva del artículo 6° Constitucional que hace referencia a la responsabilidad de servidores públicos y particulares en acuerdo con el artículo 31 y 76 Causales de mala conducta de los funcionarios u órganos del C.C.A. que manifiesta:

“Deber de responder las peticiones: Será deber primordial de todas las autoridades hacer efectivo el ejercicio del derecho que consagra el

artículo 45 de la Constitución Política (léase 23) mediante la rápida y oportuna resolución de las peticiones que, en términos comedidos, se les formulen y que tengan relación directa con las actividades a cargo de esas mismas autoridades.

En el caso de particulares, la consecuencia deberá ser pecuniaria convertible proporcionalmente en arresto, y en uno u otro caso por perjuicios adicionales derivados la condena por responsabilidad e investigación penal según deba ser regulado legislativamente.

Para la salvaguarda del derecho fundamental de petición, las características de la respuestas son las siguientes: Pronta, oportuna, pertinente, completa, clara, concisa, precisa e integral, en todo caso, considerándose del núcleo esencial del derecho fundamental de petición los las características de: pronta, oportuna y “completa e integral”.

Como Derecho de petición y democracia son instituciones que se complementan, y en no pocas oportunidades se busca por parte de la administración la explicación a una acción u omisión que el peticionario encuentra irregular o indebida, y esa es la causa para recurrir ante un funcionario público o un particular. En el caso de un funcionario que produzca la decisión censurable, debe darse la oportunidad de revocar su acto, si persiste bien por razones de convicción, o por motivos de vanidad personal; debe preverse la posibilidad de acudir funcionario superior del que tenga dependencia para que en apelación, la aclare, la revise, la modifique o la revoque, así mismo quien demuestra su inconformidad debe argumentar su proposición jurídica en la posible violación de la Constitución o de la ley.

No debe ser de recibo constitucionalmente, la normativa según la cual las características de del derecho de petición de: “pronto, oportuno, completo e integral” se modifican o distraen por la excepción según la cual “en caso de no ser suficiente el plazo contemplado en la norma para contestar se debe informar al interesado los motivos de la demora y la fecha en que producirá la respuesta” tal y como lo contempla el Contencioso Administrativo, menos aún que a expensa de la autoridad quede la determinación de fijar el nuevo plazo para resolver la petición, en tanto, para dichos casos lo que se ha observado es la comisión de una conducta punible denominada prevaricado por omisión (Ley 599 de 24 de julio de 2000) en cuanto el funcionario omite, rehúsa, retarda o deniega un acto propio de su función; en el mismo sentido, dado que el respeto por la Constitución constituye un deber del particular, debe implementarse para

el caso de la violación al derecho de petición un delitos que en proporción a las circunstancias genere la responsabilidad del particular que viola el derecho fundamental de petición.

En ese sentido, dadas las insinuaciones o reflexiones antes expresadas se cumple con la titularidad del derecho de petición en términos constitucionales, así, podrán invocar derecho de petición o consulta todas las personas, sin excepción alguna, lo que equivale a decir que cubre tanto a nacionales, como a extranjeros; personas naturales y jurídicas, mayores y menores de edad; funcionarios y particulares y las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado (art. 5º, 9º, 17 y 25 C.C.A.).

De la misma manera debe considerarse que si el derecho de petición es de carácter fundamental y de él son titulares todas las personas, sin excepción, no es lógico considerar la restricción hasta la fecha establecida en el caso de los miembros adscritos a Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pues en nada debe afectar el ejercicio del precitado derecho fundamental con los actos propios del servicio o con ocasión del servicio.

Si del desistimiento de la petición se trata, debe considerarse la disposición del derecho y si el desistimiento afecta derechos de terceros en los casos de la representación legal, en el primer caso siendo un derecho fundamental y teniendo libre disposición de él, dada la capacidad de quien hace uso de él, debe permitirse el desistimiento; no así de quien dependiendo de quién lo invoca puede verse perjudicado por el desistimiento, ya que en dicho caso debe existir el deber de continuidad de oficio por encima de la representación a efecto de salvaguardar el derecho fundamental, y de la misma manera, debe procederse en los casos relacionados con aspectos de interés general; esto quiere decir que un particular puede actuar movido por un interés personal que a su vez puede contener aspectos o materias de interés general o público. De aquí ha nacido, también, la idea del desistimiento presunto o tácito; ello ocurre cuando el peticionario es requerido para que satisfaga una exigencia de tramitación de su solicitud y no accede a suministrar los documentos o las informaciones dentro de la oportunidad legal que es de dos (2) meses a partir del requerimiento. Tal negligencia hace suponer que ha dejado de tener interés para el peticionario la tramitación de la solicitud, por lo que el funcionario competente puede ordenar inmediatamente el archivo del expediente. Esta decisión administrativa, sin embargo, no enerva la posibilidad futura para resolver o intentar la petición, porque no hace tránsito a nada; con todo, debe observarse que la nueva solicitud sólo prosperará en el caso de que el derecho sustancial que se reclama no haya prescrito

de acuerdo con la ley sustancial correspondiente. Porque la petición incompleta, como lo ha estatuido la jurisprudencia nacional, no interrumpe el término legal para la prescripción del derecho sustancial (C.C.A., Art.8), en todos los casos previstos debe regularse constitucionalmente las situaciones a efecto de que en ningún caso se permita la vulneración o amenaza del derecho fundamental de petición o los subsecuentes que se pretendan hacer valer con la utilización del mismo.

Algunos autores han pretendido contraponer derecho de petición (C.N., art. 45 hoy Art. 23) y derecho de defensa (C.N., art. 26, ahora Art. 29) como si se tratara de dos especies diversas del instituto jurídico, sin embargo, para el maestro Couture el concepto de acción se perfila con más claridad "Como una forma típica del derecho constitucional de petición.

Con todo, existe una real diferencia entre el derecho de petición y el ejercicio del derecho de defensa que garantiza la Constitución Nacional en su artículo 26, hoy ART. 29 Estriba tal diferencia en que el solo ejercicio del derecho de petición es diferente de la facultad para litigar en causa propia o ajena en materia de impuesto de timbres, por que el ejercicio del derecho de petición se halla exento de ellos (C.C.A., art.39).

El derecho de Petición es una forma de mantener el orden justo expresado en la Constitución Nacional en cuyo caso el constituyente fijó procedimientos para restablecerlo donde y cuando fuere alterado, mediante ellos las personas pueden pedir que la conducta o decisión acusada se someta al sistema de justicia de la Constitución Nacional ellos son principalmente el:

Derecho de petición dentro del cual se insertan los recursos gubernativos.

Derecho de acción que comprende los recursos del proceso y ciertos mecanismos particulares de defensa.

Por eso se dice que el derecho de petición es una forma de defensa frente a la conducta pública y extensible inclusive a la privada.

Con su aparente sencillez tanto en su carácter de institución jurídica como respecto de su ejercicio, el derecho de petición constituye una de las más preciosas conquistas del hombre ante la invertebrada omnipotencia del Estado y sus agentes, ante la intangibilidad antigua del Estado y de sus decisiones, el derecho público moderno ofrece a los administrados este derecho no como una vía legal sino constitucional expedita, por eso

Pedro Antonio Lopera Rodríguez define la petición como: "La facultad general de las personas, para elevar en cualquier momento ante un órgano o autoridad o particular peticiones o solicitudes respetuosas y a obtener pronta resolución".

Toda consideración sobre el derecho de petición debe tener en cuenta su carácter fundamental, en las disposiciones del nuevo ordenamiento Constitucional.

De lo dicho se puede indicar que hay dos principios básicos legales respecto de la petición (18)(Corte Constitucional noviembre 27 de 1997 Expediente C-621 M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA). Sobre el significado de "Pronta Resolución", la Corte Constitucional (19) (Sentencia T-134 de marzo 29 de 1996, Expedientes T-85444 y T-85506 M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA, y en sentencia T-575 de 1994 M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO) se expresó:

"Significa que no solo la ausencia de respuesta vulnera el derecho de petición, sino la decisión tardía o inoportuna, así como la decisión incompleta o que en nada hace referencia a lo solicitado también lo vulnera, pues la ley es clara, e informa en qué términos se debe contestar y cuál ha de ser el contenido de la respuesta. El Estatuto indica dentro de cuales términos de tiempo y de forma debe darse dicha respuesta, pero puede acontecer que dada la complejidad del asunto o por motivos de diverso orden no es posible resolver dentro de los términos preestablecidos, en dicha hipótesis, de acuerdo con la norma citada, la administración debe informar indicando los motivos por los cuales se hará una especie de prórroga en el tiempo de contestación, nuevo término que debe ajustarse a los presupuestos de proporcionalidad y razonabilidad, lo que debe consultar con la importancia del trámite a efectuarse, todo por cuanto, el derecho de petición lleva implícito un concepto de decisión material, real, eficaz, coherente, oportuno, valedero y verdadero, y no apenas aparente. Por eso se afirma categóricamente que el derecho de petición también se viola cuando a pesar de la oportunidad de respuesta y de facto procederse a dar contestación, en la respuesta se alude a temas diferentes de los planteados o se evade la determinación que el funcionario deba adoptar.

La decisión una vez tomada, debe trascender en el ámbito de la administración y ser puesta en conocimiento del particular, mediante la utilización de los medios que el ordenamiento jurídico contempla para ese efecto. Lo resuelto tiene un claro destinatario y la autoridad no cumple con su obligación de resolver guardando para sí el sentido de lo decidido. Al

petionario le asiste el derecho de conocer la respuesta y, si es del caso, de controvertirla utilizando los respectivos recursos”.

Para efectos probatorios y de identificación de posible vulneración al derecho fundamental de petición, la forma de presentación ha de ser por escrito ya que ello genera una mayor eficacia a la hora de ejercer el control, y de la misma manera, si en la contestación de exige un conjunto de condiciones, a quien la hace o presenta debe exigirse la claridad de la misma, la entrega de anexos que considere pertinentes, que la solicitud sea precisa, concisa y lo más completa posible.

En cuanto a la respuesta positiva o negativa de la petición atendiendo a lo expresado por la Corte Constitucional (20) (Sentencia T-610, de diciembre 12 de 1995, expediente 80061, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA) indicó que:

“El sentido del derecho de petición o de solicitud de consulta es el de asegurar una vía expedita para que el gobernado sea oído por los gobernantes y para que sus solicitudes reciban curso adecuado y sean objeto de rápida y eficiente definición pero que en modo alguno compromete a quien contesta a adoptar siempre una decisión favorable porque de así haberlo concebido la normatividad se estaría partiendo de un recorte o coacción que tampoco es aceptable, ya que debe recordarse que depende del tema de la petición esta se responderá favorablemente o atendiendo a la propia ley en ocasiones no se pueden satisfacer a plenitud las solicitudes, lo que tampoco significa que de observarse alguna falta contra el derecho de petición no puedan proseguirse con los lineamientos de carácter legal para que se rectifique la contestación o revoque”.

El funcionario competente deberá ser un Juez Constitucional, por lo que se sugiere al interior de la Jurisdicción Constitucional consolidar el control constitucional a partir de la H. Corte Constitucional, Tribunal Constitucional, Jueces Constitucionales y Jueces de Control de Garantías, como control concentrado, sin perjuicio del control difuso. Todo lo que podrá ser objeto de reparto de competencias, tema del que se ocupará este magno evento también en beneficio de la creación de un derecho procesal constitucional en Colombia.

Estas reflexiones ojalá permitan ser fuente de inducción para que a través de la crítica positiva podamos construir un conjunto normativo propicio en beneficio de la Institucionalidad en la consolidación de un Estado Social de Derecho dada la experiencia del marco que ofrece un

Estado Constitucional en el que se pretende no solo crear derecho sino acoger la Constitución como cultura, la cultura del respeto por el otro, la necesidad de promover cada vez un mejor vivir en comunidad, el objetivo de consolidar los fines del estado atendiendo a un ejercicio de poder cada vez más democrático y participativo.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NINO, Carlos Santiago: Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis Filosófico, Jurídico y Politológico de la Práctica Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 4

KAY, Richard S.: Constitutional Chrononomy, en Ratio Juris Vol. 13, No. 1, mayo 2000

LUCAS VERDÚ, Pablo, en Teoría de la Constitución como ciencia cultural, Madrid, Dykinson, 1997, pág. 43

Peculiaridades de la Interpretación Constitucional, Trad. De Miguel Carbonell, en GUASTINI, Ricardo: Estudios sobre la Interpretación Jurídica, México, Porrúa – UNAM, 2000, Págs., 125 y 126. FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón.

Teoría del Garantismo Penal, 2ª Ed., Madrid, Trotta, 1997, págs. 853 – 854.

Sentencia de la Corte Constitucional C - 621 de 1997 de noviembre 27, Expediente D-1709. M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA; C.S.J. Sentencia 129 de 17 de septiembre de 1987 con Ponencia del DR. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ

Artículo 2º Constitucional

Artículo 20 y 74 Constitucional

Artículo 74 Constitucional

Artículo 8º

Ley 74 de 1968, artículo 16

Ley 16 de 1972, artículo 8º

Ley 51 de 1981, artículo 15

Ley 12 de 199, artículo 10°

Artículo 52

Sentencia de 9 de diciembre de 1997, expediente T-663 M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y de 23 de junio de 1993 expediente T-242

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-567 de 23 de octubre 1992

Ley 1395 de 2010

Corte Constitucional noviembre 27 de 1997 Expediente C-621 M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA

Sentencia T-134 de marzo 29 de 1996, Expedientes T-85444 y T-85506 M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA, y sentencia T-575 de 1994 M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Sentencia T-610, de diciembre 12 de 1995, expediente 80061, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

VI

JUSTICIA, DERECHO E IGUALDAD

La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas.

Habermas

Por: Gerardo Durango Álvarez

Doctor en Derecho: Derechos Fundamentales. Universidad Carlos III, Madrid, España. Magíster en Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III, Madrid. Especialista en Derechos Humanos. Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia. Profesor investigador asociado de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Departamento de Ciencia Política. Director del grupo de investigaciones Teoría Política y Derechos Fundamentales, clasificado en Colciencias. Este artículo hace parte de la investigación financiada por la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, titulada: Las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Correo: gerardodurango@yahoo.es.

SUMARIO

1. concepciones generales de la justicia, 2. modelos de justicia, 2.1 el modelo contractual. 2.2. el modelo argumentativo de la justicia, 2.3. el modelo de la justicia restaurativa, 3. Bibliografía

RESUMEN

La justicia¹ es un principio que está ligado a la toma de decisiones² incluyentes, principalmente en y desde la esfera pública, y relaciona elementos de la política, el Derecho, la Economía y la Filosofía, entre otras disciplinas. Con razón se dice que toda sociedad incorpora de una u otra manera una idea de justicia en sus decisiones. La justicia, por lo tanto, se relaciona con la toma de decisiones imparciales para los afectados o beneficiados por las normas, bien sean estas políticas, jurídicas o morales. Como menciona I. Young, por justicia se entiende: “Aquellas condiciones institucionales requeridas para que los miembros de una determinada sociedad desarrollen y ejerciten sus capacidades y participen en la determinación de sus acciones”. (Young, 1999, p. 101). De esta manera, las pretensiones sobre la justicia marcan una relación inescindible entre lo igualitario, lo equitativo y lo imparcial, que conllevan necesariamente la búsqueda y equiparación de los grupos e individuos excluidos socialmente. Por consiguiente, ella hace referencia a las instituciones sociales y a la forma como estas ejercitan mecanismos concretos para paliar la desigualdad social. Las teorías de la justicia deben abordar temas como la exclusión social, las desigualdades sociales, los derechos de las minorías, la injusticia, el sexo, etcétera. Como bien lo expresa Ramón Vargas Machuca, “el verdadero objetivo de una concepción democrática de la justicia es alterar las relaciones de poder para que se remuevan las situaciones de dominación y exclusión”³ en las que viven muchos individuos y grupos.

Palabras clave: Justicia distributiva, conmutativa, transicional, derechos fundamentales, desigualdades de facto.

1 Justicia y Derecho, tienen un origen etimológico similar: ius (derecho) y iustum (lo justo). La justicia es un elemento integrante y complementario del Derecho.

2 Se dice que una decisión es justa si ha sido tomada de conformidad con la norma o sistema de normas consideradas vinculantes por la sociedad en conjunto y no discrimina abiertamente a un amplio grupo de esta.

3 Ramón Vargas-Machuca, “Justicia y democracia”, en Teoría política: poder, moral y democracia. Alianza, 2003, p. 178.

ABSTRACT

Justice is a principle that is bound to the decision making related to public questions; in these theories take part and proposals related to the policy, the right, economy, philosophy, and so forth. Justice therefore, are related to the impartial decision making for the affected ones or benefitting by the norms or these policies, legal or morals. As Young mentions, by justice he is understood “those required institutional conditions so that the members of a certain society develop and exercise their capacities and participate in the determination of their actions”. This way, the pretensions on justice mark an inescindible relation between egalitarian, equitable and impartial that, necessarily entail to the search and comparison of the groups and the individuals that worse are surpassed socially. Therefore, justice makes reference to the social institutions and the form as these exercise concrete mechanisms to palliate the social inequality. The injustice on the other hand pronounces *de facto* in those situations that they promote the domination and the exclusion. As it express Ramón Vargas Machuca, “the true objective of a democratic conception of justice is to alter the relations of being able so that the situations of domination and exclusion are removed” in which many individuals and groups live.

Keywords: Distributive, justice commutative, transitional justice, right fundamental, inequalities.

1. CONCEPCIONES GENERALES DE LA JUSTICIA

La pregunta ¿Qué es la justicia? no es nueva;⁴ los griegos la formularon inicialmente, se cuestionaron si ¿se podían establecer parámetros generales y racionales sobre la justicia?. ¿Quién es un hombre justo? preguntaban. Para Platón, por ejemplo, (428 a. C), la justicia es una de sus más grandes preocupaciones, a tal punto que le dedica gran parte de su filosofía. En los Diálogos y en La República, trata de dilucidar qué es la justicia. Dos elementos centrales aparecen en la teoría de Platón: 1) La razón, la cual controla los excesos y deseos individuales y 2) la política, que aporta aquellos elementos que le permiten al hombre vivir en la polis. Así, dice: “La justicia es el bien humano por excelencia; ningún mal se hace al hombre sino mermándole o quitándole este bien, esto es,

4 Entre los diversos planteamientos de la justicia se encuentran los utilitaristas. Ellos exponen que la justicia es un principio de utilidad basado en la ganancia y la utilidad resultante para el mayor número de la sociedad “como medida de lo justo y de lo injusto”. De lo que se deriva que los derechos humanos, por ejemplo, se convierten en medios para la consecución de un fin, la “mayor felicidad para el mayor número”, según la célebre frase de J. Bentham.

haciéndole injusto.”⁵ Por ende, la búsqueda constante del hombre se erige en la consecución de ese bien. Continúa afirmando que “la justicia es la máxima virtud del alma y consiste en dar a cada uno lo suyo”. De esta manera, para Platón, la justicia adecuada es la que reproduce la ley ideal. “La justicia —dikaiosine— es la virtud que se satisface cuando cada uno de los miembros de esta sociedad practica la virtud y se atiene a su función que le es propia”.⁶ El hombre, por tanto, no podrá crear normas contrarias a ese ideal de justicia, ya que esta regula sus dictámenes y su arbitrio; las leyes deben ser deducidas del mundo de las ideas —que es el verdadero bien— y de la Justicia, vividas y aplicadas dentro de la polis. En palabras de Platón, una polis justa debe ser el resultado de la unión armónica entre las diferentes partes de la sociedad.

Para Aristóteles⁷ (384 a. C), la justicia está orientada a la distribución de beneficios que reciben los ciudadanos dentro de la polis. Se divide en:

1. General. Consiste en el cumplimiento de las leyes naturales —ordena y va del todo a las partes—. Este autor distinguió dos clases de leyes; en primer lugar la natural, común a todos los hombres, por lo tanto es universal y puede ser conocida por la razón; trata sobre lo que es justo e injusto conforme a esas leyes universales. La segunda, la ley legal, trata de las normas que cada pueblo se da a sí mismo por medio de sus gobernantes.

2. Particular. Consiste en dar a cada uno lo que le corresponde en las circunstancias concretas —principio de ponderación—. Así, la justicia puede ser: a) Conmutativa —relación de individuo a individuo, igualdad aritmética en tanto trata de establecer la igualdad en los intercambios con un mismo valor, en el entendido que pretende dejar las cosas como estaban antes—, si se refiere a la relación contractual entre personas; b) Distributiva, si se refiere a la relación entre el Estado y los individuos en el reparto de bienes, cargas, méritos, atributos, derechos, deberes y ganancias. El criterio de reparto de la igualdad debe ser proporcional según la norma pública que lo aplique.⁸ Por eso, para este autor el Derecho debe

5 Platón, *La República*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, 434 c.

6 *Ibíd.*, 441 c.

7 Aristóteles, *La Política*, III, 9, 1280 a Ed. Porrúa, México, 1994. La justicia, para este autor, es una cualidad moral que obliga a las personas a realizar actos justos o la que se practica en las distribuciones de honores, dinero, o cualquier otra cosa que se reparta entre los que tienen parte en el régimen. Ver igualmente *Aristóteles, Ética a Nicómaco*, v. 2, 1130 b, 23-25, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

8 Así dice Aristóteles: “Todos están de acuerdo, en efecto, en que lo justo en las distribuciones debe consistir en la conformidad con determinados méritos...”. *Ibíd.*, v. 3, 1131 a, 25-29. Igualmente, en *La*

ser justo y su aplicación equitativa; y c) Correctiva —judicial o de ojo por ojo—, referida al equilibrio o proporción entre el delito y su correspondiente castigo o sanción. Téngase presente este concepto para cuando se hable de justicia transicional.

No se debe olvidar que para Aristóteles el fin último de la justicia es la igualdad. Tratar con igualdad cada caso requiere un sentido propio de la justicia que, conforme a la naturaleza todos los seres humanos poseen y proviene del orden objetivo, natural, que constituye la polis. Asiente Aristóteles afirmando que “parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para iguales, y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. La justicia es, pues, “tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual”.⁹ De todas maneras conviene aclarar que la justicia en los griegos traza la vida buena para todos los individuos pertenecientes a la polis, esto es, les dice cómo deben interpretar los valores predeterminados de ese modelo. Es lo que Rawls, posteriormente en su libro *Teoría de la justicia*, va a criticar como doctrinas comprensivas; en tanto que estas promueven concepciones particulares del bien.¹⁰

De esta manera, el reconocimiento del principio de la igualdad ante la Ley constituye una conquista histórica, fruto de la reflexión y denuncia de los diversos pensadores ilustrados, quienes a través de sus ideas condujeron a las revoluciones del siglo XVIII, especialmente en Francia. Dichas revoluciones pretendían reaccionar contra el orden social estamental que había caracterizado a las sociedades europeas del ‘Antiguo Régimen’ (Fioravanti, 1986, p. 36), configurando y estableciendo, de esta manera, el punto de partida del derecho a la igualdad.

Este principio de igualdad, anteriormente mencionado, va del todo a las partes y se manifiesta en el principio de imparcialidad propio de los actuales Estados democráticos de Derecho y en sus Constituciones. En la Constitución

política dice: “Al decir justas, por justicia entendemos igualdad; y esta igualdad de la justicia se refiere al mismo tiempo al interés general de la ciudad y al interés personal de cada ciudadano.” *Ibíd.*, *La política*, IV 12, 1234 b.

9 *Ibíd.*, *La política*, Op.cit., III, 10 (1280^a), 11-14. Dice el autor: “Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales.”

10 Esta es, por ejemplo, la discusión que se planteó en la Sentencia C-224 de 1994 cuando el Estado colombiano pretendió imponer la penalización de la dosis mínima, sustentado en el artículo 49 de la Constitución que dice: “La atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”. Esta decisión del Estado intentó desconocer el art. 16 constitucional sobre el libre desarrollo de la personalidad y la libre autonomía de los ciudadanos.

colombiana se traduce en la igualdad de oportunidades consagrada en el art. 13, que establece a) tratar igual lo igual y b) tratar desigual a los que lo necesitan cuando existan razones suficientes y fundadas para ello —la salud para ancianos, niños incapacitados, desplazados, etcétera—. Por su parte, en la Constitución de Estados Unidos, la justicia es un principio de igualdad, contenido en la Enmienda XIV, párrafo 1, donde dice: “Ningún estado denegará a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes”. Este principio es conocido como “Cláusula de igual protección”. Esta enmienda ha dado lugar para que grupos discriminados —como los niños afroamericanos que no podían entrar a las escuelas donde asistían niños blancos— acudan a este mecanismo constitucional para demandar las equiparaciones en derechos negadas históricamente.

Por consiguiente, la igualdad ante la ley se complementa con una cláusula de exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o del legislador, entendiéndose por discriminación aquella diferenciación introducida sin justificación, es decir, una “diferenciación injusta”. La igualdad ante la ley no solo es un límite frente al legislador, sino también un derecho subjetivo con eficacia inmediata, consistente en recibir un trato no discriminatorio por parte de cualquier norma jurídica. Un autor que se ha encargado de estudiar el principio de la igualdad es R. Alexy, para quien el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en lo siguiente:

a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.

b. “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual” (Alexy. 1993. p. 409).

Este planteamiento alexiano es claramente retomado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que afirma: “La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable...”.¹¹ En tal sentido, todo trato diferente a la igualdad se torna discriminatorio¹² si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no busca en términos del

11 BVerfGE 1, 14 (52). Citado por Alexy. Op. cit. p. 391.

12 La prohibición de la discriminación se encuentra en varios textos; por ejemplo, en el art. I de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se lee: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales respecto de sus derechos”. En varios tratados internacionales tales como la Declaración de los Derechos Humanos que en su art. 2 dice: “Se prohíbe toda forma de discriminación por razón de sexo, raza, credo, idioma...”; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 26 se afirma: “Se prohíbe toda forma de discriminación por motivos de raza, sexo, religión o expresión”.

principio de proporcionalidad un fin legítimo entre los medios empleados y el fin perseguido. Por tanto, está justificado que cuando existen razones de fondo sustentadas, el principio de igualdad posibilita la adopción de acciones afirmativas y políticas públicas que habilitan al individuo o grupo a hacer realmente efectiva la garantía de la igualdad en beneficio de sujetos que, de hecho, materialmente (Gargarella. 2007, p. 135) no se encuentran en una situación de igualdad. En tal sentido, la mayoría de las constituciones permiten tratar de modo diferente a una persona siempre que dicho trato diferente esté justificado razonablemente —proporcionalidad entre los medios y los fines— y no se establezcan exclusiones ni preferencias amañadas por parte del legislador o de quien aplica el trato diferencial.

Ahora bien, el trato igualitario no implica de facto excluir un trato diferencial para aquellos que así lo requieran. Cuando ello se necesite, se acude al mecanismo de la acción positiva; ésta se corresponde con lo que se denomina un trato 'diferente' por parte del Estado o de los operadores jurídicos, modificando o cambiando algunas veces las disposiciones impugnadas, con las cuales se pretende nivelar o equiparar a grupos o individuos que histórica o socialmente se encuentran desaventajados, bien sea por criterios basados en el origen étnico —criterio estricto—, bien sea por el criterio diferente —sexo, condiciones sociales, económicas, religiosas—; estas acciones son la que se conocen como acciones afirmativas¹³ (Rosenfeld, 1991, p. 67).

Desde la perspectiva de la igualdad material la justicia puede ser entendida como un mecanismo equiparador de derechos utilizado por individuos para reclamar las garantías de los mismos,¹⁴ esto es, hacerlos justiciables. La justicia, por tanto, se convierte en un mecanismo público de solución de conflictos, asignación de recursos y beneficios sociales, mediante la interpretación razonada y razonable de la ley por los jueces, los ciudadanos y el Estado en general. Según una larga tradición filosófica, jurídica y política, la justicia delimita y armoniza aquellas pretensiones e intereses en conflicto propios de la vida social, buscando una distribución igualitaria de las cargas y beneficios, entrando en oposición con cualquier toma arbitraria de decisiones.

13 . La Constitución Argentina de 1994 ha sido una de las primeras constituciones en América Latina que introduce de manera directa el término de acciones afirmativas. Así indica en el art. 75, 23 que el Congreso debe sancionar leyes que establezcan "acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos".

14 Como afirma O. Höffe: "Estas demandas se dirigen sobre todo a las instituciones sociales y expresamente a las formas jurídicas y estatales (nacionales e internacionales); se trata por tanto de una justicia política". *Justicia política*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 49.

Esta idea de justicia excluye, en definitiva, toda discriminación arbitraria,¹⁵ ya sea por parte del juez o por parte del legislador, siempre que por 'discriminación arbitraria' se entienda una discriminación introducida sin justificación racional. El respeto de esta regla de justicia —justicia formal— se resuelve en la aplicación imparcial de la ley. Sobre la aplicación de la justicia dijo Hart:

Podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que debe aplicarse en los distintos casos la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho; lo que constituye una garantía de imparcialidad u objetividad, dirigidas a asegurar que el derecho será aplicado a todos aquellos casos, y solo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo.¹⁶

Así, la justicia es un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, en tanto establece que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

Estos límites al ejercicio del poder presentan las siguientes características:

1) Un estándar de conducta consistente en tratar los casos y personas iguales de manera igual, lo que expresa un deber de no variar la decisión tomada de manera arbitraria. Ejemplo: el caso individual C1 es igual al caso individual C2 en aquellos casos que así lo requieran —tratar igual lo que es igual—. Esta concepción formal se asocia a la idea de la justicia distributiva¹⁷ de recursos como la renta, educación, salud y derechos, entre otros.

2) Un criterio de excepción en la igualdad, esto es, analizar si los casos ameritan ser considerados iguales y cuándo no. Este mecanismo es planteado como 'acción positiva',¹⁸ entendiendo por ésta, los mecanismos

15 No en vano, un autor como R. Alexy ha plantado que "El Derecho (entiéndase justicia) es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consistente en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución generalmente eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas". Alexy, *El concepto y validez del Derecho*, Gedisa, 1994, p. 86.

16 Hart, H. L. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires. 1963, p. 89. Dice el autor que "justo o injusto son formas más específicas de crítica moral que bueno y malo, correcto o incorrecto". *Ibid.*, p. 197.

17 A. Sen critica esta concepción formal de la justicia en tanto no diferencia entre los individuos y sus necesidades en el momento de la repartición de los recursos.

18 Según Rey Martínez las acciones positivas establecen "la adopción de medidas reequilibradoras de las situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva

especiales que busca nivelar individuos o grupos desaventajados social e históricamente por parte de quien ostenta el poder y por quienes toman decisiones. La acción positiva comporta una equiparación en la igualdad para quien se encuentra excluido por la norma. Ejemplo: protección especial y urgente a los desplazados según lo ordena la sentencia T-025 de 2004; garantías constitucionales a los pueblos indígenas conforme a los art. 7, 246, 247 de la Constitución Política; prohibición de retiro del servicio a las madres cabeza de familia en el programa de Renovación de la Administración Pública según la Sentencia C-044 de 2004; inembargabilidad sobre el único bien urbano o rural de propiedad de las mujeres cabeza de familia estipulada en la Sentencia C-722 de 2004. En una sentencia más reciente la Corte Constitucional puso en igualdad de condiciones los derechos y los deberes de las parejas del mismo sexo con los de las parejas heterosexuales conforme la Sentencia C-336 de 2008, etcétera. Es de anotar que dichos criterios de compensación de los grupos desaventajados han sido retomados por parte de la Corte Constitucional colombiana del modelo constitucional español (Durango, 2010, p. 645). Así, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional español se encuentra una sentencia que se puede catalogar como hito al respecto; nos referimos a la STC 98/1983. En esta se concreta el restablecimiento del derecho vulnerado y manifiesto en una discriminación a la que se había sometido al varón que había quedado viudo, en tanto la norma solo reconocía la pensión de viudedad para la mujer. El Tribunal en amparo, analiza por qué el legislador colocó más requisitos a los hombres que a las mujeres para obtener la pensión de viudedad, situación que llevó al Tribunal a complementar, por medio de una sentencia aditiva, el vacío dejado por el legislador agregando la expresión 'hombre' en sentido igual al de la mujer, para reclamar la pensión mencionada.

equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres; para asegurar, en suma, el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de las mujeres". Rey Martínez, F. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, p. 64. La acción positiva se establece constitucionalmente en Colombia en el artículo 13, una consagración formal del derecho fundamental a la igualdad, pero es sabido que la igualdad material está aún en ciernes, debido especialmente a la discriminación que sufren grupos e individuos desaventajados socialmente; dichas manifestaciones discriminatorias se han incrustado en espacios sociales, convirtiéndose en situaciones de facto muy difíciles de erradicar, tales como: los permisos de maternidad, acceso a medios de comunicación, publicidad, vivienda, altos índices de desempleo femenino, condiciones de trabajo, diferencias salariales, la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones, la violencia de género, falta de acceso a la educación, desplazamiento, falta de oportunidades de participación en la vida política, etcétera. Un ejemplo claro de lo anterior es la sentencia C-371 de 2000, que al referirse a la discriminación de ciertos grupos sociales estableció: "En esa medida, se puede afirmar que existe la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables. Se impone, entonces, el compromiso de impedir el mantenimiento y la perpetuación de tales situaciones, por la vía de neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se derivan."

Ahora bien, los principios anteriormente señalados han tomado varios caminos, según la concepción de la justicia que expongan y sustenten los principales autores. A continuación se abordarán las propuestas teóricas más representativas sobre la justicia, tales como las de Hobbes, Rawls y Habermas.

2. MODELOS DE JUSTICIA

2.1 EL MODELO CONTRACTUAL

En la modernidad el concepto de justicia no está asociado a la idea de justicia natural, sino todo lo contrario, está asociada a la existencia de un nuevo orden social que trae aparejada la idea del individuo racional como pieza clave en la búsqueda y concreción de la justicia. Esta idea se encuentra ligada, ante todo, a las categorías de libertad e igualdad. El modelo contractual¹⁹ —formal— representa un renacimiento de la idea del contrato social, en el cual los individuos realizan un pacto que permita salir del estado de naturaleza, en el que se presentaba una lucha de todos contra todos, según el análisis hobbesiano. Así, este autor expone:

El único modo de erigir un poder común capaz de defenderlos de la invasión extranjera y las injurias de unos a otros (asegurando así que, por su propia industria y por los frutos de la tierra, los hombres puedan alimentarse a sí mismos y vivir en el contento), es conferir todo su poder y fuerza a un hombre o una asamblea de hombres, que pueda reducir sus voluntades, con pluralidad de voces, a una voluntad. (Hobbes. 1992. p. 39).

Con esto buscaba proponer el paso a un Estado civil²⁰ donde el Estado controle el monopolio del poder. Una de las razones es que para los teóricos contractualistas —Hobbes lo es—, la idea de justicia es el resultado de un acuerdo entre los súbditos y el soberano con el fin de asegurar la propiedad y la libertad. Para este autor²¹ la justicia es la voluntad constante de “dar a cada uno lo suyo conforme la Ley”; de lo cual se deriva que:

19 El planteamiento contractualista se sustenta en tres elementos: a) un estado de naturaleza, donde la ley es inexistente, lo que lleva a que no exista una clasificación de lo que es justo; b) la necesidad de establecer un pacto subjectionis por el que se establecen las condiciones de la convivencia común y, con ellas, los criterios de justicia; c) el paso del estado de naturaleza al estado civil, lo que supone la conformación de un poder soberano que debe su poder a la delegación que hacen los individuos de su libertad y seguridad al Estado; este debe velar por el cumplimiento del pacto, además de ser el encargado de ejercer por la fuerza que el hombre no vuelva al estado de naturaleza.

20 Según Bobbio, el Estado en Hobbes representa “la unidad de la voluntad frente a la multiplicidad de las voluntades del estado natural, la norma objetiva frente al derecho subjetivo, la obligación frente al árbitro, la autoridad frente a la libertad...”. Bobbio, N. De Cive. F. C.E, México, 1982. p. 79.

21 *Ibíd.*, p. 9.

1. Algo es justo si va conforme a la ley.
2. Algo es injusto cuando es contrario a la ley.

Para Hobbes, conforme a lo anterior, en el estado de naturaleza el Derecho natural aún no tiene vigencia y no obliga a nadie, pues en él todos los hombres son iguales pero potencialmente enemigos.²² Por esta razón defendió la necesidad de construir el Estado, con el argumento de que la vida en el estado de naturaleza era imposible,²³ pues en tal situación existe el peligro latente de guerra de todos contra todos, dado que la ley natural no garantiza la vida en sociedad, razón por la cual, „aun el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, ya sea por maquinación secreta o por federación con otros que se encuentran en el mismo peligro que él.”²⁴ En el estado de naturaleza prevalece la inseguridad y ésta es la base de la guerra de todos contra todos.

Así que todos renuncian, mediante un pacto, a toda su libertad para instituir el poder soberano, capaz de obligar a los individuos a su cumplimiento. La ficción del ‘estado de naturaleza’ tiene como fundamento esencial resaltar el paso al Estado civil por medio de un pacto subyugación, esto es, un hombre que tiene libertad si hace un pacto de sometimiento con el Estado —libertad condicionada y restringida en exceso—. En este sentido afirma Macpherson que Hobbes inaugura un discurso sobre la génesis y fundamentos del orden político en el cual el punto de partida es la idea de un individuo libre, sin dependencia alguna, sin obligación moral, sin pecado original ni méritos derivados de la creación; un discurso que pone al hombre como artífice del Estado, de la moral, de la justicia, del bien y del mal. (Macpherson, 1979, p. 139).

El soberano, entonces, crea las leyes civiles —Derecho positivo que garantiza el poder del Estado— y todos los hombres están obligados a obedecer. Éste es uno de los fundamentos de la justicia, que consiste en obedecer incondicionalmente al derecho positivo convirtiéndose en una ‘virtud’ esencialmente jurídica. Por consiguiente la creación del Leviatán

22 Dice Hobbes: “Pues donde no ha precedido pacto, no ha sido transferido derecho, y todo hombre tiene derecho a toda cosa y, por consiguiente, ninguna acción puede ser injusta [...] *allí donde no hay república, nada es injusto*”. *Ibíd.*, p. 10.

23 Así dice: “Pues las palabras bueno, malo y despreciable son siempre usadas en relación con la persona que las usa, no habiendo nada simple y absolutamente tal, ni regla alguna común del bien y del mal que se derive de la naturaleza de los objetos mismos, sino del individuo (donde no haya República) o de un representante (cuando la hay), o de un árbitro o juez, a quienes hombres en desacuerdo eligen por consenso, haciendo de su sentencia regla”. *Ibíd.*, p. 234.

24 *Ibíd.*, p. 189.

—no sin razón dice que sin la espada los pactos no son sino palabras y carecen de fuerza para asegurar en absoluto a un hombre— ha de regular la vida, bienes y seguridad de los individuos. El autor que representa una postura neo-contractualista y anti-utilitarista es John Rawls. (Rawls, 1974), quien entiende la idea de la justicia como la primera virtud de las instituciones políticas parte de una pregunta fundamental: ¿Cómo sería una sociedad perfectamente justa? Para responder a esta pregunta, Rawls plantea que el objeto básico y esencial de la justicia es la construcción de la estructura básica y esencial de la sociedad —cómo distribuyen los ingresos, derechos y deberes los modernos Estados de Derecho—. De esta manera, para Rawls, la justicia como imparcialidad comienza con la elección de dos principios de justicia —elegidos en condiciones de igualdad, libertad y en una situación contractual racional denominada posición original, en la que se buscan que los acuerdos alcanzados sean justos— que habrán de regular las instituciones y la estructura básica de la sociedad.

De allí que para Rawls, una *“concepción política de la justicia no debe ser formulada en términos de doctrinas filosóficas, religiosas o morales sino en ciertas ideas intuitivas latentes en la cultura de una sociedad democrática”*.²⁵ A este tipo de doctrinas el autor las denomina *‘doctrinas comprensivas’*, que no pueden aunar el consenso social sobre determinadas normas sino mediante la violencia o la coacción, lo que conlleva, en palabras de Rawls, a que exista un profundo desacuerdo sobre los principios básicos sociales. (Piénsese, por ejemplo, en una doctrina religiosa que imponga ciertos acuerdos sociales). En contra de las doctrinas comprensivas propone su teoría sobre el pluralismo razonable que, en la terminología rawlsiana, consiste en que en el mundo contemporáneo existen multiplicidad de doctrinas comprensivas —que tratan de responder sobre concepciones concretas de la vida buena—, todas válidas, lo que genera gran cantidad de problemas al tratar de concebir quién tiene la verdad, pues no existe un orden ‘universal’ absoluto de fundamentación. El liberalismo político (Rawls, 1996, p. 205) no pretende erigirse como tal, cuestión esta en la que habían caído anteriores teorías políticas de la democracia. De allí que Rawls postule dos principios de justicia que integran las múltiples doctrinas comprensivas que existen hoy, con los que busca sustentar su teoría en un Liberalismo Político como una opción para tratar de aunar dichas pluralidades y lograr acuerdos más duraderos y legítimos social y democráticamente.

Dichos principios son:

25 *Ibíd.*, p. 78.

1. “Todas las personas son iguales en punto de exigir un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y en este esquema las libertades políticas y solo ellas, han de tener garantizado su valor equitativo”.

2. “Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos, en condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad”.²⁶

Estos principios son la base de la estructura de una sociedad justa en tanto orientan las instituciones sociales, como por ejemplo los derechos fundamentales, el Estado de Derecho, los poderes legislativos, la administración de justicia, la regla de la mayoría, la concreción de la igualdad y la libertad. A estos últimos Rawls los denomina esencias constitucionales —constitucional essentials²⁷—. Rawls le asigna a estas últimas la categoría de razón pública,²⁸ y entiende por tal aquellos espacios democráticos por medio de los cuales los ciudadanos logran acuerdos básicos en la esfera pública en tanto se consideren razonables. Es de anotar que para el autor en mención se excluyen de la razón pública aquellas doctrinas comprensivas anteriormente señaladas, ya que una de las características de la razón pública es que sus límites no se aplican a las deliberaciones y reflexiones personales sobre las cuestiones políticas o al razonamiento acerca de ellas por miembros de asociaciones tales como las iglesias y las universidades, todo lo cual forma parte del trasfondo cultural que no debe ser base de apoyo de la razón pública.

2.2. EL MODELO ARGUMENTATIVO DE LA JUSTICIA

Este modelo parte de la idea de un mecanismo que ha de conducir a un consenso o acuerdo ideal y razonable sobre lo que es justo o injusto, a través de las acciones comunicativas —intersubjetivas— ofrecidas en los

²⁶ *Ibid.*, p. 35.

²⁷ “De manera semejante, si bien un mínimo social que prevea para las necesidades básicas de todos los ciudadanos es también un elemento esencial, lo que he llamado el ‘principio de la diferencia’ exige más, y no es un elemento constitucional esencial.” *Ibid.*, pp. 218, 262.

²⁸ Siguiendo a Ackerman, Rawls le confiere la salvaguarda de la Razón Pública a la Suprema Corte, afirmando que es una entidad institucional ejemplar, por lo que se deduce que la razón pública es la única razón ejercida por esta. Así, dice: “Los ciudadanos y los legisladores pueden votar por sus más amplios puntos de vista cuando no estén en juego los elementos constitucionales esenciales y la justicia básica.” *Ibid.*, Rawls, *Liberalismo político*, p. 224.

procedimientos democráticos y en las pretensiones de validez entabladas argumentativamente con los sujetos participantes en el diálogo. Ejemplo: todos los discursos presentan igual validez, nadie puede ser excluido arbitrariamente del debate, no deben existir limitaciones exteriores que limiten la argumentación tales como la fuerza o el dolo, etcétera. Estas reglas de la argumentación han influido en los procesos penales y en la conformación de los jueces de paz y conciliadores en equidad.²⁹ Este modelo sitúa la justicia en el ámbito de la comunicación humana. Un exponente de esta propuesta es Chaïm Perelman, para quien un discurso real sobre la justicia se ha de acercar a las mayores posibilidades argumentativas, tanto en la vida práctica como en las decisiones judiciales. Para Habermas las condiciones de formación de la voluntad y la participación en la esfera pública han sido, sobre todo, desarrolladas por el republicanismo. Dice: “La comprensión republicana de la política pone en primer plano la conexión interna del sistema de los derechos con la autonomía política de los ciudadanos.” (Habermas, 1998. p. 348).

De esta manera, Habermas realiza una lectura discursiva de los derechos fundamentales y de la justicia, sustentado en el principio discursivo. La justicia se construye en la deliberación pública, pues allí se establecen los criterios para fundar las condiciones fácticas que van a permitir construir la igualdad jurídica.

En tal sentido Jürgen Habermas sostiene que la argumentación discursiva procura reconstruir un consenso normativo que ha sido problematizado o se ha roto por múltiples circunstancias. Propone la realización de unas cualidades formales del discurso: igualdad de posibilidades para los participantes del discurso, libertad de expresión, ningún privilegio interno o externo en la argumentación, veracidad y ausencia de coacción. Su cometido es obtener acuerdos válidos por todos los afectados en el diálogo. Este autor explica la justicia mediante la búsqueda de un consenso (Durango, 2006) ideal superpuesto que legitime mediante “la fuerza del mejor argumento” aquellas decisiones democráticas más relevantes para los individuos.

²⁹ Es una especie de justicia material que busca solucionar los conflictos acudiendo a instancias decisorias, imparciales y respetuosas de las normas legitimadas previamente en los procedimientos democráticos y legalizados mediante procesos jurídicos. En este contexto, le compete al Estado y a la comunidad en general brindar todas las oportunidades a los afectados para que se expresen en todas las fases del proceso y bajo condiciones reales de oportunidad. (Conciliación, mediación, amigable composición). Esto rige en todo caso como comprobación de lo que es justo e injusto en un caso concreto conforme a normas positivizadas en el sistema jurídico, tal y como lo establecen, por ejemplo, los artículos 13, 246 y 229 de la Constitución Política de Colombia.

Esta propuesta habermasiana ha llevado a relacionar la justicia con el reconocimiento democrático y participativo de los principios y los derechos fundamentales, posibilitando de esta manera superar las limitaciones de teorías realistas y escépticas de la justicia, que afirman la imposibilidad racional de demostrar lo que es objetivamente justo, y que llegan a reducir el Derecho a lo válido, aunque no sea eficaz socialmente, ni justo. La administración de justicia se estructura a partir de aquellas pretensiones de validez, más los argumentos, normas y justificaciones racionales dados en Estados democráticos de Derecho para la toma de decisiones. Como bien dice Habermas: Las leyes no tienen nunca una forma semántica tal ni tampoco una idea determinada, tal que al juez no le quede otra tarea que la de aplicar esas leyes en forma algorítmica (...) las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el derecho (1987, p. 585).

Por consiguiente, en las decisiones judiciales el aspecto argumentativo-justificador es de vital importancia, pues la argumentación jurídica se sustenta en aquellas razones discursivas entabladas por los agentes racionales a través de acciones comunicativas y estratégicas que orientan a los participantes en la argumentación a aceptar como válidos los correspondientes enunciados normativos.

En este contexto, el Estado de Derecho no puede seguir siendo concebido como un sistema de normas identificables por un procedimiento formal y ajeno a condiciones materiales tales como los derechos fundamentales, desconocido por las comunidades y solo aplicable técnicamente. Acá yace una de las falencias del positivismo, al considerar el Derecho como mero conjunto de reglas, sin darle mucha importancia a la teoría de principios dentro del mundo jurídico. La argumentación sobre los principios para impartir y aplicar justicia requiere de un sistema jurídico imparcial y consensuado, donde los ciudadanos puedan cuestionar aquellas decisiones tomadas de forma irracional por quien ostenta el poder. En este aspecto puede afirmarse que una relación actual entre Derecho y justicia, debe incorporar la relación entre principios jurídicos y derechos fundamentales. Como lo sostiene Ronald Dworkin,³⁰ los principios permiten justificar las normas jurídicas e influir así en las decisiones que toman tanto del legislador como

30 Ante la tesis de la discrecionalidad propia del positivismo, Dworkin opone su tesis de que las decisiones judiciales han de basarse en argumentos de principio. "Un argumento de principio puede servir de justificación a una decisión determinada, solo si puede demostrar que el principio es coherente con las decisiones del pasado y con las decisiones que está dispuesto a tomarse en el futuro". Dworkin, R. *Los derechos en serio*, Ariel, 4ª reimpresión, 1999. Cap. 13. En este mismo texto, ver la réplica a sus críticos.

de los operadores jurídicos, cuando solucionan, en los casos concretos, aquellas colisiones de derechos fundamentales. (Ejemplo: el derecho al honor y el derecho a la información). Así, afirma: “En los casos difíciles, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas”. (Dworkin, 1999, p. 324). En tal sentido, la noción de justicia se expresa mediante aquellos acuerdos valiosos logrados por la comunidad de manera conjunta, racional e imparcialmente. Hablar de justicia no es algo que esté dotado de la exactitud exigida desde una concepción no dialogada, tampoco puede considerársele como un valor o un acuerdo que expresa lo irracional. La justicia está ligada a la búsqueda y realización de unos contenidos mínimos sociales que respondan a aquellos retos sociales pertinentes y válidos dentro de las comunidades, y sin desconocer, por supuesto, aquellos principios universales. Habermas se ha decantado por un concepto de justicia dado desde la “inclusión democrática, política y jurídica” (Habermas, 2004, p. 23), que viene a complementar la clásica definición aristotélica de justicia distributiva. La justicia se concretiza, de esta manera, en la posibilidad real que tienen los ciudadanos de ejercitar su libertad, en buscar acuerdos imparciales, democráticos e inclusivos, elementos de la garantía de los derechos fundamentales. Esta es una de las razones por las que en todo proceso democrático se deben garantizar todas las posibilidades reales para la existencia y participación de todos los individuos y grupos excluidos de la esfera pública, donde se toman decisiones relevantes. Podría afirmarse que ejercitar la justicia —una persona o una autoridad pública—, es cumplir a cabalidad con la Constitución y la ley en tanto se ha participado con todas las garantías en la conformación de la misma. La justicia, por tanto, permite establecer que la validez de las reglas y principios vigentes no sean elaborados a espaldas de quienes participan en la conformación de las normas.

De esta manera la justicia se interrelaciona con los derechos fundamentales de participación política. Los derechos fundamentales se constituyen, en ‘triumfos’ frente a la mayoría y por esto los objetivos sociales solo son legítimos si respetan a aquellos. Con razón dice Dworkin:

Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. (1999, p. 351).

Otro autor que se articula en esta propuesta de la justicia como argumentación es R. Alexy, quien plantea la tesis del caso especial (Alexy, 1989), que puede entenderse de la siguiente manera: la argumentación jurídica constituye un caso especial del razonamiento práctico general. Dice el autor que este ha de fundamentarse desde un procedimiento discursivo similar al propuesto por Habermas y Apel. Por consiguiente, un discurso práctico es racional cuando satisface las condiciones de una argumentación práctica racional. Así, “las decisiones judiciales no solo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica” (Alexy, 1989. p. 178).

Tal corrección ha de guiar la racionalidad práctica a través de las reglas del discurso expuestas por Alexy. Propone las siguientes: 1) la de corrección estructural, esto es, “la exigencia de no contradicción, el principio de universalidad, la claridad lingüística conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias, y el análisis de la formación de las convicciones morales”; 2) las reglas que garantizan la imparcialidad del procedimiento argumentativo. Dichas reglas son: “Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso”, “Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma”, “Quien pretende tratar a una persona de manera distinta a otra está obligado a fundamentarlo”, o “Quien afirma una proposición normativa debe aceptar las consecuencias en el evento que le fuera aplicable”. (Alexy, 1989, p. 293). Le compete, pues, al juez buscar dichas reglas para poder tomar así decisiones imparciales.

Por consiguiente, corresponde a los tribunales constitucionales la tarea de construir una argumentación iusfundamental que responda a las situaciones concretas. Concluye que para dotar de seguridad a la argumentación iusfundamental “es razonable la institucionalización de una justicia constitucional cuyas decisiones pueden y requieren ser justificadas y criticadas en un discurso iusfundamental racional” (Alexy, 1989, p. 295). Las propuestas argumentativas de Alexy han permitido proteger, desde los presupuestos comunicativos, los derechos fundamentales en un Estado democrático de Derecho. La manera como se argumenta, influye notoriamente en las decisiones judiciales, pues como ha dicho el Tribunal Español al respecto, “Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía máxima —dada la esencia de la función jurisdiccional— frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes

públicos”. STC 131/1990, FJ I. Por consiguiente, la argumentación judicial se concibe, en este sentido, como un ejercicio de racionalidad tendiente a evitar decisiones arbitrarias.

Para concluir este apartado puede decirse que la justicia —con el fin de que no se reduzca a una concepción formal elaborada por los filósofos, los políticos y los juristas—, ha de complementarse con aquellas reglas y principios tenidos como aceptados y válidos por las comunidades. Frente a esta no se debe asumir una postura escéptica como la de Alf Ross, para quien la justicia es algo puramente formal, como dar un puñetazo sobre la mesa.³¹ No es, por tanto, guía para el legislador, y sería imposible tener sobre ella una discusión racional porque considera que quien apela a ella nada dice que pueda ser argüido ni en pro ni en contra, y que cuando se afirma que una norma es injusta no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable respecto a ella. El desarrollo de la teoría de la justicia no trata de dotar al Derecho de un contenido extrajurídico —como los dogmas religiosos o políticos—, sino que aborda el horizonte de los derechos fundamentales que son concebidos como la mediación entre la aspiración de los principios básicos expresados en el desarrollo de las Constituciones. Para fallar justamente en Derecho se requiere de un respeto por los derechos fundamentales, por las razones del otro y por el debido proceso. Como sostiene Gustavo Zagrebelsky:

También respecto al tema de la justicia en el Derecho, el advenimiento de la democracia pluralista produce un cambio. Cuando todos los componentes de la sociedad pueden participar en la elaboración de la Constitución, se desvanece la posibilidad de seguir considerando que el fundamento de la justicia del orden jurídico es una cuestión prejurídica, carente de relevancia propia desde el punto de vista interno del Derecho vigente... La Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce los principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídico e insertados plenamente como tales en el Derecho. (Zagrebelsky, 1995, pp. 96-97).

31 Dice A. Ross que la palabra “justo o injusto tiene sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas [...] Pero aplicadas para caracterizar una regla general o una orden, las palabras justo o injusto carecen de significado”. *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 267.

Ante el escepticismo relativista propuesto por H. Kelsen³² sobre la justicia, se viene planteando hoy día un nuevo concepto de justicia restaurativa, en la intervienen la víctima, el victimario, el Estado y la sociedad en general. En esta concepción la justicia pierde su dimensión formal y abstracta para incorporar las exigencias igualitarias materiales propias del Estado de Derecho.

2.3. EL MODELO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El concepto de la justicia restaurativa³³ hace referencia a aquellos procesos de búsqueda de la paz para conflictos de larga y compleja intensidad, terminados o aún sin culminar, a través de espacios participativos, democráticos y jurídicos, sin desconocer la protección de las víctimas por las violaciones de sus derechos fundamentales. El modelo de justicia restaurativa³⁴ pretende garantizar la paz, verdad, justicia y reparación mediante mecanismos deliberativos entre la víctima, sociedad y victimario, sin desconocer las diversas instancias jurídicas de orden nacional e internacional. En este sentido, los ciudadanos y el Estado deben cuidarse de no otorgar indultos generalizados que conduzcan a la impunidad generalizada. Ahora bien, este tipo de justicia se puede aplicar a escala nacional, siempre y cuando se permita para aquellas acciones que no tipifiquen delito, conforme al Estatuto de Roma, de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Ajustarse a los estándares internacionales es una tarea compleja para el Estado, la sociedad y los administradores de justicia, pues de un lado tienen las presiones de los levantados en armas y, de otro, los derechos de las víctimas. De allí que las decisiones tomadas afectan de una u otra manera la calidad de la administración de justicia con la búsqueda de la paz —leyes de obediencia debida y de punto final se han presentado en las pasadas dictaduras del Cono Sur,

32 Kelsen se pregunta: ¿Qué es la justicia para mí? "Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia para mí se da en aquel orden social, bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz: la justicia de la democracia, la de la tolerancia". Kelsen afirmaba: "En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y Derecho queda comprendida en la relación entre justicia y Derecho". Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*, segunda edición, 1997, p. 71.

33 La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. Sentencia C-979 de 2005.

34 Dentro de los principales mecanismos utilizados por la justicia restaurativa para abordar el conflicto se tienen: búsqueda de la verdad de lo ocurrido por parte de las víctimas y de la sociedad; acceso del derecho de las víctimas a un recurso efectivo ante la justicia penal; el derecho de las víctimas a obtener reparación integral frente a las violaciones sufridas; mecanismos que comprometan a los Estados a prevenir la repetición de las violaciones de los derechos humanos.

en Perú y Brasil—. Como bien lo afirma la Corte Constitucional colombiana: “Es de suma importancia la relevancia de los deberes del Estado en la investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos y los derechos de las víctimas, como elementos para la construcción de un orden justo”. Sentencia C-979 de 2005.

Esta concepción de justicia restaurativa³⁵ se expuso en la Ley de Justicia y Paz—Ley 975 de 2005— en Colombia, tendiente a buscar la reconciliación nacional. Si bien la Ley incluye las categorías de justicia,³⁶ verdad y reparación para las víctimas del conflicto, los hechos han demostrado que en la práctica la paz, la verdad, la reparación integral y la justicia no han tenido mayores logros en el transcurso de estos cinco años de vigencia de la norma.³⁷ Como se sabe, en esta Ley —uno de los principales actores del desplazamiento y desaparición forzada—, los paramilitares obtuvieron penas privativas de la libertad que oscilan entre cinco y ocho años, acción punible que va en contravía, de manera clara, de las normas internacionales de derechos humanos y del D.I.H.³⁸ vigentes y ratificadas por Colombia. Ello ha llevado a un rechazo generalizado de gran parte de la sociedad colombiana, así como de la misma comunidad internacional —a excepción

35 El artículo 518 del Código de Procedimiento Penal, entiende por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Se entiende por resultado restaurativo el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

36 Artículo 6°. Derecho a la justicia. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones. Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo.

37 No existe hasta el momento una ley que permita reparar integralmente a las víctimas del conflicto colombiano. Por ejemplo, solo hasta el 23 de noviembre de 2010 se dio inicio a la discusión del proyecto de ley 107 Cámara “Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario” y “Por la cual se establecen normas transitorias para la restitución de tierras”.

38 El Consejo Económico y Social de la ONU, el 27 de julio de 2000 expidió la resolución 2000/14 en la que se establecen los “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”. Esta propuesta se extiende al artículo 518 del Código de Procedimiento Penal colombiano, definiendo la justicia restaurativa como “todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador”. Igualmente la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estableció en la Resolución 1999/34 del 26 de abril de 1999, la importancia de adoptar todas las medidas posibles y necesarias para que respondan ante la justicia los autores de violaciones de los derechos humanos y del Derecho humanitario internacional, e insta a los Estados a que actúen respetando las debidas garantías procesales.

de diversos individuos que la defienden a ultranza—, quienes perciben en esta norma una manera clara de favorecer a un grupo al margen de la ley con penas irrisorias frente a actos sancionables por el Derecho Internacional Humanitario.³⁹ Producto de la adecuación de las normas internas a los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Corte Constitucional declaró inconstitucional el principio de oportunidad establecido en la Ley 1312 de 2009, en tanto beneficiaba a los paramilitares desmovilizados.

Como bien lo argumenta Uprimny:

De acuerdo con este modelo, la concesión de perdones a los responsables de crímenes atroces debe tener un carácter excepcional e individualizado, y debe estar siempre regida por el principio de proporcionalidad. [...] La concesión de indultos a quienes hayan participado en el conflicto en calidad de combatientes es plenamente posible, inclusive cuando se trata de ciertas infracciones menores al Derecho Internacional Humanitario. En cambio, el perdón total de graves crímenes de guerra y de delitos de lesa humanidad queda en principio excluido por el Derecho Internacional Humanitario. Ante estos casos solo procedería la concesión de perdones parciales, tales como la disminución de la sentencia, o la concesión de subrogados penales, la cual estaría siempre condicionada a una contribución efectiva del victimario a la verdad, la paz y la reparación, que se concretaría en la confesión plena de los comportamientos respecto de los cuales el victimario pretende el perdón parcial. De todas formas, el cumplimiento de unos mínimos de pena privativa de la libertad sería siempre exigido, en el entendido de que no parece admisible ética, jurídica, ni políticamente que los responsables de crímenes atroces puedan recibir una amnistía total, o puedan simplemente remplazar el castigo con penas alternativas. (Uprimny & Saffon, 2005, p. 230).

La tensión entre la justicia restaurativa y la transicional se presenta cuando los actores del conflicto armado, por una u otra razón, deciden entrar en un proceso de paz con el Estado con la condición de no recibir excesivas sanciones penales, lo que implica un desconocimiento de las directrices trazadas por el D.I.H.⁴⁰ y la Corte Penal Internacional.⁴¹ De hecho,

39 A esto se le puede sumar el conocimiento e investigación por competencia propia de la Corte Penal Internacional, en el año 2008, por intermedio de su fiscal, visitó al Gobierno colombiano para que diera explicaciones sobre la ley de justicia y paz.

40 Colombia está obligada a investigar y sancionar a los culpables de violaciones a los derechos humanos. Dicha obligación deriva de la Convención Americana de los Derechos Humanos, arts. 1, 2, 8 y 25. De los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, art. 49 del Convenio I, art. 50 Convenio II, art. 129 Convenio III y art. 146 del Convenio IV.

41 El art. 20.3 de la CPI establece que la Corte podrá enjuiciar a una persona condenada en un

a partir de la segunda posguerra, el Derecho Internacional Humanitario ha planteado la necesidad y obligatoriedad de investigar y sancionar los crímenes de lesa humanidad, tendencia que se evidencia con la mayor claridad en la creación de la Corte Penal Internacional. No obstante, los contextos en los que se han desarrollado los procesos transicionales en esta última época han impuesto serios obstáculos prácticos a la realización efectiva de dicha obligación, caracterizados por la necesidad de que sus fórmulas sean aceptadas y vistas como satisfactorias precisamente por quienes han cometido crasas violaciones de derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, de contextos tan disímiles como los de las transiciones de regímenes dictatoriales a democracias en el Cono Sur, el de la transición post-apartheid sudafricana, o el de la transición de la guerra civil a la paz llevada a cabo en Irlanda del Norte. ((Uprimny & Saffon. 2005, p. 234).

La manifestación de la justicia material —que en el caso de Colombia se enfrenta al reto de administrar justicia, verdad y reparación sin olvidar los crímenes de lesa humanidad—, se puede constatar en la sentencia C-288 de 2002 —expedida en vigencia de la Ley 600 de 2000— de la Corte Constitucional colombiana; allí la Corte resaltó los derechos de la víctimas a participar activamente en el proceso penal y a constituirse en parte civil desde la etapa de indagación. Por su parte, en las sentencias C-454 de 2006, C-209, C-370 de 2006 y 210 de 2007, explica y fundamenta la Corte el alcance de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación íntegra.⁴² En estas sentencias la Corte Constitucional resalta que los derechos a la verdad y a la justicia tienden a erradicar y hacer desaparecer las injusticias sociales y los daños ocasionados a las víctimas por parte de los victimarios, sobre todo cuando se trata de delitos que afectan gravemente los derechos fundamentales —léase justicia en este caso— (Durango & Bedoya, 2009). Estas sentencias son una concreción de la providencia *Caso Barrios Altos vs. Perú*, del 14 de marzo de 2001, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se dice: “Las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones a derechos humanos, conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención Americana”. En tal sentido, las víctimas tienen derecho no solo al resarcimiento económico, sino a saber la verdad, a obtener justicia verdad y reparación. Estos elementos son tenidos en cuenta por la Corte Colombiana cuando establece que “las amnistías no pueden darse

Estado cuando “el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes que son competencia de la Corte”.

42 Ver al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias: *Caso Garrido y Baigorria*, 27 de agosto de 1998, *Caso de los Niños de la Calle*, (Villagrán Morales y otros), 26 de mayo de 2001. Igualmente ver la Resolución 60/147 de la ONU, del 16 de diciembre de 2005.

de manera generalizada, ya que con ello se atenta contra las víctimas y se perpetúa la impunidad” (Sentencia C-228 de 2002).

En definitiva, el abordaje de los conflictos sociales puede ser matizado y canalizado desde procesos dialógicos con la vigilancia de los tribunales constitucionales nacionales y el Derecho Internacional Humanitario. Para finalizar puede decirse que la justicia y los derechos fundamentales, analizados desde todas las perspectivas y dimensiones, tendrán mucho que aportar en el conflicto colombiano.

3. BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B. *La política del Diálogo Liberal*, Gedisa, 1999.

Ackerman, B. *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980.

Alexy, R. *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

Alexy, R. *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994.

Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Aristóteles. *La política*, México: Ed. Porrúa, 1994.

Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Barranco, Aviles, M. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Dykinson, 1999.

Bentham, J. *Fragmento sobre el gobierno*. Madrid: Aguilar, 1973.

Bobbio, N. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. F. C. E. 2000.

Bobbio, N. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* F. C. E. 1997.

Bobbio, N. Thomas Hobbes, F.C.E. 1992

Bobbio, N. El tiempo de los derechos, Sistema, 1991.

Bobbio, N. El futuro de la democracia, Plaza y Janés, 1983.

Bohman, J. Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy, Cambridge, Massachussets, MIT Press, 1996.

Dworkin, R. Los derechos en serio, Ariel, 4ª. reimpresión, 1999.

Dworkin, R. El Imperio de la justicia, Barcelona: Gedisa, 1998.

Dworkin, R. La comunidad liberal, Bogotá: Universidad de los Andes, 1996.

Dworkin, R. Ética privada e igualitarismo político, Paidós, 1990.

Durango Álvarez, G. Las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Editorial Dike, 2011.

Durango Álvarez, G. Derechos fundamentales y democracia deliberativa, Bogotá, Temis, Bogotá, 2006.

Durango Álvarez, G. Los derechos fundamentales en la teoría habermasiana, Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, 2003.

Durango Álvarez, G. "Relación tensional entre el juez y el legislador". En Revista Universidad del Norte, Barranquilla, 2008.

Durango Álvarez, G. "Las acciones positivas en la jurisprudencia colombiana. Un análisis desde el modelo español". En Memorias Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Externado de Colombia, mayo de 2010.

Durango Álvarez, G. & Bedoya, L. F. Los derechos fundamentales de libertad e intimidad en el sistema penal acusatorio, Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, 2009

Ely, J. H. Democracy and Distrust, Cambridge, 1981.

Ferrajoli, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, 2001

- Ferrajoli, L. Derechos y garantías, la ley del más débil, Trotta, 1999.
- Ferrajoli, L. “El Estado Constitucional de Derecho Hoy”, Perfecto Andrés Ibañez (ed), En Corrupción y Estado de Derecho, Trotta, 1996.
- Ferrajoli, L. Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal, Trotta 1995.
- Fernández, E. “Estado sociedad civil y democracia”, En Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX, Madrid, Dykinson, 1996.
- Fernández, E. Teoría de la justicia y derechos humanos. Debate, 1984.
- Ferreres Comella, V. Justicia Constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Gutmann, A. “Deliberative Democracy and Majority Rule”, En Deliberative Democracy And Human Rights, New Haven and London. 1999.
- Habermas, J. Verdad y justificación, Trotta, 2002
- Habermas, J. Aclaraciones a la ética del discurso, Trotta, 2000.
- Habermas, J. La Constelación Posnacional, Paidós, 2000.
- Habermas, J. La inclusión del otro. Estudios de teoría política, Paidós, 1999.
- Habermas, J. “Democracia, Derechos Humanos y Soberanía Popular. Las versiones Liberal y Republicana”, En La Democracia en sus textos, Alianza, 1999.
- Habermas, J. “El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia”, En José Gimbernat, A. (ed.) La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997.
- José Gimbernat, A. Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, 1998.
- José Gimbernat, A. R. “Dworkin y K. Günther. ¿Impera el derecho sobre la política?”, La política, 1998.
- Hart, H. L. El concepto del Derecho, Buenos Aires, 1963, p. 89.
- Heller, A. Beyond Justice, Oxford, 1981.

Hobbes, T. *El Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, Cap. XVII, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

Höffe, O. *Justicia política*, Paidós, 2002.

Kelsen, H. *¿Qué es la justicia?* Barcelona, Ariel, 1992.

Kelsen, H. *Teoría General del Estado*, México, 1974.

Macpherson, M. *La teoría política del individualismo posesivo*. Barcelona, Fontanella, 1979.

Martínez Rey, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995.

Nino, S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997.

Nino, S. *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, 1989.

Platón. *La República*, libros I y II. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

Rawls, J. *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1971.

Rawls, J. *Liberalismo Político*, F.C.E., 1996.

Rawls, J. *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

Rawls, J. "El Derecho de Gentes", En Stephen Shute y Susan Hurley, *De los Derechos Humanos*, Trotta, 1998.

Ross, A. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

Thiebaut, C. *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, Paidós, 1998.

Thiebaut, C. *Los límites de la comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Vargas-Machuca, R. "Justicia y democracia", En *Teoría política: poder, moral y democracia*. Alianza, 2003.

Uprimny, R. & Saffon, M. P. "Justicia transicional y justicia restaurativa".

En Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional, Uniandes, 2005.

Walzer, M. Las esferas de la justicia, México, FCE, 1993.

Waldron, J. Law and Disagreement, Oxford University Press, 1999.

Wellmer, A. Ética y diálogo, Anthropos, 1994.

Wellmer, A. Finales de partida. La modernidad irreconciliable. Cátedra. 1996.

Young, I. Intersecting Voices. Dilemmas of Gender, Politics, Philosophy and Policy. Princeton University Press. 1999.

Zagrebelsky, G. El derecho dúctil, Trotta, 1995.

VII
DA CLÁUSULA DO CONTRADITÓRIO AOS ARGUMENTOS
DE PRINCÍPIO: O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO
COMPLETA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL

Por: Francisco José Borges Motta

Mestre e doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.

SUMARIO

1. Considerações iniciais; 2. O que é fazer filosofia no processo? 3. Argumentando em favor de princípios; 4. A cláusula do contraditório; 5. Uma parada necessária: o pensamento de Ovídio Baptista da Silva sobre a problemática da decisão judicial; 6. À guisa de conclusão: por uma fundamentação completa e completamente gerada por princípios.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Venho tentando contribuir, desde o meu Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial¹, para a construção de uma proposta de refundação constitucionalmente adequada do direito processual civil brasileiro, por meio de uma releitura da tese da única resposta correta, de Ronald Dworkin, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck. Para tanto, estabeleci um diálogo, por um lado, com o pensamento de Ovídio Baptista² e, por outro, com a chamada Escola Mineira de Processo.³

Sustentei ao longo do citado trabalho que uma compreensão contemporânea do processo jurisdicional deveria harmonizar pelo menos duas noções: a primeira, de que o processo democrático deve instituir (garantir acesso a) uma ordem jurídica principiologicamente coerente e, portanto, justa; a segunda, de que, para tanto, deve viabilizar participação, assegurando que as partes atuem, decisivamente, para a construção do provimento jurisdicional.

1 MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

2 Especialmente, como demonstrarei ao longo deste ensaio, no que toca à responsabilidade política dos juízes e ao dever de fundamentação completa da decisão judicial.

3 Em síntese, venho defendendo que é possível harmonizar parte importante do procedimentalismo de corte habermasiano, na leitura que é feita pela Escola Mineira de Processo (da qual são integrantes Marcelo Cattoni, André Leal e Dierle Nunes, para citar apenas estes), com a postura substancialista que defendo, com base nas lições de Dworkin e Streck. Primeiro, porque há pontos de contato bastante evidentes: basta lembrar que ambas as teorias concebem a decisão judicial como um problema democrático, a ser resolvido, de alguma forma, mediante uma leitura forte dos princípios constitucionais. Segundo, porque é possível identificar uma relação bem mais de complementaridade, e não tanto de oposição, entre nossas principais propostas. Note-se, a propósito que o construtivismo principiológico de Dworkin foi acolhido pelo próprio Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 261-76), no sentido de concordar que as normas jurídicas possuem um conteúdo moral que, embora traduzido para o Direito, possibilita ao indivíduo atuar juridicamente por exigência moral, reconhecendo, no entanto, ao Direito e às normas jurídicas especificidades tais que impedem que o Direito seja considerado como um caso especial de aplicação da moral; bem assim, Habermas acredita, com Dworkin, na natureza deontológica e não diretamente axiológica da validade jurídica (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 135). Na verdade, a principal divergência entre a leitura que faço das teses de Dworkin e Streck com relação à chamada compreensão procedimental da democracia reside na cisão, endossada por esta, entre os discursos de fundamentação e de adequação. O embaraço é que, para a hermenêutica de perfil filosófico, que não separa os momentos de compreensão-interpretação-aplicação, discursos de fundamentação nada mais são do que aplicação (Streck), ou seja: não se desonera o juiz de elaborar o discurso fundamentador.

Veja-se que endosseï, para tanto, a concepção de que o procedimento é a atividade de preparação de provimentos estatais, caracterizado por uma interconexão normativa entre os atos que o compõem, pela qual o cumprimento de uma norma de sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto; e de que o processo é uma espécie de procedimento, caracterizado pela participação, na atividade de preparação, dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento; e isso de uma forma bastante específica, ou seja: em contraditório (Cattoni de Oliveira, a partir da tese de Fazzalari, desenvolvida por Aroldo Plínio Gonçalves).

Claro que o contraditório, aqui, transcende a mera bilateralidade de audiência. Trata-se, isso sim, da garantia de participação efetiva de todos os interessados no processo de formação do provimento jurisdicional. E isso implica assegurar – para seguir falando com Dworkin - que os contraditores problematizem a causa através de argumentos de princípio, que deverão ser efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta espelhe não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas, substancialmente, uma teoria principiologicamente coerente com a integridade do Direito. Ou seja, nada mais, nada menos, do que a concretização do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais em argumentos de princípio.

Pretendo, agora, retomar o assunto, na pretensão de deixar mais clara minha maneira de conceber o processo. Até porque percebo, com os olhos postos nos estudos que vêm sendo desenvolvidos sobre o processo no Brasil na contemporaneidade, que estamos muito distantes do modelo processual que sugeri. Alheia às conquistas filosóficas do século XX (refiro-me especificamente à Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e à Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer), e impermeável à discussão central da teoria democrática do direito (a questão da legitimidade do provimento jurisdicional, para a qual contribuí, fortemente, o debate Hart-Dworkin), a doutrina processual brasileira estabelece uma discussão às vezes cega, às vezes simplesmente desencaminhadora. É cega porque não enxerga a problemática filosófica (radicalmente filosófica) que envolve os problemas da interpretação e do método, este (ainda) concebido como uma forma de obtenção segura do conhecimento. E é desencaminhadora porque, sem que tenha dado esse primeiro passo (ou seja, sem permitir que se coloquem as manifestações da razão prática no campo das possibilidades do conhecimento teórico), propõe soluções manquées para as questões de democracia (quando delas se ocupam).⁴

4 Exemplos marcantes disso são, por primeiro, a Escola da Instrumentalidade do Processo, que sem

Neste esquadro, quero, com este breve ensaio, dar mais um passo na direção da construção de uma Teoria Hermenêutica do Processo Jurisdicional Brasileiro - este, atualmente, o topo das minhas preocupações. Para tanto, nos limites deste texto, densificarei os pontos de contato entre a minha proposta inicial (associada à Crítica Hermenêutica do Direito, repito) e os contributos advindos tanto do pensamento de Ovídio Baptista como das obras dos integrantes da Escola Mineira de Processo, visando a agregar novos argumentos a este debate.

Claro que, para tanto, será necessário seguir fazendo filosofia no processo.

Mãos à obra, pois.

2. O QUE É FAZER FILOSOFIA NO PROCESSO?

Endossando aqui o modo de compreensão do fenômeno jurídico proposto por Lenio Streck⁵, e reconhecendo que o direito possui um campo próprio a ser articulado e pensado em linguagem filosófica, defendo que a filosofia deva ser tratada como condição de possibilidade das pesquisas em direito.⁶ Como diz Dworkin, queiramos ou não, “os juristas são sempre filósofos, pois a doutrina faz parte da análise de cada jurista sobre a natureza do direito, mesmo quando mecânica e de contornos pouco nítidos”.⁷ Daí a advertência: os “juristas da academia não podem fugir da filosofia – ela corre a encontrá-los no seu próprio território

superar a crise tão bem denunciada pela Escola Mineira de Processo (em especial, na pena de André Cordeiro Leal), serviu de referente teórico para a elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro; e, por segundo, as tentativas mais recentes de constitucionalização do processo, como o Formalismo-Valorativo e o chamado Neoprocessualismo, que, por não se darem conta da profunda dimensão hermenêutica do Direito (e da radicalidade hermenêutica da experiência jurídica), seguem apostando no método (agora sob a roupagem dos postulados normativo-aplicativos, da ponderação de princípios/valores, etc.) e na discricionariedade judicial (apanágio do positivismo jurídico que, paradoxalmente, dão por superado) para a resolução de questões jurídicas.

5 Conferir, em especial: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

6 STRECK, Lenio Luiz. *A Constituição (ainda) Dirigente e o Direito Fundamental à Obtenção de Respostas Corretas*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, v. 1, 2008, p. 277-8. Veja-se que aqui há um ponto importante de contato entre meu estudo e as principais teses de Dworkin. O jusfilósofo norteamericano percebe que “qualquer argumento jurídico, não importa quão detalhado e restrito seja, adota o tipo de fundamento abstrato que lhe oferece a doutrina, e, quando há confronto entre fundamentos antagônicos, um argumento jurídico assume um deles e rejeita os outros”; por isso mesmo é que “o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos”; a conclusão é arrematadora: “a doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito”. DWORKIN, *Ronald. O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113.

7 *Ibidem*, p. 454.

–, embora possam filosofar de maneira ignorante e fazer má filosofia”; por isso, “seria irresponsável o jurista que insistisse que os conceitos de significado e intenção original devem ocupar o próprio centro da prática constitucional, mas ao mesmo tempo negasse a revolução que ocorreu em nossa compreensão desses conceitos no decorrer do século XX”, ou seja, seriam irresponsáveis os juristas “se ignorassem a discussão filosófica dos conceitos que consideram essenciais para o seu trabalho”.⁸

A orientação abrange - ou deveria abranger - o estudo do processo jurisdicional. Como acentuam Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud, o direito processual não é uma região inóspita para a reflexão filosófica⁹. Contudo, como observam os citados autores, há dois fatores conexos que acabam fazendo com que uma reflexão mais aprofundada sobre o processo fique um tanto quanto deslocada, “algo como uma visita que aparece em momento inoportuno e acaba sendo, por meio de investidas indiretas, sutilmente ‘colocada para fora’ da moradia processual”; e estes fatores são:

a) a crença já cristalizada no imaginário dos processualistas de que as teses acadêmicas realmente “inovadoras” no âmbito do Direito Processual devem reivindicar para si algum grau de efetividade. Efetividade entendida como capacidade de transformar diretamente uma determinada realidade processual; b) a idéia de que o processo é uma disciplina “prática” e, conseqüentemente, deve conter as fórmulas que permitam ao estudante ou operador do Direito apresentar respostas rápidas para os problemas que o cotidiano do foro apresenta.¹⁰

Nas lúcidas considerações de Rafael e Georges, nenhum dos referidos fatores está completamente errado. Afinal, não se nega que o processo, enquanto disciplina jurídica, se ocupa da resolução de problemas práticos, e que deve, neste sentido, prescrever soluções efetivas. Mas é preciso ter bem presente que há níveis possíveis e diferentes nos quais se movimenta uma reflexão. Desta forma, se é correto dizer que há âmbitos de problematicidade que a reflexão filosófica não alcança (coisa que fomenta os mal entendidos sobre a sua carência de efetividade), não é menos correto afirmar que há determinados pressupostos com os quais as teorias jurídicas trabalham e que, em seu modo-de-ser, elas não têm acesso. Sendo assim,

8 DWORCKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 486-7.

9 Para que se comprove o que afirmo, confira-se, necessariamente: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

10 ABOUD, Georgis; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. In: *Revista de Processo*, 166, ano 33. Dezembro de 2008, pp. 27-70.

para que uma teoria jurídica não se perca em um dogmatismo vazio, aceitando acriticamente uma determinada concepção de verdade, é preciso que a reflexão conheça aquilo que a Filosofia produziu ao longo do século 20, para que possa se valer das conquistas que ela nos legou.¹¹

Nessa perspectiva, quero chamar a atenção para o fato de que, nos quadros de uma reflexão situada no marco da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck), essa questão central da verdade deve ser tematizada a partir da ultrapassagem da filosofia da consciência¹² pela filosofia da linguagem. O giro consiste em perceber que a linguagem deixa, a partir da Filosofia Hermenêutica, de ser relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (o intérprete) e um objeto (a realidade), para ser alçada à cimeira condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo; supera-se, assim, a prevalência da relação sujeito-objeto (paradigma representacional), desmistificando-se a ideia de que a verdade possa ser produto de um procedimento cognitivo.¹³

Explicando melhor, o caso é que, desde Heidegger, a hermenêutica passa a ser associada a uma perspectiva fundamental (não como “arte da interpretação”, ou coisa do gênero), dizendo agora respeito às condições prévias não só da interpretação de textos, mas de todo pensamento e atividade humana.¹⁴ Reelabora-se, assim, a relação entre “compreensão” e “interpretação”, dando-se primazia existencial à primeira.¹⁵ Nessa

11 Ibidem. Na verdade, é possível concordar com Dworkin quando este afirma que uma teoria geral do direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. Normativa no sentido de que deve conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância/respeito da lei (ainda que assentadas em uma teoria moral e política mais geral); conceitual, no sentido de que fará uso da “filosofia da linguagem e, portanto, também da lógica e da metafísica”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. IX-X. A ideia central é que essas questões todas são conexas e não podem ser trabalhadas/pensadas em separado.

12 No paradigma das filosofias da consciência, segundo Ernildo Stein, “o ponto de partida é de certo modo absoluto, o que permite a produção de um observador imparcial dos passos que a consciência realiza através das figuras que se sucedem, e a introdução de uma teleologia como resultado já está, entretanto, no começo”. STEIN, Ernildo. *Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 53.

13 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos Porque Interpretamos ou Interpretamos Porque Compreendemos? Uma Resposta a Partir do Ontological Turn*. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, 2003, p. 223-4. Gadamer deixa claro que compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence ao todo da experiência do homem no mundo, de modo que, na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é (não poderia ser), de forma alguma, um problema de método. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 29.

14 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 50.

15 O caso é que, para Heidegger, o compreender passa a ser interpretado como um “existencial fundamental”, como um fenômeno concebido “como modo fundamental de ser da presença”; isto é:

coordenada, qualquer significação que se atribua a um ente passa a ser, na verdade, uma interpretação, visto que toda a atividade do sujeito estaria calcada em um momento prévio, fundante, de abertura para o mundo; é a este instante que se denomina compreensão existencial, e que permitirá instaurar inúmeras possibilidades do Dasein (homem, ser humano, ente que coloca o seu “ser” em questão), a serem desenvolvidas na interpretação.¹⁶ Em resumo: compreendemos para poder interpretar, e não o reverso, como nos alerta Lenio Streck.¹⁷ E o fazemos todo o tempo.

Em linha de continuidade, é preciso ainda deixar dito que não há uma cisão entre os momentos de compreensão-interpretação-aplicação, ou seja, que somente compreendemos e interpretamos aplicando. Gadamer explica, com a sua *applicatio*, que não há uma divisão temporal entre compreensão e aplicação, isto é, que não se trata de primeiro compreender um texto para depois poder aplicá-lo a situações cotidianas, mas, antes, a compreensão, quando ocorre, já traz em si o momento da aplicação.¹⁸

E isso tem conseqüências importantes para o pensamento jurídico. Afinal, a prática do direito é interpretativa (Dworkin). O próprio Gadamer tratou dessa complexidade no campo do direito, explicando que a pretensão de validade (que lhe é inerente) faz com que adquira o “estatuto de texto, codificado ou não”, de modo que a “lei, enquanto estatuto ou constituição, necessita sempre da interpretação para a sua aplicação prática, o que significa, por outro lado, que toda aplicação prática implica interpretação.”¹⁹ Em definitivo: é na *applicatio* – e, portanto, na prática – que

se o Dasein é um ente no qual, como ser-no-mundo, está em jogo “seu próprio ser” (cujo sentido é interrogado), ele é, sobretudo, “possibilidade de ser”, ou seja, “toda presença é o que ela pode ser e o modo em que é a sua possibilidade”, entendida esta como designativa do que “ainda não é real e que nunca será necessário”; neste sentido, “a presença é de tal maneira que ela sempre compreendeu ou não compreendeu ser dessa ou daquela maneira”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes; *Bragança Paulista*: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 203-4. Daí a sua conclusão: “interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender”. *Ibidem*, p. 209.

16 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual*, op. cit., p. 60-1.

17 Diz Lenio: “Ora, é preciso ter claro que a compreensão antecede a qualquer interpretação, o que significa dizer, com todas as letras, que não é a interpretação que conduz a alguma coisa, mas, antes, é a compreensão que atua como condição de possibilidade desse ato interpretativo, que funciona como uma elaboração (explicitação) do (já) compreendido”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos Porque Interpretamos ou Interpretamos Porque Compreendemos? Uma Resposta a Partir do Ontological Turn*, op. cit., p. 228.

18 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual*, op. cit., p. 87.

19 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e Índice*, 2. ed. Petrópolis: Vozes; *Bragança Paulista*: Editora Universitária São Francisco, 2002, p.399.

se confirmará (ou não) a pretensão de validade das proposições jurídicas. Não há validez em abstrato, e nem etapas, recortes, no raciocínio.

Essas noções todas – e outras tantas, que não se expõem aqui dada a limitação do presente trabalho – devem informar a compreensão do direito e, necessariamente, do que seja um processo jurisdicional democrático. Não se pode mais, por exemplo, desde a viragem linguístico-ontológica, conceber o processo como um procedimento cognitivo orientado em busca de uma “certeza”. Não há mais espaço, igualmente, para a subsunção e para os métodos de interpretação. E nem há qualquer sentido em se falar em standards jurídicos vulgares, como os graus de verdade (formal, real, etc.) e os julgamentos por livre convencimento. Em definitivo, é a partir de uma hermenêutica filosófica antirrelativista que se compreende que há, sim, interpretações corretas e outras incorretas, com o que se denunciam os embaraços da doutrina da discricionariedade judicial.

E é com isso em mente que abordarei agora um ponto decisivo para a defesa de minha teoria: o sentido da legitimidade da argumentação em favor de princípios.

Vamos a ele.

3. ARGUMENTANDO EM FAVOR DE PRINCÍPIOS

Como dito, a decisão judicial, nos quadros de um Estado Constitucional, é, sobretudo, uma questão de democracia, o que equivale a dizer: a decisão judicial deve ser justificada (e construída) democraticamente. Desenvolverei agora essa proposição a partir de um ponto de vista substancial, visando a demonstrar, a partir da doutrina de Ronald Dworkin, quais os padrões que devem ser adotados pelo Poder Judiciário na construção de soluções qualitativamente legítimas e garantidoras da autonomia do direito.

Com efeito. É célebre a distinção que Dworkin traça entre os argumentos de política e os argumentos de princípio. Nas suas palavras, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”; já os “argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”²⁰. Frise-se que se trata, ambos, de argumentos “políticos”

20 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, op. cit., p. 129.

em um sentido mais amplo. O que a distinção quer deixar mais sensível é que há argumentos de princípio político (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e argumentos de procedimento político (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público).²¹ Entenda-se bem: para o autor norte-americano, um direito político é um objetivo político individuado.²²

Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. Dito de outro modo, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo;” ou, de forma mais direta: “os princípios são proposições que prescrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”.²³

Dworkin sustenta a tese – e com ele concordo – de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, e não por políticas. O caso é que, a partir do momento em que o Constitucionalismo Contemporâneo (neoconstitucionalismo²⁴, se se quiser) aceita que o Judiciário deve tomar decisões políticas importantes, deve-se refletir sobre quais motivos, em suas mãos, são “bons” motivos; e a visão de Dworkin é a de que o Poder Judiciário deve tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional (sempre tendo em conta o princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais²⁵), e não decisões sobre como se promove o bem-estar

21 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

22 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, op. cit., p. 142.

23 *Ibidem*, p. 141.

24 Neoconstitucionalismo é uma expressão plurívoca. Significa, para os limites deste texto, compreender o direito a partir de um sentido de (e da) Constituição, observadas as suas características de normatividade e dirigência. Mais especificamente, implica reconhecer, no direito (de um Estado Democrático de Direito), um locus de transformação social, que ocorre a partir da concretização de direitos com assento constitucional, notadamente nas insuficiências e omissões dos Poderes Executivo e Legislativo.

25 Acompanho Dworkin na premissa de que um Estado Democrático somente encontrará justificativa moral e política se, através do Direito, vier a garantir igual consideração e respeito pelos seus cidadãos. E isso porque “democracia”, na linguagem do jusfilósofo norte-americano, implica a compreensão de que a maioria não deve ser sempre a juíza suprema de quando seu próprio poder deve ser limitado para protegerem-se os direitos individuais; em outras palavras, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos

geral.²⁶ Trata-se de atribuir ao Poder Judiciário a tarefa de zelar pelo caráter democrático de uma comunidade, notadamente, no que toca ao resguardo da igualdade de poder político. Perceba-se que um Estado assim constituído (tendo nos direitos seu centro gravitacional) encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são questões de justiça; é para isso que se aposta num fórum independente, um fórum do princípio (até mesmo porque a justiça, no fim das contas, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão de bem público).²⁷

Pois bem. Defendo que essa compreensão deve ser transposta, necessariamente, para o âmbito do processo jurisdicional, conformando a legitimidade da argumentação a ser desenvolvida pelos contraditores. As tarefas de Hércules, o metafórico juiz inventado por Dworkin para ilustração das bases da responsabilidade judicial²⁸, devem ser, assim, distribuídas entre todos os envolvidos no cenário processual. Devemos cobrar não só do juiz, mas de todos os sujeitos processuais (necessariamente interessados no resultado do processo, a quem se assegura, pois, a participação), que levem os direitos a sério, que formulem teorias coerentes sobre a natureza desses direitos. E que argumentem, pois, em favor destes direitos, articulando argumentos de princípio.

Tenha-se presente, assim, que a questão que orientará o debate é a de que há respostas corretas em direito²⁹, compreendidas estas como aquelas que melhor resolvam, caso a caso, a dupla exigência de fazer com

tomaria se fossem plenamente informados ou racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. Na realidade, o “objetivo da democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”; mantém-se a necessidade de que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares, mas estes procedimentos majoritários são requeridos “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria”. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*, op. cit., p. 24-6.

26 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, op. cit., p. 101.

27 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, op. cit., p. 38-9.

28 Diz Dworkin, sobre a sua criação: “Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (rationale), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, op. cit., p. 165.

29 Consultar sobre o assunto, necessariamente: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, op. cit., passim.

que a decisão se harmonize o melhor possível com a história institucional do Direito e, ao mesmo tempo, se a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade.³⁰ Uma proposição é correta, neste contexto, se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas.³¹

Lembro que, para Dworkin, há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificação dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política.³² A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é uma justificativa tanto melhor do que outra na medida em que alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que justificasse a outra; já a segunda dimensão, a dimensão da moralidade política, supõe que, se as duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos (o que é raro), uma delas não obstante, oferece uma justificativa melhor do que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral, isto é: se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm.³³ Neste contexto, o jusfilósofo norteamericano julga “extremamente improvável” que se demonstre que, num caso particular, em meio a um “sistema jurídico complexo e abrangente”, não houvesse nenhum argumento a favor de qualquer dos lados que pudesse ser considerado comparativamente mais forte, ou seja, que duas teses se ajustem igualmente bem ao “conteúdo jurídico relevante”.³⁴

Seja como for, nesta perspectiva o conteúdo do debate processual, passa, com os princípios³⁵, a problematizar questões de “direitos e

30 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 99.

31 Perceba-se, nesse ponto, a importância de se imbricar a tese dworkiniana da resposta correta com uma hermenêutica filosófica de perfil antirrelativista, como a proposta por Gadamer.

32 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, op. cit., p. 213.

33 *Ibidem*, p. 213.

34 *Ibidem*, p. 215.

35 Importante dizer: quando falo na articulação de princípios na prática jurídica, o conceito de princípio que endosso é aquele nominado por Rafael Oliveira (com marco em Esser) de pragmático-problemático. Assim, o “significado base de nossa pergunta (pelo conceito de princípio) é aquele apresentado por último e que nomeamos – com Esser – princípios pragmático-problemáticos, que estão ligados ao momento de concretização do direito, na decisão judicial e na problematidade do caso concreto. Também as questões político-sociais apresentadas refletem para uma preponderância das discussões jurídicas no âmbito das decisões judiciais. Assim, a pergunta pelo conceito de princípio já recebe uma espécie de resposta parcial: o significado privilegiado para o conceito de princípio no momento atual das teorias e filosofias do direito é o pragmático-problemático”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: *Livraria do Advogado*, 2008, p. 86.

deveres”³⁶ (e não, bem entendido, sobre o “bem comum”, sobre o que é melhor para a comunidade como um todo). Isso, insisto, como forma de blindagem do caráter democrático da comunidade, por uma questão de isonomia. E repito: não há nenhuma boa razão para que se atribua apenas ao juiz, e não também aos demais sujeitos processuais, a responsabilidade pela construção da teoria que melhor resolva o caso judicializado, nos termos acima anunciados. Todos têm – em especial, os destinatários do provimento jurisdicional –, no âmbito do tribunal, de argumentar em favor de direitos e, portanto, principiologicamente.

Nesta resumida linha de raciocínio é que passo a tratar, no ponto seguinte, da importância da cláusula do contraditório para a construção um processo jurisdicional democrático.

4. A CLÁUSULA DO CONTRADITÓRIO

Corriqueiramente, lê-se que o processo é “o instrumento através do qual se exerce a jurisdição”, e que o “procedimento seria a forma através da qual os atos e as fases processuais se sucedem”; observa Marcelo Cattoni, contudo, que estas concepções seriam caudatárias de um critério teleológico (no caso do processo) e de uma compreensão do processo como relação jurídica (no caso do procedimento), ambas inadequadas para o marco constitucional, já que velariam uma compreensão “estatalista” da jurisdição.³⁷ Com razão. De fato, o pano de fundo da chamada “instrumentalidade do processo”, nas suas mais diversas facetas, é uma espécie de “legitimidade prévia da função ou poder jurisdicional”, já que a jurisdição não deixa de ser entendida como a “atividade do juiz, ora abordada como segmento de atividade estatal, ora como explicitação do poder do Estado”.³⁸ Há uma ligação clara, portanto, entre uma compreensão

36 DWORIKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, op. cit., p. 76.

37 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição Constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 447-8. Veja-se que, para Cândido Rangel Dinamarco (fundador da Escola da Instrumentalidade do Processo no país), a jurisdição é “uma das expressões do poder estatal”, sendo que a legitimidade do sistema processual estaria na sua “compatibilidade com a carga de valores amparados pela ordem sócio-político-constitucional do país”; assim, a legitimidade da jurisdição seria um “fenômeno sociológico”, que se manifestaria através de “aceitação geral do poder” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 387-8. Averbo que os vínculos entre a Instrumentalidade do Processo e a doutrina Estatalista – que edificou o Estado Liberal do continente europeu do século XIX –, já foram bem evidenciados por Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud no seu O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: *críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual*, op. cit.

38 LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do Processo em Crise. Belo Horizonte: *Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC*, 2008, p. 138-9.

institucionalmente “fraca” do processo e a falta de democracia processual. Conforme acentua Lenio Streck, o enfoque “instrumentalista” do processo admite a existência de escopos metajurídicos, permitindo ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que, “o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juízes’ e, conseqüentemente, de seu (‘sadio’) protagonismo”; ora, isso nada mais é do que a “prevalência do velho positivismo”.³⁹

Perceba-se: por um lado, o positivismo jurídico, que pela doutrina da discricionariedade judicial deixa fora de suas cogitações o acerto ou o erro da decisão judicial⁴⁰, convive bem com um modelo de processo centrado na figura do juiz, como em Bülow⁴¹ e Dinamarco, por exemplo. Por outro, assim como os princípios ingressam na prática do direito para combater a discricionariedade judicial (lembramos do debate Hart-Dworkin), o reforço técnico e institucional do processo, com o policentrismo próprio do constitucionalismo contemporâneo (em termos semelhantes aos concebidos pela Escola Mineira de processo, frise-se), aparece para a teoria processual como uma forma de enfrentamento das experiências próprias do Estado Liberal (modelo liberal de processo) e Social (modelo social de processo). Trata-se, aqui, de um apontamento necessário para a construção principiológica, hermenêutica, de uma teoria democrática do processo.

Com isso em mente, retomo a lição de Cattoni de Oliveira, para quem, como adiantei nas minhas considerações iniciais, procedimento “é a atividade de preparação de provimentos estatais”, caracterizado por uma “interconexão normativa entre os atos que o compõem”, pela qual “o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto”; já o processo “caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente com o autor do

39 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “Como Discricionariedade não Combina com Democracia”: O Contraponto da Resposta Correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 10.

40 Como lembra Kaufmann, o positivismo jurídico, pautado na doutrina da discricionariedade, não se ocupa de tematizar (ao nível da validade) o conteúdo bom ou mau de uma decisão judicial, já que “no quadro do campo da discricionariedade, a sua decisão está sempre certa.” KAUFMANN, Arthur. *A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 157.

41 Consultar: BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

próprio provimento”; e, no caso específico do processo jurisdicional, “essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório”.⁴² Note-se que a “essência” desse contraditório está exatamente “na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”.⁴³

Essa “participação” de que falo tem de se concretizar na efetiva garantia de influência da argumentação das partes na formação do conteúdo dos provimentos; cuida-se de exigência a ser cumprida, inclusive, através de um “dever de consulta” do juiz aos demais atores processuais, de modo a evitar que a resolução judicial possa, de alguma forma, caracterizar para estes uma “surpresa”; disso resultará, como percebe Theodoro Júnior, “um temperamento para o aumento dos poderes do juiz provocado pela função social e publicística do processo forjada ao longo do século XX”.⁴⁴

Em linhas gerais, é possível concordar com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando este propõe uma espécie de “conteúdo mínimo do princípio do contraditório”, nestes termos:

insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimento, recursos, contraditas, etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um

42 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo e Jurisdição Constitucional*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 448.

43 *Ibidem*, p. 450.

44 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e Processo: Desafios Constitucionais da Reforma do Processo Civil no Brasil*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*, op. cit., p. 252-3. Neste texto, o autor chama a atenção para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao explorar o direito comparado (em especial, precedentes da Corte Constitucional da Alemanha), já fez a referência de que o “contraditório” englobaria, num apertado resumo: (1) direito à informação; (2) direito de manifestação; e (3) direito de ver seus argumentos considerados (STF, Pleno, MS 24.268/MG, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, RTJ 191/922), op. cit., p. 255.

novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditores.⁴⁵

Lembro, contudo, que esse contraditório tem conteúdo. Equivale a dizer, a argumentação das partes, no âmbito judiciário, para que influencie de forma legítima na construção do provimento jurisdicional, deve ter matriz principiológica (essa é a fonte de sua autoridade). É tarefa de todos os atores processuais a observância dos padrões de coerência e integridade do direito, coisa que, insisto, encontra justificativa na preservação do caráter democrático da comunidade. Assim é que se reconstrói, validamente, a história institucional do direito.

De resto, advirto que a renunciada garantia de influência, que decorre de uma leitura democrática do contraditório, encontra o seu complemento no dever de fundamentação completa da decisão judicial, em termos bastante semelhantes aos preconizados por Ovídio Baptista (ainda que suas premissas, demonstrarei, sejam um pouco destoantes das que assumo). A exploração deste ponto é o tema de nossos próximos tópicos.

5. UMA PARADA NECESSÁRIA: O PENSAMENTO DE Ovídio BAPTISTA DA SILVA SOBRE A PROBLEMÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL

Posicionadas as premissas, cabe fazer o destaque do pensamento de Ovídio Baptista sobre a problemática da decisão judicial, em muitos aspectos decisivo para a defesa de minha proposta.

Vejamos. Para o professor Ovídio (um duro crítico de Dworkin, diga-se⁴⁶), as soluções do Direito não podem ser “certas” ou “erradas”,

45 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 74, 1998, p. 114-5. Mas há uma ressalva importante: diferentemente de mim, Alvaro de Oliveira não dispensa o julgador de resolver o “conflito” entre a obediência a um “mínimo” de contraditório e o “direito fundamental à efetividade do processo” mediante a “técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A Garantia do Contraditório*. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 74, 1998, p. 117-8.

46 O último texto publicado pelo professor Ovídio, no qual se defende fortemente a discricionariedade judicial, pode ser lido como uma espécie de libelo contra Dworkin. Segundo Ovídio, Dworkin preocupa-se com o “direito” e não com os “fatos”, aspecto que tornaria a sua doutrina academicista e iluminista, com pretensões metafísicas. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, passim. Escrevi no meu *Levando o Direito a Sério* que, na base destas críticas, está o fato de que o processualista gaúcho jamais esteve disposto a ler Dworkin em sua “melhor luz”. Na verdade, defendi que há uma questão semântica não superada na leitura do professor Ovídio, deflagrada exatamente com relação ao conceito de discricionariedade judicial que, apenas no seu sentido forte, é criticado por Dworkin (aspecto que, apesar de ser decisivo para que a discussão possa ser produtiva, parece ter sido negligenciado pelo professor Ovídio).

e isso porque a história também não pode ser compreendida como “certa” ou “errada”: elas serão apenas “razoáveis”; contudo, deverão ser “suficientemente razoáveis”, ou seja, alicerçadas em “fundamentos válidos”, onde não estejam ocultas as “verdadeiras razões de decidir”.⁴⁷ Desta sorte, partindo-se do princípio de que o texto legal deve ser hermeneuticamente compreendido (é o que Ovídio chama de comportar “duas ou mais compreensões”), não esgotará o juiz a sua atividade com a indicação de que tal ou qual norma legal incidiu sobre o julgado; ele não poderá escolher “livremente” o sentido que lhe pareceu adequado: o juiz, apoiado nas “circunstâncias do caso” (e, aqui, há uma referência constante à norma do artigo 131 do CPC), deve indicar as razões pelas quais optou por um (e não por outro) dos chamados “sentidos possíveis da norma”.⁴⁸ Vale dizer, a exigência é a de que a motivação do ato jurisdicional seja “completa”, abrangendo tanto a versão aceita pelo julgador quanto as razões pelas quais ele recusara a versão oposta, e isso porque o “convencimento judicial” deve alcançar “o nível de racionalidade exigido pela lei”; a sentença deve conter, pois, argumentos convincentes sobre a “impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito usados pelo sucumbente”, de modo que a fundamentação deve ser “ampla”, compreensiva de “todos os aspectos relevantes do conflito”, em especial, a “análise crítica dos fatos”.⁴⁹

Agora perceba-se como, superada a “cegueira ideológica” - a impossibilidade absoluta de que algumas pessoas que trabalhem em paradigmas diferentes entendam-se e possam manter um diálogo produtivo⁵⁰ -, é possível a validação hermenêutica desta lição. Para tanto, de antemão é preciso que se tenha em conta que Ovídio estava menos preocupado com o ativismo judicial (ou com o protagonismo judicial, por mim criticado) do que com a apatia dos juízes racionalistas, ditos “irresponsáveis”, proibidos de interpretar.

Explicarei isso melhor. Julgo imprescindível, para que se faça justiça a Ovídio, explicitar o horizonte das perguntas que ele pretendia responder.

Para o mestre, o direito processual civil estaria inegavelmente

47 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140-1.

48 *Ibidem*, p. 148-9.

49 *Ibidem*, p. 150.

50 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101.

compromissado com o chamado paradigma racionalista, que procurou fazer do Direito uma “ciência” sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas, como se fosse possível trabalhá-lo como um “conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade”, desvinculado da História.⁵¹ A busca pela certeza do direito, como ideal do racionalismo, teria sido exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Europeia encarava a magistratura e seus compromissos com o Ancien Régime, o que desagudara na era das grandes codificações do direito europeu e na criação de um sistema burocrático da organização judiciária, isto é: a função judicial fora assimilada como a de um funcionário público comum, rigorosamente submetido às cortes judiciais superiores e aos órgãos do governo.⁵² Assim, o que voltou a emergir (num contexto de apego ao procedimento da actio romana, em detrimento da tutela interdital⁵³) foi o predomínio absoluto do valor segurança em detrimento do valor justiça, enquanto polaridades antagônicas na constituição da ideia de Direito; nessa linha, o espírito científico moderno teria tratado de submeter o pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a matemática.⁵⁴ Essa caminhada nos teria legado uma relação estreita entre o nosso conceito de jurisdição e as doutrinas que sustentavam a formação do Estado Absoluto. Exemplo disso seria a recorrente noção de “neutralidade” do juiz. Para Ovídio, essa (pretensa) neutralidade seria mais uma consequência, ou um reflexo, da neutralidade do Estado, tido como um dispositivo “técnico” capaz de servir a todas as possíveis ideologias.⁵⁵

51 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*, op. cit., p. 1.

52 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 88.

53 Essa distinção entre o procedimento da actio (destinada às pugnas de caráter privado, e cujo apego nos teria legado a obrigacionalização do direito material e a decorrente universalização do procedimento ordinário) e a tutela interdital, pautada boa parte da obra do professor Ovídio. Não é meu objetivo aqui destacá-la. Contudo, por ser tema recorrente em seus escritos, e apenas para que isso não fique em branco, transcrevo a seguinte (e elucidativa) passagem sobre o assunto: “Como é sabido, o pretor romano – assim como o farão hoje nossos magistrados, ao concederem antecipações de tutela, – podia prover, com base em *summaria cognitio*, emitindo uma ordem, atividade representada pelo célebre veto pretoriano; ou ainda, se não executando diretamente, ao menos permitindo atos executivos, como se dava na *missio in possessionem*, coisas que o *judex*, a quem se confiava o julgamento das *actiones*, não podia fazer, limitados como eram seus poderes a proferir sentenças condenatórias. Em resumo, tanto quando simplesmente ordenava, quanto nos casos em que provia executivamente, a decisão pretoriana resumia-se invariavelmente numa ordem, num veto ou numa permissão, no caso da tutela executiva, protegida por um interdito, que o pretor outorgava em favor daquele a quem concedia autorização para imitir-se na posse”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 183-4. Ponto que chama a atenção de Ovídio é que, no deferimento dos interditos, o pretor romano gozava de uma certa dose de “discrecionalidade”, que lhe permitia “decidir” com base em juízos “provisórios”, ou de “probabilidade”.

54 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, op. cit., p. 89.

55 *Ibidem*, p. 95.

Afinal, estaríamos cumprindo o projeto de Thomas Hobbes: a lei (produto do arbítrio do soberano) seria a exclusiva medida da justiça,⁵⁶ de modo que a magistratura fica subordinada às leis (não lhe cabe encontrar outros critérios de justiça, para o caso concreto, que já não venham indicados no texto legal) e, em especial, ao poder do soberano.⁵⁷

Erigida nestas bases políticas e filosóficas, a ciência do direito processual civil teria nascido assim comprometida com o ideal racionalista, que acabou transformando o Direito numa ciência em busca da verdade, análoga à matemática (Leibniz), sem qualquer compromisso com a justiça concreta.⁵⁸ Ainda hoje. Ovídio destaca que, apesar dos avanços que foram alcançados pela Filosofia do Direito durante todo o século XX, nossas instituições, tanto universitárias quanto legislativas, impõem que nos comportemos “dogmaticamente”, ou seja, que pensemos o direito processual civil como um “instrumento conceitual”, ao passo que o “sistema pressupõe que o Direito seja produzido pelo Poder Legislativo”, o que resulta em juízes “irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do Poder”.⁵⁹ E é para o enfrentamento dessa crise que o processualista sugere a reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, o que implica a admissão de que o ato jurisdicional é um ato criador de direito e, nesse sentido, um ato de vontade; perceba-se: não se trata, propriamente, de conferir maiores poderes aos juízes, mas “apenas e simplesmente admitir que eles sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época”, ou seja, trata-se de devolver ao juiz “os poderes que o Iluminismo lhe recusara”.⁶⁰ Observados, porém, determinados critérios capazes de impedir que “a natural discricionariedade do ato jurisdicional se transforme em arbitrariedade”.⁶¹

56 “A doutrina do Estado Absoluto, proposta por Hobbes, onde as leis são produtos, não da razão, mas da vontade do soberano, de modo que estes mandatos sejam os exclusivos critérios do justo e do injusto, foi a primeira condição para que a função judicial se conservasse limitada à pura declaração e aplicação de leis, sem que aos magistrados fosse reconhecido, sequer, o poder de interpretá-las, como depois ocorreu, no início do século XIX, na França”. *Ibidem*, p. 97.

57 *Ibidem*, p. 100.

58 *Ibidem*, p. 114. Veja-se, a propósito, a correta observação do professor Ovídio: a questão “não deve dirigir-se à condenação do método cartesiano, cuja importância para o progresso da pesquisa científica moderna ninguém põe em dúvida, mas em tomar-se consciência de que o mal não está no método, e sim na indevida transferência do Direito para o domínio das ciências demonstrativas, ciências das verdades universais e perenes, por sua natureza alheias à História e às transformações sociais”, *op. cit.*, p. 184.

59 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*, *op. cit.*, p. 2.

60 *Ibidem*, p. 197 e 201.

61 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, *op. cit.*, p. 139.

Bom. Veremos agora, conclusivamente, como se dá a recepção desse importante contributo para a teoria hermenêutica que proponho.

6. À GUIA DE CONCLUSÃO: POR UMA FUNDAMENTAÇÃO COMPLETAMENTE GERADA POR PRINCÍPIOS

Sem negligenciar as ameaças que uma leitura apressada do texto ovidiano oferece para a teoria que apresento (afinal, o processualista defende textualmente a discricionariedade judicial, além de afirmar a jurisdição como um ato de vontade – coisa que poderia aproximá-lo do positivismo kelseniano, por exemplo), quero centrar o foco, aqui, no ponto de convergência entre nossas propostas. Falo, especialmente, do resgate da responsabilidade político-interpretativa do juiz. Veja-se que, não sem alguma razão, Ovídio não dá por superada, na contemporaneidade, a fase liberal do processualismo, de corte cientificista. Para ele, um produto do paradigma racionalista. É neste contexto que se encaixa a sua aposta nos juízos de valoração e na discricionariedade judicial: não tanto pela confiança na magistratura (como, por exemplo, em Bülow), ou para a implementação de um suposto equilíbrio processual (como nas raízes do modelo social de processo), mas, principalmente, para chamar a atenção para o fato de que os textos legais dependem de interpretação, e de que o direito tem uma dimensão ética, pragmática, hermenêutica, que lhe é ineliminável.

Lembro aqui que, por razões distintas, mas com objetivos semelhantes aos de Ovídio, Dworkin exige que os juízes argumentem em favor de direitos: trata-se do exercício de sua responsabilidade política. Que se consagra no dever de motivação completa da decisão, para o processualista gaúcho, e no dever de fornecer respostas corretas, para o jusfilósofo estadunidense.

Sugiro, pois, nesta ordem de reflexões, que se leia a doutrina de Ovídio sobre a discricionariedade como se lê a “tese da resposta correta”, ou seja, como uma teoria sobre a responsabilidade dos juízes, antes do que sobre a sua liberdade decisória. O ponto é que, com o fechamento interpretativo propiciado pela exigência da motivação completa das decisões, não é concebível dizer que Ovídio aposte suas fichas num juiz “solitário”, que centralize a dinâmica do processo em torno da sua capacidade individual de “decidir”. Do contrário. Quando Ovídio reclama que o juiz “fundamente” suas decisões, está exigindo (muito) mais do que uma explicação dos motivos que o convenceram; está cobrando dele, na verdade, que explicithe seu convencimento, através da análise crítica da

prova, e que justifique a interpretação do direito que entendeu aplicável⁶². Posso dizer, imbricando as propostas de Ovídio e Dworkin: que aplique princípios. Exatamente, aqueles cuja proposta interpretativa transitou pelo ambiente contraditório. Sendo assim, o provimento jurisdicional não será de nenhuma forma um “monólogo”, já que, nas palavras do próprio Ovídio, a natureza dialógica do processo determina que o juiz

assegure o contraditório efetivo a ambas as partes, compreendido nesse princípio o direito, reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter “respostas” para suas alegações e provas⁶³

Claro: de nada valeria a Constituição assegurar o contraditório se ao julgador fosse possível limitar-se a dizer que o sucumbente participou do processo, fez alegações e produziu provas sobre cujo mérito (demérito), nada se pronuncia.⁶⁴

O que se segue disso tudo é não há nenhuma razão para deixar de cobrar fundamentação (sincera, exaustiva) das decisões judiciais, de modo a que os juízes deixem à mostra a “estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica”.⁶⁵ E o que se vê, se estou (minimamente) correto, é que Ovídio não exige menos dos juízes. Ora, desde o momento em que a submissão formal do intérprete ao texto (impossível, porém pressuposta pelo sistema) é deixada para trás, devemos exigir do magistrado que deixe a hipocrisia de lado e assuma a responsabilidade de confessar as verdadeiras razões e fundamentos de suas decisões.⁶⁶ Mesmo porque não há nenhuma possibilidade – e tanto Dworkin como Ovídio sabem bem disso⁶⁷ – de protagonizar uma “interpretação neutra” da Constituição ou da legislação que lhe deve obediência. Demandemos dos juízes que se assumam, pois, como intérpretes e agentes políticos. Afinal, “valer-se de uma teoria política não é

62 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*, op. cit., p. 151-2.

63 Ibidem, p. 152.

64 Ibidem, p. 154.

65 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit., p. 316.

66 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*, op. cit., p. 292.

67 Apesar de Ovídio não reconhecer esta característica na obra de Dworkin, como se vê ao longo do seu *Epistemologia das Ciências Culturais*, op. cit.

uma corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretação”.⁶⁸ Claro: Lenio tem toda a razão quando nos adverte a assim denominada “fundamentação” não é mais do que o produto do modo-de-ser-no-mundo do intérprete que o levou a compreender (portanto, no caso do juiz, a decidir) daquele modo; e isso quer dizer que, no caso da decisão judicial, “fundamento” é condição de possibilidade da decisão tomada (isto é, o juiz só decide porque já encontrou o fundamento) – o que, evidentemente, não o desonerará de buscar explicitar esse já-compreendido, mediante o aprimoramento do sentido que lhe foi antecipado.⁶⁹

E esse aprimoramento do sentido depende, por tudo o que se viu, de um contraditório levado a sério, mediante o qual se assegure – assumo o risco de soar repetitivo - a participação efetiva de todos os interessados no processo de formação do provimento jurisdicional. E isso, na linguagem dworkiniana (lida com a lente da Crítica Hermenêutica do Direito), implica estimular as partes a que se somem ao juiz na tarefa de reconstrução da história jurídico-institucional que guiará a solução da causa. Ainda mais especificamente, o contraditório deve, então, permitir que os contraditores problematizem a causa através de argumentos de princípio, que deverão ser efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta espelhe não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas, substancialmente, uma teoria principiológicamente coerente com a integridade do Direito.

Nesta ordem de ideias, torno a dizer que é possível harmonizar as noções que proponho com a contribuição da Escola Mineira de processo. Entenda-se: endosso, por exemplo, a visão do processualista Dierle Nunes quando este sugere uma “leitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo”, a permitir que as partes contribuam, de forma crítica, para a formação do julgado.⁷⁰ Aliás, concordo também com a sua observação de que “o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões”.⁷¹ Em realidade, minha divergência com o procedimentalismo que informa a citada Escola Mineira é pontual (apesar

68 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, op. cit., p. 247.

69 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos Porque Interpretamos ou Interpretamos Porque Compreendemos? Uma Resposta a Partir do Ontological Turn*, op. cit., p. 228.

70 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 227.

71 *Ibidem*, p. 229.

de paradigmática): enquanto autores como Dierle defendem que uma concepção deontológica do contraditório como “garantia de influência” assegura uma correção normativa procedimental das decisões (o que vocacionaria o “fluxo discursivo” ao entendimento)⁷², para mim, o fim do processo não é o entendimento, mas a produção de uma boa resposta, de uma resposta que assegure os direitos de quem efetivamente os têm. Defendo que se exija, pois, de todos os sujeitos processuais, que apresentem teorias fundadas em argumentos de princípio, através dos quais seja possível ma aferição substancial da conformidade do projeto que apresentam com a materialidade da Constituição e com a integridade do Direito. Somente assim nos manteremos fieis aos aportes substantivos da teoria de Dworkin e aos supostos da Crítica Hermenêutica do Direito.

Numa palavra final: a teoria adotada no provimento jurisdicional não deve espelhar um entendimento compartilhado apenas entre os sujeitos processuais e o juiz, mas também, e substancialmente, este compartilhamento deve ser empreendido, de forma principiologicamente coerente, com os demais juízes do passado (história institucional do direito).

7. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georgis; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. In: Revista de Processo, 166, ano 33. Dezembro de 2008, pp. 27-70.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Epistemologia das Ciências Culturais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. Jurisdição, Direito Material e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁷² Ibidem, p. 239.

BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.

_____. *Verdade e Método II: Complementos e Índice*. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAUFMANN, Arthur. *A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

MOTTA, Francisco José Borges. Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 74, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição Constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STEIN, Ernildo. Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) Dirigente e o Direito Fundamental à Obtenção de Respostas Corretas. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, v. 1, 2008.

_____. Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos Porque Interpretamos ou Interpretamos Porque Compreendemos? Uma Resposta a Partir do Ontological Turn. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. São Leopoldo, 2003.

_____. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “Como Discricionariedade não Combina com Democracia”: O Contraponto da Resposta Correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e Processo: Desafios Constitucionais da Reforma do Processo Civil no Brasil*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VIII

A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE: PRESSUPOSTO PARA A OBTENÇÃO DO PROCESSO JUSTO

Por: Handel Martins Dias

Abogado en el Brasil.

Especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil).

Maestro en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil).

Profesor de Derecho Procesal Civil en lo Centro Universitário Metodista (Porto Alegre, Brasil).

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O Tempo como Elemento do Processo. 3. Os Prejuízos Decorrentes da Mora Judiciária. 4. A Duração do Processo num Prazo Razoável. 5. A Tensão entre a Efetividade e a Segurança Jurídica. 6. Considerações Finais. 7. Fonte Bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

Leciona com proficiência o jurista e filósofo belga François Ost *c'est donc une dialectique profonde et non des rapports superficiels qui se nouent entre le droit et le temps*¹. No âmbito processual, o liame entre o tempo e o Direito aufere notas próprias e relevantes, máxime na sociedade contemporânea, que tem a pressa como pressuposto e a consciência das obrigações jurisdicionais do Estado. Em um mundo que se modifica constante e rapidamente, não se afigura admissível que a tutela jurisdicional fique dissociada dessa transformação, impendendo que se desenvolva de acordo com a realidade cultural e ideológica hodierna. Neste novo cenário, ganhou destaque no Direito Processual o princípio da efetividade, não sem prejuízo do princípio que lhe faz contraponto: a segurança jurídica. O enfrentamento destes dois valores fundamentais do Processo, implícito em cada tentativa de aprimoramento da jurisdição, constitui, seguramente, uma das temáticas jurídicas mais pertinentes da atualidade, além de imprescindível para se delinear um “processo justo”.

O objetivo do presente ensaio é examinar, ainda que de forma perfunctória, aspectos bem pontuais acerca fenomenologia. Ab initio, a título propedêutico, busca-se demonstrar que o tempo constitui elemento intrínseco do organismo processual (I) e que, malgrado propicie o exercício de garantias processuais fundamentais, não é incondicionalmente virtuoso. De feito, não raro o tempo possui efeito nocivo para a prestação jurisdicional, razão pela qual também se estudam os prejuízos concernentes à mora judiciária (II), notadamente a maior mácula e preocupação relativamente à atividade jurisdicional. À continuação, analisa-se o direito à duração do processo em um prazo razoável (III), erigido à categoria de direito fundamental justamente em razão do acentuado apelo hodierno à efetividade, princípio que informa a celeridade no âmbito no Processo. Examina-se, ainda, a constante tensão existente entre a efetividade processual e a segurança jurídica (IV). O princípio da segurança jurídica atua como um verdadeiro limitador da celeridade, tanto na resolução dos conflitos de interesses, in concreto, como na definição do devido processo legal.

¹ OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999, p. 13.

2. O TEMPO COMO ELEMENTO DO PROCESSO

Posto que a vida e o Direito ensinam que se devem evitar afirmações de carácter absoluto, inexistem razões para que não se afirme, de maneira categórica, que o organismo processual é, sempre e necessariamente, formal. A realização dos atos pelo juiz no exercício da jurisdição e pelas partes na defesa dos seus direitos e interesses, cujas fórmulas estão previamente estabelecidas na lei, é inerente ao processo, compreendendo a sua própria noção conceitual². Embora não exista ainda hoje consenso sobre o conceito de processo e sobre a sua natureza jurídica, apesar das inúmeras teorias com esse intento que sobrevieram ao longo da história, já há quase que uma unanimidade acerca da compreensão do procedimento no conceito e na realidade do processo³. E é justamente este carácter formal⁴ que garante às partes litigantes o devido processo legal e todos os seus consectários virtuosos⁵. Como bem sublinha Rudolf von Jhering, se o processo não obedecesse a uma ordem determinada,

- 2 Salienta Alex Carocca Pérez, que “el proceso se caracteriza señaladamente porque la actividad que desarrollan las partes y el tribunal no es libre, sino que se encuentra reglada exhaustivamente por normas jurídicas preestablecidas. (...) En consecuencia, los procedimientos son indispensables para constituir cada uno de los procesos, ya que si faltan no habrá un cauce, un orden ni formas preestablecidas para que las partes y el tribunal puedan actuar, demostrando la inescindible relación entre ambos términos” (PÉREZ, Alex Carocca. *Manual de derecho procesal*. Santiago: LexisNexis, 2003. t. II: Los procesos declarativos, p. 9.).
- 3 Mesmo a teoria mais recente, de Elio Fazzalari, não nega essa intelecção. Ele afronta a opinião dominante apenas quanto à inserção da relação jurídica processual na conceituação de processo, considerando como elemento, em seu lugar, o contraditório. A respeito, veja-se FAZZALARI, Elio. *Proceso: teoria generale*. In: *NOVISSIMO Digesto Italiano*. Torino, 1966, v. 13, p. 1067-1076.
- 4 O formalismo é empregado em sentido amplo, abrangendo não somente a forma de per si, mas tudo que há de natureza formal no ambiente processual. Envolve, nessa acepção, além da ordem do procedimento e a organização do processo em geral, a definição e o exercício dos poderes, das facultades e dos deveres dos sujeitos processuais: autor, réu e órgão judicial. Sobre o formalismo processual, veja-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, em que o autor aborda de forma profícua o tema, determinando as suas vertentes culturais e políticas, bem assim os seus aspectos positivos e negativos.
- 5 O devido processo legal é aqui compreendido nas suas duas concepções – processual (process oriented theory) e material (value-oriented theory) –, desenvolvidas pela doutrina americana relativamente ao princípio matriz, o due process of law: a pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas também a um processo justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça (devido processo substantivo). A propósito, vejam-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 491-493; TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. New York: Foundation Press, 2000, v. 1; ORTH, John V. *Due process of law: a brief history*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e giusto processo*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 90, p. 95-150, 1998; na doutrina brasileira: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito da ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 273-287; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; e DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Igualdade perante a lei e due process of law*. In: *PROBLEMAS de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

cada ato devendo ser praticado em seu devido tempo e lugar, o litígio desembocaria em uma disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana da parte adversária⁶.

Contudo, se o formalismo processual presta-se por um lado, por meio de formas e termos pré-determinados, para rechaçar o arbítrio judicial e garantir às partes o direito de participar amplamente do processo e influenciar na decisão da causa, serve, por outro, para impor um lapso temporal até a resposta definitiva do Estado-juiz. Por mais abreviado que seja o rito e se voguem os princípios da oralidade, efetividade e celeridade, não há como o processo deixar de alongar-se no tempo, ainda que minimamente. A sua direção pelo órgão judicial, as decisões fundamentadas, os respectivos misteres dos órgãos auxiliares da justiça, eventuais e permanentes, e as oportunidades para que as partes participem ativamente do debate processual – pedindo, respondendo, impugnando, produzindo prova, interpondo recursos etc. – demandam, inevitavelmente, um espaço temporal. Por essa razão, erige como dogma a ilação de que o tempo é elemento inarredável do fenômeno processual⁷.

3. OS PREJUÍZOS DECORRENTES DA MORA JUDICIÁRIA

O fato de o tempo ser um apanágio do processo e servir como viabilizador da cidadania não o torna um valor absoluto. O processo deve ter um termo, ainda que isso represente, em alguma medida, desprezo ao ideal de justiça⁸. A constância da contenda e a ausência de certeza e segurança jurídica advindos da eternização do processo são fatores mais nocivos para a sociedade do que aqueles oriundos da qualidade

6 *Geist des römischen rechts auf den verschiedenen stufen seiner entwicklung*, Aalen, Scientia Verlag, 1968, v. 3, § 50, p. 25-6, apud OLIVEIRA, op. cit., p. 07.

7 Na mesma senda MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice: la gestion du temps dans le procès*. Paris: La documentantation Française, 2004, p. 19: "le procès est un processus qui réclame du temps. Ce temps est nécessaire. Ainsi, au civil, il permet de concentrer progressivement le débat sur l'essentiel. Il faut aux parties du temps pour argumenter, du temps pour se répondre, du temps aussi pour réfléchir et éventuellement pour négocier; du temps pour s'expliquer; il faudra ensuite à la juridiction du temps pour délibérer et pour trancher ou décider. La durée est une composante inéluctable de toute procédure judiciaire".

8 Cf. VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984, p. 283, "El proceso como actividad dinámica se desarrolla en un espacio de tiempo. En este lapso se cumplen los diversos actos procesales que constituyen todo el proceso, desde el principio hasta el fin. El problema del tiempo procesal es, en primer lugar, el de la duración del proceso, puesto que, como hemos dicho, se considera como un valor esencial de la justicia la limitación de aquella duración, porque la solución del conflicto debe llegar con la mayor celeridad posible; la tardanza, según hemos visto, las más de las veces se convierte en injusticia".

da prestação jurisdicional pelo seu desfecho. As pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação durante a litispêndência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável⁹. Ademais, a justiça humana não é integral ou infalível. É sempre imperfeita, viciando-se pelo simples desenvolvimento do mundo¹⁰. Há sempre limitações na atividade jurisdicional, mesmo que o processo tramite por toda a eternidade e a busca da verdade seja implementada de forma incessante. Vejam-se, v.g., a necessidade se observarem no julgamento da causa apenas os fatos alegados pelas partes, a forma processual, a prova produzida e as fontes de direito. Além desses contornos, influi de modo inevitável no processo silogístico o conhecimento privado do juiz e as suas concepções de ordem ideológica e cultural.

Por isso, mormente pela aspiração de segurança nas relações jurídicas, que o desideratum máximo do poder jurisdicional consiste em compor ou solucionar os conflitos de interesses objeto do processo, o que tão-somente pode ser alcançado pelo Estado mediante uma resposta final para o litígio, cujos efeitos se revistam de indiscutibilidade e imutabilidade¹¹. Sem embargo, a existência de ponto terminal por meio da coisa julgada não é quantum sufficit para que a jurisdição, na sua compreensão moderna, atinja satisfatoriamente os seus escopos. A longa duração da relação jurídica processual representa prejuízos bastante indesejáveis, porquanto faz perdurarem os próprios e repudiáveis fatores antisociais que levaram o Estado a assumir o fado de resolver os conflitos interindividuais da sociedade e a impor um termo final no tempo processual. A dilação do processo implica o prolongamento do conflito de interesses que lhe deu causa e de todas as suas conseqüências negativas, sobretudo a insegurança e a incerteza pelo quadro de indefinição acerca do direito litigioso e a insatisfação daquele que aguarda a tutela jurisdicional para ter assegurado um direito que entende ser seu.

A priori, a demora do processo não interessa principalmente ao autor, pela manutenção do estado das coisas durante a litispêndência. Adverte

9 Cf. DINAMARCO, *Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 162, ao asseverar o grande valor social da segurança jurídica proporcionada pelo Estado por meio do processo e do exercício da jurisdição. Para o estudo sobre os demais escopos fitados pelo Estado Moderno no exercício da atividade jurisdicional, afigura-se irrepreensível a leitura citada obra de Dinamarco, reconhecidamente uma das principais da literatura processual brasileira.

10 Cf. GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia: dikelogía*. Madrid: Aguilar, 1958, p. 84-90.

11 Para isso, é claro que há que se limitar também internamente o tempo do processo. Sem uma ordenação temporal dos atos processuais e um limite de tempo para a sua prática, com a respectiva incidência do efeito preclusivo, o processo seria um ambiente de absoluta arbitrariedade e balbúrdia, sem nunca chegar a um final.

com razão Ovídio Baptista da Silva que o custo do processo, representado pelo tempo, não onera o réu, que, durante o todo o tempo de tramitação, tem o privilégio de desfrutar do status quo ante. Com espeque no princípio chiovendiano de que o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo que tenha direito de conseguir, sustenta Ovídio que o réu, quando sucumbente, deveria indenizar os prejuízos causados por quem, devendo saber que não tinha direito, impediu durante todo esse tempo o legítimo exercício do direito do autor, e não tão-somente pagar as custas processuais e os honorários do advogado da parte vencedora. Também chama atenção para o desequilíbrio estrutural existente no processo contemporâneo quanto ao fato de apenas o autor ser penalizado com o dever de indenizar ao assumir o risco de executar provisoriamente a sentença ou efetivar as medidas cautelares ou antecipatórias, ao passo que este, quando sucumbente, usando de todas as faculdades legais para manter o status quo ante, nada indeniza se procedente o pedido ao final¹². Seria o caso, então, de extensão da responsabilidade processual civil objetiva do réu, observada a lição de Fernando Luso Soares¹³.

O retardo da prestação jurisdicional ainda pode ensejar lesões que extrapolem a seara psicossocial, alcançando o próprio direito sub iudice ou a esfera jurídica das partes litigantes. Este comprometimento pode ser de tal monta que a decisão definitiva reste, ao final, inócua ou de escassa utilidade para aquele que for vendedor da causa. A esses prejuízos soma-se ainda o maior dispêndio, para as partes e para o Estado, pela ação do tempo de tramitação do processo. Naturalmente, processos mais longos exigem um número maior de órgãos judiciais e de servidores, afora a disposição dum aparato judiciário maior e mais sofisticado: custos que têm se mostrado invencíveis para o Poder Público, não obstante as elevadas verbas que lhe são destinadas¹⁴. As partes, por sua vez, têm

12 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 201-214.

13 SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

14 No Brasil, impõe-se reconhecer que a insuficiência de verbas orçamentárias destinadas à prestação do serviço jurisdicional decorre, em parte, da precariedade da gestão. Conforme o Diagnóstico do Poder Judiciário, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas para o Ministério da Justiça, divulgado em agosto de 2004, p. 71-78, o Poder Judiciário brasileiro, numa comparação com dados de 2000 do Banco Mundial envolvendo outros trinta e quatro países, é um dos mais caros do planeta, com custo médio de R\$ 28,5 bilhões por ano. O Brasil é o país que mais transfere recursos públicos para o Poder Judiciário, com um gasto de 3,6% das despesas do setor público, quase quatro vezes mais do que a média dos outros países (0,97%). No ranking das despesas em milhões de PPPD para cada cem mil habitantes, o Brasil figurou na segunda pior posição, sendo superado apenas pela Itália. A sua despesa atinge 9,84 milhões de PPPD por cem mil habitantes, contra uma média internacional de 2,04 (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. Diagnóstico do Poder Judiciário. Elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, Brasília, 2004).

maiores gastos pela incidência de novas custas processuais e honorários advocatícios à medida que o processo se prolonga. E sendo uma das partes hipossuficiente, embora a demora do processo não ofereça inevitavelmente dito prejuízo pela possibilidade de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, muitas vezes traduz desigualdade, visto que o jurisdicionado pode não ter condições de suportar a demora tal como a parte mais abastada, restando por abandonar a causa ou aquiescer a um acordo por valor bem aquém ao que teria direito.

Mauro Cappelletti, que tivera o acesso à justiça como um dos seus principais motes, consignava com proficiência que o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico¹⁵. Mais do que isso, às vezes é até vantajoso para a parte mais opulenta estender a tramitação do processo por um longo tempo quando demandado, ao invés de compor o litígio ou corrigir a falha que originou a lide. Prova de que a mora judiciária, e mesmo a afronta ao ordenamento jurídico, favorece os entes economicamente mais robustos é que, no Brasil, um pequeno número de empresas e o Estado respondem a grande maioria das ações judiciais¹⁶.

Além de desmotivar os que possuem o mesmo direito a ingressarem em juízo, a delonga da prestação jurisdicional permite, nos casos de ações condenatórias, que a empresa aufera rendimentos no mercado financeiro que compensem o cumprimento tardio do pagamento devido, o qual será apenas corrigido e acrescido de juros legais. Quanto aos entes estatais, possibilita aos governantes impedirem o ingresso próximo de novas despesas, a fim de transferir, numa conhecida e imprópria sanha política, a responsabilidade dos pagamentos às futuras administrações. Embora

15 CAPPELLETTI, Mauro. *La giustizia dei poveri*. In: *PROCESSO e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 547-556. Sobre a demora do processo e a hipossuficiência como óbices ao acesso à justiça, impõe-se o estudo da valiosa obra de Cappelletti. Cita-se, por tantos, *Access to justice, a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978, em co-autoria com Bryant Garth, Professor da Stanford University, cujo relatório geral, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective*, foi traduzido por Ellen Gracie Northfleet, atual Presidenta do Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça, e publicado no Brasil pela Fabris Editora. Vejam-se, também, *Accès a la justice et État-providence*. Paris: Economica, 1984, livro dirigido por Mauro Cappelletti e prefaciado por René David que contém uma coletânea de artigos sobre o tema; e, pelo pioneirismo, a primeira obra a focar essa temática: CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia: conferenze tenute alla Facoltà de Diritto dell'Università Nazionale del Messico*. Padova: CEDAM, 1954.

16 O Estado é notadamente o maior descumpridor da lei no Brasil. Conforme o Diagnóstico..., passim, mais de 80% dos processos e recursos que ocupam o trânsito do Judiciário envolvem a União, Estados, o Distrito Federal, Municípios, ou suas autarquias, fundações ou empresas públicas. Isso significa que o Poder Judiciário atua, em grande proporção, a serviço do governo, despojando o exercício da cidadania. Apenas no Supremo Tribunal Federal, 79% dos processos envolvem algum nível de governo ou empresa estatal. E aproveitando-se de que o processo é um instrumento de poder, os governantes seguidamente incluem benefícios e prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública, em flagrante promoção de desigualdade em relação às partes.

as condenações massificadas contra grandes empresas e entes estatais não alcancem, de regra, montas significativas individualmente, atingem, in totum, valores expressivos que justificam a postura processual recalcitrante.

O tempo do processo possui, contudo, conseqüências bem mais copiosas, que soem escapar da imaginação dos operadores do Direito, sobretudo dos juizes, que muitas vezes apreendem o Direito como um universo paralelo, imune ao que passa no mundo prático de outras ciências. É inegável hodiernamente que o tempo do processo possui influência direta na Economia, exercendo ascendência até mesmo sobre o desenvolvimento dos países. A morosidade da justiça, entre outros fatores, afasta os investimentos externos em razão da incerteza jurídica que gera, constituindo entrave decisivo para um maior crescimento econômico de países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil e da maioria dos países da América Latina¹⁷. Numa economia global, em que se exigem cada vez mais garantias, o setor privado só aumenta os investimentos quando dispõe de segurança. A demora do tempo de tramitação dos processos enseja sensação de vulnerabilidade e de risco para os investidores exógenos, fazendo-os preferir os países que detêm sistemas jurisdicionais morosos em favor daqueles que oferecem uma Justiça mais rápida¹⁸.

17 PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: *Direito & Economia: análise econômica do direito das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 244-283, ouviu mais de setecentos juizes sobre os efeitos das decisões judiciais sobre questões econômicas e constatou a falta de compreensão do magistrado brasileiro sobre as conseqüências macroeconômicas de suas decisões, bem como que a morosidade, imprevisibilidade e parcialidade do Poder Judiciário têm impactos negativos para o desenvolvimento do Brasil, coibindo investimentos e a geração de empregos. O economista, pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ainda calcula que o PIB brasileiro crescerá um ponto percentual a mais por ano se os empresários considerassem a Justiça brasileira mais confiável (passim).

18 O Brasil teve avanços – v.g., a estabilização da economia, a alternância de poder com manutenção da ordem democrática e algumas reformas estruturais –, mas insuficientes para afastar a sensação de vulnerabilidade e a percepção de risco que os investidores estrangeiros têm do País. Estudo feito pelo Fórum Econômico Mundial, divulgado em outubro de 2004, que ouviu mais de oito mil e setecentos empresários em cento e quatro nações a fim de saber que nível de competitividade eles depreendiam nos países estudados, situou o Brasil na 57ª posição e apontou a morosidade da Justiça como um dos seus principais problemas. No mesmo mês, o Banco Mundial divulgou estudo que traz um diagnóstico dos principais problemas enfrentados pelos investidores em 53 países em desenvolvimento. Nesta avaliação, em que figura o Brasil como um dos piores países do mundo para resolver problemas pela via judicial, a ineficiência da Justiça aparece com 32,8% entre as principais restrições aos planos de investimentos. Na mesma linha, a pesquisa *Fazendo Negócios*, do Banco Mundial, que realizou levantamento exaustivo sobre o ambiente empresarial em cento e trinta e três países e situou o Brasil entre os mais burocráticos do planeta. Segundo esta pesquisa, o Brasil aparece na 125ª posição entre os países onde é mais demorado fazer valer na Justiça os termos de um contrato.

4. A DURAÇÃO DO PROCESSO NUM PRAZO RAZOÁVEL

A compreensão acerca da lesividade da mora judiciária fez com que se almejasse, cada vez mais, a diminuição do tempo do processo e se elevasse a celeridade a princípio fundamental do Processo moderno. Um corolário desse sentimento é a afirmação corrente, como genuíno brocardo moderno, de que a justiça tardia equivale à denegação da justiça. Conquanto não sirva como dogma, em razão de seu conteúdo exagerado e absoluto, o conhecido aforismo denota de maneira patente a brevidade do processo como desígnio atual da administração da justiça, em prol da qualidade da jurisdição. Nessa senda, legisladores de todo o mundo procuram constantemente aperfeiçoar os sistemas processuais, instituindo novas categorias de tutela e promovendo reformas que tornem os processos mais efetivos e céleres. Na ordem jurídica processual colombiana, destaca-se, por exemplo, a lei 446 de 1998, que teve o objetivo expresso de descongestionar a Justiça, bem como melhorar a sua eficiência e acesso. Por esta lei, adotaram-se como legislação permanente algumas normas do decreto 2651 de 1991, modificam-se alguns normas do Código de Procedimiento Civil, derrogaram-se outras da lei 23 de 1991 e do decreto 2279 de 1989¹⁹.

Apaziguado o valor social e público do processo, passou não só se instituiu como obrigação do órgão judicial velar pela rápida solução do litígio²⁰ como também se lhe conferiram poderes para se efetivar celeridade na condução processual, opondo-se a demoras injustificáveis, conciliando as partes, indeferindo as diligências inúteis e meramente protelatórias, bem como catalisando o feito para que a jurisdição seja a mais pronta possível. Diante da mudança de concepção do processo, o juiz cada vez mais aufere poderes e responsabilidades na direção do processo, não só no sentido de impulsioná-lo para que seja mais célere possível, mas na investigação dos fatos da causa, na sua valoração, na promoção da igualdade, da boa-fé processual etc²¹. O princípio da efetividade deixou de constituir apenas uma diretiva para o legislador, mas um valor imediatamente preceptivo; nas palavras de Andrea Proto Pisani, um princípio hermenêutico do direito vigente²².

19 A lei 446 de 1998 ainda modificou e expirou normal do Código Contencioso Administrativo.

20 V.g., o art. 125, II, do Código de Processo Civil brasileiro, o art. 37 do Código de Procedimiento Civil da Colômbia e o art. 9º do Código General del Proceso do Uruguai.

21 Essa tendência de fortalecimento do papel do juiz no processo não significa, como acentua BAUR, Fritz. Transformações do processo civil em nosso tempo. *Revista Brasileira de Direito Processual, Uberaba*, v. 7, trad. de J. C. Barbosa Moreira, p. 57-68, 1976, desvinculá-lo das regras processuais gerais. O órgão judicial impende exercer os seus poderes com estrita observância dos termos da lei.

22 Cf. SICA, Marco. *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza: nei confronti della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 13.

Apesar disso, a morosidade da Justiça consiste hoje no principal problema da pluralidade dos países do globo. O substancial aumento do número de processos nas últimas décadas, cujas causas têm as origens mais variadas – mormente, na experiência do Ocidente, a revolução constitucional pós-guerras, a desmedida injustiça social, a facilitação do acesso à justiça e o irracionalismo dos sistemas processuais –, levou à fragilização das máquinas judiciárias e ao acréscimo da demora da tutela jurisdicional. Esse fato, somado à compreensão dos prejuízos ocasionados pela demora excessiva do processo e ao amadurecimento do valor efetividade, elevou à categoria de direito fundamental o direito ao processo num prazo razoável, tendo sido positivado nessa qualidade nos principais tratados internacionais sobre direitos fundamentais, tais como a Convenção Européia dos Direitos do Homem (art. 6º, § 1º)²³, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º)²⁴ e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (art. 47).

O reconhecimento do direito à realização do processo em um prazo razoável como direito fundamental não se cinge à dimensão internacionalista²⁵.

23 Na Europa, a salvaguarda dos direitos fundamentais sempre mereceu uma atenção bastante especial, mormente em razão de seu escopo em estabelecer instituições supraestaduais. No plano do direito positivo, merecem destaque a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem, a Carta Social Européia, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, e, já no contexto da União, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. Sem o intento de menoscabar os postulados relativos aos preceitos substanciais, o grande valor ostentado pelo sistema europeu de proteção aos direitos fundamentais foi nomeadamente a criação de órgãos contendo jurisdição para decidir acerca da aplicação e interpretação de sua Convenção, nomeadamente a Comissão Européia de Direitos do Homem, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa e a Corte Européia de Direitos do Homem – este, por sua natureza, o único autenticamente judicial. Esses órgãos exercem as funções de interpretação e aplicação da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais aos casos concretos, independentemente de autorização dada pelos Estados envolvidos, sendo-lhes as decisões definitivas e obrigatórias. A toda a evidência, é hoje o continente que apresenta mais evoluído sistema regional de proteção dos direitos fundamentais, ostentando uma efetiva justiça transnacional.

24 O sistema interamericano de direitos fundamentais é estruturado basicamente em dois órgãos que compõem a estrutura da Organização dos Estados Americanos – OEA –, a qual é formada por todos os Estados soberanos das Américas: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José, na Costa Rica. Vejam-se, entre tantos, GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia Cristina (coords.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/index.htm>> Acesso em 11 ago. 2002.

25 Consoante o magistério de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13-34, os direitos fundamentais podem ser vistos por três perspectivas: enquanto direitos de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares (perspectiva filosófica ou jusnaturalista); enquanto direito dos homens num determinado tempo e lugar (perspectiva estadual ou constitucional); e como direito de todos os homens num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo (perspectiva universalista ou internacionalista).

Foi também incluído nos catálogos de direitos fundamentais das mais avançadas ordens jurídicas endógenas, inclusive na brasileira. Desde a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica em 1992, que prevê em seu art. 8º 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, 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”, o direito fundamental ao processo num prazo razoável integra o direito brasileiro. Em 2004, o preceito foi positivado na Constituição Federal, formalizando entre os seus direitos fundamentais o da duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII)²⁶.

Tendo em vista que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), afigura-se juridicamente viável inclusive a responsabilização do Estado por uma jurisdição que, em decorrência da ineficiência do serviço judiciário, seja prestada em um prazo desarrazoado, ensejando prejuízos ao jurisdicionado. Naturalmente, essa responsabilidade pela falha no exercício monopolista do poder jurisdicional é objetiva, não dependendo de negligência ou dolo do órgão judicial ou de seus órgãos auxiliares. Na Europa, onde a observância e a proteção aos direitos fundamentais encontram-se em um estágio mais avançado, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem, de maneira freqüente e exemplar, reconhecido a afronta ao art. 6º, § 1º, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, por violação ao direito fundamental ao processo num prazo razoável, e condenado os Estados-contratantes a indenizar os requerentes por prejuízos advindos da mora jurisdicional²⁷. Como não

Nos dias de hoje, em que cada vez mais se fortalecem grandes blocos regionais na paisagem mundial e, como sublinha CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*. In: *STUDI in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano, Griuffrè, 1979. v. 1, p. 153-210, mostram-se insuficientes o direito interno e os mecanismos judiciários estatais para se tutelarem os direitos fundamentais, a perspectiva que mais afigure destaque é internacionalista, que compreende tanto a inserção de catálogos internacionais como de justiça transnacionais.

26 LORAALARCÓN, Pietro de Jesús. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: *REFORMA do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 27-48, assevera que o ingresso na Constituição FEderal do princípio do direito ao processo num prazo razoável imprime o selo do procedimento eficiente, tornando ainda mais forte a garantia do acesso à jurisdição e due process of law, bem como convida para uma releitura e modificação do sistema processual nos pontos em que há empecilhos à rapidez (Ibidem, p. 33-35). Para a reflexão entre o direito ao processo em um prazo razoável e os mecanismos trazidos pela Reforma do Judiciário com o intento de assegurar esse desígnio, veja-se: YARSHHELL, Flávio Luiz. *A Reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”*. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 75, p. 28-33, mai. 2004.

27 Por exemplo, entre tantos, Comingersoll S/A x Portugal, Processo nº 35382/97, j. em 06 abr. 2000;

poderia deixar de ser, a razoabilidade ou não do tempo de tramitação de um processo tem sido constatada caso a caso, observando-se critérios já consagrados na jurisprudência, em especial a complexidade da causa, o comportamento das partes e das autoridades competentes, assim como o objeto que estava em causa no litígio²⁸.

Com certeza, são inúmeras as causas da morosidade da Justiça. Na experiência brasileira, avulta-se o grande número de processos – oriundo principalmente da grande injustiça social e políticas públicas gerenciadas com visão de curto prazo, apenas mirando atender ao momento contíguo²⁹ –, conjugado com o sistema processual, a precariedade de recursos materiais e a insuficiência de órgãos judiciais e auxiliares³⁰. Esse panorama acentuou-se com o retorno do Brasil para o regime democrático na década de 80 e a edição da Constituição Federal de 1988, que, num quadro de desordem e injustiça, ampliou e estendeu os direitos sociais, individuais e coletivos, sem proporcionar, em contrapartida, uma mudança estrutural do Poder Judiciário que o tornasse capaz de suportar a nova carga que lhe destinou, deixando-o ainda mais defasado e fragilizado. Todos os anos há um incremento significativo do número de processos no Brasil, em uma relação entre os novos e os que são arquivados. Chama atenção a circunstância de que o número de processos novos representa uma proporção de um para cada dez brasileiros. Além de ser por si excessiva, aufere gravidade a relação se se considerar o inexorável fato de que muitos brasileiros ainda têm dificuldades de acesso à justiça.

Embora com uma variação ou outra das causas, a situação não é muito diferente nos demais países da América Latina. A análise da situação da Justiça uruguaia realizada por Enrique Véscovi em 1996 permanece atual e, s.m.j., serviria à maioria dos países da América Latina:

Jíru x República Tcheca, Processo nº 65195/01, j. em 26 out. 2004; e Kaggali x Grécia, Processo Nº 9733/03, j. em 19 mai. 2005.

28 Sobre a reparação da parte lesada pela tramitação do processo em um tempo não razoável, veja-se, em especial pela ampla referência jurisprudencial, PETROLATI, Franco. *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata non ragionevole: la c.d. "legge Pinto"*. Milano: Giuffrè, 2005.

29 BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. *A posição do juiz: tendências atuais*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 349, p. 85-100, 2000, p. 86-87, assinalam que também contribui para isso a atitude do Poder Executivo que, além de litigante contumaz, recorre mesmo contra posições pacíficas adotadas pela jurisprudência, e a nossa formação cultural, que estimula os advogados a recorrerem de tudo, contra tudo e contra todos.

30 Cf. *Diagnóstico...*, p. 67, São 7,7 juízes para cada grupo de 10 mil habitantes, percentual, embora próxima à proporção da média mundial, está bem abaixo do verificado em países como Alemanha e Colômbia, que possuem 28 e 18 juízes para cada dez mil habitantes, respectivamente.

El estado del servicio de justicia en Uruguay es deplorable, quizá uno de los más bajos de nuestro país, pese a que varios otros (servicios públicos) funcionan muy mal, quizá, también, inferior a la de muchos otros países del área. Y eso que es sabido, al menos así lo refieren sus nacionales, que la situación de la justicia en la mayoría de los países latinoamericanos, es deficiente. (como en otras regiones del mundo).

Hay, sobre todo, carencias de las más diversas índoles. Carencia en el número de jueces, enormemente sobrepasado por funcionarios, en un sistema judicial totalmente burocrático, carencias en la preparación de dichos jueces, pese al promedio de nuestra Latinoamérica.

Por lo demás, dichos jueces y los funcionarios judiciales en general, tienen remuneraciones inadecuadas, lo que es solo un aspecto de la pobreza general de este poder del Estado. Que naturalmente, en tal virtud, no se ha tecnificado, quedando al margen de la moderna tecnología.

Y trabaja en locales inadecuados... Ha sido lugar común ver que en cada ciudad, uno de los peores locales públicos era el del juzgado o de su fiscalía. Este aspecto ya ha sido superado.

El procedimiento se encuentra atrasado, más de dos siglos, a su tiempo.

El resultado de todo ello es un deficiente servicio de justicia, burocrático, lento, pesado, e ineficaz. En el cual la sociedad no cree, lo que significa un gravísimo factor negativo dentro de un régimen que aspira a ser democrático.³¹

5. A TENSÃO ENTRE A EFETIVIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA

Toda essa aspiração de brevidade impende ser temperada, pois a aceleração do processo incita, irrefragavelmente, o erro judiciário. Como assevera Othmar Jauernig, rapidez e profundidade casam-se mal³². De feito, quanto mais fugaz o processo, menos aperfeiçoadas serão a investigação dos fatos da causa e a consideração das questões de fato e de direito no seu julgamento. É exatamente nesse descompasso que há

31 VÉSCOVI, Enrique. *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 22-23.

32 JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 157.

entre o tempo e o processo – ou seja, entre o momento em que é prestada a jurisdição e a forma como é prestada a jurisdição – que exsurge o grande dilema da Ciência Processual: a tensão entre a efetividade processual e a segurança jurídica. Esses dois princípios apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios. Numa perspectiva deontológica, podem ser considerados sobreprincípios, embora sejam, a sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da justiça³³.

Embora essenciais ao fenômeno processual, a efetividade e a segurança jurídica são princípios antagônicos, que, guarnecendo cada qual fins contrapostos, convivem permanentemente em conflito. Consoante sublinha Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a segurança jurídica liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio judicial, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, da justiça, da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade. Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal, princípio que exige como corolários o juiz natural, a igualdade (aí compreendida a paridade de armas), o contraditório, a ampla defesa e a necessidade de se motivar todas as decisões judiciais, entre outras garantias fundamentais. Por sua vez, a efetividade prende-se ao fato de que não é suficiente apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus³⁴.

Vê-se, assim, que o descompasso que há entre o tempo e o processo traduz-se no tensionamento entre a segurança jurídica e a efetividade

33 Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 137, p. 7-31, jul. 2006, p. 13.

34 OLIVEIRA, *O formalismo-valorativo...*, p. 13-17. Na análise da efetividade processual, salienta ainda Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, idem, ibidem, que as dificuldades temporais atuais na administração da justiça e a mudança qualitativa dos litígios justificam o inaudito elasticamento da tutela cautelar em nossa época, assim como a concepção de remédios jurisdicionais de índole provisória, autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo do pretendido direito. Adverte também que a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.

processual. Pois enquanto este dá guarida a institutos que buscam abreviar o tempo do processo, ou ao menos mitigar o ônus decorrente da mora jurisdicional, aquele representa a preservação de institutos que implicam, necessariamente, o prolongamento do trâmite do processo. A solução deste permanente confronto, considerando que ambos são imprescindíveis, encontra-se na resposta da seguinte questão: até que ponto é legítimo abreviar o tempo processual? Como sugestiona a pergunta, zeteticamente formulada, a resposta não está na exclusão absoluta de um dos princípios, mas, sim, no equacionamento de sua convivência no meio processual. E para se proceder a esse equacionamento, mister que se considere o locus em que se dá o embate principiológico entre a efetividade e a segurança jurídica. A tensão ocorre tanto na resolução de conflitos de interesses, in concreto, como na definição do devido processo legal, durante o processo legislativo ou no exercício da prestação jurisdicional.

Em uma lide, a resposta para colisão entre a efetividade e a segurança encontra-se na Teoria do Direito, que, assim como outros planos teóricos, tem se valido dos direitos fundamentais para a sua estruturação, inclusive para a definição dos princípios e sua distinção em relação às regras, cuja solvência no caso de colisão constitui elemento determinante. Segundo Robert Alexy, que complementa as idéias de Ronald Dworkin, o conflito não se resolve precisamente pela dimension of weight or importance, no sentido de que deve prevalecer o princípio colidente que tiver peso ou importância maior no caso vertente³⁵, mas pela ponderação das circunstâncias do caso³⁶. Em suma, havendo tensão entre os princípios da efetividade e segurança jurídica na tutela de um litígio, impende ao juiz ponderar as circunstâncias da situação concreta e determinar, pontualmente, qual princípio deve prevalecer³⁷. Daí a importância da técnica de hermenêutica da ponderação de interesses

35 DWORIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978, p. 22 et seq.

36 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 89-98.

37 O postulado da proporcionalidade não traduz mera adequação meio-fim. Por meio da proporcionalidade, o julgador impende preservar ao máximo os valores em antinomia, obtendo a maior harmonia possível, i. é, sacrificando o mínimo para salvaguardar o máximo de direitos. Ensina ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104 et seq., que a proporcionalidade tem cabimento e precisamente em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direitos(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Especificamente no âmbito do Processo Civil, veja-se, a respeito, AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil. Porto Alegre: Fabris, 2005, passim.

para a concretização de princípios constitucionais e para que o processo constitua efetivo instrumento fomentador da justiça³⁸.

No tocante ao plano procedimental, a tensão entre a efetividade e a segurança jurídica está imbuída em cada tentativa de melhorar o exercício da jurisdição. A solução perpassa pela harmonização dos dois princípios no estabelecimento da tutela jurisdicional pelo legislador, considerando, frisa-se, o seu objetivo precípuo no âmbito no processo. Se o escopo do provimento for o acertamento do direito, deve prevalecer a segurança jurídica; ao invés, sendo o seu desígnio garantir a utilidade e a eficácia desse acertamento, a efetividade³⁹. Contudo, em qualquer caso, o valor suplantado impende erguer-se ao máximo. Isso quer dizer que os valores segurança jurídica e efetividade devem se equacionar o quão seja possível. A tutela jurisdicional não pode ser a tal ponto acelerada que traduza diminuição de garantias que possibilite conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta, tampouco demorada de tal forma que a decisão final tenha a sua utilidade e eficácia diminuída pelo transcurso do tempo⁴⁰.

38 Salienta-se que será inconstitucional eventual decisão que proporcione, de forma não razoável ou indevida, preferência a um princípio constitucional. Veja-se, por exemplo, o enfrentamento entre a necessidade de uma tutela de urgência e a oportunidade prévia de vista à parte contrária, calçados, respectivamente, nos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório; em última análise, da efetividade processual e segurança jurídica. Ressalvadas as hipóteses de extrema urgência, em que não se pode aguardar sequer a possibilidade de se manifestar a parte contrária, o juiz deve, antes de decidir o pleito, intimar o ex adverso. Em outras palavras, tem cabimento o julgamento in limine apenas quando há a preponderância em concreto do princípio inafastabilidade da jurisdição sobre o princípio do contraditório. Não conformada essa conditio juris, verificada caso a caso com base no princípio da proporcionalidade, figura-se inconstitucional a inversão do risco mediante a outorga inaudita altera parte do provimento jurisdicional.

39 Por isso, esposa ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66-69; e *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 82, p. 53-69, abr-jun. 1996, p. 60-62, que as tutelas de urgência atuam no sistema processual como instrumento de harmonização da efetividade e segurança jurídica. De facto, os provimentos de urgência são medidas jurisdicionais provisórias, de caráter cautelar ou antecipatório, prolatadas a partir de juízo de cognição sumária quando o descompasso entre o tempo e a solução do processo corresponde a um perigo iminente de lesão irreparável ou de difícil reparação. A medida cautelar garante o resultado útil e eficaz do processo preservando o bem da vida em disputa até que se decida a sua titularidade, ao passo que a media antecipatória garante a utilidade e a efetividade da prestação jurisdicional por meio da antecipação de seus efeitos (DIAS, Handel Martins. *A tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial*. Porto Alegre: UFRGS, 2006 (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 226).

40 ARMELIN, Donaldo. *A tutela jurisdicional cautelar*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 23, p. 111-138, 1985, anota com acuidade que entre a incoação de um processo e o seu fim, há de mediar sempre um espaço de tempo, maior ou menor, indispensável para que o órgão julgante possa apreciar, com relativa segurança para a qualidade da prestação da tutela jurisdicional a matéria fático-jurídica trazida à sua apreciação. Esse intervalo entre o início e o término do processo pode ser fatal para a sua eficácia. Por isso mesmo a atividade do legislador processual, independentemente das técnicas de sumarização do processo que venha a adotar, estará sempre à procura de um ponto de equilíbrio entre a justiça e a eficácia. Isso porque na medida em que privilegia uma, inexoravelmente, estar-se-á sacrificando a outra.

As palavras do saudoso mestre Eduardo Couture em *Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano*, ao analisar as diferentes orientações do Processo Civil, servem para esta reflexão:

“Hace poço, Bernanos, en famoso panfleto *Scandale de la verité*, planteaba como dilema angustioso de nuestra genereación: ¿Vale más el honor que la vida? ¿Vale más la vida que el honor? El que no se haya planteado este dilema, dice, no ha sabido nunca lo que es la vida ni no que es honor.

Sin embargo, acaso sea necesario proponerse la duda de saber si el dilema existe. ¿Por qué no agotar todos los esfuerzos humanos para lograr la vida con honor?

Frente a este problema del hombre instrumento del sistema o del sistema instrumto del hombre, también hay que esforzarse por superar la antítesis, y buscar el equilibrio del hombre en el sistema.⁴¹

Por assim dizer, a solução não está numa visão maniqueísta, como se segurança jurídica e efetividade fossem valores irredutíveis, como Éros e Thánatos. O processo não deve durar um tempo excessivo, supervalorizando a cognição exauriente e admitindo número demasiado de revisões das decisões prolatadas, nem, tampouco, ser tão abreviado que tolha garantias materiais e processuais dos jurisdicionados, considerando preferentemente a efetividade. A jurisdição deve guardar o equilíbrio possível desses valores, isto é, realizar o processo num prazo razoável que permita às partes defenderem suficientemente seus direitos, sem privação substancial de garantias. Esta receita, reconhece-se, não é fácil de se conformar e concretizar. Não há como se garantir maior segurança jurídica sem delongar o processo, nem abreviá-lo sem preterir algum direito ou garantia dos sujeitos processuais. Mas é por essa harmonia que se dá a cidadania processual, cuja jurisdição quista é a que se convencionou chamar de equitativa. O direito ao processo equitativo ou processo justo está contido nos mais modernos catálogos de direitos fundamentais e consiste basicamente no direito de obter-se, num prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie de forma adequada e definitiva cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de se executá-la e de auferirem-se providências cautelares ou antecipatórias para se assegurar sua eficácia e utilidade⁴². Em outras palavras, para se

41 COUTURE, Eduardo J. *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 81-82.

42 O direito ao processo equitativo está positivamente consagrado, por exemplo, nos arts. 10 e 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 6º da Convenção Européia dos Direitos do

ter um processo justo, é necessária a harmonização entre a efetividade e a segurança jurídica na conformação do procedimento processual. Qualquer preponderância indevida de um, implica comprometimento da prestação jurisdicional.

Há vários caminhos para se proceder ao alinhamento dos valores segurança jurídica e efetividade processual, desde reformas de estrutura, sistema e cultura. No Direito Processual Civil pós-moderno, o mais comum tem sido certamente a inovação legislativa. No Brasil, as constantes e paulatinas reformas no Código de Processo Civil de 1973, demasiadamente garantista, buscam exatamente essa harmonização mediante o acréscimo de maior efetividade. O fundamental é que se aprofunde o conhecimento dos problemas da administração da justiça, para, a partir de sua identificação pontual e discussão prévia com a sociedade, restringir-se um dos valores em prol do outro. Daí a pertinência dos estudos estatísticos e dos debates com a civilização jurídica, pois tão-só a partir de muita reflexão é possível qualquer mudança, principalmente se envolver conteúdo ideológico e cultural. Percebe-se que, embora todos almejem um processo célere e efetivo, revela-se extremamente difícil mitigar o valor segurança jurídica, pois a universalização constitui há muito traço característico de nossos procedimentos. Basta notar a aversão de parcela significativa da comunidade jurídica às recentes reformas objetivando racionalizar o sistema, tais como a instituição da súmula vinculante, a súmula impeditiva de recursos e a repercussão geral no recurso extraordinário.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No plano procedimental, onde se sentem mais fortemente os efeitos do descompasso entre o tempo e a resolução do processo, é certo que há de se sobrelevar o valor efetividade, pois, não obstante as reiteradas reformas levadas a efeito com esse escopo, permanece demasiadamente prevalente no sistema a segurança jurídica. Ressalve-se, contudo, que essa tarefa deve ser realizada com acuidade pelo legislador, sob pena de se diminuírem indevidamente garantias processuais, conduzindo a uma

Homem, no art. 14 do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos e no art. 47 na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. Segundo GUINCHARD, Serge. et al. *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*. Paris: Dalloz, 2003, p. 337, o direito ao processo equitativo constitui o principal critério de um Estado de Direito. Nesta obra, os seus autores, tendo como fontes os principais tratados supranacionais sobre direitos fundamentais e a jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, do *Tribunal Europeu de Direitos do Homem* e da *Corte de Justiça da Comunidade Européia*, esposam um modelo universal de processo equitativo, abarcando de forma profícua todos os nuances que envolvem uma tutela jurisdicional equa (Ibidem, p. 349-768).

justiça mais pronta, mas materialmente injusta. A qualidade da prestação jurisdicional reside, repisa-se mais uma vez, na realização do processo num prazo razoável que permita às partes defenderem suficientemente os seus direitos, sem privação substancial das garantias.

Um exemplo de sobrevalorização imprópria da efetividade foi a Lei nº 11.277/2006, que, ao incluir o art. 285-A no Código de Processo Civil brasileiro, instituiu o julgamento liminar de mérito. Respeitando entendimentos em sentido contrário, infere-se que a insegurança jurídica e a restrição de acesso ao Poder Judiciário geradas com essa reforma, mediante o sacrifício do contraditório e a utilização de um precedente lançado num processo do qual não foi parte o jurisdicionado, não justificam a efetividade e a celeridade propaladas pelos idealizadores da lei, que são deveras diminutas por força da possibilidade, nas mesmas circunstâncias, de julgamento antecipado da lide após a resposta do réu. A toda a evidência, o art. 285-A relativiza em desconformidade garantias processuais e, assim, termina por comprometer o processo como instrumento para a realização do direito material, mormente considerando que a sua aplicação implica sempre manutenção do status quo ante, para o qual não concorre, de ordinário, a pressa da prestação jurisdicional.

O procedimento ordinário, não obstante certas imperfeições, que só se mostram evidentes em razão do número invencível de processos, é uma conquista da civilização contemporânea. Trata-se de um rito democrático que legitima a atividade jurisdicional. É caracterizado pelo acesso à justiça, contraditório, ampla defesa, cooperação intersubjetiva, publicidade e duplo grau de jurisdição, entre vários outros valores jurídicos que desvelam no cenário processual moderno. Todos eles formam um conjunto de direitos fundamentais processuais que estão salvaguardados, explícita ou implicitamente, consubstanciando a chamada cidadania processual. Dessarte, para que seja legítima a sua mitigação, faz-se necessário que se justifique plenamente a efetividade processual, tanto do ponto de vista axiológico como pragmático, sob pena de inconstitucionalidade. Por isso, o bem intencionado argumento de tornar mais célere o processo, por si só, não tem o condão de legitimar qualquer reforma no sistema. De boas intenções, a lei processual e o inferno estão cheios!

IX

EL FUNCIONAMIENTO REAL DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA CONSTITUCIONAL

Por: César Augusto Mendoza Salazar

Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Especialista en Amparo y Garantías Constitucionales por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Procuraduría General de la República, Profesor de los Programas de Posgrado en ambas instituciones.

SUMARIO I

1.Introducción, 2. Los números de la justicia constitucional, 3.El control concentrado de la constitucionalidad, 4.El ingreso económico como factor determinante en el acceso a la justicia constitucional de las mayorías, 5.El centralismo en la impartición de justicia constitucional en el estado mexicano , 6.Imposibilidad para los particulares de cuestionar una norma que no ha sido aplicada, 7.Propuestas primera: establecimiento de límites formales a la reformabilidad de la constitución, 7.1. segunda: establecimiento de controles político-constitucionales para el ejercicio de las facultades del constituyente permanente, 7.2.tercera: ampliación de las hipótesis de procedencia de los instrumentos de tutela constitucional, 7.3 cuarta: establecimiento de controles sobre la actuación de los órganos de control de la constitucionalidad.

1. INTRODUCCIÓN

La opinión jurídica expresada en estas líneas deriva de nuestra experiencia en la sustanciación de los instrumentos procesales para el control de la constitucionalidad, así como del estudio de algunas resoluciones pronunciadas después del ejercicio de las garantías constitucionales, y de sus medidas cautelares, circunstancias que en su conjunto demuestran, a nuestra consideración, que la falta de acceso a la justicia constitucional es un problema inicialmente cuantitativo, pero también cualitativo; de diseño, y de aplicación de la norma.

Resulta indispensable advertir, dentro del contexto del Derecho Procesal Constitucional mexicano, que la noción de garantía se refiere al instrumento o procedimiento para llevar a efecto el control de la constitucionalidad. Por lo tanto, no debe confundirse con las garantías individuales previstas en el Título Primero, Capítulo I, de la Constitución Federal mexicana vigente, las cuales no constituyen garantías, sino derechos públicos subjetivos.¹

Asimismo es pertinente aclarar que este estudio se funda en los instrumentos procesales existentes en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, empero, ello no impide que las conclusiones sean válidas en otros contextos nacionales, dada la similitud y evolución paralela de las diversas figuras de Derecho Procesal Constitucional, como el amparo y las acciones de inconstitucionalidad.

El primer aspecto abordado en este trabajo es el cuantitativo, en el cual se observa que el número de órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia constitucional, son insuficientes, primeramente en relación con la población total del país; en el mismo sentido, una muestra tomada de juzgados especializados en la capital de país, da cuenta de la carga de trabajo que soporta cada uno de los precitados órganos jurisdiccionales.

¹ Existe un desfase teórico en la interpretación de las disposiciones referentes a derechos y garantías en el plano constitucional, no obstante, queda claro que los derechos de libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica, no se encuentran asegurados por el sólo hecho de hallarse plasmados en el texto primigenio, sino que requieren de modo indefectible, una garantía, un aseguramiento (instrumento o procedimiento) el cual constituirá la vía para volver al cauce constitucional aquellos actos autoritarios que hayan violentado la Ley Fundamental. Vid. Fix Zamudio, Héctor. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Colección Derecho, Administración y Política, Ed. FUNDAp, México, 2002.

Por otra parte, desde un enfoque realista, el diseño de los instrumentos protectores del orden constitucional, permite el surgimiento de hipótesis de inimpugnabilidad de las resoluciones o actos autoritarios; la regulación que les da vida jurídica y la que permite su sustanciación no acercan la justicia constitucional a los particulares y órganos del Estado involucrados en la controversia; o bien, permiten que el órgano de control de la constitucionalidad deniegue la justicia de fondo, en ocasiones debido a motivaciones alejadas de la exacta aplicación de las normas del texto primigenio, esto último como una tendencia a privilegiar intereses económicos estatales.

Conforme a lo anterior, frente a nosotros aparecen una serie de obstáculos para la impartición de justicia constitucional, lo cual en sí mismo trasgrede el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto, en el caso mexicano, en el numeral 17 del texto primigenio.

Los obstáculos identificados son: vacíos en la regulación, como aquellos que no permiten a los particulares impugnar normas generales las cuales aún no han sido aplicadas, no obstante, ese mismo sistema impide al particular enderezar una acción en contra de una norma aplicada, cuya ejecución tuvo un efecto de naturaleza irreparable; situaciones de hecho, como la capacidad económica del particular o el órgano estadual; por otro lado se encuentran los problemas de carácter regulatorio de los procesos constitucionales, los cuales derivan del camino procesal seguido en el trámite de las garantías constitucionales, v.gr: el control concentrado, el centralismo; la falta de especialización de los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia constitucional; y las resoluciones para efectos.

2. LOS NÚMEROS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Desde la perspectiva cuantitativa, el número de órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad es claramente insuficiente,² ello en virtud de que los encargados de la impartición de justicia constitucional en México, son juzgados y tribunales federales, lo anterior, de acuerdo con lo estipulado por los numerales 103, 105 y 107 de la Constitución Federal, y detallado posteriormente por la Ley de Amparo, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional, así como por la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación.

² Se aclara que los instrumentos preponderantes por su trascendencia son el amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, a los cuales se circunscribe este trabajo, sin desconocer que existen otros.

Los dos primeros preceptos son del tenor literal siguiente:

Artículo 103.- Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y
- III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

- I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:
 - a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
 - b) La Federación y un Municipio;
 - c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
 - d) Un Estado y otro;
 - e) Un Estado y el Distrito Federal;
 - f) El Distrito Federal y un Municipio;
 - g) Dos Municipios de diversos Estados;
 - h) Dos poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
 - i) Un Estado y uno de sus Municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

j) Un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y

k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea, y

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos

con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo. Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

III. De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten. La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia. En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución.

En mérito de lo expuesto, los órganos judiciales encargados de la impartición de justicia constitucional, en sus tres principales instrumentos son los siguientes:

Suprema Corte de Justicia de la Nación	1
Tribunales Colejiales del Circuito	192 ordinarios 29 auxiliares
Tribunales Unitarios del Circuito	77 ordinarios 14 auxiliares
Jusgado de Distrito	133 ordinarios 48 auxiliares
TOTAL	674

Es decir, existen 674 órganos de control de la constitucionalidad,³ para una población de 112,000,000.⁴

En el mismo orden de ideas, en la Ciudad de México, la cual ocupa el primer circuito judicial, de los treinta y dos en que se divide el territorio nacional, existen juzgados de distrito (federales) especializados por materia. En el caso de los juzgados de distrito en materia administrativa, durante 2010, en promedio, tuvieron conocimiento de 1650 juicios de amparo, considerando sólo aquellos en los cuales al cierre del año se dictó auto admisorio de la demanda. Sin soslayar que esos mismos órganos también conocen procesos de jurisdicción ordinaria.

3. EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Dentro de los sistemas de control, el nuestro se caracteriza por requerir el ejercicio de una acción constitucional específica, ante un órgano jurisdiccional, el cual pronunciará una resolución definitiva donde se dilucide el problema de constitucionalidad; es decir, existe un control concentrado en órganos específicos, en nuestro caso, federales. Por el contrario, en los sistemas de control difuso, no existen órganos específicos de control de la constitucionalidad, ya que dicha función la ejercen los tribunales de fuero común, en vía de excepción, dejando de aplicar la norma tildada de inconstitucional en el caso particular.

Con base en lo anterior, sólo por el número de órganos señalado en el punto anterior se justifica la aplicación de un control difuso de

³ Fuente: página de internet www.cjf.gob.mx, consultada el 31/12/10 a las 22:00 horas, tiempo de la Ciudad de México.

⁴ En números cerrados, fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Censo de Población y Vivienda México 2010, página de internet www.inegi.org.mx, consultada el 31/12/10 a las 22:30 horas, tiempo de la Ciudad de México.

la constitucionalidad. Empero, se cuenta además con autorización constitucional expresa al efecto, como puede observarse de la lectura del numeral 133 de la Constitución Federal, el cual dispone:

Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces.

de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

El precepto transcrito da cuenta de la previsión constitucional para instaurar un sistema de control difuso de la constitucionalidad, similar al que opera en los Estados Unidos de América,⁵ no obstante, el Poder Judicial de la Federación ha determinado la inviabilidad del control difuso, por diversas razones entre las que destaca la tradición de nuestro derecho y otras normas constitucionales que establecen el control concentrado, sin embargo, no puede dejarse de lado el hecho de que la norma constitucional se encuentra vigente y derivado de la insuficiencia de recursos y personal del poder encargado de impartir justicia constitucional, debe reabrirse el debate político, jurídico y axiológico, a fin de determinar si con la apertura a un control difuso se puede acceder a la justicia constitucional de las mayorías.

Con ello se puede concluir que ante un sistema de control concentrado, la Constitución dice lo que la Suprema Corte establece y no lo que señala en realidad, y al ser inimpugnables los actos de ese tribunal, el gobernado, quien constituye la razón de ser del propio Estado y de cualquier corte o tribunal, queda indefenso ante sus decisiones, aun cuando resulten injustas y arbitrarias.

4. EL INGRESO ECONÓMICO COMO FACTOR DETERMINANTE EN EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LAS MAYORÍAS

Otro de los obstáculos que se interpone entre el acceso a la justicia constitucional y el grueso de la población, lo constituye la política del Estado recaudador y las salvedades al control de la constitucionalidad en el ámbito tributario, aunado al ingreso personal de los integrantes de la sociedad.

⁵ No debe perderse de vista que el citado numeral fue tomado de esta última Constitución.

Ciertamente, el acceso a la justicia constitucional de los particulares se busca preponderantemente a través de la jurisdicción constitucional de la libertad, representada por la insigne institución del amparo,⁶ por ser el único medio de tutela de naturaleza reparadora al alcance de los individuos.

Pero el acceso al amparo ha sido obstaculizado desde las causas de improcedencia y posteriormente por medio de las resoluciones pronunciadas por los tribunales, en las cuales se exigen cada vez mayores requisitos de procedencia aun cuando éstos no se encuentren plasmados en la Constitución o en su Ley reglamentaria.

En ese tenor, tratándose de actos de naturaleza fiscal, la única vía para la defensa de los particulares, lo constituye el juicio de amparo, por el cual se puede controvertir la ley que da origen al impuesto y sus actos de aplicación concreta; empero, a manera de ejemplo, si la suerte principal de los actos fiscales, es inferior a la cantidad de \$10,000.00 pesos mexicanos (unos 770 dólares americanos) como ocurre en la gran mayoría de los casos, los individuos (personas físicas o morales) deben optar entre pagar el tributo o contratar a un especialista para el trámite del amparo fiscal, el cual, dicho sea de paso, es de muy estricto derecho; ante lo cual basta con realizar una encuesta entre especialistas en la materia, para conocer el monto por honorarios que cobran por un defensa especializada, la cual por supuesto excede la cantidad precitada (un especialista en amparo percibe al menos \$100,000.00 pesos, unos 7700 dólares americanos por una defensa de ese tipo, con independencia del monto de la contribución).

Si consideramos que la mayoría de los mexicanos subsiste en sus necesidades básicas con menos de seis salarios mínimos,⁷ es evidente que una persona tendría que destinar casi la totalidad de su ingreso anual a una defensa constitucional especializada, situación conocida por el Estado previo a la emisión de actos fiscales injustos.

Así, el ingreso económico se erige como una de las causas obstaculizantes del acceso a la justicia constitucional de los individuos, para demostrar lo anterior, basta el análisis de la denominada Fórmula de Otero, por la cual, las resoluciones pronunciadas en materia de amparo, sólo aprovechan a aquellos individuos que hayan promovido la instancia

6 El cual en una parte se asemeja al Habeas Corpus y en otra, a las acciones de tutela previstas en el derecho colombiano.

7 El salario mínimo en México equivale a \$59.82 pesos, unos 4.5 dólares americanos, la mayoría de la población tiene un ingreso anual inferior a \$129,600.00, es decir, menos de \$10,000.00 dólares americanos.

constitucional, sin hacer una declaración general de inconstitucionalidad, lo cual refuerza el caso de aquellos que no tienen acceso al amparo por razones económicas, pues bien puede darse el caso de que una norma general abiertamente inconstitucional siga aplicándose a 10,000 sujetos obligados y deje de aplicarse sólo a uno, por haber sido este último el único que obtuvo el amparo federal.

Cabe decir que esta realidad ha suscitado el debate sobre la subsistencia del principio de relatividad de las sentencias (Fórmula de Otero) y a la fecha se ha aprobado por una parte del Constituyente Permanente (hace falta la aprobación de las legislaturas estatales para que sea reforma constitucional) la declaración general de inconstitucionalidad, pero el dictamen aprobado sigue reflejando la política recaudatoria del Estado en contravención a los derechos fundamentales del gobernado:

El numeral 107 de la Constitución Federal mexicana vigente dispone:

Artículo 107.- Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

I. (...)

II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare;

La modificación constitucional en ciernes dejaría el texto de la siguiente manera:

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión

consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.⁸

De donde se sigue que la política de Estado recaudador ha limitado el acceso a la justicia privilegiando el interés económico, realidades preocupantes en el sistema de justicia constitucional mexicano.

5. EL CENTRALISMO EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO MEXICANO

Dentro de la jurisdicción constitucional orgánica trasciende la resolución de conflictos de competencia entre órganos estatales, la vía para su resolución es la controversia constitucional, sólo que ésta adolece de una serie de inconvenientes entre los que descuellan el centralismo en su resolución, característica compartida con la promoción de las acciones abstractas de inconstitucionalidad (impugnación de una norma general en todo o en parte, por su disconformidad con la Ley Suprema aun antes de su primer acto de aplicación).

Una de las hipótesis previstas por el numeral 105 fracción I, inciso i) arriba transcrito, es que uno de los Estados de la República y uno de sus municipios entren en una controversia, v. gr: si el Estado mexicano de Baja California y uno de sus municipios, Tijuana, tuvieran un conflicto de aplicación de facultades constitucionales, la demanda que alguno de ellos instaure, por la posible invasión de su esfera, deberá presentarse en el centro de la Ciudad de México, en la Unidad de Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir, a 2295 kilómetros del lugar de conflicto,

⁸ El resaltado en negritas es original del documento legislativo.

y al ser de estricto derecho, cada una de las partes en la controversia constitucional deberá litigar en esa sede el asunto hasta su conclusión, la cual en promedio llegará al cabo de un año.

De la misma manera, si el estado mexicano de Quintana Roo tuviera un conflicto de aplicación de normas constitucionales con uno de sus municipios Cancún, o bien un porcentaje de la legislatura estatal (de cuando menos el 33%) cuestionara la constitucionalidad de una norma general, implicaría un litigio en México, Distrito Federal, o sea, a 1299 kilómetros del lugar de conflicto.

Esa carga para los órganos del Estado implica el envío, la designación o el desvío en la actividad de algún funcionario para que funja como delegado en el asunto, y la asunción de los gastos de la defensa, los cuales en múltiples ocasiones son onerosos, con mayor razón, si el conflicto surge justamente por aplicación de recursos económicos de carácter público. La jurisdicción constitucional orgánica no escapa al problema del ingreso económico como factor que incide negativamente en el acceso a la justicia constitucional, pues la mayoría de los municipios tienen un presupuesto limitado, el cual les dificulta sostener un litigio costoso, en una sede lejana, aunado a que muchos directores jurídicos adscritos a los órganos estatales litigantes, no cuentan con la especialización necesaria para patrocinar con éxito una controversia de la referida naturaleza.

Aún más trascendente es el hecho de que, desde nuestro punto de vista, siempre, incluso en controversias sobre atribuciones de órganos del Estado, el retraso o la incorrección de dicha aplicación recae sobre los gobernados.

6. IMPOSIBILIDAD PARA LOS PARTICULARES DE CUESTIONAR UNA NORMA QUE NO HA SIDO APLICADA

Los procesos y procedimientos jurídicos ya no responden a la expectativa de los gobernados, por el contrario, los medios de defensa se han tornado en auténticos medios de justificación de la actuación ilegal de las autoridades cuyos actos se impugnan. La acción de inconstitucionalidad se ha concebido como un instrumento elitista al alcance de unos cuantos (minorías legislativas, órganos del estado y ciertos entes públicos o privados pero considerados de interés público) excluidos por supuesto los individuos en particular, lo cual ha acarreado como consecuencia que ciertas normas generales y sus actos derivados sean aplicados sin posibilidad de defensa.

Pero más preocupa el hecho de que el Estado ha pretendido encontrar en la reforma constitucional, la vía para trastocar de manera incólume los derechos fundamentales previstos en la propia Constitución, incluso de manera retroactiva. Esto es así porque en ocasiones el cambio constitucional aprobado contraría otros dispositivos constitucionales, con profundas raíces en el sistema jurídico, los cuales deberían evolucionar precisamente hacia su ampliación y no a su restricción.

En esa virtud y considerando el estado real de los instrumentos de control de la constitucionalidad, nos permitir realizar de manera proyectiva, las siguientes:

7. PROPUESTAS

7.1. PRIMERA: ESTABLECIMIENTO DE LÍMITES FORMALES A LA REFORMABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.

Hemos observado un claro abuso en las facultades del Poder Revisor de la Constitución, pues en el caso mexicano la inexistencia de límites formales ha provocado que múltiples reformas constitucionales constituyan un retroceso en el goce de los derechos de los administrados, tendencia que debe encontrar un freno porque no es válido reformar la constitución en contra de la dignidad humana y preponderantemente contra el valor justicia.

7.2. SEGUNDA: ESTABLECIMIENTO DE CONTROLES POLÍTICO-CONSTITUCIONALES PARA EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DEL CONSTITUYENTE PERMANENTE.

No debe permitirse al Poder Revisor de la Constitución, solventar los problemas de los poderes constituidos, con base en cambios constitucionales incorrectos, sólo por el hecho de que una reforma constitucional no puede ser cuestionada formalmente de fondo, o bien porque el cambio constitucional escapa al control de su aplicación retroactiva; por el contrario, en el uso de la facultad de revisar la Norma Primigenia debe exigirse el mayor respeto a los derechos primordiales y una clara y absoluta justificación social, previo a la reforma.

7.3. TERCERA: AMPLIACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE PROCEDENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA CONSTITUCIONAL

Como se encuentran actualmente los instrumentos de tutela constitucional no aseguran el acceso a esa clase de justicia ni de particulares ni de órganos estatales, por lo tanto habrán de revisarse y

ampliarse las hipótesis de procedencia para permitir el cumplimiento del derecho fundamental de acceso a la justicia y el principio de autoridad competente, para lo cual es necesario establecer parámetros de acceso a la justicia constitucional con referentes internacionales (derecho comparado) y aplicarlos (reforma constitucional) al caso mexicano para mejorar los procesos, toda vez que la problemática inicia con la afectación del orden constitucional y siempre recae en los particulares y en el fin último del interés público de la exacta aplicación de la ley, en casos concretos y sobre el principio de supremacía constitucional.

7.4. CUARTA: ESTABLECIMIENTO DE CONTROLES SOBRE LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

Sobre el particular, se ha llegado al absurdo de decir que un juez de control de la constitucionalidad no puede violentar la Constitución, y se han desestimado los recursos interpuestos por una cuestión de vocablos, es decir, se ha denegado la justicia. Esta conducta estatal es totalmente arbitraria, pues desde la perspectiva realista, además de la positiva, si un juez que conoce de control de la constitucionalidad realiza actos ilegales en ese proceso, violenta la Constitución, ya que la seguridad jurídica, en especie legalidad, es considerada por dicha Constitución como un derecho fundamental, por lo cual si el inconforme dentro de un proceso de control hace valer como argumento el quebranto de la legalidad constitucional, no pretende la realización de un control constitucional de segundo grado, simplemente busca la revisión de la actuación ilegal del órgano de justicia constitucional, actuación que, al menos en el caso mexicano se halla regulada por el numeral 16 de la Carta Magna. Además de que la justicia debe estar por encima de la semántica o los tecnicismos que la alejan de las mayorías.

X

**LOS PROBLEMAS DEL FEDERALISMO EN VENEZUELA
Y EL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO.**

Por: José Vicente Haro

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila. Profesor de Gerencia de Servicios Jurídicos de la Universidad Metropolitana. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y Presidente del Instituto Venezolano de Derecho Procesal Constitucional.

SUMARIO:

1. Introducción 2. Configuración constitucional del consejo, federal de gobierno, 2.1 El consejo federal de gobierno como organo de coordinacion de las politicas de descentralizacion, 2.2 El consejo federal de gobierno como organo de cooperacion para el desarrollo territorial equilibrado, 2.2.1. La vigencia del federalismo en Venezuela y la mutación “IN” Constitucional de la forma del estado en Venezuela para transformar un estado federal descentralizado en un estado unitario y centralizado.

1. INTRODUCCIÓN.

A diferencia de los Estados Unidos de América donde el Federalismo fue un punto de partida de su historia y su Estado Constitucional, en Venezuela el Federalismo siempre se ha concebido como un punto de llegada, no como un punto de partida, ello a pesar de las diversas Asambleas y Congresos Constituyentes que han abordado el tema en nuestra historia constitucional.

En efecto, Venezuela nació como un Estado unitario y así lo evidencia nuestra historia en el Siglo XIX. Fue precisamente esa circunstancia, uno de los elementos que daría origen a la Guerra Federal y sus posteriores resultados. Desde allí que siempre hemos tenido en nuestro Estado Constitucional una tensión en lo que se refiere a la Forma de Estado y el Federalismo se ha convertido en un objetivo, en una aspiración, en un proyecto político constitucional que nunca hemos terminado de concretar.

La Constitución de 1999 establece en su artículo 4 que Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en la propia Constitución, que se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y responsabilidad.

Los referidos principios, conjuntamente con aquellos que deben orientar las leyes bases que dicte la Asamblea Nacional conforme al artículo 165 de la Constitución para regular materias objeto de competencias concurrentes (interdependencia, coordinación y subsidiariedad), son el parámetro de referencia y marco de nuestra Forma de Estado.

Para el eficaz desarrollo y aplicación de los principios de coordinación y cooperación en esta materia, la Constitución de 1999 creó el Consejo Federal de Gobierno como órgano constitucional del Estado “encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios”.

Además, conforme a la Constitución, el Consejo Federal de Gobierno tiene a su cargo la administración del Fondo de Compensación Interterritorial

destinado “al financiamiento de inversiones públicas para promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo”.

No obstante lo anterior, el Consejo Federal de Gobierno ha sido una de las instituciones ausentes de la institucionalidad venezolana y los objetivos que se trazó el Constituyente con su creación han quedado sin mayor eficacia, ello incluso a pesar de la reciente sanción y promulgación de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno publicada en la Gaceta Oficial Nro. 5.963 Extraordinario de fecha 22 de febrero de 2010 y su Reglamento publicado en la Gaceta Oficina Nro. 39.416 de fecha 4 de mayo de 2010.

El presente artículo tiene por objeto precisar la configuración constitucional del Consejo Federal de Gobierno y abordar, desde una perspectiva constitucional, los problemas que se han presentado en su implementación.

2. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO.

El Consejo Federal de Gobierno es producto de la utilización de técnicas de unidad y coherencia en la acción pública que forman parte de la actividad organizatoria del Estado y la Administración Pública según la doctrina¹, nos referimos específicamente a las técnicas de cooperación y coordinación.

En este sentido es un órgano creado constitucionalmente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 185 de la Carta Magna, debe estar integrado por altos funcionarios del Poder Ejecutivo de los tres poderes públicos territoriales, es decir, de la República, de los estados y de los municipios². Los referidos representantes son, específicamente, el Vicepresidente Ejecutivo de la República y los ministros, los gobernadores de los estados y un alcalde por cada Estado. Pero además, la integración del Consejo Federal de Gobierno debe incluir representantes de la sociedad organizada.

1 Santamaria Pastor, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tomo I. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1988. Pág. 939 y ss.

2 La terminología que utilizamos tiene en cuenta que la Constitución de 1999 en su artículo 136 señala que el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional.

Como consecuencia de su integración, el Consejo Federal de Gobierno no puede encuadrarse dentro de la organización de alguno de los referidos poderes públicos territoriales, puesto que está integrado por representantes de cada uno de esos poderes. Además, la propia Constitución cuando lo regula en su artículo 185, lo hace al margen de éstos, en su Capítulo V del Título IV, referido éste último, en general, al Poder Público.

Con base en todo lo anterior la estructuración del Consejo Federal de Gobierno resulta compleja, lo cual, teniendo en cuenta además la naturaleza de sus funciones de coordinación y cooperación, como se indicará más adelante, debe hacernos concluir que no goza de personalidad jurídica propia.

2.1 EL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO COMO ORGANO DE COORDINACION DE LAS POLITICAS DE DESCENTRALIZACION

Conforme a lo dispuesto en el artículo 185 de la Constitución, el Consejo Federal de Gobierno tiene como una de sus funciones la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios.

Por ello, el Consejo Federal de Gobierno es un órgano constitucional que resulta de la aplicación de las técnicas de coordinación que forman parte de las técnicas de unidad y coherencia en la acción pública³.

Ahora bien, conforme a la doctrina, la técnica de coordinación implica que hay un ente superior que “hace uso de su posición de supremacía para lograr autoritariamente la coherencia de la actuación de los entes territoriales inferiores con el interés superior que aquél defiende”⁴. No obstante, la coordinación, como indica la misma doctrina, opera sobre entes dotados de autonomía, lo cual implica según el autor español Santamaria Pastor⁵, lo siguiente:

a. Que la coordinación no puede perseguir la unidad o uniformidad de acción de todos los entes públicos, sino meramente su coherencia y compatibilidad, de manera que la eficacia del conjunto de acciones no se vea gravemente perturbada, y

3 Santamaria Pastor, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Ob. Cit. Pág. 939.

4 Idem.

5 Idem.

b. Que la coordinación no es un poder general e indeterminado, por lo cual, como excepción al principio de autonomía, las técnicas de coordinación deben hallarse rigurosamente tasadas, no habiendo posibilidades de coordinación que las que el sistema normativo establezca.

No obstante, en nuestra opinión, en el caso del Consejo Federal de Gobierno, cuya función de coordinación se refiere a las políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los estados y los municipios, no podemos afirmar -como indica la doctrina al referirse en general a la técnica de coordinación- que existe un ente superior que “hace uso de su posición de supremacía para lograr autoritariamente la coherencia de la actuación de los entes territoriales inferiores con el interés superior que aquél defiende”, puesto que los estados y los municipios que tienen representación en el Consejo Federal de Gobierno no son inferiores a la República, ni ésta superior que aquellos.

Además, por su propia naturaleza la materia de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los estados y municipios, lejos de permitir la imposición de una supremacía o de la posición de un poder público territorial sobre los demás, impone el consenso y el acuerdo entre ellos en el terreno de la igualdad.

De allí que el Consejo Federal de Gobierno previsto la Constitución debe ser entendido como un órgano en el que confluyen, en condiciones de igualdad, los representantes del Poder Ejecutivo de los tres poderes públicos territoriales, para coordinar de común acuerdo las políticas de descentralización.

Siendo así, la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno debe y está obligada a garantizar que exista una participación efectivamente igualitaria de los representantes de los tres poderes públicos territoriales en las decisiones que se adopten en esa Institución.

Muestra de lo anterior es que la Constitución cuando en su artículo 185 se refiere a la Secretaría del Consejo Federal de Gobierno, indica que estará integrada por el Vicepresidente Ejecutivo, dos ministros, tres gobernadores y tres alcaldes, es decir, por tres representantes del Poder Nacional, tres representantes del Poder Estatal y tres representantes del Poder Municipal, lo cual permite afirmar que ninguno de los tres niveles político territoriales tiene supremacía sobre los demás, sino, antes bien, integran el Consejo Federal de Gobierno en condiciones de igualdad.

Sobre esa base, los entes político territoriales que integran el Consejo Federal de Gobierno deben coordinar, en condiciones de igualdad, las políticas de descentralización y de transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios, todo lo cual amerita del acuerdo y el consenso entre ellos en esa materia.

2.2 EL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO COMO ORGANO DE COOPERACION PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL EQUILIBRADO

La Constitución asigna además al Consejo Federal de Gobierno una función que podría llamarse de cooperación para el desarrollo territorial equilibrado.

El artículo 185 de la Constitución señala en este sentido, que del Consejo Federal de Gobierno “dependerá el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado al financiamiento de inversiones públicas para promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo”.

A tal efecto, la Constitución indica que el Consejo Federal de Gobierno, con base en los desequilibrios regionales, discutirá y aprobará anualmente los recursos que se destinarán al Fondo de Compensación Interterritorial y las áreas de inversión prioritaria a las cuales se aplicarán dichos recursos.

Así, pues, el Consejo Federal de Gobierno a través del Fondo de Compensación Interterritorial, ejercerá una función de cooperación para el desarrollo equilibrado de las regiones ayudando, especialmente, a las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo.

En este sentido, el Consejo Federal de Gobierno es producto de la aplicación de las técnicas orgánicas de cooperación que ha esbozado la doctrina, que tiene lugar mediante la creación de órganos específicos de cooperación. Santamaría Pastor ha señalado que dichas técnicas de cooperación son las “más respetuosas con la autonomía de los entes regionales y locales”⁶.

Con base en lo anterior, la doctrina distingue entre cooperación y coordinación, entendiendo esta última como aquella técnica en la cual

6 Idem.

un ente con supremacía puede imponerle a los demás “límites efectivos de actuación”⁷.

En este sentido, el autor español Lavilla Rubira⁸ cita una sentencia del Tribunal Constitucional Español del 12 de noviembre de 1993, en la cual se señala que “si bien tanto las técnicas de cooperación como las de coordinación se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar, en ninguno de los casos, la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación, lo cierto es que las consecuencias y efectos dimanantes de unas u otras no son equivalentes. La voluntad en el caso de la cooperación frente a la imposición en la coordinación –ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado- es, por sí mismo, un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas”.

No obstante lo anterior, debe reiterarse que al margen de lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia que hemos citado, la aplicación de la técnica de coordinación en la creación del Consejo Federal de Gobierno no debe suponer la supremacía de un ente político territorial sobre los demás.

Ahora bien, como hemos señalado, la creación del Consejo Federal de Gobierno ha sido producto también de la aplicación de la técnica de cooperación la cual implica la confluencia en ese órgano, en condiciones de igualdad, de los tres niveles político territoriales que lo integran, con el objeto de coadyuvar al desarrollo equilibrado de los regiones contribuyendo con políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y apoyando especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo.

Al respecto, cabe destacar lo que la Exposición de Motivos de la Constitución, influenciada por el carácter de órgano de cooperación del Consejo Federal de Gobierno, señaló en torno mismo: “Es, pues, un órgano producto de la fase más avanzada del federalismo, el federalismo cooperativo, superación histórica de lo que ha sido denominado federalismo dual que entendía al Estado como producto de un pacto entre los distintos

7 Idem.

8 Lavilla Rubira, J.J. en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Editorial Civitas. Madrid. España. Tomo I. Pág. 1092.

entes político-territoriales los cuales tendrían una esfera de soberanía no delegada a la Unión y, en principio, intangible a la acción del Poder Federal”. Señala además la referida Exposición de Motivos sobre el Consejo Federal de Gobierno, que “es clara la superación que representa esta figura organizativa con respecto a la Convención de Gobernadores, único mecanismo cooperativo previsto en la Constitución precedente de 1961”.

En definitiva, el Consejo Federal de Gobierno constituye no sólo un órgano de coordinación de las políticas de descentralización, sino además, un órgano de cooperación para el desarrollo territorial equilibrado.

2.2.1. LA VIGENCIA DEL FEDERALISMO EN VENEZUELA Y LA MUTACIÓN “IN” CONSTITUCIONAL DE LA FORMA DEL ESTADO EN VENEZUELA PARA TRANSFORMAR UN ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO EN UN ESTADO UNITARIO Y CENTRALIZADO.

En el fallido Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente de la República en el año 2007 y sancionado con modificaciones por la Asamblea Nacional, se planteó, entre diversos aspectos, la transformación del Consejo Federal de Gobierno en el llamado Consejo Nacional de Gobierno con el objeto de darle mayor poder al Ejecutivo Nacional sobre los asuntos vinculados con los Estados y Municipios.

Debemos recordar que uno de los aspectos y objetivos de la Reforma Constitucional era, como señalamos anteriormente, la transición de un Estado Federal descentralizado como lo es Venezuela conforme a la Constitución de 1999, a un Estado centralizado y desconcentrado. Es decir, modificar las bases del sistema federal venezolano.

Además en el Proyecto de Reforma de la Constitución se propuso, como ya hemos señalado, una centralización mediante la creación de nuevos entes y órganos administrativos que, en su mayoría, serían creados y dirigidos por el Ejecutivo Nacional y que podrían ejercer competencias a nivel regional o local. Además, se propuso una centralización de poder porque se otorgaba más potestades al Presidente de la República para intervenir en los asuntos regionales y locales. Por otra parte, se planteaba una desconcentración transfiriendo competencias de los Estados y Municipios a las comunidades organizadas para la gestión de los asuntos locales.

En general las reformas propuestas representaban una abierta violación del principio de autonomía de los Estados y Municipios que sin

duda modificaba la esencia del Estado Federal venezolano y con ello establecía una injerencia injustificada y arbitraria del Poder Nacional en el ámbito de los Estados y Municipios.

Ahora bien, no obstante el democrático rechazo del Proyecto de Reforma Constitucional en el referendo del 2 de diciembre de 2007, con posterioridad, se han emitido leyes que tienen el claro y abierto propósito de introducir, por la vía legal, modificaciones al régimen constitucional que da forma a nuestro Estado Federal.

En este sentido, se han emitido leyes y Decretos Leyes que procuran establecer lo que precisamente no se pudo hacer mediante la reforma constitucional. Una primera muestra de ello lo fueron el Decreto Ley Orgánica de la Administración Pública y el Decreto Ley de Simplificación de los Trámites Administrativos, publicados en la Gaceta Oficial del 31 de julio de 2008.

En efecto, El Decreto N° 6.217 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública amplía el ámbito de aplicación de la Ley para incluir no sólo a la Administración Pública del Poder Nacional, sino también a la Administración Pública Estatal y Municipal. Dicho Decreto establece además, como principio general en toda la normativa de la ley, el principio de planificación centralizada, según el cual toda la Administración Pública, incluyendo la de los Estados y Municipios, debe actuar conforme a la planificación que formule el Ejecutivo Nacional a través de lineamientos que dictará la Comisión Central de Planificación. Esa Comisión sería el órgano superior de coordinación y control de esa planificación centralizada y estaría presidida por el Vicepresidente Ejecutivo.

Aunado a ello y de la misma forma que se había realizado en el marco del Proyecto de Reforma Constitucional, el mencionado Decreto Ley atribuye al Presidente de la República la potestad de designar Autoridades Regionales que tendrían la función de planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas, planes y proyectos de ordenación y desarrollo del territorio aprobado conforme a la planificación centralizada.

Por su parte, el Decreto N° 6.265 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, también está en consonancia con el Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente Hugo Chávez en el año 2007, porque también menoscaba la autonomía de los Estados y Municipios al pretender regular aspectos que sólo ellos deberían entrar a establecer en el marco de la actividad administrativa de tales entes político territoriales.

Sin embargo, la arremetida más fuerte contra el diseño constitucional del Federalismo venezolano y del Consejo Federal de Gobierno previsto en la Constitución de 1999, se dio a través de Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno publicada en la Gaceta Oficial Nro. 5.963 Extraordinario de fecha 22 de febrero de 2010 y su Reglamento publicado en la Gaceta Oficina Nro. 39.416 de fecha 4 de mayo de 2010, los cuales al margen de su regulación concreta, guardan una significativa distancia con la proyección prevista por el Constituyente.

Sin perjuicio de la abierta inconstitucionalidad de varias de las disposiciones contenidas en la mencionada Ley y su Reglamento, a los efectos de analizar la vigencia del Federalismo en Venezuela debe plantearse si actualmente tienen o no alguna eficacia las disposiciones contenidas en esta materia en la Constitución.

Aplicando los canones de la Teoría Constitucional podría afirmarse que en esta materia se está produciendo, ilegítimamente, una mutación de la Constitución por imposibilidad (o falta) de ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución. Este tipo concreto de mutaciones constitucionales representa uno de los tipos que son abiertamente contrarias a la Constitución (hay otros tipos que sí son admisibles en el Estado Constitucional). Se trata pues de la falta de ejercicio o de la ejecución efectiva y cumplimiento de determinadas atribuciones establecidas en la Constitución, lo cual, abiertamente representa una violación del principio de supremacía constitucional.

En efecto, la Constitución de 1999 mantuvo la tendencia descentralizadora que ya se podía ver, aunque incipientemente, en la Constitución de 1961. La Constitución de 1999, aunque ha podido hacer mucho más, fue bastante aceptable en lo que se refiere al establecimiento de normas, principios y facultades otorgadas a los órganos del Poder Público para seguir avanzando en el proceso de descentralización que ya se había iniciado en Venezuela en forma más clara desde 1989.

No obstante, si algo ha marcado la ineficacia de la Constitución ha sido precisamente la ausencia de ejercicio eficaz y adecuado de las previsiones constitucionales referidas a la descentralización, que han forzado la Carta Magna (mediante violaciones y premeditadas omisiones en la ejecución de determinadas atribuciones constitucionales), con el objeto de transformar el Estado Federal y descentralizado establecido en la Constitución en un Estado centralizado y unitario.

Así, por ejemplo, debe indicarse que durante estos 10 años de vigencia de la Constitución la Asamblea Nacional no ha ejercido la facultad prevista en su artículo 157, según la cual, dicha Asamblea, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización.

La referida disposición precede a la contenida en el artículo 158 del Texto Fundamental que indica que la descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales.

Muy por el contrario, el lugar de un proceso de descentralización, recientemente hemos asistido a un proceso de re-centralización mediante el cual se han revertido competencias que antes eran de los Estados y Municipios, para otorgarlas a órganos centralizados o adscritos al Poder Nacional.

Por otra parte, las disposiciones constitucionales que regulan el Consejo Federal de Gobierno han quedado vaciadas de contenido y se han tornado ineficaces por la ausencia de desarrollo efectivo durante una década y su posterior regulación, deficiente en el cumplimiento de los cometidos constitucionales, que se ha realizado por la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno publicada en la Gaceta Oficial Nro. 5.963 Extraordinario de fecha 22 de febrero de 2010 y su Reglamento publicado en la Gaceta Oficina Nro. 39.416 de fecha 4 de mayo de 2010.

Lo mismo ha sucedido con una de las previsiones más importantes de la Constitución, que se refiere al denominado Fondo de Compensación Interterritorial, que estaría destinado al financiamiento de inversiones públicas para promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo.

El propósito del Constituyente era que el Consejo Federal de Gobierno, con base en los desequilibrios regionales, discutiera y aprobara anualmente los recursos que serían destinados al Fondo de Compensación Interterritorial y las áreas de inversión prioritaria a las cuales se destinarían dichos recursos.

No obstante, la regulación de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento, dieron una configuración legal del Fondo de Compensación Interterritorial que desnaturaliza sus fines constitucionales.

Al gobierno actualmente le resulta inconveniente para su intereses políticos el funcionamiento del Fondo de Compensación Interterritorial, debido al hecho de que los recursos de éste tendrían que ser distribuidos por parámetros mayormente objetivos y atendiendo a las particularidades y necesidades de cada región del país. Prefiere, al contrario, tener amplia discrecionalidad política para la distribución de los fondos públicos a los Estados y Municipios. Por ende, regularmente vemos como a los Estados y Municipios que no están gobernados por militantes o simpatizantes del partido de gobierno, se les limitan los recursos que por otras fuentes les corresponde y se les traslada solamente lo mínimo obligatoriamente prescrito por la ley o incluso, se les confiscan prácticamente estos recursos para otorgárselos a funcionarios partidarios del régimen, como ha ocurrido muy recientemente con el caso de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

La ausencia de ejercicio eficaz de las normas constitucionales antes citadas (artículos 184 y 185), se debe en todo caso a que, lejos de una política descentralizadora, el gobierno marcadamente asumió una política de centralización y concentración del poder que es clave para el sostenimiento del régimen.

No hace falta explicar aquí que es precisamente la descentralización una de las más modernas garantías de los sistemas democráticos. Si a finales del Siglo XVIII el principio de separación de poderes fue una garantía de libertad y gran estandarte del Estado constitucional naciente, porque tenía por objeto evitar la concentración de poder, en la segunda parte del Siglo XX fue tal vez la descentralización la principal garantía para evitar esa concentración y para garantizar un sistema democrático, respetuoso de la libertad y de los derechos fundamentales, más plural y cercano al ciudadano.

En resumen, en los últimos 10 años se ha producido una drástica mutación constitucional que afecta la forma de Estado de Venezuela y que ha resultado de la no ejecución, aplicación o ejercicio efectivo de las disposiciones previstas en los artículos 184 y 185 de la Constitución, con lo cual se ha transformado el Estado, de uno federal descentralizado a uno centralizado y unitario.

No hay que dejar pasar en todo caso, que el actual régimen aunque ha utilizado como símbolo político y parte de su retórica oficial la llamada “participación protagónica” del pueblo, en realidad, esa engañosa expresión ha ido transformado al Estado venezolano de un Estado federal descentralizado a un Estado centralizado

pero desconcentrado, ya que al final, la participación política y protagónica del pueblo se hace bajo la dirección del Poder Nacional y de su partido de gobierno.

XI

ACCIÓN POPULAR Y EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA

Por: Adriano Sant'Ana Pedra

Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC/SP). Máster en Derechos y Garantías Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória (FDV). Profesor de la Facultad de Derecho de Vitória (FDV) en los cursos de graduación, especialización y maestría. Profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo (EMES). Procurador Federal de Abogacía General de la Unión (Brasil). Contacto: adrianopedra@fdv.br.

SUMARIO:

1 - Introducción; 2 - Derechos políticos y acción popular; 3 - ¿Quién es ciudadano? 4 - Una acción más popular; 5 - Consideraciones finales; 6 - Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

La democracia brasileña ha visto muchos avances en los últimos años, y se puede ver una mayor participación popular en las decisiones del gobierno. Sin embargo, algunas cuestiones siguen en desacuerdo con las expectativas creadas en torno a la participación ciudadana, especialmente cuestiones acerca de la acción popular.

La Constitución brasileña establece que “cualquier ciudadano es parte legítima para impetrar acción popular” (artículo 5º, LXXIII). La Ley nº 4.717/1965 reglamenta esta norma constitucional y establece que “la prueba de la ciudadanía, para demandar, se hará con el título electoral o con documento que le corresponde” (artículo 1º, § 3º). En el contexto de este requisito legal, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia son todavía demasiado atadas a una visión restrictiva del ciudadano, y tienen dificultades para la construcción de una interpretación abierta a los cambios experimentados por la democracia brasileña. Este punto de vista necesita ser superado porque el contenido de la ciudadanía, en el ámbito constitucional, es más amplio que la mera condición de ser alistado electoralmente.

La Constitución establece una ciudadanía plena, valoriza los participantes de la vida del Estado y reconoce el individuo como un ser integrado en la sociedad donde vive. La ciudadanía es la participación efectiva en el destino del Estado y de la sociedad misma, lo que permite que al pueblo decidir sobre su propio destino.

En este trabajo se propone abordar el concepto de ciudadano desde el punto de vista del Estado Democrático de Derecho, lo que permite considerar al ciudadano más que elector. Esto permitirá revisar el atributo de elector (votante) como requisito para legitimidad activa ad causam en las acciones populares. Para tanto, el tema será abordado a partir de las discusiones de Friedrich Müller en torno al concepto de pueblo, con el fin de elucidar a soberanía democrática misma, teniendo en cuenta que discutir quién es el pueblo significa discutir quién es el titular de la soberanía.

2 - DERECHOS POLÍTICOS Y ACCIÓN POPULAR

Los derechos políticos constituyen el poder que los ciudadanos activos tienen de participar directa o indirectamente de las decisiones de su Estado¹. Los derechos políticos son derechos públicos subjetivos que invisten al individuo en el status civitatis, compuestos de instrumentos destinados a regular las formas de actuación de la soberanía popular, lo que permite el ejercicio de la libertad de participación en los asuntos políticos del Estado.

Según José Joaquim Gomes Canotilho y Vital Moreira,

los derechos políticos (o de participación política) son derechos de ciudadanía, o sea, derechos de los individuos como ciudadanos, como miembros de la “república”, es decir, de la colectividad políticamente organizada y son al mismo tiempo parte integrante y garantía del principio democrático, constitucionalmente garantizado².

André Ramos Tavares³ enseña que “los derechos políticos constituyen el conjunto de normas para regular el ejercicio de la soberanía popular”, y constituyen “el conjunto de normas que rigen la intervención, directa o indirecta, en el poder”.

La Constitución brasileña de 1988 establece, en su artículo 14, caput, que la soberanía popular se ejerce mediante el sufragio universal y mediante el voto directo y secreto, con valor igual para todos y, en los términos de la ley, mediante plebiscito, referendo y iniciativa popular. Bajo la Constitución brasileña, es posible enumerar como derechos políticos, en una lista no exhaustiva, el derecho a votar en las elecciones, plebiscitos y referendos, la elegibilidad, la iniciativa popular, la acción popular, la organización participación de los partidos políticos.

El constitucionalista portugués Jorge Miranda⁴ cree que “el sufragio es el derecho político máximo, porque, a través de él, los ciudadanos eligen los gobernantes y, así, directa o indirectamente, las coordenadas principales

1 PEDRA, Adriano Sant’Ana; PEDRA, Anderson Sant’Ana. A inelegibilidade como consequência da rejeição de contas. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado; AGRA, Walber de Moura (org.). *Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas*. Brasília: OAB, 2010.

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2007, v. I, p. 664.

3 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 718.

4 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2007, t. VII, p. 100-109.

de política del Estado”, y añade que, a su lado, hay “derechos políticos menores”, tales como el derecho de petición, el derecho de información política, el derecho de participación en actividades subordinadas del Estado, el derecho de acción popular, el derecho de iniciativa legislativa, el derecho de iniciativa de referendo, derecho de candidatura, el derecho de acceso a cargos políticos e el derecho de participación en asamblea popular.

Acerca del derecho portugués, señala Jorge Miranda⁵ sobre la participación popular:

Participación directa y activa de los ciudadanos es, en la Constitución, en primer lugar, la elección (artículos 10º, nº 1, y 49º). Y son también: la participación en asociaciones y partidos políticos (artículo 51º, nº 1), el derecho de representación (artículo 52º, nº 1), la acción popular (artículo 52º, nº 3), las candidaturas para Presidente de la República (artículo 127, nº 1) y para las asambleas locales (artículo 246º, nº 2), la participación en la administración de la justicia (artículo 210º), la participación en las sesiones plenarias de ciudadanos electores en las regiones de población diminuta (artículo 246º, nº 3); no otras formas a margen de éstas o contra éstas.

Específicamente sobre la acción popular, la Constitución portuguesa establece que “es conferido a todos, personalmente o a través de asociaciones que defienden los intereses afectados, el derecho de acción popular en los casos y términos establecidos en ley, incluso el derecho de reclamar al herido o a la herida la indemnización correspondiente [...]” (artículo 52º, nº 3). Verifícase que, a pesar de que es un derecho político, la acción popular portuguesa puede ser propuesta por extranjeros en defensa de derechos y intereses legalmente protegidos.

La Constitución brasileña establece varios mecanismos de participación activa del pueblo, que no puede limitarse al proceso de escoja de representantes, sino que también debe participar directamente de las decisiones de la polis. El ciudadano debe ser un individuo participante y controlador de la actividad estatal⁶.

Además de las modalidades anteriormente referidas de democracia directa, previstas en artículo 14, la Constitución brasileña establece otras

5 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, t. II, p. 161.

6 PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reforma política: compromissos e desafios da democracia brasileira. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Arquivos de direito público: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o Direito Público*. São Paulo: Método, 2007, p. 33.

oportunidades de participación popular⁷, como v.g. la institución del jurado (artículo 5º, XXXVIII), la acción popular (artículo 5º, LXXIII), la participación de los usuarios en la administración pública directa e indirecta (artículo 37, § 3º), la denuncia de irregularidades o ilegalidades al Tribunal de Cuentas de la Unión (artículo 74, § 2º), el planeamiento y la ejecución de la política agrícola (artículo 187), la gestión de la seguridad social (artículo 194, párrafo único, VII), la gestión democrática de la educación pública (artículo 206, VI), y el Consejo de Comunicación Social como órgano auxiliar del Congreso Nacional (artículo 224). También se les debe recordar las muchas experiencias que se han implementado, como, por ejemplo, el presupuesto participativo⁸.

Debe registrarse que la Constitución establece que las cuentas de los Municipios deben quedar, durante sesenta días, anualmente, a disposición de cualquier contribuyente, para su examen y evaluación, que podrá cuestionar la legitimidad, en los términos de la ley (artículo 31, § 3º). Además, la Ley Orgánica del Municipio debe prever la cooperación de las asociaciones representativas en la planificación municipal (artículo 29, XII). Las acciones y servicios públicos de salud deben tener la participación de la comunidad (artículo 198). Las acciones gubernamentales en el ámbito de la asistencia social deben garantizar la participación de la población, a través de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles (artículo 204, II). Las comisiones parlamentares deben, de acuerdo a su ámbito de competencia, realizar audiencias públicas con organizaciones de la sociedad civil (artículo 58, § 2º, II) y recibir peticiones, reclamaciones o quejas de cualquier persona contra actos u omisiones de las autoridades o poderes públicos (artículo 58, § 2º, IV)⁹.

En el régimen republicano, que es un régimen de responsabilidad, los funcionarios públicos deben responder por sus actos ante el pueblo, pues están cuidando de la res publica. Por lo tanto, nada más natural que el pueblo controlar sus acciones. Es el ejercicio de la vigilancia ciudadana, papel que el ciudadano desempeña de vigilante del gobierno, y no se limita a la acción política de elegir a un representante¹⁰.

7 STF. ADI 244/RJ. Relator: Min. *Sepúlveda Pertence*. DJ 31/10/2002, p.19.

8 PEDRA, Adriano Sant'Ana. Democracia participativa no município. In: SOUSA, Horácio Augusto Mendes de; FRAGA, Henrique Rocha. *Direito municipal contemporâneo: novas tendências*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 56.

9 PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Cidadão: mais do que eleitor*. A Gazeta, Vitória, 02 jul. 2006.

10 PEDRA, Adriano Sant'Ana. Democracia participativa no município. In: SOUSA, Horácio Augusto Mendes de; FRAGA, Henrique Rocha. *Direito municipal contemporâneo: novas tendências*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 57.

Por lo tanto, cualquier persona puede demandar a la autoridad administrativa responsable para que sea instaurada una investigación para apurar actos de mala conducta, de conformidad con el artículo 14 da Ley nº 8.429/1992, sin perjuicio de demandar también al Ministerio Público, con base en el artículo 22 del mismo texto legal.

Aún sobre el control de la Administración Pública hecho por el ciudadano, debe constar que cualquier persona puede hacerlo para que sea sancionado el funcionario que haya incidido en abuso de autoridad. Esta posibilidad está prevista en la Ley nº 4.898/1965, que regula el derecho de representación y el proceso de responsabilidad administrativa, civil y penal, en los casos de abuso de autoridad. Con este fin, la persona interesada podrá hacer una petición a la autoridad superior con competencia legal para aplicar la respectiva sanción o al Ministerio Público con competencia para iniciar un proceso penal contra la autoridad culpada (artículo 2º).

Como se puede ver, hay muchas posibilidades para que los ciudadanos participen activamente en las decisiones de la polis. La restricción de la participación política solamente a los que son alistados electoralmente limita – en algunos casos – un derecho fundamental de manera desproporcionada.

En Brasil, el texto constitucional excluye del registro electoral los que se están comprometidos con el servicio militar obligatorio y los extranjeros. Sin embargo, para estos, debe tenerse en cuenta que hay el derecho de los portugueses equiparados de ejercieren derechos propios de brasileños (artículo 12, § 1º, CF), salvo aquellos exclusivos de brasileños natos. Sin embargo, Dimitri Dimoulis y Leonardo Martins¹¹ también escriben sobre la posibilidad de los extranjeros actúen en partidos políticos:

El artículo 17 de la CF no incluye la nacionalidad brasileña entre los requisitos para la actividad partidaria. La situación de respeto a la soberanía nacional que establece el caput de ese artículo no se refiere al origen de los miembros del partido, sino a las finalidades y consecuencias de su actuación. Esto significa que, en principio, la titularidad del derecho de participación en los partidos políticos es universal. La Ley de los partidos políticos (Ley 9.096, de 19.09.1995), que concretiza el artículo 17 de la CF, dispone en su artículo 16 que solamente los electores en pleno gozo de sus derechos políticos pueden pertenecer a partidos políticos. Esta previsión excluye de la actuación partidaria oficial todos los extranjeros y muchos brasileños, lo que es, a nuestro juicio de dudosa constitucionalidad.

11 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 95.

También en este contexto, Antonio Ibáñez Macías señala que la mayoría de los inmigrantes extranjeros que viven en España carece de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones, pero gozan de otros derechos políticos para su integración social y política.

Además de la libertad de expresión, inherente a la dignidad de la persona y, por tanto, reconocida a todas las personas independientemente de su nacionalidad o de su situación administrativa en España (estar legal o ilegalmente en territorio español), estos derechos políticos son los siguientes: de reunión y manifestación, de asociación, de sindicalización y de huelga¹².

Añade el autor español que estos derechos pueden ser considerados políticos porque constituyen, en mayor o menor medida, formas de participación en la vida social y política y, por lo tanto, influyen en la formación de la voluntad estatal.

En Brasil, algunos derechos políticos consiguen sobrevivir a una interpretación restrictiva porque el texto constitucional expresamente a la posibilidad de su ejercicio por todas las personas. Es el caso del derecho de petición, que es un instituto de participación política, de amplio espectro subjetivo, ya que se extiende a toda la sociedad¹³. El derecho de petición posibilita al individuo fiscalizar el Poder Público y participar activamente en las decisiones políticas que le afectan.

Analizando las diferentes formas de ejercicio de la democracia directa, Antonio-Enrique Pérez Luño¹⁴ destaca que el derecho de petición, previsto en el artículo 29 de la Constitución española, es uno de los mecanismos de participación directa de los ciudadanos. Cabe aclarar que, en el derecho constitucional brasileño, el derecho de petición es asegurado “a todos” (artículo 5º, XXXIV, “a”, CF)^{15, 16}, y no solamente a quién es alistado electoralmente. De ello se deduce que el derecho de petición se presta para intereses propios y para intereses colectivos. Es decir, el derecho de petición es una herramienta que la Constitución pone a la disposición del

12 MACÍAS, Antonio Ibáñez. *El derecho de sufragio de los extranjeros*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 91.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 107.

14 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 182.

15 Personas físicas (brasileños y extranjeros), personas jurídicas, sindicatos, asociaciones, grupos, colectividades y Ministerio Público. Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004, p. 125.

16 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 442.

individuo para la defensa de sus derechos y también para ser utilizado en defensa de intereses que trascienden la esfera personal del peticionario.

La restricción de derechos políticos para los que no tienen el registro de elector debe considerarse con precaución¹⁷. No se puede restringir de manera desproporcionada un derecho fundamental sólo porque la persona no está alistada electoralmente. Del mismo modo que no se puede impedir el derecho de reunión, de manifestación o de huelga, por ejemplo, para quién no es inscrito electoralmente, también se debe reconocer la legitimidad para esta persona proponer la acción popular¹⁸.

3 - ¿QUIÉN ES CIUDADANO?

La Constitución brasileña, en el párrafo único de su artículo 1º, proclama que “todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente”. Sin embargo, ¿quién es el pueblo?

El concepto de pueblo ha variado con el tiempo. Si, por una parte, es el pueblo que siempre debe gobernar, por otra, el pueblo no es siempre el mismo. Para el fascismo, por ejemplo, el pueblo fue el propio Estado; para el comunismo, el trabajador. De hecho, la noción de pueblo ya era conocida y utilizada en la Antigüedad clásica en la teoría política y en el derecho público. Pero, con el surgimiento de la idea democrática, llegó a tener una importancia decisiva en la era moderna. Por lo tanto, como el poder pertenece al pueblo, es imperativo establecer este concepto, a fin de evitar las usurpaciones de la soberanía¹⁹.

José Luiz Quadros de Magalhães²⁰ explica que el pueblo, como elemento del Estado moderno, no debe confundirse con la población, que es una mera expresión numérica, demográfica o económica, que no revela el vínculo entre la persona y el Estado. Del mismo modo, no debe

17 Se debe tener especial cuidado cuando sea el caso de privación (suspensión o pérdida) de derechos políticos (artículo 15, CF). Como se puede ver aquí, la lista de los derechos políticos es grande, e no se puede hablar a toda prisa que las posibilidades de privación de derechos políticos llegan a todos ellos, porque el texto constitucional establece la pérdida o suspensión “de” derechos políticos y no “de los” derechos políticos.

18 Vale la pena mencionar también que la acción popular está prevista en el artículo 5º del texto constitucional brasileño, bajo el capítulo “derechos y deberes individuales y colectivos”, y no en el artículo 14, bajo el capítulo “derechos políticos”, aunque la acción popular también sea un derecho político.

19 PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005*, p. 38.

20 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002*, t. II, p. 54-55.

confundirse con la nación, que sólo expresa la relación de pertenencia a una comunidad histórico-cultural.

Para Carlos Ayres Britto²¹, el pueblo es la encarnación de la sociedad política, o sea, de “una sociedad que se reconoce como la subjetivación de un poder encima del Derecho y del Estado, que sólo puede ser un poder exclusivamente político”. José Joaquim Gomes Canotilho²² escribe un moderno concepto de pueblo en las democracias actuales, como una grandeza pluralista, una pluralidad de fuerzas culturales, sociales y políticas, tales como partidos, grupos, iglesias, asociaciones, personalidades, influyendo decisivamente en la formación de opiniones, voluntades o sensibilidades políticas.

El pueblo de un Estado nacional surge con la creación del sentimiento de pertenencia a un determinado Estado, sentimiento acepto, históricamente, sobre sentimientos nacionales preexistentes, como en España, donde el sentimiento de pertenencia a un Estado nacional español fue creado sobre el sentimiento nacional preexistente de ser gallego, vasco, catalán o castellano²³.

Como señala Friedrich Müller, “pueblo” no es un concepto unívoco, sino plurívoco. Desde un análisis conceptual, el autor presenta cuatro modos de utilización del concepto de “pueblo”, que son relacionados con el problema de la legitimidad. Friedrich Müller examina “pueblo” como pueblo activo, “pueblo” como instancia global de atribución de legitimidad, “pueblo” como icono, e “pueblo” como destinatario de prestaciones civilizatorias del Estado.

El “pueblo” como pueblo activo abarca solamente os electores. “Por motivo de expresa prescripción, las constituciones sólo cuentan los titulares de la nacionalidad como pueblo activo”²⁴. Pero los titulares de la nacionalidad pueden tener su derecho de voto restringido por la pérdida o suspensión de derechos políticos, como, por ejemplo, según la edad o teniendo en cuenta la salud mental del individuo. Sin embargo, estas restricciones “no son consideradas tradicionalmente una discriminación contraria a la democracia, pero, como todo lo demás, están tanto

21 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 49.

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 75.

23 PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 39.*

24 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 56.

más abiertas a la manipulación cuanto más el Estado tenga rasgos autoritarios”²⁵. Pero, escribe Friedrich Müller que los “extranjeros, que viven permanentemente aquí, trabajan y pagan impuestos y contribuciones, pertenecen a la población. [...] Su exclusión del pueblo activo restringe la amplitud y la coherencia de la justificación democrática”.

Friedrich Müller también analiza el papel del “pueblo” como instancia global de atribución de legitimidad. En esta concepción, el pueblo no sólo es fuente activa de la institución de normas a través de la elección de representantes o por medio de herramientas de participación directa. Él es también el destinatario de las prescripciones, en relación con deberes, derechos y funciones de protección. “En ese sentido amplio, el argumento se aplica también a los no electores, y también para los electores vencidos”²⁶. Por lo tanto, el pueblo como instancia global de atribución de legitimidad no se refiere al mismo aspecto del pueblo como pueblo activo, sino que es pertinente a los titulares de nacionalidad. El pueblo justifica el orden jurídico, en un sentido más amplio, como orden democrático cuando lo acepta globalmente, y no se rebela contra esto.

El “pueblo” como pueblo icono no se refiere a cualquier persona en el marco del discurso de legitimación. La invocación del pueblo es sólo una metáfora en una retórica ideológica, oscureciendo el análisis del problema de la legitimidad. “La iconización es dejar el pueblo a sí mismo”, explica Friedrich Müller, “en ‘desrealizar’ (entrealisieren) la población”²⁷. La iconización se esfuerza en unir en “pueblo” la población diferenciada, justificando las contradicciones sociales subsistentes con el argumento de que el pueblo así lo desea, si bien la Constitución o de acuerdo con esta. Una población heterogénea “es ungida como ‘pueblo’ y fingida – por medio del monopolio de la lengua y de la definición en manos de los grupos dominantes – como constituyente y mantenedora de la Constitución”²⁸. Friedrich Müller escribe que “la simple fórmula del ‘poder constituyente del pueblo’ ya refleja ilusoriamente el uno”²⁹.

25 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 57.

26 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61.

27 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 67.

28 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 72.

29 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann.

En su última concepción, el “pueblo” como destinatario de prestaciones civilizatorias del Estado, o simplemente pueblo destinatario³⁰, debe ser capaz de entender y defender la tarea de preservar la Constitución democrática, procurando dotar la posible minoría de los ciudadanos activos de competencias de decisión claramente definidas, estableciendo la manera en que todos los afectados serán tratados por dichas decisiones y su modo de aplicación. Nadie está legítimamente excluido del pueblo destinatario³¹, incluso los menores de edad, los enfermos mentales o las personas privadas de derechos políticos.

Tras el análisis de las diferentes esferas funcionales – pueblo activo, pueblo como instancia de atribución de legitimidad y pueblo destinatario en oposición al pueblo icono –, es imperativo, como Friedrich Müller dice, “tomar el pueblo en serio como una realidad”, aproximando el pueblo activo y el pueblo como instancia de atribución de legitimidad a la medida de lo posible en términos de política constitucional, de acuerdo con la Constitución³². Situaciones como restricciones étnicas, apartheid racial, restricción del derecho de voto relacionados con el sexo, con el nivel educativo o económico, reducen el pueblo activo y aumentan la diferencia entre el pueblo activo y el pueblo como instancia de atribución de legitimidad. “Cuanto más el ‘pueblo’ es idéntico con la población en el derecho efectivamente realizado de una sociedad constituida, tanto más valor de realidad y consecuentemente legitimidad tendrá el sistema democrático como forma”³³.

Por consiguiente, es necesario pasar a través de una concepción estrecha de ciudadanía – asociada con la noción de alistamiento electoral (registro de votantes) – para una ciudadanía amplia – basada en el pleno disfrute de los derechos fundamentales en general en un espacio público democrático.

2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 73.

30 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 77.

31 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79-80.

32 Friedrich Müller escribe: “así, por ejemplo, el derecho electoral municipal para (algunos grupos de) extranjeros, a pesar de que no deben recibir cualquier derecho electoral para el Legislativo”. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 113.

33 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 111.

Además, no sólo los electores, sino que todas las personas tienen un interés legítimo en la protección del patrimonio público, de la moralidad administrativa, del medio ambiente, del patrimonio histórico y cultural, objetos de la acción popular. Son destinatarias de prestaciones del Estado y tienen interés justificado en tener estos bienes protegidos.

4 - UNA ACCIÓN MÁS POPULAR

La Constitución Ciudadana³⁴ hizo la recepción de varias leyes que estaban en armonía con ella. Pero, como se sabe, las leyes recibidas pasan a valer con base en la nueva Constitución y deben ser interpretadas de acuerdo con ella.

La Ley nº 4.717/1965, elaborada poco después del golpe de 1964 y contaminada por esta densa atmósfera de arbitrio, establece en su artículo 1º, § 3º, que “la prueba de ciudadanía, para demandar en juicio, se hará con el título de elector o con documento que le corresponda”. Una interpretación literal de este dispositivo legal, y desproveída de conformidad con la Constitución, es todavía muy presente en la jurisprudencia de Brasil y también en la doctrina³⁵. Sin embargo, no se vislumbra en el artículo 5º, LXXIII, CF, este sentido estricto dado al término “ciudadano”. Este es un raciocinio reduccionista que no cumpla con los contornos de la ciudadanía trazados pela Constitución brasileña, desviando la atención del intérprete para aspectos de menor importancia, como estar inscrito electoralmente. De ahí la necesidad de una hermenéutica coherente con los valores democráticos. La amplia participación popular es esencial en la democracia contemporánea, y tal limitación no es razonable.

Y, en efecto, constatase que el sentido que la Constitución brasileña de 1988 confiere al termo “ciudadano” no es equivalente al reducido concepto de “elector”.

El artículo 58, § 2º, V, CF, establece que incumbe a las Comisiones del Congreso Nacional y de sus Casas, en asuntos de su competencia,

34 El 5 de octubre de 1988, miércoles, a las 16 horas, el diputado Ulysses Guimarães (1916-1992), presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, así llamó la nueva Constituição brasileña en discurso proferido en el momento de su promulgación, procurando resaltar su amplio sistema de derechos y garantías individuales y colectivas. Cf. BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Antônio Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 923.

35 Cf. v.g.: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, *mandado de injunção e habeas data*. 28. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132: “Sólo el individuo (persona física) equipado con su título electoral podrá proponer acción popular”.

“solicitar testimonio de cualquier autoridad o ciudadano”. Como se puede ver, no hay relación necesaria de identidad entre “ciudadano” y “elector”, porque, se existiera, las Comisiones no podrían solicitar el testimonio de aquellos que no sean autoridad o elector.

El término “ciudadano” también puede ser encontrado en el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias. Verifícase que su artículo 64 establece que la Prensa Nacional y otras gráficas mantenidas por el Gobierno, deberían promover la edición popular del texto completo de la Constitución Federal, que sería “puesta a la disposición de las escuelas y de las notarías, de los sindicatos, de los cuarteles, de las iglesias y de otras instituciones representativas de la comunidad, de forma gratuita, para que cada ciudadano brasileño pueda recibir del Estado una copia de la Constitución de Brasil”. También aquí no parece razonable entender que sólo los “electores” deberían recibir una copia de la Constitución.

Al igual que estas disposiciones constitucionales (artículo 58, § 2º, V, CF; y artículo 64, ADCT), no sería coherente reducir el concepto de “ciudadano” al concepto de “elector” en el artículo 5º, LXXIII (“cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular”). Además, como fundamento de la República Federativa de Brasil, la “ciudadanía” (artículo 1º, II, CF) es un factor determinante para la hermenéutica constitucional y una directriz a ser perseguida por el Estado Democrático de Derecho.

También hay que señalar que la acción popular, porque ha sido prevista por el texto constitucional en el artículo 5º, cuyo caput establece que “todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños e a los extranjeros residentes en el país³⁶ la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad [...]”, no podría tener sus legitimados restringidos para que sólo los electores pudiesen proponerla.

En ese sentido, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues y Rosa Maria Andrade Nery³⁷ sustentan que la protección del medio ambiente es constitucionalmente asegurada a todos, incluidos los extranjeros, y, por tanto, no sólo los electores podrían protegerlo a través de la acción popular.

36 El Supremo Tribunal Federal brasileño expresó el entendimiento de que no sólo los brasileños y extranjeros residentes en el país están protegidos por la referida norma constitucional, sino que los extranjeros no residentes (Rel. Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. J. 18/06/1996. DJ 20/09/1996). En ese sentido, cf. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Mutación constitucional de derechos fundamentales y prohibición de retroceso. In: GARCÍA BELAUNDE, Domingo; EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (org.). *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Idemsa, 2009, t. I, p. 400.

37 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

La Constitución brasileña establece que “todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado”, y que esto debe ser preservado “para las generaciones presentes y futuras” (artículo 225). Si todos tienen este derecho, el acceso a la justicia no puede reducirse sólo a los electores, con exclusión v.g. de los extranjeros de la lista de legitimados. A veces el daño ambiental produce efectos en territorio nacional o también en territorio de país vecino, e afecta extranjeros que viven en Brasil o no. Dado el interés que se establece por parte de extranjeros, no hay ninguna razón para impedir que estos intenten anular un acto lesivo para el medio ambiente.

Hay también otras situaciones que no se ocupan del medio ambiente y que son de interés para los extranjeros. Si la cuestión se refiere a daños al patrimonio público o a la moralidad administrativa, los extranjeros residentes en Brasil, que, como los brasileños, tienen el deber fundamental de pagar tributos y contribuir con los gastos del Estado, también pueden ejercer una vigilancia ciudadana sobre la rectitud en la conducción de la res publica.

Otro punto que también merece consideración dice respecto a la privación de derechos políticos. En la percepción tradicional, “mientras que tiene sus derechos políticos suspendidos, como puede surgir, por ejemplo, desde una acción de improbidad o de una acción de inelegibilidad, el ciudadano no puede proponer acción popular”³⁸. La Constitución permite la pérdida o la suspensión “de” derechos políticos en los casos que enumera en su artículo 15. Como se señaló anteriormente, la Constitución no prevé la privación “de los” derechos políticos, sino “de” derechos políticos. Por lo tanto, no puede ocurrir la privación de todos los derechos políticos, porque no se puede negar a las personas que se encuentran en los casos del artículo 15 de la CF los derechos políticos de reunión, de expresión, de asociación o de huelga, por ejemplo. Así, ¿por qué negar a estas personas el derecho de proponer acción popular? Un condenado cumpliendo una pena de restricción de libertad es lo que tendría un mejor conocimiento sobre el medio ambiente de la prisión o acerca de la falta de celo por el patrimonio público respectivo.

Otro tema polémica se refiere a los partidos políticos. Aunque la Súpula n° 365 del Supremo Tribunal Federal establezca que “persona jurídica³⁹ no tiene legitimidad para proponer acción popular”, es posible defender la legitimidad de los partidos políticos para tanto, como ocurre con el mandato de seguridad colectivo (artículo 5º, LXX, “a”, CF).

38 RODRIGUES, Geisa de Assis. Da ação popular. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 215.

39 Incluso las personas jurídicas de derecho público interno. Cf. Pet. N° 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento en 19/03/2009, Plenário, DJE de 1º/07/2010.

En las palabras de Marcello Caetano, “el partido político es una asociación de ciudadanos que pretenden, mediante una acción concertada con la opinión pública, obtener el ejercicio y los beneficios del poder”⁴⁰. En Brasil, el partido político debe poseer personalidad jurídica de acuerdo con la ley civil y registro de su estatuto en el Tribunal Superior Electoral (artículo 17, § 2º, CF). En virtud del artículo 16 de la Ley nº 9.096/1995, a pesar de la divergencia doctrinal señalada anteriormente, sólo los electores en el pleno goce de los derechos políticos pueden pertenecer a partidos políticos. Por lo tanto, como un partido político es una asociación de “ciudadanos”, o de “electores”, en los términos de la Ley nº 9.096/1995, también debe tener legitimidad para proponer acción popular.

A pesar de la postura restrictiva en relación con el autor popular, los tribunales han hecho tímidos avances, como la posibilidad de la persona jurídica sustituir incidentalmente al ciudadano, incluido el Ministerio Público. Así, si hay la retirada del ciudadano y el Ministerio Público o otro ciudadano no asumir la demanda, no hay obstáculo para que la entidad pública ocupe su lugar por razones de interés público⁴¹.

La acción popular tiene asiento en la Constitución y su condición de recurso constitucional es incompatible con una interpretación restrictiva, especialmente en lo que respecta a la legitimación para demandar. Los titulares de derechos fundamentales, destinatarios de las prestaciones estatales, en general, tienen un claro interés en preservar el patrimonio público o de entidad en la que participe el Estado, la moralidad administrativa, el medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural (artículo 5º, LXXIII, CF), y no sólo aquéllos que están alistados electoralmente.

5 - CONSIDERACIONES FINALES

La democracia brasileña atraviesa una crisis causada por el agotamiento del modelo, por lo que la participación popular se impuso poco a poco. En este contexto, la Constitución ha superado el simple ámbito electoral, para proyectar esta participación popular en todos los procesos sociales y públicos donde se necesitara la construcción interactiva de decisiones y consensos en relación con los intereses colectivos. Bajo esta percepción, “el ciudadano no puede reducirse al elector”⁴².

40 CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. rev. y ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2006, t. I, p. 388.

41 STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 439.854/MS. Dec. un. en 08/04/2003, DJ de 18/08/2003, Rel. Min. Eliana Calmon.

42 PEDRA, Adriano Sant’Ana. Cidadão: mais do que eleitor. A Gazeta, Vitória, 02 jul. 2006.

El ciudadano es el destinatario de las prestaciones estatales, y los que se encuentran en esta situación merecen tener legitimidad para proponer acción popular, un valioso instrumento de las causas del Estado Democrático de Derecho. Aunque presente en la Constitución Ciudadana de 1988, la acción popular ha sido mitigada por una ley federal, y por sus intérpretes en general, lo que no puede ocurrir, porque la ley es que debe ser interpretada de acuerdo con la Constitución. Ha sido demostrado en este trabajo que la Constitución proyecta el ciudadano para más allá del elector, y interesa a la res publica que muchos defiendan su causa.

Es necesario construir una hermenéutica permeable a los cambios estructurales del Estado Democrático de Derecho contemporáneo, sobre todo cuando si reconoce la necesidad de eliminar los obstáculos al proceso democrático, lo que exige una participación efectiva y amplia de los ciudadanos en la polis. Por consiguiente, es esencial superar el raciocinio reduccionista de ciudadano, que desprecia a las diferentes dimensiones de la ciudadanía.

Sin embargo, infelizmente, muchos ciudadanos nunca se enteraron de la existencia de este recurso constitucional, por el cual podrían pleitear la anulación de actos perjudiciales a bienes que les pertenecen y que les son tan caros. Por lo tanto, además de ampliar la lista de los legitimados para interponer la acción popular, es necesario ofrecer mejores condiciones para la participación efectiva del ciudadano en el espacio público, a fin de contribuir para el perfeccionamiento de la democracia.

6 - REFERENCIAS

BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Antônio Paes de. História constitucional do Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. Direito de petição: garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional. 6. ed. rev. y ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2006, t. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra, 2007, v. I.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. Direito processual ambiental brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MACÍAS, Antonio Ibáñez. El derecho de sufragio de los extranjeros. Madrid: Dykinson, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, t. II.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data. 28. ed. atual. por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, t. II.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 2007, t. VII.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da participação política. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Cidadão: mais do que eleitor. A Gazeta, Vitória, 02 jul. 2006.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Democracia participativa no município. In: SOUSA, Horácio Augusto Mendes de; FRAGA, Henrique Rocha. Direito municipal contemporâneo: novas tendências. Belo Horizonte: Forum, 2010.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutación constitucional de derechos fundamentales y prohibición de retroceso. In: GARCÍA BELAUNDE, Domingo; EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (org.). Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: Idemsa, 2009, t. I, p. 395-414.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reforma política: compromissos e desafios da democracia brasileira. In: PEDRA, Adriano Sant'Ana. Arquivos de direito público: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o Direito Público. São Paulo: Método, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; PEDRA, Anderson Sant'Ana. A inelegibilidade como consequência da rejeição de contas. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado; AGRA, Walber de Moura (org.). Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas. Brasília: OAB, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los derechos fundamentales. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Da ação popular. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Ações constitucionais. Salvador: Juspodivm, 2006.

SILVA, José Afonso da. Ação popular constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPITULO TERCERO
CAPITULO TERCERO

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

I

EL POR QUÉ DE UNA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

Por: Heliodoro fierro-méndez

Ha sido: Fiscal Delegado, Procurador Judicial con funciones ante la Sala de Casación Penal, Presidente del Consejo de Justicia, Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, docente y director de la especialización de derecho penal y criminalística de la Universidad Simón Bolívar, docente de varias universidades, conferencista invitado del Órgano Judicial de la República de Panamá, de la Universidad de Antioquia, autor de varias obras de derecho procesal penal.

SUMARIO:

1. El problema en la cotidianidad, 1.1. Acciones y competencias de rango constitucional, 1.1.1. Protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, 1.1.2. Habeas corpus, 1.1.3. Acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, 1.2. Una jurisdicción constitucional, 2. Lo ordenado por el constituyente derivado.

La urgencia de desarrollar la jurisdicción constitucional no es una postura de capricho ni de protagonismos legislativos sino, de una parte, de la necesidad práctica de prevenir las notorias y nocivas colisiones judiciales y, de la otra, de acatar el ordenamiento constitucional.

1. EL PROBLEMA EN LA COTIDIANIDAD

En verdad, la jurisdicción constitucional, a excepción de los juicios de inexequibilidad ante la Corte Constitucional o, de nulidad ante el Consejo de Estado se ha constituido en un motivo de confrontación tanto de poderes como de jerarquías judiciales:

La gran mayoría de los colombianos se extraña de que las Altas Cortes de Justicia desconozcan mutuamente los fallos que cada una de ellas dicta. Es el espectáculo más grave por los nocivos efectos que genera sobre la confianza que los ciudadanos deben tener en sus jueces, pero, paradójicamente, es un fenómeno perfectamente comprensible¹.

Litigio que a nadie beneficia y sí perjudica, al punto que tiende a resquebrajar la estructura judicial del País, la cual ha de ser organizada como República unitaria², por lo que se hace necesario generar precisos límites de valores positivados que hagan efectiva la prevalencia de la jurisdicción y la competencia constitucional, no solo por la superioridad que entraña la Constitución sobre las demás normas, sino porque están atados a un derecho fundamental constitucional de prevalencia.

1.1. ACCIONES Y COMPETENCIAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

1.1.1. PROTECCIÓN INMEDIATA DE DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES

En el Título II, Capítulo 4 de la Constitución se instituye un mecanismo

1 Giraldo Ángel, Jaime, El choque de trenes, Sobre los sistemas de interpretación jurídica en Colombia.

2 Artículo 1, Constitución Política.

para la protección y aplicación de los derechos que resulten vulnerados por actuaciones de los servidores públicos y, en precisos casos, por particulares el cual se conoce como acción de tutela.

Competencia que a tal fin sitúa en los jueces, sin distinción alguna, reservando a la Corte Constitucional única y exclusivamente la revisión de las sentencias proferidas en tutela.

1.1.2. HABEAS CORPUS

En el Título II, Capítulo 1 de la Constitución se pone de relieve que quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas³.

1.1.3. ACCIONES DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DICTADOS POR EL GOBIERNO NACIONAL

En el Título VIII, Capítulo 3, se otorga la competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional⁴.

1.1.4. GUARDA DE LA INTEGRIDAD Y SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

En el Título VIII, Capítulo 4 de la Constitución se otorga competencia a la Corte Constitucional para la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución contra actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación; sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación; sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización; sobre la inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las

3 Artículo 30, Constitución Política, reglamentado por la Ley 1095 de 2006.

4 Artículo 237, Constitución Política.

leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación; sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución; sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución; sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, revisar, en la forma que determine la ley; revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales; sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

1.2.UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El Título VIII, Capítulo 4 de la Constitución crea la Jurisdicción constitucional, pero se observa que se hace referencia solo a la Corte Constitucional, sin ninguna otra inclusión y su ámbito de competencia se fija en el sentido de juicios de constitucionalidad diversos a los que atañen al Consejo de Estado; igualmente le otorga competencia para la revisión de acciones de tutela.

2. LO ORDENADO POR EL CONSTITUYENTE DERIVADO

Fue el propio constituyente derivado quien puso de relieve la obligación de regular por ley, tanto los procedimientos para integrar el orden jurídico y la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas⁵, como los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional⁶ relacionados con la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución contra actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación; sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación; sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional sólo por vicios de procedimiento

5 Artículo 89 de la Constitución.

6 Artículo 242 de la Constitución.

en su convocatoria y realización; sobre la inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación; sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución; sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución; sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, revisar, en la forma que determine la ley; revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales; sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

De tal manera que en cuanto a los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las anteriores materias y frente a la acción u omisión de las autoridades pública el constituyente derivado impuso la obligación Constitucional de establecer por ley, recursos, acciones y procedimientos necesarios para que se pueda lograr la integridad del orden jurídico y la protección de derechos individuales, de grupo o colectivos.

He ahí la razón y necesidades de desarrollar la jurisdicción y competencia constitucional, la cual no se puede quedar ni en la simple creación ni en el enunciado de una Corte Constitucional, en especial porque, para que se pueda lograr el cometido constitucional de cohesionar el orden jurídico, se requiere de procedimientos constitucionales integradores que, además, desde la constitucionalidad resuelvan las colisiones y ponga fin a la pugna por la supremacía de jurisdicciones y se logre la paz anhelada desde los procedimientos orientados hacia la defensa de la Constitución.

II

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, CONTROL PREVENTIVO Y JURISDICCIÓN.

Por: Rogelio A. Aviña Martínez

SUMARO:

1.- Introducción 2.- El Control Preventivo: concepto y elementos. 3.- El Carácter Jurisdiccional de los Controles Preventivos, 3.1.- tesis de Manuel Aragón, 3.2.- tesis de Miguel Ángel Alegre 3.3.- opinión personal. 4.- El Derecho Procesal Constitucional y la Jurisdicción Constitucional. 5.- El aspecto Jurisdiccional de los Controles Preventivos y el Derecho Procesal Constitucional. 6.- Conclusiones

1.- INTRODUCCIÓN

Esta ponencia tiene como finalidad establecer un acercamiento a los controles preventivos como mecanismos jurídico-procesales instituidos para la defensa anticipada de la constitución, que al menos en México su regulación y estudio ha sido distante, pues hasta antes de la inclusión de un control preventivo en la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila,¹ todos los controles constitucionales en el sistema jurídico mexicano eran de los denominados a posteriori o sancionadores.

Esta aproximación se pretende realizar no sólo desde su aspecto de oportunidad, sino propiciando un estudio más integral, que exponga, aunque de forma breve, todos los rasgos distintivos de esta suerte de controles constitucionales, profundizando en el análisis de su aspecto jurisdiccional que resulta ser uno de sus puntos más controvertidos. Durante este trayecto, realizaremos un estudio comparativo entre las principales posturas que cuestionan y entre las que sostienen el carácter jurisdiccional de los controles preventivos, para concluir con una propuesta propia que pretende justificar su aspecto jurisdiccional mediante su estudio desde la óptica del derecho procesal constitucional, como una disciplina jurídica autónoma que facilita su estudio de forma más científica y sistemática. Para lo anterior, realizaremos un análisis de la jurisdicción constitucional en general desde un aspecto eminentemente procesal, que nos permitirá desentrañar sus elementos distintivos y su interacción con el derecho procesal constitucional y los controles constitucionales en general. En suma, este ensayo está dirigido a establecer un contacto con los instrumentos procesales instituidos para la defensa de la constitución que actúan de manera preventiva, para lo que haremos una reseña de los elementos que los caracterizan, deteniéndonos en el estudio de su aspecto jurisdiccional, lo que nos llevará a proponer su justificación mediante un estudio más científico y sistemático que nos brinda la disciplina jurídica autónoma denominada derecho procesal constitucional.

1 Sobre el Control Preventivo y la Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Coahuila, véase: Aviña Martínez, Rogelio Arturo, "El control previo en el derecho constitucional local: un visor a la ley de justicia constitucional local para el estado de Coahuila Zaragoza" en Gámiz Parral, Máximo N., Astudillo César y otro (coords.), Derecho Constitucional Estatal. *Memorias del VI y VII congresos estatales de los estados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 256 y ss.

2.- EL CONTROL PREVENTIVO: CONCEPTO Y ELEMENTOS

Delimitado nuestro tema, acudiremos a invocar algunas ideas que diversos autores han expresado a efecto de definir al control preventivo. Así tenemos que Carla Huerta² se refiere al control preventivo como aquel “[...] que se verifica antes de la realización del acto.” Para Néstor Pedro Sagüés,³ en su clasificación según el momento de los sistemas de control de constitucionalidad, afirma que: “El control preventivo de constitucionalidad de la norma tiende a eliminarla antes de que ella sea promulgada”. Humberto Nogueira Alcalá⁴ sostiene que “El control preventivo de constitucionalidad es un sistema a través del cual, el Tribunal o Corte Constitucional concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico.”

Puede apreciarse que los citados autores coinciden que los controles preventivos destaca como rasgo distintivo su aspecto de oportunidad que es el que se refiere al momento en que se despliega la acción de estos controles y que como su nombre lo indica, se verifica antes de que el proyecto normativo sea definitivo y adquiera carácter formal de ley o tratado según sea el caso, sin embargo, la acepción de este tipo de controles no puede entenderse exclusivamente desde su aspecto de oportunidad, sino que su estudio debe abordarse a partir de un análisis de todos sus elementos, que nos permita conocer su naturaleza de manera integral y confirmar así que los controles preventivos son verdaderos instrumentos jurídico-procesales dirigidos a la salvaguarda anticipada del orden constitucional.

En ese sentido, considero adecuado partir del concepto que estructura Miguel Ángel Alegre Martínez, en su obra *Justicia Constitucional y Control Preventivo*, en el que realiza una didáctica definición de los controles constitucionales de tipo preventivo en las que incorpora una serie de notas propias de estos medios de defensa, que permiten un mejor conocimiento de los mismos y que refiere como: “Aquella modalidad de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, que tiene carácter declarativo y abstracto, y que se ejerce por parte de los tribunales

2 Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 42.

3 Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 474.

4 Nogueira Alcalá, Humberto, *Las competencias de los tribunales constitucionales en américa del sur*, lus et Praxis, 2002, vol. 8, no 2, p. 6.

constitucionales cuando les es sometido (por vía de acción, o por estar previsto en el ordenamiento con carácter preceptivo), un texto normativo, con anterioridad a su entrada en vigor.”⁵

Esta definición nos expone algunos de los elementos que integran a los controles preventivos, es decir, los describe como instrumentos para la defensa de la constitución de índole jurisdiccional, concentrados, declarativos y abstractos, que tienen verificativo antes de que un texto normativo tenga carácter definitivo o entre en vigor. A los mencionados elementos me permitiría añadir los efectos vinculativos de sus sentencias, que darán obligatoriedad a las determinaciones que emita el regulador de la norma suprema, con efectos de cosa juzgada; y a otro elemento que referiré como de funcionalidad, que está íntimamente relacionado con su aspecto de oportunidad, pero que a diferencia de aquel denota el carácter utilitario de los controles preventivos, como instrumentos jurídico-procesales dirigidos a evitar o prevenir futuras inconstitucionalidades de un texto normativo; aspecto en que interactúan dos situaciones fundamentales: 1. La oportunidad en que el controlador de la norma despliega su actividad reguladora, y 2. La finalidad precautoria del control.

Por lo que hace al aspecto jurisdiccional de los controles preventivos, por el momento sólo nos limitaremos a señalar que este tema resulta ser uno de los más controvertidos en este tipo de controles, y que como se ha anticipado, lo abordaremos de manera más detallada a lo largo de este ensayo, por tanto, en el orden propuesto pasaremos a analizar el carácter concentrado de estos controles. Conforme al sistema austriaco, este aspecto se les atribuye debido a que corresponde conocer de este tipo de controles constitucionales a una judicatura o magistratura especializada que presupone la existencia de un tribunal u órgano ad hoc, asignado constitucionalmente para resolver las cuestiones constitucionales. Esta instancia encargada para la defensa de la constitución, puede ser o no parte integrante del poder judicial, en cuyo caso se otorga regularmente al órgano existente más alto en ese orden.

Otros aspectos del control preventivo, son su carácter declarativo y abstracto. Es declarativo debido a que la contravención que llegue a estimarse como resultado de la verificación que se realiza entre el proyecto de texto normativo y la norma suprema, no se produce por se origina en la determinación que emita el Tribunal, ni porque este así lo establezca, sino porque existe un vicio de inconstitucionalidad que el Tribunal declara,

⁵ Alegre Martínez, Miguel Ángel, *Justicia Constitucional y Control Preventivo*, España, Universidad de León, 1995, p. 101.

pone de manifiesto,⁶ sin embargo, en el caso específico de los controles preventivos, es imposible que mediante esta declaratoria el órgano controlador de la norma, emita anulación alguna, como acontece en las sentencias estimativas relativas a los controles sucesivos, ello en atención a que conforme a la naturaleza preventiva de estos, su objeto está dirigido a verificar textos normativos que aún no han adquirido la categoría de ley, por consiguiente una sentencia estimatoria tendrá como fin poner de manifiesto la futura e inminente inconstitucionalidad del proyecto de ley sometido a verificación, evitando así una futura violación al texto constitucional.

El carácter abstracto de los controles preventivos, les asiste en vista de que es un control de interés constitucional, mediante el cual el guardián de la constitución, realiza un juicio de comparación, entre la norma controlada y el texto fundamental a efecto de verificar si existe alguna contravención a éste último; comparación que debe realizarse “completamente al margen de todo caso concreto y de la aplicación de que haya podido tener esa ley (que a veces todavía no se ha aplicado siquiera)”⁷ Este control abstracto, tiene su origen en Kelsen, quien procuró establecer, que en virtud de este mecanismo el órgano encargado de su regulación “no pueda indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará solo la validez de la ley, por vía de simple lógica racional, desvinculándola de la necesidad de decidir las controversias de los pleitos reales”,⁸ y que se verifica en contraposición al control de tipo abstracto, en cuyo caso el órgano asignado para la regulación constitucional, analiza la conformidad de las normas infraconstitucionales para con el texto fundamental, con la salvedad de que dicho estudio se realiza con motivo de un caso concreto o litigio, en el que además de ventilarse la cuestión de constitucionalidad planteada por alguna de las partes, necesariamente el órgano controlador debe decidir el derecho en disputa por los colitigantes, de ahí, que su determinación por cuanto a la conformidad o no de la norma cuestionada con la Constitución, afectara también un interés particular, en este caso el de los contendientes en el juicio ordinario.

El elemento relativo a la oportunidad de la actuación de los controles preventivos, es inherente al momento en que debe o puede ejercerse el

6 Ibidem, p. 102.

7 Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 1998, p. 79.

8 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 58.

control, y que como se ha referido más arriba, es el principal signo que distingue los controles a priori de los de tipo sucesivo. Así se estima que el carácter temporal del que debe partirse para estimar que el control ejercido es de tipo preventivo, nos remite a los momentos de creación de la norma regulada, pues la regulación constitucional de ordenamientos totalmente concluidos, con plena eficacia jurídica es eminentemente sancionador, por tanto, podemos partir de que un control a priori, es aquel que se realiza antes de que la norma controlada sea definitiva, es decir, que siendo un texto definitivo que no sea susceptible de variación por el órgano encargado de la creación de las leyes, aun no tenga el carácter formal de ley. Aunque mucho se ha debatido cual debe ser el momento o etapa adecuada para que entre en acción este control, es claro que su actuación debe estar dirigida a un proyecto de norma que sin ser vigente, ya tenga la estructura que le permita válidamente incursionar en la vida jurídica “obturando – así - la posibilidad de someter al conocimiento del tribunal meros proyectos o borradores”⁹, situación que acontecerá cuando el texto tenga “el mismo contenido normativo y el mismo tenor literal con el cual entraría en vigor sino fuese controlado, o si controlado, fuera declarado conforme a la Constitución.”¹⁰

Finalmente me referiré al elemento que denominamos de funcionalidad, y que está altamente ligado al de oportunidad. Este aspecto expone el carácter utilitario de los controles preventivos, como los instrumentos jurídico-procesales dirigidos a evitar futuras inconstitucionalidades de un texto normativo, en las que interactúan dos situaciones que lo complementan: 1. La oportunidad en que el controlador de la norma despliega su actividad reguladora; y 2. La finalidad precautoria del control. Bajo estos parámetros, podemos concluir que los controles preventivos no sólo se diferencian de los controles posteriores por su actuación anticipada, sino que la oportunidad de su actividad reguladora, atiende a que ese proceder sea realmente efectivo para la defensa de la constitución: que evite la futura inconstitucionalidad de un texto normativo en caso de que éste llegue a ser definitivo, de ahí que este aspecto se complemente con la finalidad precautoria del control, ya que acorde a su naturaleza preventiva, su actuación no sólo debe considerar el aspecto de anticipación en el tiempo, sino que además esa anticipación, debe dirigirse a evitar una situación negativa, en este caso, la violación al ordenamiento constitucional, por tanto el elemento de funcionalidad será definitivo para fijar el momento más adecuado y oportuno en que deben actuar los controles preventivos en defensa de la constitución.

9 Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México, Porrúa, 2003, p. 70. ;

10 Alegre Martínez, Miguel Ángel, op., cit., nota 19, p. 144.

Atendiendo a los mencionados elementos de los controles preventivos, y a reserva de abordar específicamente su carácter jurisdiccional, podemos afirmar que los controles de constitucionalidad de tipo preventivos son mecanismos jurisdiccionales instituidos para la defensa de la constitución que se distinguen de los controles de tipo sucesivo por la oportunidad o momento de su actuación, es decir, están dirigidos a evitar la inconstitucionalidad de un texto normativo definitivo que ha cursado todo el proceso legislativo y el que antes de obtener su carácter formal, es sometido a verificación contra el ordenamiento constitucional. Este análisis se realiza fuera de todo caso concreto o litigio a fin de que el controlador, únicamente se cerciore de que el proyecto de norma no sea contrario a la constitución, es decir, deberá verificar que el texto objeto de revisión, de ser aprobado en definitiva, no conlleve a una futura e inminente violación al ordenamiento supremo. Este mecanismo de control, estará a cargo de un tribunal constitucional u órgano especializado, que puede ser parte o no del poder judicial, y cuya sentencia estimatoria tendrá efectos declarativos a fin de exponer la futura e inminente inconstitucionalidad del proyecto de ley en caso de que adquiriera ese carácter definitivo; estimación que tendrá efectos vinculativos con fuerza de cosa juzgada para el órgano controlado.

3.- EL CARÁCTER JURISDICCIONAL DE LOS CONTROLES PREVENTIVOS.

3.1. TESIS DE MANUEL ARAGÓN.

Como se ha dicho, uno de los aspectos más controvertidos del control preventivo es su carácter jurisdiccional, derivado precisamente del carácter a priori con que se desarrollan, pues aunque las sentencias que emiten los órganos controladores tienen poder vinculativo para con el órgano controlado, se ha señalado que el pronunciamiento que emiten con motivo de la verificación constitucional que realizan, no declara la inconstitucionalidad de una norma que pueda estimarse contraria al texto de la constitución, lo que de suyo no presupone, según afirman, un conflicto que sea susceptible de dirimirse con motivo del ejercicio del control constitucional, tal como acontece en los controles de tipo sucesivo, pues no existe una contravención formal de la norma regulada con el texto constitucional, es decir, lo que se presenta y constituye el objeto del control preventivo es una posible o supuesta inconstitucionalidad de un proyecto de norma que formalmente aun no le ha sido asignado el carácter de ley.

Esos y otros puntos serán lo que abordaremos en este apartado, en el que se expondrán los argumentos que consideramos suficientes para demostrar que los controles de tipo preventivo, son de índole jurisdiccional

y que por consiguiente son verdaderos procesos constitucionales, que al igual que los controles de carácter sucesivo, tienen como objeto la guarda y defensa del orden constitucional. Para lo anterior se hará necesario traer aspectos propios de la teoría general del proceso y del derecho procesal constitucional que son las dos ramas del derecho que se encargan de estudiar específicamente los elementos de los procedimientos en general y de las garantías procesales establecidas o reconocidas en los ordenamientos constitucionales para su defensa, respectivamente.

El autor español Manuel Aragón, ha sido uno de los principales exponentes de la tesis que sostiene que los controles preventivos de inconstitucionalidad no tienen un aspecto jurisdiccional. Este autor parte de que la diferencia entre los controles políticos y jurisdiccionales se basa en el carácter objetivado de éstos últimos, es decir, que el parámetro o canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico; y sostiene, que los controles de tipo político, por el contrario se distinguen, por su aspecto subjetivo, ya que no existe un canon fijo y predeterminado de valoración, y que ésta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante.

El carácter objetivado del control jurisdiccional, según nuestro autor, implica que los órganos controladores no tengan una relación de supra o subordinación para con los órganos controlados. Que los primeros estén conformados por peritos en derecho, de ahí que sustente, que el control jurisdiccional es un control jurídico, entendido este último concepto "porque jurídico es su parámetro y jurídico es el razonamiento a través del cual el control se ejerce. La condición jurisdiccional del órgano es una consecuencia del tipo de control y no al revés."¹¹ Precizando el tratadista ibérico que el control jurídico, tiene como objeto los actos de los órganos o autoridades controladas y no así las personas que con la embestidura de sus cargos emiten los actos objeto del control.

El estudio que realiza el autor sobre el carácter objetivado del control jurisdiccional, surge como un problema del control jurídico, al cuestionar si los controles preventivos son parte o no de su objeto, punto que propone bajo el presupuesto de que es bastante dudoso el aspecto jurisdiccional de esta suerte de controles, lo que de suyo, sostiene, no afecta su carácter jurídico. Es decir, el mérito constitucionalista estima que a reserva del caso francés, en las distintas modalidades en que se ha concebido el control preventivo, el órgano que lo ejerce es de carácter judicial, entendido este como tribunal en sentido estricto.

¹¹ Aragón Reyes, Manuel, "La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional.", *Revista Española de Derecho Constitucional* No 17, Mayo-Agosto de 1986, p. 102

Sin embargo reconoce, que en los controles preventivos se verifican algunos principios – procesales - como “impulso de parte”, “contradicción”, “razonamiento jurídico” de la decisión y “efectos vinculantes”, pero considera que ni el objeto ni los resultados son propios de la actividad jurisdiccional, debido a que este tipo de controles están enfocados a proyectos de ley o leyes aún no perfectas y por eso aunque se impulse y realice el control, señala, no se ha producido infracción alguna al ordenamiento – constitucional - que es lo que haría válida la intervención judicial como intervención jurisdiccional y la falta de infracción jurídica, que califica como un requisito esencial y la de una sentencia propiamente estimatoria¹² en la que se manifieste la potestad reparadora de infracciones cometidas, hacen que la actividad judicial de los controles preventivos no sea propiamente de carácter jurisdiccional, sino exactamente consultiva.¹³

3.2. TESIS DE MIGUEL ÁNGEL ALEGRE MARTÍNEZ.

Este cuestionamiento al carácter jurisdiccional de los controles a priori no es reciente, incluso ha sido defendido por Miguel Ángel Alegre Martínez, uno de los exponentes más reconocidos del control preventivo, quien sobre el particular ha sostenido que teóricamente no existen diferencias funcionales o procesales o de algún otro elemento entre los controles preventivos y los controles de tipo sucesivo, pues aunque cada uno presenta ventajas e inconvenientes, su distinción radica esencialmente en la vigencia de la disposición impugnada, de donde se sigue la distinción de los efectos del control, entre preventivos y en su caso represivos, pues considera que ambos tipo de controles tienen la misma finalidad, consistente en llevar a cabo una depuración del ordenamiento jurídico, evitando que existan contradicciones entre la Constitución y las leyes,

12 Sobre las resoluciones estimatorias derivadas del control previo, sostiene: “En consecuencia, la resolución del tribunal (aunque se llame impropia, sentencia) no puede anular o inaplicar, no puede reestablecer el orden infringido o vulnerado, sino sólo exponer una opinión, vinculante, sí, para el legislador o para el órgano que habría de promulgar la ley, pero nada más.”, *Ibidem*, p. 105

13 *Idem*. José Ángel Gómez Montoro, en el mismo sentido cuestiona el carácter jurisdiccional de los controles preventivos aduciendo: “Lo propio de todo proceso es la resolución de un conflicto, de un litigio; con él se persigue el restablecimiento de un orden que ha sido alterado por una determinada conducta. En el recurso previo tal infracción no se ha producido, sino que, precisamente, se trata de impedir que la misma ocurra. Por otra parte, todo proceso que se desarrolla normalmente concluye con una sentencia que viene a poner fin a la controversia, ya sea declarando un derecho ya existente, ya sea constituyendo ese derecho (o, en el caso de control de normas, declarando, en su caso, su nulidad). En el recurso previo, sin embargo, tal controversia no se ha producido aún y, por tanto, lo que se persigue no es una resolución; propiamente lo que ha habido es una consulta sobre si determinados y futuros preceptos legales – o mejor dicho, preceptos de una posible futura ley – se ajustan o no al derecho (entendido éste, en el caso concreto que estamos estudiando, como la Constitución y el “bloqueo de la constitucionalidad”)” en *“El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas”*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Núm. 22, Enero-Abril 1988, p. 145

bien sea eliminando las inconstitucionales vigentes, bien evitando que alcancen vigencia las que aún no la tengan.¹⁴

Estima también, que la defensa de la constitución mediante mecanismos preventivos al igual que la que se realiza de manera sucesiva, se enjuician pretensiones jurídicas enfrentadas, por tanto concluye que en el control preventivo existe un conflicto, afirma: “ ...hay conflicto, porque, si hay contradicción entre la norma enjuiciada y la Constitución, esa inconstitucionalidad ya existe (la ley ha sido aprobada), aunque, por la mera circunstancia de la falta de vigencia, esa inconstitucionalidad no haya podido todavía surtir efecto alguno.”¹⁵

3.3. OPINIÓN PERSONAL.

Aunque resultan aceptables los argumentos que expone el constitucionalista Martínez Alegre para justificar el aspecto jurisdiccional de los controles preventivos, a mi juicio no son los más adecuados para acreditar el aspecto en pugna. La disidencia radica en que los señalamiento que formula el autor español, tratan de justificar el aspecto jurisdiccional de los controles preventivos, bajo los mismos parámetros en que se sustentan los argumentos aducidos contra el aspecto jurisdiccional de los controles preventivos, es decir, al responder a esos cuestionamientos, pretendiendo justificarlos, da por hecho que los controles preventivos deben cumplir con aquellos signos distintivos que cuestionan los que ponen en duda ese aspecto jurisdiccional, lo que de suyo no resulta adecuado, pues el debate de dicha jurisdiccionalidad parte de premisas que se estiman como absolutas, no obstante que existen otros parámetros que permiten un análisis más científico y sistemático de la jurisdicción constitucional que a su vez expongan su existencia o no en los controles del orden constitucional.

En efecto, quienes cuestionan el carácter jurisdiccional de los controles preventivos parten de dos premisas que no son absolutas: a) La primera que se basa en que todos los controles de constitucionalidad, para ser jurisdiccionales, deben incluir instituciones análogas a las que estudian en la teoría general del proceso; y b) La segunda, que es derivada de la anterior, y que pretende apuntalar que los controles preventivos para ser jurisdiccionales, deben de colmar también las características de los controles de constitucionalidad de tipo represivo.

¹⁴ Alegre Martínez, Miguel Ángel, *Justicia Constitucional y Control Preventivo*, España, Universidad de León, 1995, p. 122

¹⁵ Ídem.

La relatividad de estas premisas, se demostrará haciendo un estudio de los controles de tipo preventivo, desde su naturaleza y objeto específico; y mediante un análisis de las garantías constitucionales vistas como los instrumentos procesales instituidos para la guarda de la constitución, por tanto, a lo largo de este apartado, se buscara demostrar que para definir el aspecto jurisdiccional de un mecanismo instituido para la defensa de la constitución, como resultan ser los controles preventivos, debe atenderse a parámetros mas científicos o sistémicos que permitan un estudio especializado de la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, ante la diversidad de acepciones con variables posicionales,¹⁶ que existen el campo del derecho sobre el concepto de jurisdicción,¹⁷ es necesario que nos situemos, primero, en el plano referencial sobre el cual se pretenda abordar su análisis, el cual, consideramos es el relativo a la jurisdicción constitucional visto esta desde su perspectiva procesal,¹⁸ pues como se ha mencionado, los cuestionamientos sobre este atributo se soportan en un análisis desde los elementos de la teoría general del proceso y desde los aspectos de los controles sucesivos.

4.- EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

Sentado lo anterior, se propone el estudio de la jurisdicción constitucional como parte integrante de la rama del derecho conocida como derecho procesal constitucional,¹⁹ pues como se verá más adelante, esta nueva disciplina

16 Gozainí, Alfredo O., señala que: "La jurisdicción es uno de esos conceptos difusos del derecho que encuentran, por o común, variables posicionales según indique la disciplina que se aborda.", *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos* (vínculos y autonomías), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G: estudios doctrinales, Núm. 177, 1995, p. 91

17 Rafael Márquez Piñero advierte que la palabra jurisdicción: "...es una palabra, un vocablo polivalente: sinónimo de poder, de competencia, de facultad estatal de resolver cuestiones competenciales." en "*La jurisdicción constitucional*", p. 2078, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridicas.org/libros/2/643/27.pdf>.

18 Sobre las diversas perspectivas en que puede conceptualizarse el término justicia constitucional, Francisco Rubio Llorente, señala que es una: "expresión - que - se emplea frecuentemente en diversos sentidos, sólo parcialmente coincidentes. A veces, jurisdicción constitucional se identifica con jurisdicción protectora de los derechos fundamentales, aunque tal protección no se efectúe en aplicación de Constitución alguna, en tanto que en otras el concepto se restringe hasta reducirlo sólo a aquella jurisdicción que puede resolver sobre la constitucionalidad de las leyes. Esta diversidad de usos, justificada por la necesidad de estudiar desde una perspectiva única instituciones en alguna medida diferentes, tiene su origen último en el hecho de que, en Europa, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, jurisdicción constitucional y jurisdicción que aplica la Constitución (constitutional adjudication) no son términos equivalentes.", en "*Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en europa*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No 35, Mayo-Agosto de 1992, p. 9-10.

19 Sobre la terminología derecho procesal constitucional, César Astudillo destaca: "...la expresión

incorpora entre sus elementos a la jurisdicción constitucional desde una postura procesal constitucional, es decir, como un atributo de los mecanismos instituidos para la defensa de los ordenamientos constitucionales.

Esta nueva asignatura del derecho, fue conceptualizada y delimitada originalmente por el destacado jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio²⁰ y a la que se refiere como aquella disciplina jurídica que tiene como finalidad el estudio de “los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo han sido desconocido o violado por los órganos del poder,²¹ y que se distingue principalmente por ser una rama autónoma del derecho constitucional,²² cuyo objetivo primordial es el estudio científico de los instrumentos establecidos para la defensa de los ordenamientos constitucionales, y que aunque desde 1956, el emérito mexicano ya hacía referencia a dicha rama del derecho, no es sino hasta estos tiempos en que el estudio sistemático de esa materia ha cobrado a nivel nacional e internacional una importante consolidación como disciplina jurídica autónoma.²³

representa el último ‘neologismo’ empleado por la dogmática jurídica para hacer referencia a la disciplina que se ocupa de estudiar las categorías mediante las cuales se tutela la Constitución.” en “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de la Rea, Arturo (coords), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho.*, t I, *Teoría general del derecho procesal constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 249.*

20 Eduardo Ferrer Mac-Gregor realiza un interesante estudio sistemático del origen científico de la disciplina conocida como derecho procesal constitucional, destacando cuatro etapas entre los años de 1928 y 1956 en las resalta las contribuciones que grandes juristas han realizado para la conformación de esta ciencia. Así se refiere a la última de las etapas que bautiza como la Definición conceptual y sistemática (1955-1956), que distingue como el último eslabón de la configuración científica del derecho procesal constitucional y en el que atribuye a Héctor Fix-Zamudio mediante su trabajo relativo a La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo, “[...] el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno y perfil científico.” Asimismo hace referencia a tres etapas previas: 1.- La Precursora (1928-1942) donde afirma se da la cimentación teórica de la disciplina a cargo de Hans Kelsen; 2.- Descubrimiento procesal (1944-1947) en la que debido a los estudios realizados por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, se reconoce la existencia de una nueva disciplina procesal; y 3.- Desarrollo dogmático procesal (1946-1955) que analiza desde la óptica del procesalismo científico hacia el constitucionalismo, destacando contribuciones importantes de J. Couture, Calamandrei y Cappelletti., en *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

21 Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, p. 273.

22 Sobre la justificación del derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma, véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma*, p. 124 y ss., Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridicas.org/libros/4/1624/8.pdf>

23 Para mayor referencia sobre la consolidación del derecho procesal constitucional como disciplina autónoma, véase: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, op. cit., nota 8, pp. 32 y ss.

Esta nueva disciplina jurídica resulta de la confluencia entre el derecho procesal y el derecho constitucional, ya que para su estudio, incorpora instituciones de la teoría general del proceso que conforman la denominada trilogía estructural de la ciencia del proceso civil, que según Domingo García Belaunde, se integra por la acción, la jurisdicción y el proceso.²⁴ De esta transpolación de conceptos que van de la teoría general del derecho al derecho procesal constitucional, se obtiene, según éste autor:

La acción es de carácter abstracto y tiene como sujeto a la persona que en tal virtud, puede movilizar los mecanismos judiciales del Estado.

En cuanto a la jurisdicción, ella se atribuye a los órganos que tienen la misión de llevar a cabo el desarrollo de tales pretensiones, y

El proceso, se configura de acuerdo a lo que cada legislación en especial contempla (Los procesos constitucionales no son uniformes, y dependen de la legislación de cada país)²⁵

De manera más específica, afirma el jurista peruano, que el contenido del derecho procesal constitucional se conforma por la jurisdicción constitucional; los procesos constitucionales; y por magistratura especializada.²⁶ La jurisdicción constitucional es la parte de este derecho procesal encargada de analizar los diversos modelos existentes (estadounidense, europeo, político y mixto), la que a su vez guarda estrecha relación con el contenido de la rama denominada: magistratura especializada, ya que a esta asignatura le corresponde el estudio de los órganos constitucionales encargados de decidir los conflictos de índole constitucional. Por su parte la materia relativa a los procesos constitucionales, se aboca dentro del derecho procesal constitucional, al tratado específico de los mecanismos o medios consagrados en los textos constitucionales para defender su propia jerarquía normativa.

24 Ante la diversidad de conceptos que existen sobre los términos de acción, jurisdicción y proceso, García Belaunde, sólo con fines utilitarios, realiza las siguientes precisiones: "a) La acción como capacidad de recurrir a los órganos del estado en busca de la satisfacción de pretensiones; cuyos titulares son, generalmente, los particulares, pero pueden ser otros órganos del estado...; b) Jurisdicción, que es la capacidad de resolver las pretensiones de las partes, envueltas en un litigio; y c) El proceso, que es el camino dialéctico a través del cual se desarrolla la jurisdicción, y en donde se definen las pretensiones o intereses en juego." en García Belaunde, Domingo, *El derecho procesal constitucional*, p. 18, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridicas.org/libros/5/2206/pl2206.htm>.

25 *Ibidem*, p. 20

26 *Ibidem*, p. 19

Volviendo a la jurisdicción constitucional, a esta rama también se le asigna el estudio de la actividad de los tribunales, que en su ámbito formal y material, conocen y resuelven las controversias del orden constitucional. En este sentido Alfredo Gozainí,²⁷ asume la explicación de la jurisdicción constitucional desde dos posiciones que afirma no son opuestas; a partir de lo que llama el órgano actuante en la que cita como ejemplo de esa actividad a los tribunales constitucionales, o a partir de la materia que desenvuelven los jueces, en cuyo último caso, la jurisdicción constitucional será manifiesta cuando cualquier magistrado este aplicando principios de supremacía y control constitucional.

Estimamos que desde este punto de vista debe analizarse el carácter jurisdiccional de los controles preventivos, pues sin desmeritar los comentarios que sobre el particular refiere Manuel Aragón, el derecho procesal constitucional como punto de referencia parte de la sistematización que se ha realizado de otros conocimientos para concluir en la creación esta nueva disciplina.

En este sentido Eduardo Ferrer Mac-Gregor,²⁸ se ha encargado de resaltar esta sistematización, así como los avances que ha tenido esta nueva disciplina en el campo del derecho, que comparte principios y estructuras de dos ramas, como lo son el derecho procesal y el derecho constitucional y resalta los logros que en el aspecto doctrinal ha generado esta materia, debido a la suma de esfuerzos que constitucionalistas y procesalistas han realizado para establecer, la denominación, el contenido de los límites del derecho procesal constitucional como nueva disciplina jurídica, así como el amplio desarrollo bibliográfico especializado que bajo esta denominación se ha generado en breve tiempo. No debe soslayarse que dicho aspecto doctrinal, es uno de los cuatro parámetros que el constitucionalista mexicano, identifica para sustentar la autonomía del derecho procesal constitucional, siendo los tres restantes: a) la legislatura, b) la magistratura especializada y d) el sentido común. Sobre este último punto, estimo conveniente abundar, ya que bajo esta óptica Ferrer Mac-Gregor, hilvana los otros elementos a fin de que cobre sentido la autonomía científica del derecho procesal constitucional. Citando a Álvaro de Ors, nuestro autor, aduce que el derecho es ante todo sentido común y concluye: “Es decir, se ha producido una legislación dirigida a la regulación de procesos y jurisdicción constitucionales, si es evidente la expansión de órganos especializados en la resolución de los conflictos constitucionales, y si es ostensible que la

27 Cfr. Gozainí, Alfredo, op. cit., nota 6, p 94

28 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “*El derecho procesal constitucional como disciplina autónoma*” p. 361 y ss., Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx>

doctrina es cada vez más creciente sobre estos temas, la sistematización de este conocimiento habrá de desembocar en una disciplina jurídica, en este caso, correspondiente con el derecho procesal constitucional.²⁹

Bajo estas directrices, el constitucionalista chileno Humberto Nogueira Alcalá, realiza un estudio sobre el enfoque conceptual de la jurisdicción constitucional en el que incorpora los controles preventivos como parte integrante de los instrumentos jurídicos procesales que al igual que los mecanismos represivos, tienen como finalidad la defensa de la constitución, y que refiere: "... como el conjunto de instituciones e instrumentos jurídicos y procesales establecidos por el constituyente para mantener a los órganos y agentes del estado dentro de las competencias trazadas por la Carta Fundamental, como asimismo, dentro del respeto de los derechos fundamentales, con el objeto de prevenir y eventualmente reprimir su incumplimiento, restableciendo la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución."³⁰ El mencionado autor sudamericano, estructura el concepto de defensa de la constitución, partiendo de la existencia de instrumentos jurídicos procesales, reconocidos en el propio ordenamiento constitucional y en el que sitúa el elemento de jurisdicción constitucional al amparo de la existencia de tribunales especializados que en ejercicio de las facultades conferidas por el texto supremo, resuelven los conflictos constitucionales mediante un procedimiento preestablecido y con carácter definitivo o de cosa juzgada,³¹ es decir, incorpora al concepto de jurisdicción constitucional tres elementos básicos: a) Una judicatura o magistratura especializada, lo que presupone la existencia de un tribunal u órgano ad hoc, constitucionalmente asignado para resolver los conflictos constitucionales; b) Garantías constitucionales, que siguiendo a Héctor Fix-Zamudio, son propiamente los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la defensa del orden constitucional; y c) Efectos vinculativos, de tal suerte que las determinaciones que emita el órgano controlador, sean obligatorias para el órgano controlado con efectos de cosa juzgada.

29 *Ibidem*, p. 263.

30 Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004, p. 3 y 4.

31 Textualmente cita que existe jurisdicción constitucional: "...cuando existan tribunales que ejercen la potestad para conocer y resolver, mediante un procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada en el ámbito del Estado, los conflictos constitucionales que se promueven dentro del Estado respecto de las materias o actos que la Constitución determine, garantizando la fuerza normativa de la Constitución, con independencia de si es o no un órgano especializado en la materia..." *Ibidem*, p. 7

Más o menos en el mismo sentido Elvito A. Rodríguez Domínguez, aborda el tema de la jurisdicción constitucional partiendo de que existe una confusión entre los conceptos de “jurisdicción constitucional” con “control constitucional”; y el ejercicio de la “jurisdicción” en general con el ejercicio de la “jurisdicción constitucional”.³² Bajo esta premisa, el autor trae a colación la idea que expone Domingo García Belaúnde de que la jurisdicción constitucional es “...fundamentalmente la capacidad de los órganos del Estado (no importa cuales) para pronunciarse sobre temas constitucionales y que sus decisiones sean de carácter vinculante.”³³

Este concepto además de que no limita la existencia de jurisdicción constitucional a algún modelo de control específico, se distingue del que formula Nogueira Alcalá, porque introduce la idea de que la jurisdicción constitucional está determinada por el órgano y por la materia en cuestión, e incorpora dos elementos que a su vez permiten formular una definición más integral de la expresión en estudio, a saber: 1.El imperio del órgano encargado de la regulación constitucional. Con este elemento se asume a la jurisdicción constitucional como la potestad del Estado para resolver conflictos mediante la asignación de una competencia; y 2. Esta capacidad de los órganos asignados para la defensa de la constitución puede ser especializada o no, por tanto la jurisdicción constitucional se verificará no sólo cuando existan instancias especializadas (tribunales constitucionales), sino que también será manifiesta cuando el regulador de la norma suprema, este integrado al poder judicial e incluso, conozca de otras materias diversas a la constitucional.

Los citados componentes cobran sentido siempre y cuando se condicione la actuación de dichos órganos a la materia en cuestión de tal manera que sea su objeto de análisis estrictamente constitucional, lo que no se agota con la mera aplicación de normas de ese rango, sino que exige la resolución de un asunto que implique un conflicto de tipo constitucional.³⁴

Finalmente, aunque no menos importante, es el carácter vinculante que deben contener las determinaciones que emitan éstos órganos de Estado y que se asume bajo el concepto de cosa juzgada. En suma, habrá jurisdicción constitucional, cuando exista: a) un órgano jurisdiccional,

32 Cfr. Rodríguez Domínguez, Elvito A., “Derecho procesal constitucional. Precisiones conceptuales” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003, t. I, p. 494

33 *Ibidem*, p. 495

34 Cfr., *ídem*.

común o especializado; b) La materia resuelta sea constitucional; y c) lo resuelto, tenga autoridad de cosa juzgada.³⁵

5.- EL ASPECTO JURISDICCIONAL DE LOS CONTROLES PREVENTIVOS Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

Entonces, para desentrañar el carácter jurisdiccional de los controles preventivos, es recomendable acudir al derecho procesal constitucional, que como se ha mencionado permite un estudio más científico y sistemático de los instrumentos instituidos para la tutela de la constitución. Esta nueva asignatura del derecho, deberá analizarse desde una acepción descriptiva, es decir, como un conjunto de normas concernientes a las categorías jurídicas que hacen posible la tutela de la Constitución, en la medida en que coadyuvan a configurar una función, una jurisdicción y un proceso, todos con el adjetivo de constitucional.³⁶ Bajo esta connotación descriptiva, encontramos como parte integrante del derecho procesal constitucional a la denominada jurisdicción constitucional, que como se ha dicho más atrás, presupone la existencia de un órgano de índole jurisdiccional, sea especializado o no, que tenga la facultad o competencia de conocer sobre conflictos de tipo constitucional y que su resolución sea vinculativa para el órgano controlado, sin que sea determinante el modelo de control. En síntesis, habrá jurisdicción constitucional, cuando exista: 1. Un órgano jurisdiccional, común o especializado; 2. La materia resuelta sea constitucional; y 3. Lo resuelto, tenga autoridad de cosa juzgada

Esta propuesta de estudio del aspecto jurisdiccional de los controles de tipo preventivo y de los controles en general, resulta más ad hoc que los comparativos que puedan realizarse desde la teoría general del proceso,

35 Un aspecto de la jurisdicción constitucional que puede incorporarse bajo el concepto de cosa juzgada es la característica que se le ha asignado bajo el término de monopólica, y que se manifiesta por: "... crear un sistema de control que a la larga tenga la última palabra en materia constitucional, y además, muchas veces es única. En tal sentido, en los sistemas europeos ha surgido el concepto, que luego se ha extendido largamente, de que el tribunal constitucional debe ser el 'supremo intérprete de la constitución'. Lo cual quiere decir que no siendo el único intérprete ni tampoco el más calificado, ni menos aún el intérprete auténtico, es el supremo, pues en caso de conflicto se impone su interpretación sobre todas las demás.", en García Belaúnde, Domingo, "De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional", p.19 en www.acadarc.org.ar/doctrina/...jurisdiccion-constitucional.../file

Sobre la cosa juzgada en la jurisdicción constitucional, véase también: Dermizaky P., Pablo "Justicia constitucional y cosa juzgada" en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstia/pr13.pdf y Aldunate Lizana, Eduardo "Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional" en www.dialet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2649782...0

36 *Sobre las acepciones prescriptiva y descriptiva del derecho procesal constitucional*, véase: Astudillo, César, Op. cit., nota 7, p. 251 y ss.

que aunque científica, tiene un enfoque a los procesos ordinarios; lo que de suyo no desconoce la fuerte vinculación que existe entre el derecho procesal y el procesal constitucional, que ciertamente tienen puntos de encuentro, pero no son propiamente simétricos en todos sus signos distintivos; y permite también un estudio más adecuado que el que pueda realizarse tomando como punto de referencia a los controles de tipo sucesivo, pues la conceptualización de la jurisdicción constitucional desde el derecho procesal constitucional, asume la maleabilidad para incorporar otros instrumentos o mecanismos que tengan como fin preponderante los propósitos de la constitución, o dicho en palabras del constitucionalista mexicano César Astudillo, en su aspecto instrumental, el derecho procesal constitucional – y las materias que lo integran – adquieren una especificidad propia conforme a la naturaleza del derecho a que debe servir, de suerte tal que empieza a ser común: “...que se presente bajo el atributo de la ‘ductilidad’,³⁷ ante su necesaria y manifiesta capacidad de adaptación o acomodación a las diversas situaciones, objetivos y finalidades constitucionales, lo que deja entrever que en el fondo demuestra su disposición para adquirir variadas estructuras de acuerdo a las exigencias

37 Este adjetivo - ductilidad - nos obliga a remitirnos a la obra de Gustavo Zagrebelsky “Il Diritto Mite”, traducido al español por Marina Gascón, quien aclara que en italiano el calificativo mite predica aquello que es “manso”, “tranquilo”, “apacible” y que para su traducción permite otras acepciones a las señaladas: “sosegado”, “dulce”, “calmoso”, “comprensivo”. Sin embargo Marina Gascón opta por el vocablo ductilidad del original castellano mitezza y en su justificación argumenta que en castellano la palabra dúctil es utilizada en sentido figurado, para indicar algo acomodadizo, dócil, condescendiente, por lo que estima que este término se ajusta a la intención del autor, y concluye que la elección no es incontestable, pues no deja de ser heterodoxo en el contenido jurídico llamar ‘dúctil’ al derecho, pero lo mismo sucede con la utilización del término mite en la cultura italiana.” Zagrebelsky, Gustavo “*El derecho dúctil, ley derechos y justicia*”, trad. Marina Gascón, 6ª ed., madrid, trota, 2005, p. 19

El concepto de ductilidad que introduce César Astudillo como distintivo de su Sexta Tesis que nomina “*La Ductilidad del Derecho Procesal Constitucional*” incorpora dos grandes aspectos en esa rama del derecho, a saber: 1. “La existencia inexorable de normas vinculantes para que las garantías constitucionales se desarrollen conforme a cánones jurídicos preconstituidos...” y 2. “...la exigencia... de preservar la natural necesidades que cualquier guardián de la Constitución disponga de ámbitos propios de actuación, adecuados a la función y al papel que desarrolla dentro de su respectivo sistema constitucional.” Astudillo, César, op. cit., nota 7, p. 273

Sobre el mismo término, Faustino Martínez Martínez, partiendo de la acepción química de ductilidad afirma que es la facilidad con que ciertos materiales, como el oro, se pueden modelar en hilos, “La ductilidad jurídica se traduce en la huida de los dogmas para convertir las constituciones en textos abiertos < la ‘textura abierta del derecho’ de que habla Hart >, en donde los diferentes valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir... - el concepto - defiende la posibilidad de descomponer y deshilar toda idea, valor o principio, excluyendo la rigidez dogmática ... una decidida apuesta por el pluralismo jurídico...” en “Zagrebelsky, gustavo, *el derecho dúctil, ley, derecho, justicia*, 5ª ed., trad. de marina gascón, madrid, trota, 2003, 156 pp.”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 124, Enero-Abril, Año, 2009, p. 419

Por su parte Francisco Rubio Llorente, al referirse al derecho mite de Zagrebelsky, cita: “...Derecho manso o tranquilo, no flexible o blando; no es le droit flexible popularizado por Charbonnier ni el Soft law de los internacionalistas. El concepto resulta complejo porque la mitezza, la mansedumbre (o dulzura o palidez, o quizá suavidad) no es cualidad que habitualmente se predique en el Derecho.”, en “Il diritto mite. Gustavo zagrebelsky (Einaudi, Turín, 1993)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, Núm. 40, Enero-Abril 1994, p. 427

que está llamado a satisfacer dentro del ordenamiento.”³⁸ En este sentido, se justifica el que la jurisdicción constitucional como parte integrante del derecho procesal constitucional no asuma elementos específicos de los controles sucesivos ni de alguno otro en particular, sino que atendiendo a sus fines incorpore aspectos que sean asequibles al derecho al que debe servir, bajo un presupuesto de maleabilidad o ductilidad.

6.- CONCLUSIONES.

Primera. Los controles constitucionales de tipo preventivos son mecanismos jurisdiccionales a cargo de un tribunal constitucional u órgano especializado, que puede ser parte o no del poder judicial, instituidos para la defensa de la constitución de manera anticipada, es decir, evitando la inconstitucionalidad de un texto normativo que aun no tiene carácter de ley; este análisis se realiza fuera de todo caso concreto o litigio, por lo que el órgano controlador, solo verificará que el proyecto de norma de ser definitivo, no conlleve a una futura contravención al ordenamiento supremo, por tal motivo, la sentencia estimatoria tendrá efectos declarativos exponiendo esa futura e inminente inconstitucionalidad; estimación que tendrá efectos vinculativos con fuerza de cosa juzgada para el órgano controlado. En estos controles preventivos interactúan dos situaciones fundamentales: a) la oportunidad en que el controlador de la norma despliega su actividad reguladora; y b) la finalidad precautoria del control; aspectos que exponen su elemento de funcionalidad.

Segunda. El estudio de su naturaleza jurisdiccional, debe realizarse desde la óptica del derecho procesal constitucional, pues bajo este parámetro se garantiza un estudio más científico y sistemático de estos mecanismos, en cuyo caso se hace menester que los ejerza una instancia jurisdiccional especializada o no, con competencia suprema que les permita resolver un conflicto constitucional de manera vinculativa al órgano controlado con efectos de cosa juzgada, mediante un procedimiento previsto para tal efecto.

Tercera. Esta propuesta de estudio resulta más adecuada, que la que pueda realizarse desde la teoría general del proceso, ya que los controles preventivos de suyo descartan la necesidad de que exista una violación al ordenamiento constitucional y por tanto, el de una sentencia que resarza la infracción cometida, pues es claro que en este tipo de garantes constitucionales nunca se presentará una infracción a la norma

38 Astudillo, César, op. cit., nota 27, p. 271

de normas, dado que tiene como finalidad preponderante la defensa anticipada de la constitución, que busca evitar que el futuro ordenamiento inferior vulnere esa supremacía. En ese contexto, los guardianes de la constitución, se abocarán mediante estos mecanismos a confrontar la propuesta de texto normativo del órgano controlado a fin de verificar su aquiescencia constitucional antes de que el texto sea definitivo, o dicho en otras palabras, el regulador de la norma, interpondrá su autoridad a fin de garantizar la eficacia constitucional del acto legislativo, mediante la emisión de una determinación jurisdiccional basada en razones y argumentos de derecho cuya actividad, debe estar impregnada de efectos vinculativos que hagan atendible su determinación. Esta institución implica por obvias razones, que la sentencia que emita el órgano de garantía, tampoco resarza infracción alguna al texto supremo, sino que pone en evidencia, de ser estimatoria, la inminente transgresión al ordenamiento asignado para su salvaguarda, obviando su violación.

Cuarta. Finalmente su carácter jurisdiccional, tampoco puede negarse desde una comparación desde los controles reparadores o sucesivos de constitucionalidad, pues se ha señalado, estos instrumentos dada su institución sui generis, defienden la supremacía normativa del texto constitucional al igual que los controles sancionadores, pero de manera preventiva, que conformados con los componentes propios de una jurisdicción constitucional como parte del derecho procesal constitucional, exigirán acorde a su especificidad, la existencia de un órgano jurisdiccional, común o especializado, que tenga asignada por el texto supremo su defensa mediante un procedimiento, cuya finalidad sea el resolver un conflicto constitucional, que se traduce en evitar con oportunidad y de manera precautoria una futura violación a la constitución; análisis que implicará una comparación con la norma suprema, fuera de todo caso concreto y cuya determinación estimatoria, de ser el caso, será vinculativa para el órgano controlado y cuyas características conforme a la disciplina conocida como derecho procesal constitucional exponen el carácter jurisdiccional de los controles preventivos de inconstitucionalidad.

III

JURISDICCIÓN INDÍGENA EN ALGUNOS PAISES DE AMERICA LATINA. PROPUESTA PARA EL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

*“Los antepasados están vivos
Su visión vive a través nuestro”
Ingrid Washinawatok El-Issa
Nación Menominee*

Julia Victoria Montaña Bedoya

Abogada y magíster en Derecho procesal por la Universidad de Medellín Colombia. Especialista en arbitraje de Eafit, Colombia. Diplomada en arbitraje internacional por al Cámara de Comercio de Bogotá, la fundación Solventia de España y la Corporación Andina de Fomento CAF. Docente- investigadora de pregrado y postgrado. Conferencista nacional e internacional en el área del derecho procesal y del derecho constitucional procesal. Autora de obras y artículos publicados en revistas Colombianas y extranjeras. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Arbitro nacional e internacional. Decana de la facultad de derecho de la universidad de San Buenaventura Colombia seccional Medellín. Correo: julia.montano@usbmed.edu.co; jymb@une.net.co

SUMARIO

1. Introducción, 2. De las minorías étnicas al reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas y de la jurisdicción indígena, 3. Paralelo entre los instrumentos internacionales que fundamentan la jurisdicción indígena, 4. Contraste entre minoría, derecho indígena y jurisdicción indígena, 5. Países con mayor población indígena en el contexto latinoamericano, 5.1 Jurisdicción indígena en algunos países de la región, 5.1.1 Colombia, 5.1.2 Bolivia, 5.1.3 Perú, 5.1.4 México, 5.1.5 Guatemala, 6. Análisis comparado de las constituciones de Colombia, Bolivia, Perú, México y Guatemala en materia de jurisdicción indígena, 7. Negaciones de los estados latinoamericanos, 8. Propuesta de articulado, 9. Conclusiones, 10. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Esta investigación abarca la relación y análisis de los instrumentos internacionales que han reconocido el derecho a la diversidad étnica y cultural, así como al derecho fundamental al ejercicio de la jurisdicción indígena, instrumentos que son acogidos por los Estados que en América Latina presentan un mayor porcentaje de población indígena, tales como Bolivia, Guatemala, México y Perú, los cuales son tratados desde sus rasgos demográficos más representativos en el tema indígena, y abordados desde la regulación que la constitución política de cada uno ha efectuado en relación dicha jurisdicción; finalmente se tratan unos aspectos en perspectiva crítica, todo lo cual desemboca en la propuesta sobre este tópico para un código procesal colombiano.

2. DE LAS MINORIAS ÉNICAS AL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y DE LA JURISDICCION INDÍGENA

En el contexto internacional las Naciones Unidas y sus organismos han reconocido y codificado los derechos humanos, es así como el convenio 107 de la Organización Internacional del trabajo OIT, que entró en vigor en 1959, reguló lo atinente a la diversidad cultural, los derechos territoriales y los sistemas normativos, todo lo cual sirvió de base al convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado en 1989 el cual entró en vigor en 1991.

Uno de los derechos humanos considerado desde la década de los sesentas en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos fue el de las “minorías étnicas, religiosas y lingüísticas” (art. 27.). A dichas minorías se les permitió ejercer sus derechos solo hasta 1992 a través de la resolución 47/135 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y contentiva de la Declaración sobre los Derechos de personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. (art. 3).

Solo hasta el año 2007, es decir, una década después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los pueblos indígenas, la cual se establece el derecho a la libre autodeterminación y

reconoce *ex profeso* el derecho a la autonomía al autogobierno (art. 3 y 4) y al pluralismo jurídico (art. 27)

En el ámbito comunitario o transnacional, tenemos que en el año de 2002, cuando Venezuela aun pertenecía a la Comunidad Andina, se aprobó la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, aplicable para los países Andinos, en este momento: Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Dicha carta consagra en la parte VIII, los Derechos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Afro descendientes.

No obstante que la Organización de Estados Americanos (OEA), propuso paralelamente a la Naciones Unidas, un proyecto de declaración de derechos sobre los pueblos indígenas, esta organización la aprobó en el año 2007, mientras que el organismo interamericano aun no lo ha aprobado, a pesar de que en asamblea general en el año 2007, reafirmó la prioridad de adoptar la declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Sus antecedentes datan del año de 1989 cuando la Asamblea General encomendó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la preparación de un instrumento atinente a los derechos de las poblaciones indígenas, el cual fue elaborado en el año de 1995 y cuatro años después, en 1999, se creó un grupo de trabajo para revisar dicho borrador o proyecto.

Son autoridades de este grupo de trabajo, un representante permanente de Bolivia, un representante alterno de Ecuador y un representante alterno de Guyana. Este grupo ha realizado varias reuniones, una de ellas, la décima reunión de negociación para la búsqueda de consensos celebrada en la Paz Bolivia en el año 2007, la última reunión, esto es, la doceava se realizó en Washington en el año de 2009, y en el marco de ella se presentó el registro del estado actual del proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual se destacó en el proyecto de resolución de la asamblea general en abril de 2010, en la que se resolvió reafirmar la voluntad y el compromiso de la OEA, en el proyecto en mención, no obstante lo cual, aun sigue si ser aprobado.

Al indagar sobre esta situación directamente en el departamento de relaciones internacionales de la OEA, con sede en Washington, se me ha informado que las dificultades para aprobar dicha resolución, consisten entre otras razones, en que en el grupo de trabajo, no están los 33 países que representan la OEA, el aprobar la resolución, conlleva implícito la aprobación de todos los países en su integridad, por lo que al presentarse el borrador de resolución en la Asamblea del Consejo Permanente, se

genera un intenso debate y nuevas reuniones del grupo de trabajo para hacer ajustes lo que ha generado que se retrase el proceso una y otra vez.

Estos instrumentos que hoy consagran no solo la diversidad étnica y cultural sino además, la autonomía, el autogobierno y la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, sientan las bases para la jurisdicción indígena sin reconocerla expresamente, salvo la declaración sobre los Derechos De Los Pueblos Indígenas, de la OEA que como mencioné aun no se ha aprobado; sin embargo muchos de los Estados miembros de las Naciones Unidas a partir de estos instrumentos, han consagrado en su texto constitucional, por virtud de las reformas o expediciones de ellas, especialmente a partir de la década de los noventas, la denominada jurisdicción indígena.

3. PARALELO ENTRE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE FUNDAMENTAN LA JURISDICCION INDIGENA

La anterior normativa transnacional e internacional consagra de manera similar y armónica desde diferentes planteamientos, en menor o mayor proporción, los pilares para la consagración normativa constitucional y legal en cada país parte, de la denominada jurisdicción indígena.

El Convenio No. 169 OIT, consagra la protección y el reconocimiento de los valores y prácticas culturales, el respeto por las instituciones y costumbres de los pueblos indígenas, así como el derecho a iniciar sus procedimientos legales.

La Carta Andina para la promoción y protección de los derechos humanos, dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus identidades y costumbres, de igual manera tienen derecho en lo jurídico al ejercicio de la administración de justicia y al ejercicio de sus prácticas tradicionales.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, señala que los pueblos tribales tienen derecho a conservar sus propias instituciones, a determinar su propia identidad, a sus costumbres y procedimientos, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales.

Paradójicamente la aun no vigente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a diferencia de las demás, hace unos

registros más amplios y explícitos, al consagrar que los Estados reconocerán la competencia de las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus normas y procedimientos. De igual manera proclama el derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión.

Finalmente dispone que los Estados y comunidades indígenas, tomarán medidas para la coordinación de los sistemas jurisdiccionales indígenas en los sistemas jurídicos nacionales.

En Colombia, el instrumento citado reiteradamente en las providencias de las altas cortes, especialmente en las de la Corte Constitucional, es el Convenio No. 169 OIT, quizá por tratarse de una convención que en el escenario internacional cuenta gran fuerza vinculante. Permanece invisibilizada la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, no solo en Colombia, sino también en los países Andinos, no obstante que como norma comunitaria, no requiere ser adoptada mediante norma nacional, para su aplicación directa y prevalente e inmediata en todos los países de la Región; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en una mínima proporción es citada¹, tal vez por su corta edad (en el 2007 fue aprobada) por ser una mera declaración² y porque Colombia se abstuvo de emitir su voto. Sobra decir que la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no ha sido citada, por cuanto se trata solo de un proyecto.

4. CONTRASTE ENTRE MINORÍA, DERECHO INDIGENA Y JURISDICCION INDIGENA

La minoría, primera manifestación o forma de protección internacional, se refiere a la protección a la no discriminación de grupos de características singulares, basadas en la religión, la etnia, o la lengua, hoy también extendida a otros grupos como personas en estado de incapacidad,

1 A parece citada en las sentencias: SU- 0383 de 2003, T- 880 de 2006, T 514-2009 y T 903 de 2009.

2 El profesor Mexicano Carlos Cerda Dueñas, con quien compartí mesa de ponencia, en la Universidad de Aquino, Bolivia en noviembre de 2009, en su intervención rotulada “ La Autonomía indígena desde la óptica del derecho internacional y el caso Mexicano”, menciono que “...la naturaleza jurídica de la Declaración es un instrumento no vinculante contenido en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es lo que la teoría del derecho internacional llama Soft law o derecho blando, pero no dejemos de observar que, primeramente, refleja ya costumbre internacional; que puede contribuir a la creación de nuevas normas tanto de derecho nacional como de derecho internacional (de hecho, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es de la misma naturaleza jurídica, y ha servido para la aprobación de un gran número de convenciones codificadoras de normas sobre derechos humanos.

población de lesbianas, gays, y bisexuales y transexuales (LGBT), mujeres, entre otros.

El derecho indígena, no forma parte de la clasificación ortodoxa de derechos que distingue el derecho privado, público e internacional entre otros, corresponde a una categoría mas general, esto es a los derechos humanos, previstos en instrumentos y tratados internacionales y en las constituciones de los Estados mas progresistas inspirados en el humanismo social. Corresponde por naturaleza a un derecho consuetudinario, inspirado en tradiciones y creencias ancestrales.

La jurisdicción indígena, es el poder - deber que tienen las autoridades indígenas en cada etnia, de decidir en su territorio, a partir del respeto por los derechos humanos, la constitución y la ley del Estado hegemónico, los conflictos propios de su comunidad en todos los ámbitos o ramas del derecho, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, propuestos y desarrollados por cada pueblo indígena en el marco de su organización social.

5. PAISES CON MAYOR POBLACION INDIGENA EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

La población indígena de América Latina y el Caribe asciende aproximadamente a 40 millones. En el contexto de la Comunidad Andina, Bolivia y Perú son los que presentan un mayor porcentaje de población indígena, Bolivia con el 62% y Perú con el 48%.

En el escenario Latinoamericano Bolivia y Guatemala son los Estados con mayor presencia porcentual de etnias autóctonas, Bolivia con el 62% y Guatemala con 42%, conocido este como el país más indígena de Latinoamérica y el mundo.

En términos absolutos Perú y México tienen la mayor cantidad de indígenas en la Región, el primero con 8.5 y el segundo con 6.1 millones, siendo las comunidades indígenas las mas pobres frente al resto del país, situación que se presenta también en toda la orbe.

Colombia con un bajo porcentaje de población indígena, aproximadamente el 2%, en proporción a su población total, es uno de los países con mayor diversidad étnica en América Latina.

Estas anotaciones de orden demográfico, pueden presentarse en perspectiva comparatista en complemento con aspectos geográficos así:

EXTENSIÓN TERRITORIAL	POBLACION	POBLACIÓN INDÍGENA
Mexico 1.964.375 Kms ²	97.483.412 (2009)	11% (Instituto Nacional de Estadística y Geografía) 62 pueblos indígenas
Perú 1.285.215 Kms ²	28.641.000 (2008)	48% 1.345 comunidades nativas 5.818 comunidades campesinas
Colombia 1.141.748 Kms ²	44.450.000 (2008)	2% 84 pueblos indígenas 64 con dialecto propio
Bolivia 1.098.581 Kms ²	10.128.000 (2008)	62% (CEPAL) 36 grupos étnicos
Guatemala 108.890 Kms ²	13.000.000 (2006)	42% 22 grupos étnicos

3

4

Los datos anteriores exigen la referencia específica y casi exclusiva a estos países, a sus regulaciones y desarrollos, para formular una propuesta de regulación para Colombia, a propósito de la formulación de un código procesal constitucional para nuestro país, liderada por la asociación Colombiana de derecho procesal constitucional.

5.1 JURISDICCION INDIGENA EN ALGUNOS PAISES DE LA REGION

5.1.1 COLOMBIA

De conformidad con los datos suministrados por la gerencia de asuntos indígenas de la Gobernación de Antioquia, y más recientemente por de la Comisión Andina de Juristas⁵, en Colombia actualmente habitan cerca de un millón trescientos setenta y ocho mil ochocientos ochenta y cuatro indígenas, que corresponde al 2% de la población Colombiana⁶.

3 Fuente: América económica.com internacional

4 Fuente: IWGIA. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas

5 Ver ARANDA, Mirva y WIENER, Leonidas. *El pluralismo jurídico y la interculturalidad en las escuelas judiciales: una propuesta*. Lima: Wv impresores. 2010. p 16 a 18.

6 País andino con el menor porcentaje de población indígena.

Existen 87 pueblos indígenas, 64 de ellos con dialecto propio⁷, lo cual en proporción a nuestra población es una de las de mayor diversidad en América Latina, sus sistemas jurídicos pueden ser clasificados en 22 grupos, asentadas en 32 departamentos del país y del distrito capital, aunque en 25 de ellos se presenta una clara presencia de comunidades en las que son mayoría, 230 municipios de los 1.075 con que cuenta el país⁸. La mitad de los pueblos indígenas del país está en Nariño, Cauca y La Guajira, la Amazonía, la Orinoquía y la región del pacífico. El 78% de de esta población habita en zonas rurales⁹.

7 Según Jon Landaburu Illarramendi, radicado en Colombia hace cuenta años, doctor en letras y ciencias humanas de la Sorbona de París, con especialidad en Lingüística, magister en filosofía y Antropólogo, los llamados dialectos son realmente lenguas que tienen gramáticas sofisticadas como el castellano, el ruso, el latín el alemán. "El término dialecto desde el principio fue peyorativo, porque correspondía a lenguas no escritas. Pero el hecho de que una lengua no sea escrita no significa que no tenga complejidad en su oralidad, en su régimen norma de discurso, de intercambio entre las personas... eso es una imposición ideológica del hombre de la ciudad, del letrado, porque así afianza su poder". PEREZ, René. En extinción: *lenguas nativas*. En: *Lecturas Fin de Semana*, Bogotá. (19 de mayo de 2007), p. 6 a 7.

El total de 6.000 lenguas indígenas en el mundo, están repartidas así:

Europa y oriente cercano: 3%

África: 30%

Asia: 27%

Pacífico: 20%

América: 20%

No solo estas lenguas indígenas del mundo están en peligro de extinción, lo están también las lenguas indígenas Colombianas. Según Hortensia Estrada, investigadora del Instituto Caro y Cuervo de Colombia, la Tingla, de la Sierra de la Macarena, en Meta, desapareció recientemente con la muerte de sus dos últimos hablantes. En la comunidad de los Sábila, provenientes de Meta, Vichada y Casanare, hay 2.231 integrantes pero solo el 20% habla la lengua. Trabajan como obreros en compañías petroleras. Los Episamira de Vaupés, conservan solo 46 hablantes. (ver TOBON BAENA, Juan Pablo. *Lenguas del mundo: 473 están en el abismo*. En: *El Colombiano*. Medellín / 21 de febrero de 2010), p. 18 A.

8 En el marco del Consejo Comunal de Gobierno celebrado en abril de 2007 en Aracataca, departamento del Magdalena, el entonces presidente de la República Álvaro Uribe Velez, inauguró el pueblo indígena Gúnmaku. El pueblo resguardará la cultura de las comunidades Arhuaca y Kogui, en el corazón de la Sierra Nevada de Santa Marta, considerada patrimonio de la humanidad. Acción social y la Cooperación Internacional invirtieron \$3.196 millones en la construcción del pueblo indígena.

El convenio No. 169 de la OIT, consagra el derecho a la enseñanza de los niños (cfr. art. 28-1) , así mismo prevé el deber de que los pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país. (cfr. art. 28-2), finalmente dispone el art. 28-3 "deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas".

9 Específicamente en el departamento de Antioquia los pueblos indígenas pertenecen a tres etnias: Senúes, Tules y Embera, estos últimos a su vez se ramifican en Katíos, Chamíes y Dobidas, ocupan 32 municipios de 125 existentes en el Departamento de Antioquia, para un total de dieciocho mil indígenas.

En dicho departamento, los indígenas han adoptado como forma de gobierno el cabildo indígena, denominado entre los Tules Silato o Cacicazgo. El cabildo es una entidad de derecho público de carácter especial, cuyos integrantes son elegidos pro la comunidad según sus propias costumbres y presidido por un gobernador quien es su representante legal. Cfr. decreto 2164 de 1995.

De la cultura ancestral de los Tayronas descienden los Kággaba (Kogui), los wintukwa (arhuacos), los wiwa (arzaríos) y los kankwamos, quienes comparten la misión de cuidar la tierra, estos pueblos

En el escenario de América Latina y el Caribe, no obstante tener baja población indígena, el país más avanzado jurisprudencialmente es Colombia, a través del activismo que en esta materia ha emprendido la Corte Constitucional desde la década de los noventa, al proferir más de cincuenta sentencias, debiendo destacar la proferida el 17 de octubre de 2008, por el ilustre tratadista de derecho procesal, virtuoso magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, sentencia que recoge cabalmente la doctrina constitucional de todos los años anteriores.

De dicha sentencia destacamos los siguientes aspectos:

A partir de la Constitución política Colombiana de 1991, la Corte Constitucional les asigna a las comunidades indígenas un status que se expresa así:

Forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (arts. 171 y 176 C.P.)

Ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la constitución o a las leyes (art. 246 C.P.)

han mantenido una convivencia armónica alterada por la intromisión en su territorio, colonos, grupos armados y narcotráfico. Intromisión que comenzó con las misiones católicas que alteraron los equilibrios culturales, ocasionaron desplazamientos y modificaron violentamente nuestras formas tradicionales de gobierno. Como si esto no fuera suficiente, tal intromisión vino acompañada de asesinatos y muertes de muchos mamos, autoridades políticas e indígenas en general. Las principales decisiones acerca de la vida de las etnias, se toma a través del Consejo de mamos de la Sierra, en el que tienen participación autoridades espirituales de los cuatro grupos étnicos mencionados.

En el cabildo se concentran todas las funciones y en especial las tradicionales: ejecutiva, legislativa y judicial, en armonía con la constitución y las leyes Colombianas.

Cada Etnia tiene una forma de vida peculiar y propia, es decir ochenta y cuatro microcosmos.

De conformidad con la ley 28 de 1993, en Colombia se habla de territorio indígena, entendido como el lugar donde está asentado un pueblo indígena (de cualquier etnia) uno o más pueblos indígenas conforman un resguardo, institución jurídica y sociopolítica de carácter especial. En la actualidad hay 718 resguardos indígenas, en 214 municipios, tratados jurídicamente como municipios, es decir como entidades territoriales.

En el Cauca, los indígenas representan el 20% de la población, tienen 700.000 hectáreas de resguardos, de las cuales, el 46 por ciento son bosques y paramos, para el año 2008, 230.000 hectáreas que fueron prometidas por gobiernos anteriores aun no habían sido tituladas. Parte de esta tierras reclamadas por los indígenas esta sembrada de caña de azúcar. De un lado las comunidades indígenas tiene derecho a tener y explotar estas tierras y de otro lado se cuestiona la capacidad y la tecnología para explotarla adecuadamente, algo similar ocurre con la explotación de los recursos naturales en territorio indígena, pues si bien los territorios son de las comunidades, el subsuelo es del Estado y este debe definir su explotación privilegiando el bien común de la nación, previa consulta a las comunidades indígenas, cuando la explotación se realice en su territorio por exigencia de la Corte Constitucional. Esto al parecer es lo que ha frenado que Colombia suscriba la convención de la ONU sobre los pueblos indígenas, pues Colombia no quiere tener limitaciones en materia de explotación de recursos naturales.

Se gobiernan por consejos Indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la constitución y la ley (CP art. 330)

Sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza no enajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (CP artículos 63 y 329)

La corte les ha otorgado personería sustantiva a las comunidades indígenas bajo el entendido de que: “los indígenas han dejado de ser una realidad fáctica pasando a ser sujetos de derechos fundamentales. La Constitución reconoce que hay formas de vida social diferentes y debe otorgarse a estas comunidades personería sustantiva pues eso es lo que confiere status para gozar de los derechos fundamentales y exigir protección”.¹⁰

Para esta corporación de justicia las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales, algunos de los cuales son el Derecho a la subsistencia, a la integridad étnica, cultural y social, el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios. Cada uno de estos derechos se derivan o desprenden de otros de igual linaje como son el derecho a la vida (C.P Art. 11), a la diversidad y el carácter pluralista de la nación (C.P artículos 1 y 7) así como la prohibición de toda forma de desaparición forzada (C.P. Artículo 12).

La incidencia de este importante reconocimiento de la Corte Constitucional es que en caso violación o amenaza de violación de estos derechos, procede la acción de tutela, ahora bien, por tratarse de comunidades indígenas, los derechos que resultan comprometidos son los colectivos, los cuales se protegen constitucionalmente, por medio de las denominadas acciones populares, no obstante lo cual en ocasiones se pueden ver afectados también derechos fundamentales (los reconocidos expresamente por la corte, u otros de esta estirpe) amparados en Colombia, como ya lo dijimos mediante la acción de tutela, activándose así dos mecanismos constitucionales, los ya citados. En estos casos ha precisado la Corte, que cuando tiene cabida una acción popular y una acción de tutela, por unidad de defensa, por economía procesal y por prevalencia de la acción de tutela, esta prima sobre a aquella.

La corte constitucional Colombiana, no solo reconoció ex profeso que la diversidad étnica y cultural es un derecho fundamental, es que además afirmó que este derecho se garantiza a través de la consagración

¹⁰ Sentencia de revisión de tutela. 17 de octubre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La cual evoca para este aspecto a la SU-039 de 1997.

constitucional de una jurisdicción indígena que se regule según sus usos y costumbres, reconociendo adicionalmente que el ejercicio y el respeto a esta jurisdicción es un derecho fundamental de las comunidades indígenas susceptible de protegerse por la procedimiento constitucional de tutela.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte, del análisis del artículo 246 de la constitución política, se colige que son elementos de la jurisdicción indígena:

1. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas.
2. La potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios.
3. La sujeción de dicha jurisdicción y normas a la constitución y la ley.
4. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Estos elementos se presentaron así en la sentencia T- 552 de 2003 (citados por la sentencia referida):

“Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.

Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades que ejerzan una función de control social en sus comunidades.

Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.

Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.

Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la constitución ni a la ley.

Todo lo anterior, de acuerdo con la Constitución debe regularse por una ley, cuya ausencia ha sido suplida por la Corte Constitucional, con aplicación de los principios Pro comunitas y de maximización de la

autonomía, que se derivan de la consagración del principio fundamental del respeto por la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano.¹¹

Ligado a la jurisdicción indígena, la Corte reconoce el derecho al “fuero indígena”, entendido como el derecho que tienen los miembros de las comunidades indígenas a ser juzgados por sus propias autoridades, según sus normas y procedimientos, con el fin de respetar su particular cosmovisión. Igualmente se desprende un derecho fundamental de la comunidad misma de que sea respetada su jurisdicción y que una vez sea ejercida, sus decisiones sean obligatorias para las autoridades del Estado Colombiano.

En virtud del fuero indígena, los conflictos sobre esta materia, deben ser conocidos no por un juez ordinario sino por un juez diferente quien realizará el procesamiento y juzgamiento acorde con la organización y modus vivendi de la comunidad.

Son elementos del fuero indígena o lo que es lo mismo, son criterios para determinar la competencia de las autoridades indígenas:

El personal, en virtud del cual el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad.

El territorial, según el cual, cada comunidad puede juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas.

Objetivo, se refiere a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva.¹²

El fuero indígena solo se materializa cuando la autoridad indígena exterioriza su voluntad de asumir el conocimiento de un determinado asunto. Si en un proceso penal el sindicado considera que está amparado por el fuero especial indígena, debe dirigirse a la autoridad tradicional que en su criterio es competente, para que ella presente la solicitud al juez del conocimiento.¹³

11 Ibidem.

12 Además de los anteriores, según la sentencia ST-009 de 19/01/2007, se requiere que existan autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad, a demás de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia del caso y, la condición de que tales usos y prácticas no contraríen la constitución y la ley en lo que respecta a los límites señalados en la sentencia T-349 de 1996.

13 Cfr. Sentencia ST- 009 de 19 de enero de 2007.

Acorde con lo anterior, la jurisdicción indígena tiene dos facetas, así:

el derecho de la comunidad indígena de juzgar a sus miembros por los delitos cometidos dentro de su comunidad, de acuerdo a sus usos y costumbres

El derecho de los miembros a un fuero especial que implica que, dadas ciertas circunstancias, están sometidos a la jurisdicción especial indígena y no al sistema judicial nacional, es decir siempre que se den los requisitos del fuero indígena, el juez natural de las comunidades indígenas serán sus propias autoridades.

Según la constitución política, el principio del respeto a la autonomía de la jurisdicción indígena y del fuero indígena, no son absolutos. La jurisprudencia de la Corte constitucional ha establecido el principio de la maximización de la autonomía y minimización de las restricciones. De donde, la regla general es el respeto por la jurisdicción especial, pero puede limitarse cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los intereses superiores, consagrados en nuestra Constitución. Se ha entendido que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural de los pueblos indígenas.

Criterios interpretativos de los conflictos suscitados entre las diferentes jurisdicciones, es decir entre diversidad y unidad:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos.

En concordancia con ese planteamiento, la Corte Constitucional ha configurado las reglas de interpretación a ser aplicadas cuando se presenten diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos. Ellas son:

1- mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la "vida civilizada" (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice

seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

2- Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

3- Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes

civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, *mutatis mutandis*, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.¹⁴

Adicionalmente a lo anterior, luego la Corte estableció restricciones de la jurisdicción especial indígena, la primera, solo puede presentarse cuando se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía como la seguridad interna, y la segunda, que se trate de una medida menos gravosa para la autonomía que se le reconoce a las comunidades étnicas.”¹⁵

Para la Corte los derechos humanos como límite a la autonomía indígena, es una posición acogida en el plano del derecho internacional. Lo anterior, si se tiene en cuenta que estos se constituyen en un código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos. (cfr. Convenio OIT arts. 8 y 9. aprobado por la ley 21 de 1991)

Pasando a otro tópico, a la pregunta ¿una sanción impuesta por una autoridad tradicional, consistente en pena privativa de la libertad puede ser cumplida en los centros penitenciarios de la jurisdicción ordinaria? Respondió la Corte: las autoridades indígenas imponen sanciones como la privación de la libertad, pero al no existir infraestructura para que se cumplieran en la misma comunidad, las autoridades nacionales deben prestar la colaboración necesaria para el cumplimiento de la condena. Obligación que no es potestativa.

Al citarse la sentencia T-048 de 2002, se señala que la Corte reiteró las reglas ya establecidas sobre los límites a la jurisdicción indígena, en cuanto al respeto por la legalidad de los procedimientos internos de cada comunidad.

Precisa también la Corte que cuando un juez de la jurisdicción ordinaria decide sobre un conflicto de competencias positivo entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, viola el debido proceso, pues debe remitirlo al Consejo Superior de la judicatura para que dirima el conflicto.¹⁶

14 Sentencia T de 17 de octubre de 2008,. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 Ver sentencias T- 349 de 1996, T-496 de 1996, T-523 de 1997, SU-039 de 1997, T- 606 de 2001 y T-811 de 2004 (entre otras)

16 Sentencia ST – 009 de 19 de enero de 2007. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

En relación a los alcances del debido proceso, la sentencia T de 19 de julio de 2007, señala que quienes hagan parte de un proceso administrativo o judicial, que se surta en cualquier jurisdicción, podrán, en defensa de sus intereses particulares, participar activamente en el mismo, exponiendo sus argumentos, aportando las pruebas que considere pertinentes, controvirtiendo las que aporte su contraparte y sometiéndose de manera respetuosa a las decisiones que dicte el juez.

5.1.2 BOLIVIA

No obstante Bolivia el país Andino menos poblado, en proporción a su población es uno de los que presenta el más alto porcentaje de población indígena, pues:

El Censo Nacional de Población de 2001 indica que la población indígena representa un 62,2% de la población actual. Este porcentaje ha sido determinado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), a partir de un criterio combinado de tres preguntas censales referidas a: pertenencia del sujeto a un pueblo indígena, idioma hablado por el sujeto, e idioma en el cual el sujeto aprendió a hablar en la niñez (idioma materno). Con base a esta estadística, la población indígena boliviana está constituida por 36 grupos étnicos, entre los cuales los quechuas, aymaras, guaraníes, chiquitanos y mojeños son los más numerosos.¹⁷

5.1.3 PERU

En el Perú, la población indígena está estimada entre 6,5 millones y 12,5 millones de personas; es decir, entre el 25% y 48% de la población. El número mayor, parte de un criterio que designa como indígena aquellas personas que pertenecen a hogares donde el jefe de familia o cónyuge tiene padres o abuelos cuya lengua materna es un idioma indígena. El número menor corresponde a criterios que califican como indígena a aquellas personas que provienen de hogares donde la lengua materna del jefe de familia o cónyuge es un idioma indígena. La población indígena se encuentra en su mayoría organizada en comunidades campesinas y nativas. Según datos del Ministerio de Agricultura (programa especial de Titulación de Tierras –PETT, 2002) y la Defensoría del Pueblo (2003), existen 1,345 comunidades nativas y 5,818 comunidades Campesinas.¹⁸

¹⁷ *Ibidem.*, p. 14.

¹⁸ ARANDA, Mirva y WIENER, Leonidas. *El pluralismo jurídico y la interculturalidad en las escuelas judiciales: una propuesta*. Lima: Wv impresores. 2010. p 21.

5.1.4 MEXICO

La Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de México (CDI) considera población indígena (PI) a todas las personas que forman parte de un hogar indígena, donde el Jefe(a) del hogar, su cónyuge y/o algunos de los ascendientes (madre o padre, madrastra o padrastro, abuelo(a), bisabuelo(a), tatarabuelo(a), suegro(a) declararon ser hablante de lengua indígena. Además, también incluye a personas que declararon hablar alguna lengua indígena y que no forman parte de estos hogares. Bajo este criterio fue posible la clasificación de municipios y localidades a partir de la proporción y el tamaño de la población indígena residente. La tipología de municipios permitió la identificación de municipios indígenas (40% y más de PI), con presencia de población indígena (menos de 40% de PI y más de 5,000 indígenas así como municipios con presencia importante de hablantes de lengua minoritaria) y municipios con población indígena dispersa (menos de 40% de PI); Asimismo, se reconoció a las localidades indígenas (40% más), localidades menores de 40% (localidades con menos de 39.9% y menos de 150 indígenas) así como establecer criterios que hicieran posible la demarcación territorial con 25 regiones consideradas como indígenas.¹⁹

5.1.5 GUATEMALA

Guatemala cuenta con una gran diversidad étnica y cultural. En la actualidad se considera que existen 22 comunidades lingüísticas que pertenecen a la familia maya además de la xinka y la garífuna.

La versión más conocida del origen de los garífunas data de 1635 cuando se cree que dos barcos cargados con esclavos africanos naufragaron en las costas de las Antillas siendo recibidos por los indios Caribe con quienes tuvieron hijos y fundaron un pueblo. Además de Guatemala, también existen garífunas en Honduras, Belice y Nicaragua.

Se cree que los xinka son el pueblo indígena más antiguo que habita el sur de Guatemala y también el que ha sufrido un proceso de aculturación más acelerado. Si bien la lengua está prácticamente extinguida, la revitalización étnica ha permitido que varias comunidades de los departamentos de Santa Rosa y Jutiapa se reclamen hoy como xinkas.

¹⁹ La autonomía indígena desde la óptica del derecho internacional y el caso mexicano, Conferencia dictada por Carlos Cerda Dueñas, en el marco del IX Congreso Internacional de Derecho CIDER, Universidad de Aquino, Bolivia, noviembre 10, 11 y 12 de 2009.

Los mayas actuales forman uno de los pueblos indígenas más numerosos de América y también de los más diversos. Descienden de la civilización clásica que habitó en las tierras bajas de Mesoamérica y de migraciones mexicanas. A pesar de compartir una misma y evidente raíz cultural que se extiende por México, Guatemala, Honduras y el Salvador, su reivindicación como Pueblo data de los años 90.²⁰

6. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS CONSTITUCIONES DE COLOMBIA, BOLIVIA, PERÚ, MÉXICO Y GUATEMALA EN MATERIA DE JURISDICCIÓN INDÍGENA

Las constituciones Colombiana, Boliviana y Peruana, consagran en el título atinente al poder judicial, el derecho a la jurisdicción indígena, atribuyendo a las autoridades indígenas el ejercicio de la jurisdicción indígena, dentro de su ámbito territorial y conforme a sus propias normas y procedimientos. Colombia la regula como jurisdicción especial indígena, Bolivia como Jurisdicción originaria campesina y Perú se refiere a la jurisdicción de las comunidades campesinas y nativas. Dichas constituciones disponen al unísono que mediante una ley doméstica se establecerá la coordinación entre esta jurisdicción y el sistema judicial nacional. Colombia no ha aprobado el proyecto de ley sobre jurisdicción especial indígena; Bolivia ya cuenta con ella, bajo la denominación de ley de deslinde jurisdiccional, bajo el número 073 de diciembre de 2010.

Estas constituciones establecen como límite del ejercicio de dicha jurisdicción la constitución política y la ley, salvo la colombiana que establece esta limitación a través de las sentencias de la Corte Constitucional en desarrollo e interpretación de la misma. La constitución Peruana, siguiendo parámetros internacionales establecen ex profeso, otro límite adicional, los derechos humanos.

La constitución Boliviana le da a la jurisdicción indígena, igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria.

Las constituciones de México y Guatemala, quizá por no formar parte del grupo de Estados con constituciones reformadas o nuevamente expedidas en la década de los noventa, lo cual las hace modernas como las de América del Sur, - no obstante la considerable población indígena con que cuentan -, no reconocen la jurisdicción indígena, no obstante que al interior de sus Estados hay un Derecho Indígena vigente que coexiste con el derecho interno, una noción de justicia indígena, órganos

²⁰ Tomado de IWGIA Grupo Internacional de trabajo sobre asuntos indígenas

que se encargan de la jurisdicción indígena y aplicadores indígenas. En Guatemala, si es preciso anotar que en el año de 1996 se ratificó el Convenio 169 de la OIT, que la jurisdicción indígena si está reconocida en normatividad dispersa como en el Código municipal y expresamente por virtud de jurisprudencia constitucional

No obstante lo anterior, el caso de Guatemala es patético, habida cuenta que en su texto constitucional, mas concretamente en el artículo 203, consagra el principio de “exclusividad absoluta de la función jurisdiccional por parte de la Corte Suprema de Justicia y los tribunales que establezca la ley”. El cual pudiera excepcionarse tímidamente, por cuenta de una enmienda, que aun no se ha aprobado, en la cual se propone el reconocimiento del derecho indígena así como de sus normas y procedimientos, mas el texto de la propuesta de reforma, se abstiene de referirse a autoridades indígenas, para evitar aquello a lo que le temen todos los Estados Latinoamericanos: al Estado multinacional. En reacción a todas estas negaciones, un grupo de legisladores Guatemaltecos, propusieron un proyecto de ley de jurisdicción indígena, muy a propósito de que otro tribunal o autoridad judicial puede ser de autorizado legalmente por expresa disposición constitucional. Adicionalmente la constitución guatemalteca ha contemplado expresamente la reserva de una ley específica sobre jurisdicción indígena, frente a lo que el abogado Pablo Bonilla Hernandez, ha planteado en Guatemala el precedente de la primera tentativa de buscar una “inconstitucionalidad por omisión”, ya que la constitución data de 1985 y hasta hoy no se ha emitido la misma.

En México, en virtud del modelo de Estado Federal, cada Estado o entidad federativa reglamenta lo atinente a la materia indígena. El artículo segundo de la constitución federal en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas dispone:

Artículo 2° Constitución federal:

ii. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. la ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

La ley a la que se hace alusión, es una ley reglamentaria que hasta la fecha no se ha expedido, es decir, en este sentido México está en la misma situación que Guatemala, en la que tendría cabida la “inconstitucionalidad por omisión”.

7. NEGACIONES DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS

No obstante los avances normativos a nivel internacional, transnacional y nacional en materia de reconocimiento de derechos de las comunidades indígenas, sin excepción alguna, los países de América Latina, tiemblan ante la idea de que existan Estados paralelos, multinacionales o plurinacionales que resquebrajen la soberanía y la unidad nacional. Es por eso que algunos países como Guatemala propone tener autoridades indígenas que conozcan en primera instancia y el Estado –juez en segunda instancia. Adicionalmente su constitución política busca blindarse con la expresión “ integridad del territorio”, reitera a demás la expresión “unidad e integridad de la nación” al referirse a la nación, cuando el tema del territorio corresponde a los elementos del Estado en tanto espacio geopolítico. Esta misma constitución habla deliberadamente de derecho indígena, mas no de autoridades indígenas para evitar así la conformación de “Estado multinacional”.

El gobierno Mexicano por su parte ha expresado su preocupación frente al reconocimiento de la autonomía indígena y ha llegado a expresar que debe formularse la propuesta sin menoscabo de la soberanía nacional y siempre dentro del marco constitucional del Estado Mexicano. “La libre determinación no debe ser un elemento constitutivo para la creación de un Estado dentro del Estado mexicano. La nación tiene una composición multicultural pero sólo un Estado nacional soberano: el Estado mexicano, comenta además que debe leerse en consonancia con los artículos 40 y 41 que establecen el carácter republicano, representativo y federal de México”.

En América Latina existe un miedo generalizado, especialmente en la clase política, blanca, letrada y acaudalada, sobre la posible división del Estado, la desintegración territorial, la ruptura de la unidad nacional. Espanta la idea de que se solidifique un estado multinacional.

Bolivia, es el país que ha dado un paso mas que los demás países al consagrar en la constitución política expedida en el año 2008, - sin lugar a dudas por contar con un presidente con descendencia indígena, pues de lo contrario no se hubiera dado -, un Estado Plurinacional, mas ahora, el desafío es que realmente Bolivia opere en la práctica como lo establece esta fórmula política, puesto que hay comunidades indígenas bolivianas que no reúnen los requisitos para tener el status de nación, porque en la cotidianidad cada comunidad indígena realmente aun no funciona como nación y porque las autonomías departamental, regional, municipal e indígena originaria campesina funcionen como tales.

8. PROPUESTA DE ARTICULADO

De conformidad con las normas internacionales sobre la materia que han sido aprobadas por el gobierno Colombiano, en virtud de otras experiencias de la región y de los desarrollos provenientes de la jurisprudencia de la Corte Constitución Colombiana, no obstante que las decisiones de esta corporación son vinculantes y sin perjuicio de lo que pueda regular mas adelante la constitución y la ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema judicial nacional, se propone el siguiente articulado:

Artículo: Se entiende por jurisdicción indígena el poder - deber que tienen las autoridades indígenas en cada etnia, de decidir en su territorio, a partir del respeto por los derechos humanos, la constitución y la ley del Estado hegemónico, los conflictos propios de su comunidad en todos los ámbitos o ramas del derecho, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, propuestos y desarrollados por cada pueblo indígena en el marco de su organización social.

Artículo: Las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales tales como:

Derecho a la subsistencia

Derecho a la diversidad étnica, cultural y social

Derecho a la propiedad colectiva

Derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios

Derecho al ejercicio y respeto por la jurisdicción indígena.

Derecho al fuero indígena

Artículo: Se garantiza a través de la acción de tutela los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que resulten conculcados o en amenaza de violación, así estos se encuentren o no en conexidad con derechos colectivos, propios de las comunidades indígenas.

Parágrafo: si se vulneran exclusivamente derechos colectivos de una comunidad indígena, los afectados, violados o amenazados en sus derechos podrán incoar las acciones populares de acuerdo con los procedimientos legales consagrados por la legislación nacional.

Artículo: La falta de una ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema judicial nacional, deja en cabeza del juez, la obligación de determinar y equilibrar los intereses en conflicto, a partir de los principios pro comunitas y maximización de la cultura derivada de la consagración del principio fundamental del respeto por la diversidad étnica y cultural del pueblo Colombiano.

Artículo: El respeto por la jurisdicción indígena, por el principio de la maximización de la autonomía y de la minimización de las restricciones, será la regla general, mas esta podrá limitarse cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los intereses superiores consagrados en la constitución.

Artículo: Colombia reconoce el pluralismo jurídico bajo las siguientes reglas de interpretación en caso de conflictos en la aplicación de ordenamientos jurídicos diferentes:

Los grupos que conserven sus usos y costumbres deben ser respetados mas que los que no los conservan, debiendo estos en mayor grado regirse por las leyes de la República.

Los derechos fundamentales constituyen el mínimo obligado para la convivencia de todos los particulares. Todos los ciudadanos Colombianos incluyendo los indígenas, deben sujetarse a la constitución y a la ley, constituyendo los derechos fundamentales un límite al derecho fundamental de la diversidad étnica y cultural.

La jurisdicción indígena y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas, u órganos equivalentes, deben ejercerse según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protegen valores superiores.

En nombre del pluralismo y del respeto por la diversidad étnica y cultural no se puede aceptar la costumbre contra legem, por tratarse de normas dispositivas.

9. CONCLUSIONES

Primero, internacionalmente se dio el reconocimiento a las minorías étnicas, luego vino el reconocimiento a los pueblos indígenas, a su autonomía y autogobierno, todo lo cual ha inspirado varias constituciones en el mundo para la consagración y el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

Paradójicamente los países con mayor población indígena, México y Guatemala, no cuentan con una constitución moderna, sus textos constitucionales son antiprogresistas y contradictorios en sus regulaciones.

Países como Bolivia están muy lejos de vivir lo que pregonan en su constitución, esto es plurinaciones, multinaciones o multiestados, acordes con los elementos que para tales efectos exige la teoría política y neo constitucional.

En contraste, Colombia que cuenta con un porcentaje de población indígena bastante reducido, posee una alta variedad de grupos étnicos así como el más alto desarrollo en materia de derecho indígena y jurisdicción indígena, por virtud de las construcciones jurisprudenciales que ha decantado la Corte Constitucional a partir del año de 1991, todo lo cual justifica y reclama que un código procesal constitucional recoja los avances en derechos humanos, particularmente los derechos humanos que le corresponden a las aún vivas, pero vulneradas y relegadas comunidades indígenas.

10. BIBLIOGRAFÍA

ARANDA Mirva, WIENER, Leonidas. El pluralismo jurídico y la interculturalidad en las escuelas judiciales: una propuesta. 1ª ed. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010. 68 p.

ARIZA SANTAMARIA, Rosemberth. Et-al. Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2009, 2489 p.

ARZAPALO VILLON, Tania y NEIRA HIDALGO, Gabriela. Grupos en situación de especial protección en la región andina. Pueblos indígenas. Informe sobre políticas públicas con enfoque de derechos humanos. 1ª ed. Lima: Comisión Andina de Juristas, Embajada de España en Perú y Decid. 2008. 125. p.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. El Estado y el sistema de justicia en los países andinos. Módulo informativo para líderes indígenas. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2010. 57 p.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Marco jurídico de la justicia indígena en los países andinos. Módulo informativo para las autoridades judiciales. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2010. 49 p.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Derechos de los pueblos indígenas. ONU-OIT. Cuadro Comparado. Lima: Comunidad Andina, 2010, 99 p.

DE SOUSA SANTOS Boaventura. La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Trad. Cesar Rodríguez. 1ª reimpresión. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia e ILSA. 1999. 267 p.

MONTAÑO, Julia Victoria. Instituciones procesales desde el constitucionalismo. Bogotá: Leyer. 2002. 159 p.

MONTAÑO, Julia Victoria. Reconocimiento de la garantía constitucional de la jurisdicción: desde las tutelas. En: Revista del Colegio de Abogados de la Plata. No. 64. (Diciembre de 2003) p- 59-67.

Constituciones políticas de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Guatemala y México.

10.1 PAGINAS WEB

<http://www.comunidadandina.org/quienes.htm>

<http://www.un.org/es/>

<http://www.oas.org/es/>

http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/index.html

<http://www.patrianueva.bo/>

<http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>

10.2. (FOOTNOTES)

1 Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

2 Fuente de la extensión territorial y la población de Perú, Colombia y Bolivia: Comunidad Andina

3 Fuente: América económica.com internacional

4 Fuente: IWGIA. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.

IV

ESTADO DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL Y NUEVAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

Por: Abog. Boris Wilson Arias López

Abogado, Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar (2008) y de Defensa y Seguridad Nacional de la Escuela de Altos Estudios Nacionales (2009), docente universitario pregrado y postgrado y actualmente cursa el Doctorado en Derecho Constitucional y Penal de la Universidad Mayor de San Andrés. borisito55@hotmail.com

SUMARIO

1. El “estado de transición constitucional”, y la situación de la jurisprudencia del tribunal constitucional anterior., 2. El control de constitucionalidad normativo en base a la constitución política del estado boliviana vigente., 3. Algunas sentencias constitucionales relevantes y cambios de líneas jurisprudenciales del tribunal constitucional., 3.1. Es posible la investigación de jueces tutelares aunque su decisión no haya sido revisada por el tribunal constitucional, pero debe esperarse a dicha revisión para determinarse su responsabilidad penal., 3.2. Las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad., 3.3. Cómputo del plazo de seis meses de la inmediatez en el amparo constitucional., 3.4. La seguridad jurídica en el marco de la constitución política del estado vigente al ser un principio no es tutelable por el amparo constitucional. 3.5. La determinación del plazo razonable debe considerarse tomándose en cuenta los problemas estructurales de la justicia boliviana., 3.6. La notificación con una conminatoria de pago en materia familiar debe ser personal cuando el abogado de la parte en cuestión otorgó pase profesional., 4. Fallos especialmente plausibles del tribunal constitucional., 5. Posición especialmente crítica a algunos fallos del tribunal constitucional., 5.1. La no posibilidad de invocar dos causales de improcedencia excluyentes., 5.2. Líneas jurisprudenciales que sumadas dan resultados no deseados y previstos., 5.3. Difícil manejo adecuado de la jurisprudencia., 6. Conclusiones., 7. Bibliografía.

1. EL “ESTADO DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL”, Y LA SITUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTERIOR.

El proceso de reforma constitucional concluido en febrero del año 2009, implica la transición ordenada y paulatina de un régimen constitucional normativo a otro, aspecto que además puede extraerse de la propia voluntad del legislador constituyente, traducida en las disposiciones transitorias de la Constitución Política del Estado vigente.

El denominado “estado de transición constitucional” (SC 0158/2010-R)¹ entendido como un lapso de tiempo, en el cual la Constitución Política del Estado abrogada tiene efectos ultractivos² y la Constitución Política del Estado vigente tiene efecto operativo e inmediato, implica entre otros la adecuación de las leyes y normas Infra-constitucionales al nuevo texto constitucional, el paulatino cambio de autoridades estatales y la liquidación de causas pendientes planteadas bajo el anterior régimen constitucional y que se tiene que resolver con el nuevo régimen constitucional.

En este marco, la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional emergente de la Ley N° 003 (Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público) en mi criterio probablemente debió partir de los siguientes supuestos para la revisión de causas tramitadas de forma anterior al mes de febrero del año 2009, fecha de la promulgación de la Constitución Política del Estado vigente:

La diferenciación de las causas que mantienen su objeto procesal, es decir aquellas donde una sentencia constitucional todavía podría ser ejecutada y tener efecto práctico -en cuyo caso procede la revisión

1 La SC 0158/2010-R sostuvo que: “...“estado de transición constitucional” en el marco del cual se liquidarán las causas pendientes de resolución... los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, estuvieron en plena vigencia en el momento de iniciarse las causas pendientes de resolución y permanecen actuales en la etapa de transición constitucional... En consecuencia, en la especie, corresponde aplicar el bloque de constitucionalidad conformado por la Constitución vigente, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y principios y valores de rango constitucional...”.

2 Piénsese en la permanencia de autoridades elegidas conforme la Constitución Política del Estado abrogada que se mantendrán hasta la posesión de las nuevas autoridades y que por ende hasta entonces su legitimidad se fundamenta por los efectos ultractivos de la referida Constitución.

por parte del Tribunal Constitucional-, de las causas que perdieron su objeto procesal por la naturaleza del asunto, los hechos sobrevinientes y en definitiva por el transcurso del tiempo, es decir, en los casos en los cuales por ejemplo el detenido ya recuperó su libertad, el derecho lesionado fue reparado por el transcurso del tiempo o por otro mecanismo diferente a las acciones y recursos constitucionales, cuando el hecho o norma objeto del control de constitucionalidad a surtido sus efectos y su consecuencia a devenido en irreparable, lo que sucede por ejemplo con varios referéndums que ya tienen pronunciamiento del soberano, en esos casos no es posible un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, aunque corresponde aclarar que la imposibilidad de revisión por parte del Tribunal Constitucional de la decisión que perdió su objeto procesal no impide la determinación de responsabilidad de los jueces tutelares o la responsabilidad civil, penal o administrativa de los recurridos y demandados, pese a que por la amplia etapa probatoria que requieren la sede constitucional no es la idónea. Entonces esta falta de distinción provocó excesiva carga procesal al Tribunal Constitucional durante al gestión 2010 entorpeciendo claramente sus labores jurisdiccionales.

La diferenciación entre normas que constituyen la parte orgánica constitucional, como son las normas que determinan la organización y distribución de competencias entre los distintos órganos de poder; y las normas que constituyen la parte dogmática de la Constitución Política del Estado, referidas principalmente a derechos fundamentales y garantías constitucionales que cuentan con el resguardo de los tratados de derechos humanos en el régimen de transición constitucional. En este marco, la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional que incidía en la parte orgánica de la Constitución, ha dejado de tener efecto vinculante y se transformó en obiter dicta mientras que la jurisprudencia que incidía a la parte dogmática constitucional la misma continúa teniendo efecto vinculante, puesto que al ser la jurisprudencia un tipo de razonamiento estrictamente fundamentado no puede ser derogado o abrogado (no es derecho positivo), en cuyo caso para el cambio de línea jurisprudencial debe necesariamente en cada sentencia moduladora o de cambio de línea jurisprudencial invocarse el precedente anterior y las circunstancias y argumentos nuevos que provocan el cambio de línea jurisprudencial a efectos de resguardar los principios de igualdad y de seguridad jurídica³.

3 Cfr. la SC 0114/2010-R que sostuvo que: "...El art. 44.I de la LTC, consagra el mandato de vinculatoriedad de las decisiones del órgano contralor de constitucionalidad, disposición legal que en el marco del art. 6 de la Ley 003, es plenamente aplicable a las causas tramitadas ante el Tribunal Constitucional en tanto y cuanto sean compatibles con la Constitución Política del Estado vigente. No obstante la vigencia de este postulado, el Estado Social y Democrático de Derecho, permite la posibilidad de modular y en su caso mutar líneas jurisprudenciales con la debida motivación que justifique el cambio de entendimiento jurisprudencial".

Por otra parte, puede deducirse el efecto vinculante que ha tenido la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional si se analizan algunos de los rechazos de demandas de inconstitucionalidad por parte de la Comisión de Admisión del actual Tribunal Constitucional, fundadas en que el anterior Tribunal Constitucional ya resolvió en el fondo la constitucionalidad de dichas normas impugnadas, por lo que se denegó un nuevo control de constitucionalidad basado en los mismos argumentos como sucedió por ejemplo en AC 0588/2010-CA, AC 0186/2010-CA, AC 0024/2010-CA, AC 0072/2010-CA, AC 0261/2010-CA, AC 0354/2010-CA, AC 0391/2010-CA, AC 0396/2010-CA, AC 0126/2010-CA.

Un ejemplo referido a la ratificación y modulación de sentencias constitucionales puede ser la sentencia constitucional 0008/2010-R que recogió la ratio decidendi de la sentencia constitucional 160/05-R, que había establecido la subsidiariedad del hábeas corpus ahora acción de libertad en sentido de tener que acudir a los mecanismos procesales ordinarios para la defensa de la libertad personal cuando sean idóneos, eficientes y oportunos para restituir el derecho pero se modula en lo referente al derecho a la vida que ahora se protege de forma directa y sin necesidad de agotar otra vía.

2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD NORMATIVO EN BASE A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO BOLIVIANA VIGENTE.

La Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional rechazó gran parte de las acciones de inconstitucionalidad de control normativo -principalmente compuesto por las acciones abstractas e incidentales de inconstitucionalidad-, planteadas durante el lapso en el que el Tribunal Constitucional dejó de funcionar (octubre de 2007) hasta la vigencia de la Constitución Política del Estado vigente (febrero de 2009), bajo el argumento de que la contrastación de dos normas abstractas, una integrante del bloque de constitucionalidad y la otra Infra-constitucional, únicamente podía efectuarse con la norma constitucional vigente que se constituye en parámetro de constitucionalidad y no con la derogada, sin que además pueda aplicarse el iura novit curia en la justicia constitucional en este tipo de casos. Así el AC 0034/2010-CA-BIS sostuvo que:

“En el caso presente, se evidencia que la fundamentación del memorial en el que se solicita que se promueva el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad está basada íntegramente en la Constitución Política del Estado abrogada. Al respecto, corresponde

aclarar que el proceso constituyente que culminó con la promulgación de la Ley Fundamental vigente, constituye una causal sobreviniente ajena a la voluntad de las partes y del propio Tribunal, que impide la admisión del recurso por falta de fundamentación jurídico-constitucional, aclarando que en la labor de control de constitucionalidad, este Tribunal no puede actuar de oficio, sino a instancia de parte. Por ello, ante la imposibilidad de ingresar al análisis de fondo, corresponde el rechazo del incidente de inconstitucionalidad por basarse en preceptos de la Constitución abrogada, por lo que el presente recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad carece de fundamento jurídico-constitucional, lo que amerita su rechazo, conforme determina el art. 33.I inc. 1) de la LTC”

Este razonamiento puede tener las siguientes consideraciones:

La aplicación de dicho razonamiento debe ser cuidadosa para no afectar el derecho de acceso a la justicia; en este sentido, el Tribunal Constitucional diferenció claramente las acciones de control normativo que supervigilan que las leyes y toda resolución de carácter normativo (general, abstracto, impersonal) se adecue en su texto al bloque de constitucionalidad donde es posible utilizar bajo ciertos parámetros la jurisprudencia citada (principalmente en las acciones abstracta y concreta de inconstitucionalidad); de las acciones de carácter tutelar, que protegen derechos y garantías, en cuyo caso no es posible utilizar este razonamiento (principalmente el amparo constitucional, el habeas corpus ahora acción de libertad), justamente porque conforme lo referido anteriormente los derechos fundamentales contenidos en la Constitución abrogada estaban protegidos por los tratados de Derechos Humanos además de encontrarse en el nuevo texto constitucional.

Pese a ello el análisis en cada caso concreto no resultó tan fácil; así por ejemplo, en el AC 0068/2010-CA correspondiente a un Recurso contra Resoluciones Congresales o Camarales equivalente a un amparo constitucional, tanto en la Ley del Tribunal Constitucional abrogada (art. 86)⁴ como en la nueva (art. 131)⁵ pero con sujeto pasivo privilegiado como es el Congreso ahora Asamblea Legislativa Plurinacional, se rechazó el recurso porque la fundamentación del memorial se basaba íntegramente en la Constitución Política del Estado abrogada, pero dicho razonamiento no debió aplicarse a una acción tutelar pues esto implicaría que también se tendría que rechazar los amparos constitucionales y los habeas corpus -ahora acciones de libertad-, planteados durante la vigencia de la Constitución Política del

4 Cfr. BOLIVIA. Ley del Tribunal Constitucional ó Ley 1836. Gaceta Oficial de Bolivia. abril de 1998.

5 Cfr. BOLIVIA. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional ó Ley 027. Gaceta Oficial de Bolivia. julio de 2010.

Estado abrogada, que sin embargo el Tribunal Constitucional ha venido revisando.

Respecto a los recursos incidentales de inconstitucionalidad -hoy acciones concretas de inconstitucionalidad-, el razonamiento del AC 0034/2010-CA-BIS únicamente puede tener efecto en la medida en la que los jueces y tribunales hayan suspendido la tramitación de los procesos judiciales y administrativos conforme el art. 63 de la Ley del Tribunal Constitucional abrogada, al existir la posibilidad conforme el AC 0062/2010-CA⁶ de presentar otro incidente de constitucionalidad con la misma fundamentación, pues de lo contrario podría entenderse como denegación de justicia.

Respecto a los recursos directos de inconstitucionalidad -hoy acción abstracta de inconstitucionalidad-, cuya legitimación activa en el planteamiento es calificada⁷ es posible la reiteración de la demanda en la medida en la que el rechazo no implique un pronunciamiento de fondo desvirtuando la existencia de cosa juzgada constitucional (art. 203 de la CPE), siempre y cuando la norma continúe vigente, pues de lo contrario nos encontraríamos en substracción o pérdida del objeto procesal.

3. ALGUNAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES Y CAMBIOS DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

3.1. ES POSIBLE LA INVESTIGACIÓN DE JUECES TUTELARES AUNQUE SU DECISIÓN NO HAYA SIDO REVISADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PERO DEBE ESPERARSE A DICHA REVISIÓN PARA DETERMINARSE SU RESPONSABILIDAD PENAL.

Respecto al procesamiento penal de jueces tutelares (principalmente amparo constitucional y habeas corpus ahora acción de libertad) en la sentencia constitucional (0129/2010-R)⁸, el accionante como juez tutelar había declarado la procedencia de un habeas corpus -ahora

6 El AC 0062/2010-CA sostuvo que: "...considerando que la normativa constitucional acusada de vulnerada ya no está vigente... ante la imposibilidad de ingresar al análisis de fondo, corresponde el rechazo del incidente de inconstitucionalidad por basarse en preceptos de la Constitución abrogada, sin perjuicio de que la parte interesada pueda nuevamente solicitar que se promueva la acción de inconstitucionalidad conforme a la Constitución vigente y cumpliendo los requisitos de admisibilidad".

7 Conforme el art. 202-1 de la Constitución Política del Estado vigente pueden plantear la acción abstracta de inconstitucionalidad únicamente la: "...Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas".

8 En similar sentido la SC 0253/2010-R.

acción de libertad-, que llevó a que se le inicie un proceso penal, acto contra el cual planteó un habeas corpus —ahora acción de libertad— contra el Fiscal de la causa. La mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional denegó la tutela modificando el entendimiento jurisprudencial contenido en la SC 1077/2006-R que establecía la imposibilidad del enjuiciamiento de un juez tutelar mientras no se revise la causa por el Tribunal Constitucional. Se usó el siguiente argumento: “...no debe entenderse de manera negativa y ligera que toda revocatoria y por ende denegación de tutela, necesariamente implica responsabilidad o temeridad por parte del juez constitucional, pues si bien están investidos de jurisdicción y competencia para el caso concreto, no es menos evidente que son seres humanos, por ello es que la misma Constitución ha establecido la revisión de oficio, para que este Tribunal sea quien analice nuevamente la situación... Empero, dentro de un plano de equilibrio y de no interferencia entre órganos que forman parte del sistema judicial, el Tribunal Constitucional no puede interferir en la labor encomendada por ley a la Policía ni a la Fiscalía, tampoco puede prohibir el inicio de una investigación... (de tal forma que un juez tutelar)... por el efecto jurídico inmediato de la otorgación de tutela, sí puede ser sometido a investigación, pero en el estricto marco del derecho, más no puede determinarse responsabilidad penal entre tanto, no se emita la sentencia constitucional respectiva...”(0129/2010-R).

Dicha sentencia constitucional cuenta con el voto disidente del magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés que sostuvo que cuando un juez ordinario conoce una acción tutelar goza de “investidura constitucional”, lo que imposibilita su juzgamiento e investigación hasta que su decisión haya sido revisada por el Tribunal Constitucional. Asimismo, sostuvo que de lo contrario se afectaría en su criterio el respeto a los derechos y garantías, por lo que la imposibilidad de juzgamiento a un juez tutelar se constituye en una garantía de la independencia judicial no sólo para el juez sino para los ciudadanos cuyos conflictos están siendo administrados, sin que además sus fallos puedan cuestionarse a priori por los demandados que en su mayor parte son autoridades públicas e incluso fiscales.

Al respecto considero que tanto en la vía judicial ordinaria como en la constitucional no debería existir la posibilidad de presionar a los órganos jurisdiccionales hasta que el superior jerárquico jurisdiccional haya revisado la decisión impugnada de prevaricadora o contraria a la Constitución y las Leyes. Así por ejemplo, en la jurisdicción ordinaria suele suceder que cuando un juez dicta una sentencia, los fiscales entienden que el delito de prevaricato se consumó con la firma de la correspondiente resolución o sentencia, sin considerar el resultado de la tramitación de los recursos ordinarios activados que puedan ser planteados por las partes del proceso; de tal forma que cuando

el órgano jurisdiccional superior jerárquico deba resolver el asunto se le presenta en fotocopias legalizadas una resolución del fiscal, sea de rechazo de la denuncia o de imputación formal, que compromete al órgano superior jerárquico, pues de apartarse de la resolución del fiscal incurría de igual forma en el delito en cuestión, afectándose así su independencia funcional. En este marco considero que la jurisprudencia contenida en la SC 0129/2010-R únicamente puede respetar el debido proceso en su elemento juez natural que implica al juez competente, imparcial e independiente⁹ en la medida en la que la investigación únicamente comprenda los elementos necesarios e indispensables que por el transcurso del tiempo podrían perderse, sin que además conforme una interpretación literal de dicha línea jurisprudencial pueda imputarse a los jueces tutelares salvo en casos de flagrancia que no refieran por supuesto al presunto delito de prevaricato.

3.2. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS INTEGRAN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

En la sentencia constitucional 0110/2010-R, el accionante del amparo constitucional sostuvo que se negó en su caso la aplicación de la SC 101/2004 y el AC 79/2004-ECA que establecen parámetros objetivos para demostrar que en la tramitación del proceso penal en su contra se vulneró la garantía de ser juzgado en un plazo razonable. El Tribunal Constitucional denegó la tutela bajo el argumento de que dicho enjuiciamiento emergía de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trujillo Oroza contra Bolivia¹⁰ y que: "...se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del "Estado Constitucional" enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos".

Considero que si bien esta innovadora sentencia constitucional es plenamente plausible en su ratio decidendi al integrar al bloque de constitucionalidad las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos

⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

¹⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000.

Humanos, no resuelve el fondo del asunto pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la obligación del Estado boliviano a una investigación seria pero que a la vez respete los derechos humanos de los procesados; por lo que, en el proceso penal de referencia al menos debió exhortarse a los órganos jurisdiccionales y de persecución penal a dar la celeridad debida del caso bajo advertencia de incurrir en responsabilidad¹¹. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia desarrolló el bloque de constitucionalidad a partir de la integración normativa (C-1022 de 1999 y C-400 de 1998) y de la integración interpretativa (C-067 de 2003), en Bolivia podría desarrollarse la integración de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no vía normativa (art. 410-II o 256 primera parte de la Constitución Política del Estado), sino vía interpretativa, es decir por el art. 13-IV de la Constitución Política del Estado que establece que: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia” concordante con el art. 256 segunda parte de la misma norma fundamental, de forma que se entienda que si bien los derechos fundamentales se interpretan conforme los tratados de derechos humanos éstos se interpretan conforme las cortes, tribunales y comités de derechos humanos establecen.

3.3. CÓMPUTO DEL PLAZO DE SEIS MESES DE LA INMEDIATEZ EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL.

En la SC 0347/2010-R la mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional (Dr. Juan Lanchipa Ponce, Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños y Dr. Ernesto Félix Mur) sostuvieron que el cómputo del plazo de seis meses a efectos de la inmediatez del amparo constitucional debe efectuarse con la notificación mediante cédula en secretaría de cámara de la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia- en la ciudad de Sucre – Bolivia, y no desde la notificación con el decreto de “cúmplase” que dicta el juez de instancia en el domicilio procesal de las partes, porque las partes que tienen pendiente un recurso de impugnación tienen el deber procesal de hacer el correspondiente seguimiento.

Por su parte el magistrado Abigail Burgoa Ordoñez sostuvo en voto disidente que la notificación que se debe tomar en cuenta para el cómputo del plazo de seis meses de inmediatez, es la del decreto de “cúmplase”, al ser una notificación oficial y porque dicha interpretación es la más favorable al derecho de acceso a la justicia.

11 El proceso penal de referencia tiene una duración de más de 10 años.

Finalmente, el magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés sostuvo en voto disidente que dicho cómputo debe efectuarse desde que se demostró que el accionante tuvo conocimiento efectivo de la resolución impugnada; es decir, si solicita fotocopias del expediente a pesar de no existir una notificación oficial puede presumirse que se conoció el fallo impugnado o si en un documento o declaración incluso extrajudicial se hace referencia a que se conoció dicho fallo, desde ese momento o del referido en la declaración debe computarse el plazo de los seis meses, posición que personalmente considero más adecuada para la realidad nacional donde por la distancia y la demora en la remisión de antecedentes desde la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia- a los diferentes departamentos fácilmente hace que se sobrepase el término de seis meses impidiendo el planteamiento del amparo constitucional dentro del plazo, salvo que el Tribunal Constitucional hubiera ordenado que la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia- tome las medidas administrativas necesarias para el correspondiente acceso a dichos fallos desde los diferentes departamentos sobretudo en pueblos del país donde no exista internet.

3.4. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO VIGENTE AL SER UN PRINCIPIO NO ES TUTELABLE POR EL AMPARO CONSTITUCIONAL.

La mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional respecto a la seguridad jurídica sostuvieron que: “Sobre la seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como “derecho fundamental”, cabe señalar que... al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado... la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306.III de la CPE)... se debe tener claramente establecido que “la seguridad jurídica” al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, a momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento” (SC 0096/2010-R), razonamiento aplicable a los casos planteados bajo la Constitución Política del Estado abrogada y la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional que se revisaron por el actual Tribunal Constitucional.

Por su parte el magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés emitió voto disidente manifestando que en el texto constitucional boliviano uno de los fines y funciones del Estado es la seguridad que incluye a la seguridad jurídica (Art. 9.2 de la CPE), de ahí que en su criterio: "...la seguridad jurídica es una garantía para el ejercicio de los derechos; pues sólo en tanto y en cuanto se cumpla con la dimensión objetiva y subjetiva de la seguridad jurídica, estarán dadas las condiciones necesarias para el pleno goce y disfrute de los derechos" y al existir la facultad de las personas de: "...exigir al Estado el cumplimiento de su fines y funciones, entre ellas, garantizar la seguridad jurídica... (se configura)... entonces la seguridad jurídica como un verdadero derecho de la persona frente al Estado"; de forma que la seguridad jurídica en su criterio está contenido en la cláusula abierta de la Constitución Política del Estado (art. 13-II) y: "...puede ser considerada como valor, garantía, derecho, y principio, y por lo mismo puede encontrar protección a través de la acción de amparo constitucional", cuestionándose además que si la demanda se la efectuó en vigencia de la anterior Constitución Política del Estado y cuando la jurisprudencia uniforme lo reconocía como derecho, en la revisión del actual Tribunal Constitucional no podía desconocerse esta calidad con una interpretación desfavorable al justiciable.

En un criterio personal el razonamiento del pleno del Tribunal Constitucional es admisible en la medida en la que como se sostuvo en la SC 0375/2010-R, si bien la seguridad jurídica no es tutelable por el amparo constitucional lo puede ser: "...a partir de la protección de los derechos y garantías invocados por el recurrente...", aunque el Tribunal Constitucional no llegó a establecer parámetros objetivos y claros para hacer revisiones e incluso concesiones excepcionales como sucedió en la SC 107/2010-R donde excepcionalmente se concedió la tutela por la vulneración del derecho a la seguridad jurídica pese a la existencia de la referida línea jurisprudencial.

3.5. LA DETERMINACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE DEBE CONSIDERARSE TOMÁNDOSE EN CUENTA LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA JUSTICIA BOLIVIANA.

El Tribunal Constitucional boliviano anterior se alejó de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sostuvo invariablemente que: "...esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales..." (caso Suárez Rosero vs. Ecuador sentencia de 12 de noviembre de 1997) pues en la SC 101/2004 y el AC 79/2004-ECA sostuvo que: "...

el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, cuando la dilación del proceso más allá del plazo máximo establecido sea atribuible al órgano judicial y/o, al Ministerio Público, bajo parámetros objetivos; no procediendo la extinción cuando la dilación del proceso sea atribuible a la conducta del imputado o procesado...” dejándose de lado al elemento referido a la complejidad del asunto como un parámetro objetivo que permita verificar el plazo razonable en un caso concreto.

Por su parte, el actual Tribunal Constitucional en la SC 0551/2010-R estableció que: “...el transcurso del tiempo no es suficiente para viabilizar la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, porque como se mencionó precedentemente, no es el único elemento a analizarse para viabilizar esta petición, más al contrario, deberá verificarse que el proceso se hubiese desarrollado en condiciones normales y que la actuación negligente de las autoridades competentes sea atribuible únicamente a éstas, y no así al aparato judicial, por no dotar de condiciones mínimas para la prosecución de los procesos como es la excesiva carga procesal y las constantes acefalías que se presentan en el órgano judicial, aspectos que impiden a las autoridades jurisdiccionales concluir con la tramitación de las causas dentro de los plazos establecidos”.

Respecto a este último razonamiento jurisprudencial en un criterio personal considero que en lugar de propugnar la solución a dichos problemas, pareciera colisionar con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al cargar las deficiencias estructurales del Órgano Judicial ordinarias sobre las espaldas del imputado y de la víctima que tienen el derecho a la resolución de un caso en un plazo razonable. Es decir que el actual razonamiento jurisprudencial pareciera que sólo tiene sentido cuando se trata de deficiencias estructurales en circunstancias excepcionales (guerras, desastres naturales, etc. que dejen inoperante al órgano Judicial) pero no para situaciones de normalidad donde corresponde a los órganos constituidos dar solución efectivas a este tipo de deficiencias conforme el art. 2 de la CADH que impone a los Estados el deber de: “...adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

3.6. LA NOTIFICACIÓN CON UNA CONMINATORIA DE PAGO EN MATERIA FAMILIAR DEBE SER PERSONAL CUANDO EL ABOGADO DE LA PARTE EN CUESTIÓN OTORGÓ PASE PROFESIONAL.

En la SC 0210/2010-R correspondiente a un hábeas corpus ahora acción de libertad se sostuvo que el abogado del accionante en un proceso de asistencia familiar presentó pase profesional manifestando

que ya no patrocinaría al accionante, pero luego se notificó al accionante con la conminatoria de pago del monto liquidado de asistencia familiar en el domicilio procesal del abogado que presentó el pase profesional, para finalmente emitirse mandamiento de apremio en su contra, determinándose por la mayoría del Tribunal Constitucional que se vulneró el derecho a la libertad en la medida en la que se debió notificar al accionante de manera personal y no en el domicilio procesal de su anterior abogado.

Los magistrados Ligia Mónica Velásquez Castaños y Ernesto Félix Mur fundaron sus votos disidentes indicando que el accionante conocía que debía cumplir la asistencia familiar y que conforme la normativa procesal civil (art. 101 del Código de Procedimiento Civil) aplicable a materia familiar tenía la obligación de señalar nuevo domicilio procesal y al no haberlo hecho no podía alegar su propia indefensión.

Considero que toda interpretación al efectuarse en una realidad concreta debe reflejar la misma; en este sentido, se tiene que en Bolivia durante la práctica forense cotidiana, en materias sociales como lo son laboral o familiar algunos abogados de manera intencionada justo antes de que se libre el correspondiente mandamiento de apremio ya sea por falta de pago de asistencia familiar o de beneficios sociales, presentan en el correspondiente juzgado el pase profesional obstaculizando la efectivización de la medida compulsiva de cobro y obligando de esta manera a la parte demandante (beneficiaria de la asistencia familiar o al empleado acreedor) a tramitar notificaciones en domicilios reales o incluso erogar dinero en la publicación de edictos, lo que implica perjuicios por la demora en la ejecución de la sentencia, de forma que para encontrar un equilibrio entre los derechos controvertidos fuera de establecer que la valoración debe efectuarse en el caso concreto se debió impedir por parte del Tribunal Constitucional la presentación del pase profesional sin señalarse nuevo domicilio procesal cuando se esta cronológicamente cerca de librarse mandamiento de apremio.

4. FALLOS ESPECIALMENTE PLAUSIBLES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El trabajo del Tribunal Constitucional durante la gestión 2010 tropezó con diferentes dificultades como ser las siguientes:

La complejidad y extensión de la Constitución Política del Estado vigente hace difícil su interpretación, máxime cuando conforme el artículo 1 de la propia norma fundamental: “Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro

del proceso integrador del país”, lo que evidencia la gran complejidad de la realidad boliviana traducida ahora en el régimen autonómico y la jurisdicción indígena originaria campesina.

Asimismo, existen errores en el diseño de algunas acciones constitucionales, por ejemplo el habeas data ahora acción de protección de privacidad, en su diseño procesal no se diferencia del amparo constitucional, constituyéndose al presente en un amparo constitucional especializado que desde su incorporación al texto constitucional en el año 2004 no cuenta con un solo fallo favorable; o la acción de cumplimiento cuyo diseño legal tropieza con el amparo constitucional por omisión, entre otros aspectos que exigen gran esfuerzo interpretativo de parte del órgano de control de constitucionalidad.

Por otra parte existe una gran cantidad de acciones tutelares que en otras geografías se han venido a denominar “amparitis” provocadas por una parte por la mala utilización de la acciones constitucionales por parte de abogados litigantes y por otra por el deficiente funcionamiento de las jurisdicciones ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas cuya labor muchas veces es suplida por el Tribunal Constitucional.

Se revisaron decisiones de jueces tutelares (amparo constitucional y habeas corpus -ahora acción de libertad- en su mayoría) que ya tenían fallos ejecutados por los jueces y tribunales tutelares, por lo que por el transcurso del tiempo y los derechos ya adquiridos de terceras personas no daba un espacio amplio de decisión a los magistrados del Tribunal Constitucional para revocar en revisión dichos fallos.

En este contexto y pese a las dificultades referidas tenemos que:

Se modificaron con la correspondiente problematizaron muchas líneas jurisprudenciales existentes como las referidas en el punto 3 de este trabajo y otras (la imposibilidad de plantear un incidente de inconstitucionalidad en una acción tutelar AC 0322/2010-CA, la imposibilidad de plantear la extinción de la acción ante la Corte Suprema de Justicia -ahora Tribunal Supremo de Justicia- SC 1716/2010-R, la posibilidad de impugnar incidentes en un proceso penal SC 869/2010-R, entre otros).

Con una interpretación pro hómine de la Constitución Política del Estado vigente, se amplió la procedencia del habeas corpus -ahora acción de libertad- contra particulares (SC 0174/2010-R) superando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior (SC 581/2001-R) que no consideraba efectivo este recurso contra particulares, pero que sin duda vulneraba el principio de igualdad en el acceso a la

justicia. Así por ejemplo, podía suceder que en los casos de enfermos hospitalizados impedidos de salir mientras no cubran lo que adeudaban, se tenía que en dos casos fácticamente semejantes se admitía uno por ser un hospital público o recibir dineros públicos (SC 0201/2004-R) y se rechazaba el otro por ser hospital privado (SC 1212/2005-R), sin siquiera en estos últimos casos remitirse antecedentes al Ministerio Público por el supuesto delito de privación de libertad.

Se desarrollaron inicialmente el derecho al agua (SC 559/2010-R), el derecho a adquirir cultura (SC 1091/2010-R) y el derecho a la asistencia consular (SC 061/2010-R).

Se moduló la jurisprudencia existente respecto a las mujeres embarazadas que les impelía a comunicar durante la relación laboral a sus empleadores respecto a su estado de gravidez (SC 771/2010-R), y se aclara respecto a mujeres consultoras en estado de gravidez quienes durante el tiempo de vigencia de sus contratos gozan de inamovilidad funcionaria (SC 993/1010-R).

Se corrigió la línea jurisprudencial sostenida por el anterior Tribunal Constitucional (SC 0728/2007-R y otras) e incluso reiterada por los actuales magistrados (SC 0363/2010-R), respecto a anular obrados hasta que se proceda a la legal notificación con la demanda de amparo constitucional al tercero interesado, denegándose la tutela y aclarando la posibilidad del planteamiento de una nueva demanda de amparo constitucional por no haberse ingresado al fondo del asunto (SC 0363/2010-R y SC 0686/2010-R).

5. POSICION ESPECIALMENTE CRÍTICA A ALGUNOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

5.1. LA NO POSIBILIDAD DE INVOCAR DOS CAUSALES DE IMPROCEDENCIA EXCLUYENTES.

En algunos casos se denegó la tutela de un amparo constitucional alegándose subsidiariedad e inmediatez al mismo tiempo. Por ejemplo, en la SC 1331/2010-R la accionante era funcionaria de carrera del Servicio Nacional de Caminos en liquidación (SNC en liquidación) siendo destituida de su cargo no impugnó su memorándum de despido, puesto que el día de su destitución fue contratada a prueba por la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC) en el mismo cargo que cumplía en el SNC en liquidación, pero luego fue destituida por memorándum que sí impugnó mediante recurso de revocatoria y jerárquico alegando gozar de inamovilidad funcionaria por ser servidora pública de carrera, sin embargo la decisión

de desvinculación laboral fue confirmada. Posteriormente, la accionante planteó amparo constitucional contra la última resolución, denegándose la tutela con el argumento de que conociendo el primer memorándum debió agotar los recursos de revocatoria y jerárquico en contra del mismo, por lo que no cumplió con el principio de subsidiariedad y que desde dicho memorándum dejó transcurrir más de seis meses incumpliendo el plazo de inmediatez. En mi opinión, considero que las causales de subsidiariedad e inmediatez no deberían citarse conjuntamente, pues el plazo de seis meses de inmediatez corre desde agotadas las instancias legales idóneas; es decir, de cumplido el requisito de subsidiariedad¹².

En otro caso de habeas corpus -ahora acción de libertad- (SC 0134/2010-R), se alegó que al no haberse presentado apelación incidental contra la resolución de detención preventiva (subsidiariedad) hacía: "...asumir como lógica consecuencia... que, el accionante estuvo conforme con la decisión, toda vez que no utilizó un recurso expedito en resguardo del derecho que invoca..." (acto libremente consentido) cuando probablemente lo único que correspondía era denegar la tutela por parte del Tribunal Constitucional por el no agotamiento de las instancias previas al habeas corpus -ahora acción de libertad-, es decir alegando el principio de subsidiariedad.

5.2. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES QUE SUMADAS DAN RESULTADOS NO DESEADOS Y PREVISTOS.

Por otra parte, algunas líneas jurisprudenciales cuando se consideran de manera aislada e independiente son doctrinal y lógicamente perfectas, pero entrecruzadas y relacionadas en un caso concreto podrían generar diferentes distorsiones probablemente no queridas. Así por ejemplo puede considerarse las siguientes líneas jurisprudenciales:

Un accionante que haya podido plantear un incidente de inconstitucionalidad no podía pedir que la decisión final se suspenda hasta que se dé la revisión por parte del Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional (SC 0435/2010-R) en virtud al AC 0321/2010-CA que modifica la jurisprudencia constitucional existente con efectos inmediatos y que establece que cuando en un proceso judicial o administrativo se plantea un incidente de inconstitucionalidad y es rechazado no se suspende la dictación de la resolución final, independientemente a la revisión de dicha decisión por parte de la Comisión de Admisión de Tribunal Constitucional que en su caso de encontrar inconstitucional la norma puede dejar sin efecto la referida resolución final del proceso judicial o administrativo.

¹² En igual sentido se tiene a la SC 0185/2010-R.

Dicha jurisprudencia puede sumarse a la contenida en el AC 0081/2010-CA que establece que debe rechazarse los incidentes de inconstitucionalidad fundados en la Constitución Política del Estado abrogada sin que se pueda entrar al fondo del asunto.

Dicha jurisprudencia además puede sumarse a la contenida en el AC 0337/2010-CA que establece que no puede plantearse el incidente de inconstitucionalidad cuando se ha dictado la resolución final del proceso judicial o administrativo.

Es decir es posible que un ciudadano pudo haber planteado un incidente de inconstitucionalidad en un proceso judicial o administrativo que se rechazó mucho después sin entrar al fondo del asunto por fundamentarse en la Constitución Política del Estado abrogada (AC 0081/2010-CA), y sin que durante el proceso haya podido solicitar la suspensión de la dictación de la resolución final del proceso judicial o administrativo (AC 0321/2010-CA) y ahora estaría impedido de plantear nuevamente el incidente de inconstitucionalidad por la imposibilidad de plantear en ejecución de sentencia dicho incidente (AC 0337/2010-CA). En un criterio particular considero que en estos casos el Tribunal Constitucional debió dejar sentado que excepcionalmente para estos casos se podría plantear el incidente de inconstitucionalidad en ejecución de sentencia fundamentando en la Constitución Política del Estado vigente pudiéndose en su caso dejar sin efecto la resolución que dependía de la norma impugnada y supuestamente inconstitucional.

5.3. DIFÍCIL MANEJO ADECUADO DE LA JURISPRUDENCIA.

Al igual que sucede en casi todos los tribunales y cortes constitucionales del mundo, es difícil el manejo de la ingente cantidad de sentencias constitucionales existentes, máxime cuando en Bolivia no existe el certiorari, y el anterior Tribunal Constitucional dejó jurisprudencia muchas veces contradictoria y no sistematizada, problema con el que tropieza el actual Tribunal Constitucional, como por ejemplo:

En desistimientos y retiros de acciones de control constitucional (acción abstracta e incidentes de inconstitucionalidad principalmente), se citó constantemente jurisprudencia de amparos constitucionales sin precisar las diferencias existentes entre dichas acciones constitucionales (AC 0269/2010-CA-BIS).

En el fallo SC 0956/2010-R conforme lo hizo notar el voto disidente del magistrado Marco Antonio Baldivieso Jinés, no se estableció con claridad si la invocación de la Ley 007 es parte de la ratio decidendi o una obiter dicta.

En casos referidos a fiscales que supuestamente habrían usurpado funciones para la denegatoria se invocó la SC 0099/2010-R como vinculante cuando la misma refiere a la modulación del juez natural diferenciando al juez imparcial e independiente que es protegido por el amparo constitucional y al juez natural competente protegido por el Recurso Directo de Nulidad de forma que su invocación resultaba impertinente (SC 1131/2010-R, SC 1162/2010-R).

6. CONCLUSIONES.

El Tribunal Constitucional durante la gestión 2010 revisó más de 2000 causas planteadas en la vigencia de la Constitución Política del Estado abrogada y probablemente la primera tarea del Tribunal Constitucional debió ser el fortalecimiento de la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional para desechar in limine las causas que habían perdido su objeto procesal, y por tanto no correspondía su análisis y resolución, pues esto habría permitido la descongestión procesal y la concentración en casos que requieren mayor fundamentación; de tal forma, que la gestión procesal de preferencia a la calidad más que a la cantidad de causas resueltas.

La primera sentencia constitucional a efectos del resguardo del principio de seguridad jurídica entendida como “una condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran, representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de las autoridades pueda causarles perjuicio” (SC 100/2005-R), probablemente debió establecer con claridad los supuestos en los cuales la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior dejó de tener vigencia y los parámetros del cambio y modulación de las nuevas líneas constitucionales en el tiempo, espacio y materia.

Como todo Tribunal o Corte Constitucional del mundo el Tribunal Constitucional boliviano cuenta con fallos indudablemente progresivos así como otros controversiales; sin embargo, dichos fallos deben ser ampliamente debatidos pues sólo así se logrará el efecto pedagógico que buscan, su encarnación popular y en su defecto el cambio de jurisprudencia por lo que humildemente espero que el presente trabajo aporte en algo al referido debate y sirva para difundir al interior como fuera de Bolivia el estado de la jurisprudencia en Bolivia.

7. BIBLIOGRAFÍA.

Constitución Política del Estado de Bolivia, Gaceta Oficial de Bolivia. febrero de 2009.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

www.tribunalconstitucional.gob.bo

<http://www.corteidh.or.cr/>

ARIAS LÓPEZ, Boris Wilson. Teoría Constitucional y Nueva Constitución Política del Estado. Editorial San José. La Paz – Bolivia. 2010.

V

A CONSTITUCIONALIDADE E A LEGALIDADE DOS MEIOS DE PROVA DE EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA SEGUNDO O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO¹

Por: Margareth Vetis Zaganelli

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professora Associada do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Coordenadora do Grupo de Estudos de Direito Probatório do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo. Vice-Diretora do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo.

Robledo Moraes Peres de Almeida

Oficial da Polícia Militar do Espírito Santo (PMES), ocupando o Posto de 1º Tenente PM. Chefe da Seção de Polícia Administrativa e Judiciária Militar (SPAJM) do Batalhão de Polícia de Trânsito (BPTran). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduado pela Escola de Formação de Oficiais da PMES. Pós-graduado em Gestão, Educação e Segurança de Trânsito pela Faculdade Cândido Mendes. Professor da Polícia Militar do Espírito Santo (PMES) dos cursos de Policiamento de Trânsito, de Tiro Defensivo Para a Preservação da Vida-Método Giraldi e de Direitos Humanos.

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. As recentes alterações legislativas sobre a embriaguez na condução de veículo automotor; 2.1. Dirigir sobre a influência de álcool como infração administrativa; 2.2. Crime de conduzir veículo automotor estando embriagado; 3. Recusa do condutor em se submeter aos testes de alcoolemia; 4. Proposta de *lege ferenda* de alteração do Código Trânsito Brasileiro; 5. Conclusão; 6. Referências.

¹ O artigo tem origem na Monografia intitulada “*A constitucionalidade e a legalidade dos meios de prova de embriaguez alcoólica segundo o Código de Trânsito Brasileiro*”, apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, orientada pela Prof^ª Dr^ª Margareth Vetis Zaganelli. O trabalho recebeu o “*X Prêmio Denatran de Educação no Trânsito*”, em novembro de 2010, do Departamento Nacional de Trânsito (Denatran).

RESUMO:

Analisa os meios de prova de embriaguez alcoólica previstos no Código de Trânsito Brasileiro, por intermédio das recentes alterações legislativas, bem como as atuais decisões dos Tribunais Superiores sobre a matéria, ressaltando o direito de não produzir prova contra si, a supremacia do interesse público e a polêmica acerca da obrigatoriedade do condutor de veículo automotor a se submeter a exames para comprovação da embriaguez alcoólica.

Palavras-Chave: constitucionalidade. embriaguez. legalidade. meios de prova. trânsito.

ABSTRACT:

This article analyzes the current situation of evidence of alcohol intoxication in accordance with the Brazilian Traffic Code (CLT) ,through the recent legislative changes, as well as the current decisions of the Superior Courts on the subject, emphasizing the right to do not produce any evidence that would be self-incriminating, the supremacy of public interest and the controversy concerning the obligation or not to submit drivers to tests in order to prove the alcohol intoxication.

Keywords:

constitutionality. alcohol intoxication. lawfulness. evidence. traffic.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil a cada ano ocorrem milhares de acidentes de trânsito, muitos dos quais causados por condutores de veículos em estado de embriaguez, o que acarreta a perda de milhares de vidas humanas, bem como inúmeras vítimas com seqüelas permanentes. Com o objetivo de reduzir o número de acidentes e de vítimas, o Estado brasileiro tem alterado constantemente o Código de Trânsito, no intuito de agravar a penalização dos condutores que associam a ingestão de bebidas alcoólicas à direção

de veículos automotores. As recentes edições das leis nº 11.275/2006 e 11.705/2008 constituem uma tentativa de reduzir tais estatísticas, por meio de um maior rigor punitivo, nas hipóteses de acidentes de trânsito provocados por condutores embriagados.

O presente trabalho busca analisar os atuais meios de prova de embriaguez alcoólica, através do estudo da legislação, ressaltando as alterações provocadas pelas leis nº 11.275/2006 e 11.705/2008. Desta forma, realça como o Código de Trânsito Brasileiro trata a embriaguez de condutores nos aspectos administrativo e penal. O artigo destaca as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como enfoca o direito de não produzir prova contra si, a supremacia do interesse público e a obrigatoriedade ou não do condutor se submeter a exames para comprovação da embriaguez alcoólica. Por último, propõe um procedimento a ser adotado pelo agente da autoridade de trânsito diante da recusa do condutor a ser submetido aos testes de alcoolemia, como também propõe alterações no Código de Trânsito Brasileiro.

2. AS RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS SOBRE A EMBRIAGUEZ NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Para uma melhor compreensão, será feita a análise da infração administrativa de dirigir sobre a influência de álcool de forma separada do crime de trânsito de dirigir embriagado um veículo automotor.

Isso em decorrência do legislador pátrio ter optado por tratar a condução de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica sob dois enfoques: infração administrativa e delito penal.

2.1. DIRIGIR SOBRE A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL COMO INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

A atual redação do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece como infração administrativa de trânsito a conduta de dirigir veículo sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência e classifica a infração como gravíssima. Além disso, impõe a penalidade de multa (cinco vezes) e a suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, associado ao recolhimento do documento de habilitação e à medida administrativa de retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado².

² Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine

Contudo, para se compreender a redação atual do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro é necessária a verificação do texto original do citado dispositivo. Assim, a lei nº 9.503/97 estabelecia no art. 165 que para a constatação da infração de trânsito (administrativa) de embriaguez alcoólica e a lavratura do respectivo auto de infração de trânsito era preciso que o condutor estivesse com uma concentração de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue³.

Em 07 de fevereiro de 2006, a lei nº 11.275/06 entrou em vigor e alterou vários artigos do CTB referentes à embriaguez ao volante. Em especial retirou do art. 165 a parte que determinava o nível mínimo de álcool no sangue para a configuração da embriaguez alcoólica, instituindo como infração de trânsito a conduta de dirigir sob a influência de álcool no sangue ou de qualquer substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica⁴.

Entretanto, o fato de a lei 11.275/06 ter retirado do art. 165 a parte concernente ao nível mínimo de álcool no sangue, não implicava que qualquer nível de álcool no sangue fosse suficiente para o enquadramento na infração do art. 165, uma vez que o art. 276 do CTB estipulava a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue como a que impedia a condução de veículo automotor⁵.

A lei nº 11.275/06 acrescentou ainda o parágrafo único ao art. 165, estabelecendo que a embriaguez poderia ser apurada também na forma do art. 277 do CTB.

dependência: Infração - gravíssima;
Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;
Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.
Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).

- 3 Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica:
Infração – gravíssima;[...].
- 4 Art. 165 - Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica: (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)
Infração - gravíssima;
[...].
- 5 Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.
Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor.
[...].

Deste modo, a lei 11.275/06 também alterou o *caput* do art. 277 do CTB e instituiu que todo condutor com suspeita de dirigir sob a influência de álcool, ou envolvido em acidente de trânsito deveria ser submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou qualquer outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), permitam certificar seu estado⁶.

Além disso, o parágrafo 2º foi acrescentado ao art. 277 com o objetivo de inibir a recusa do condutor à realização dos testes de alcoolemia, dos exames e da perícia previstos no *caput*, estabelecendo que, nesses casos, a infração poderia ser caracterizada por outras provas em direito admitidas, como a prova testemunhal.

Outrossim, deve-se mencionar que o art. 269 do CTB, ainda em vigor, determina que a autoridade de trânsito e seus agentes estão legitimados, entre outras atividades, a realizar o teste de alcoolemia em condutor sob suspeita de ter ingerido bebida alcoólica⁷.

Ocorre que as modificações ao CTB, por meio da lei nº 11.275/06, não reduziram o número de acidentes de trânsito e de mortes provocados por condutores alcoolizados. Desta feita, o Estado brasileiro editou a lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, conhecida como “lei seca”, que alterou vários artigos do CTB concernentes à embriaguez alcoólica na condução de veículo automotor, instituindo a chamada “tolerância zero” para a embriaguez ao volante e impondo penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool⁸.

6 Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)

[...]

§ 2o No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no *caput* deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor. (Incluído pela Lei nº 11.275, de 2006).

7 Art. 269. A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas administrativas:

[...]

IX - realização de teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

[...].

8 Art. 1º Esta Lei altera dispositivos da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool

O referido diploma legal alterou a redação do art. 276 do CTB, retirando a exigência de concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue para a configuração da embriaguez alcoólica, passando qualquer concentração ser suficiente para a configuração da infração tipificada no art. 165⁹.

Especificamente em relação ao art. 165, a lei nº 11.705/08 manteve a alteração feita pela lei nº 11.275/06, que havia retirado a exigência de nível mínimo de álcool no sangue para a configuração da embriaguez alcoólica e tipificado como infração apenas a conduta de dirigir sob a influência de álcool, não importando o teor¹⁰.

Em relação ao aspecto administrativo da embriaguez alcoólica, a lei 11.705/08 também modificou o art. 277 do CTB, alterando a redação do parágrafo 2º e incluindo o parágrafo 3º.

Assim, a nova redação do parágrafo 2º do art. 277 do CTB, estipulou que a embriaguez poderá ser caracterizada por outras provas em direito admitidas, como a prova testemunhal, atestando os notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor que o indivíduo apresentar.

O acréscimo do parágrafo 3º ao art. 277 do CTB possibilitou a aplicação das penalidades e das medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB (lavatura de auto de infração de trânsito, retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação) para os casos nos quais o condutor se negar a ser submetido a qualquer dos testes necessários para a comprovação da embriaguez alcoólica previstos na legislação.

É importante ressaltar que o parágrafo 3º do art. 277 do CTB, dispõe que deverão ser aplicadas as penalidades e as medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB para o sujeito que se recusar a se submeter a qualquer dos testes de alcoolemia. Aqui, o vernáculo “qualquer” é muito importante, pois determina a lavatura do auto de infração pelo agente da autoridade de trânsito, caso o cidadão se negue a realizar o teste

[...].

9 Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)
[...]

10 Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)
[...]

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

do “etilômetro”, mesmo que o referido condutor tenha o desejo de ser submetido a exame de sangue ou clínico no Departamento Médico Legal. Tal possibilidade é totalmente plausível e legal, já que atende ao princípio da legalidade e está amparada no poder de polícia estatal.

Assim, diante da recusa do indivíduo envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir embriagado, de realizar os testes de alcoolemia, o Estado pode adotar as penalidades e as medidas administrativas estabelecidas no art. 165 do CTB, qual seja, lavratura do auto de infração, retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação, sem ofensa ao princípio da legalidade, já que o § 3º do art. 277 do CTB, determina tal procedimento, passando inclusive a ser ato administrativo vinculado.

Desta feita, a análise dos dispositivos supramencionados deixa clara a intenção do legislador de capacitar a Administração Pública com meios efetivos de combate à conduta anti-social de dirigir veículo automotor estando alcoolizado, possibilitando que o agente da autoridade de trânsito, em caso de recusa do condutor se submeter aos testes de alcoolemia, aos exames e à perícia, faça a lavratura do respectivo auto de infração de trânsito com base nos notórios sinais resultantes do consumo de álcool observados pelo agente, o qual deverá relatar tais sinais em documento próprio.

2.2. CRIME DE TRÂNSITO DE CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR ESTANDO EMBRIAGADO

A redação original do art. 306 do CTB determinava como crime de trânsito a condução de veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, exigindo exposição a dano potencial a incolumidade de outrem¹¹.

Exigia-se para a configuração do delito que o condutor realizasse um ato de condução anormal, exatamente por ter ingerido bebida alcoólica ou de efeitos semelhantes, colocando em risco a vida de outrem. Não era suficiente a prova de que o indivíduo dirigia o veículo com um teor mínimo de álcool no sangue. Mesmo que ele se submetesse ao teste do “etilômetro” e fosse constatada a ingestão de bebida alcoólica, não estaria configurado o crime do art. 306 do CTB caso o cidadão estivesse dirigindo de forma normal, respeitando as regras de trânsito e sem colocar em risco a incolumidade de outrem, pois, em tese, ele não estaria sob a influência de álcool, mesmo

11 Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:
Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

tendo ingerido bebida alcoólica. O agente da autoridade de trânsito poderia apenas tomar as medidas administrativas pertinentes, como a lavratura de auto de infração de trânsito, a retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e o recolhimento do documento de habilitação.

Assim, o CTB não determinava uma concentração mínima de álcool por litro de sangue para a configuração do delito. A simples constatação de que o condutor estivesse dirigindo perigosamente e sob a influência de qualquer quantidade de álcool era suficiente para configuração do crime de trânsito de expor a dano potencial a incolumidade de outrem, tendo a coletividade por sujeito passivo. Não se exigia prova de que algum objeto jurídico individual havia sofrido risco de dano. Bastava a probabilidade de dano, a possibilidade de risco à coletividade ou a existência de dano potencial, que já reduziria a segurança no trânsito.

Portanto, era possível a comprovação da embriaguez alcoólica por meio de prova testemunhal, pois o art. 167 do Código de Processo Penal (CPP) determina que a prova testemunhal pode suprir a falta de exame pericial¹².

Deste modo, o crime previsto no art. 306 do CTB podia ser comprovado por meio de testemunha, a qual relatava os notórios sinais de embriaguez que o condutor apresentava, tais como hálito etílico, olhos vermelhos, fala enrolada e falta coordenação de motora.

Ocorre que a lei 11.705, de 19 de junho de 2008, alterou a redação do *caput* do art. 306 do CTB e instituiu como crime a condução de veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, prevendo pena de detenção de 6 meses a 3 anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor¹³.

Dessa forma, o ordenamento jurídico passou a exigir um requisito totalmente objetivo para a configuração do crime em tela, isto é, a

12 Art. 167 do CPP: Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

13 Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)
Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).

condução de veículo automotor, na via pública, com uma concentração mínima de álcool por litro de sangue (igual ou superior a 6 decigramas), sem a necessidade de comprovar que o indivíduo dirigia "*expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*", condição subjetiva exigida pela redação anterior do art. 306 do CTB.

Assim sendo, não é mais imperativa a prova de exposição a risco de dano potencial a terceiros, bastando a produção da prova material e objetiva de que o condutor estava com uma quantidade de álcool no sangue superior à permitida por lei, independente da forma como dirigia o veículo. Nesse aspecto, o delito passou a ser de perigo abstrato, no qual a periculosidade é presumida pela lei.

Portanto, atualmente não basta a mera constatação da "influência de álcool", nem mesmo a comprovação da embriaguez do condutor por outros meios de prova ou até mesmo exames clínicos, realizados por instituto médico legal oficial (conforme previsto no art. 277 do CTB). Isso porque em nenhum desses procedimentos é possível a aferição objetiva do grau de concentração de álcool no sangue, requisito imprescindível para a caracterização do crime na atual conformação legal.

Para se comprovar a infração ao artigo 306 do CTB, será indispensável a constatação objetiva de uma concentração igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. Para tal comprovação, a realização do teste por aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) ou de exame laboratorial químico-toxicológico de sangue torna-se prova insubstituível.

Deste modo, o uso de prova testemunhal não será possível, em virtude da necessidade de comprovação real e concreta de um requisito totalmente objetivo exigido pela lei.

Corroborando tal entendimento, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do *habeas corpus* (HC) 166.377 (STJ, 2010), de 10 de junho de 2010, entendeu que para a configuração do crime do art. 306 do CTB, antes da lei nº 11.705/08, bastava que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem. No entanto, com a nova redação do art. 306 dada pela lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível por lei, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue, o que não se pode presumir. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art.

306 do CTB, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue¹⁴.

Nesse mesmo sentido, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento recente do Recurso Especial 1.113.360/DF (STJ, 2010), de 28 de setembro de 2010, asseverou que antes da lei nº 11.705/08 apenas a exposição a dano potencial à incolumidade de outrem era suficiente para a configuração do delito do art. 306 do CTB. Contudo, com o surgimento da “lei seca”, introduziu-se no tipo penal uma quantidade legal mínima de álcool exigível, dispensando-se a necessidade de exposição a dano potencial. Assim, o legislador delimitou o meio de prova admissível, com a figura típica se perfazendo somente com a quantificação objetiva da concentração de álcool mínima no organismo, não sendo possível presumir a embriaguez, com a dosagem etílica passando a integrar o tipo penal. Logo, não cabe ao magistrado a correção das falhas estruturais do processo legislativo a fim de conferir efetividade e eficácia à norma jurídica, uma vez que o direito penal rege-se pela estrita legalidade e tipicidade. A 6ª Turma do STJ concluiu que atualmente para comprovar a embriaguez alcoólica é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do etilômetro ou no exame de sangue¹⁵.

14 EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO. 1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem. 2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas. [...]. 4. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade. 5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue. 6. Ordem concedida.

15 EMENTA: RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A SEIS DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO. 1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem. 2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas. 3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro. 4. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade. 5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no

Entretanto, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do recente *habeas corpus* (HC) nº 117.230, de 13 de dezembro de 2010, decidiu que a comprovação da embriaguez alcoólica deve ser feita preferencialmente por meio de aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) ou de exame sanguíneo. Todavia, tal confirmação pode ser suprida pelo exame clínico ou, até mesmo, pela prova testemunhal, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública.¹⁶

Desta feita, percebe-se nítida divergência entre a 5ª e a 6ª Turma do STJ. Tal situação será apreciada pela Terceira Seção no julgamento do recurso repetitivo nº 1.111.566 (Recurso Especial), que deve uniformizar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

2.2.1. RECUSA DO CONDUTOR EM SE SUBMETTER AOS TESTES DE ALCOOLEMIA

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da legalidade em seu art. 5º, inciso II, em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei¹⁷.

exame de sangue. 6. Recurso a que se nega provimento.

16 EMENTA: HABEAS CORPUS. ART. 306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE OU CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL OU SUBSTÂNCIA DE EFEITOS ANÁLOGOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. FALTA DE EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO (PROVA DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NA CORRENTE SANGUÍNEA POR EXAME PERICIAL). ATIPICIDADE DA CONDUTA DO PACIENTE, ANTE A AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA, POR FALTA DE REPRESENTAÇÃO OPORTUNA DAS VÍTIMAS. DOSIMETRIA: PENA-BASE FIXADA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQÜÊNCIAS DO DELITO QUE NÃO SÃO INTRÍSECAS AO TIPO PENAL. ORDEM DENEGADA 1. Segundo o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, configura-se o crime de embriaguez ao volante ou de condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos se o motorista "conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência". 2. Demonstrado pelas competentes vias administrativas que a concentração alcoólica no sangue do condutor de veículo automotor é superior àquela que a lei proíbe, resta configurado o crime de embriaguez ao volante, o qual, segundo a melhor jurisprudência, é crime de perigo abstrato, "cujo objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública, e o sujeito passivo, a coletividade." (STF, RHC 82.517/CE, 1.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 21/02/2003). 3. "A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto." (STJ, RHC 26.432/MT, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/02/2010). [...]. 6. Ordem denegada.

17 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

Assim, o Estado só pode impor uma obrigação ou limitar o exercício de um direito do cidadão se existir uma lei específica que o autorize a exercer seu poder de polícia para regular e fiscalizar o exercício de tal direito por parte das pessoas, visando à segurança e ao bem-estar coletivo. Do mesmo modo, para se impor ao condutor com suspeita de estar embriagado a obrigação de realizar os testes de alcoolemia, imperioso será que tal obrigatoriedade esteja prevista no ordenamento jurídico pátrio.

Atualmente, no âmbito administrativo o Brasil possui essa legislação específica, qual seja, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) que autoriza o Estado a exercer o seu poder de polícia para regular e fiscalizar o exercício de um direito por parte dos cidadãos, no caso, o de conduzir veículos em vias públicas, tendo em vista a segurança e o bem-estar de todos. Dessa forma, o uso regular do poder de polícia permite que a autoridade pública, ao suspeitar que um condutor esteja dirigindo embriagado, exija que ele se submeta aos testes de alcoolemia previstos em lei. Tais testes estão dispostos no art. 277 (BRASIL, 1997) do CTB, conforme já explanado.

Entretanto, na seara criminal essa não parece ser a melhor interpretação, uma vez que o ordenamento brasileiro garante ao cidadão o direito de não produzir prova contra si ou o princípio da vedação à auto-incriminação, o qual se origina diretamente do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório e do direito ao silêncio, dispostos no art. 5º, incisos LV e LXIII, respectivamente, da CF/88¹⁸.

Além disso, o art. 1º da CF/88 dispõe que o Brasil se constituiu em um Estado Democrático de Direito, possuindo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e a cidadania¹⁹.

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

- 18 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

[...].

- 19 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Desta feita, a interpretação extensiva do direito ao silêncio decorre também do art. 5º, parágrafo 2º da CF/88, o qual estabeleceu que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem a inclusão no ordenamento jurídico pátrio de outros direitos e garantias decorrentes dos princípios gerais adotados pela própria Carta Magna, como também não excluem aqueles decorrentes de tratados internacionais nos quais o Brasil seja signatário²⁰.

Nesse sentido, a interpretação extensiva do direito ao silêncio e o entendimento do direito de não produzir prova contra si se originam da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que prevê como garantia judicial o direito a não-incriminação, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992).

Contudo, entende-se que o princípio da vedação à auto-incriminação possui índole constitucional desde a promulgação da Constituição em 1988 (PIOVESAN, 2003, p. 48), uma vez que o seu descumprimento configura violação da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, previsto no art. 1º, inciso III da CF/88, conforme já citado.

Outro ponto a ser verificado, é que o princípio da vedação à auto-incriminação origina-se da tradução do brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, consistindo na prerrogativa do cidadão de não produzir provas contra si mesmo.

A respeito disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem defendido uma interpretação bastante ampla do princípio da não-incriminação, consubstanciado na garantia do direito de o acusado não produzir nenhum tipo de prova que possa ser utilizada contra a sua defesa, abrangendo, inclusive, a recusa à submissão a qualquer teste de alcoolemia, como o etilômetro, bem como o fornecimento de material corporal para exames laboratoriais, como a dosagem de álcool no sangue.

II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
[...].

20 Art. 5:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...].

Dessa maneira, o STF tem entendido que é inconstitucional a presunção de embriaguez do condutor que se negue a realizar os testes de alcoolemia, já que no Brasil vigora o princípio da presunção de inocência, consoante o art. 5º, inciso LVII da CF/88²¹. Este foi o entendimento da Suprema Corte no julgamento do *habeas corpus* (HC) 93.916 (STF, 2008), proferido em 10 de junho de 2008, no qual o STF decidiu que não se pode presumir a embriaguez de quem não se submeta a exame de dosagem alcoólica, pois a Constituição impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerça o direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo²².

Porém, o acórdão citado do Pretório Excelso foi julgado antes da entrada em vigor da lei 11.705/08, quando ainda era possível o uso da prova testemunhal, o que ficou impossibilitado com o advento da lei 11.705/08.

Em contraponto, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do HC 155.069 (STJ, 2010), de 06 de fevereiro de 2010, entendeu que o crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, podendo, no entanto, excepcionalmente ser comprovado por exame clínico ou até mesmo por prova testemunhal, contanto que o estado de embriaguez alcoólica seja evidente e a conduta na direção do veículo demonstre o perigo potencial à incolumidade pública²³. Nesse mesmo sentido,

21 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...].

22 EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXTRAIR QUALQUER CONCLUSÃO DESFAVORÁVEL AO SUSPEITO OU ACUSADO DE PRATICAR CRIME QUE NÃO SE SUBMETE A EXAME DE DOSAGEM ALCOÓLICA. DIREITO DE NÃO PRODUIR PROVA CONTRA SI MESMO: NEMO TENETUR SE DETEGERE. INDICAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS JURIDICAMENTE VÁLIDOS, NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTARIA EMBRIAGADO: POSSIBILIDADE. LESÕES CORPORAIS E HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE, EM TESE, CONFIGURAM CRIME. INVIABILIDADE DO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Não se pode presumir que a embriaguez (sic) de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo. [...]. 3. Ordem denegada.

23 EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO ORGANISMO VERIFICADA POR "BAFÔMETRO". EXAME ALEGADAMENTE IMPRECISO. TESTE DE SANGUE ESPECÍFICO NÃO REALIZADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL COM BASE NESSE FATO. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE COMPROVADA, SEM ESTREME DE DÚVIDAS, POR CRITÉRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Segundo o art. 306 do Código de Trânsito

recentemente a referida Turma julgou o HC 117.230 (STJ, 2010), conforme já explanado.

Do mesmo modo, a 5ª Turma do STJ, no julgamento do HC 151.087 (STJ, 2010), de 18.03.2010, decidiu que a ausência do exame de alcoolemia não induz à atipicidade do crime previsto no art. 306 do CTB, desde que a embriaguez possa ser aferida por outros elementos de prova em direito admitidos, como o exame clínico (STJ, 2010).

Data maxima venia, tal interpretação parece equivocada, configurando inequívoca analogia *in malam partem*, na qual se interpreta uma norma penal de maneira extensiva e prejudicial ao acusado, o que é proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Certamente o tema será objeto de enfrentamento pelo STF no julgamento da pendente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4103, em que o Pretório Excelso decidirá sobre a constitucionalidade da lei 11.705/2008.

Corroborando o entendimento supracitado, a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferida pela 6ª Turma no julgamento do Recurso Especial 1.113.360/DF (STJ, 2010), de 28 de setembro de 2010, conforme já explanado no capítulo 2, entendeu que para a configuração do crime do art. 306 do CTB será necessária a comprovação da quantidade mínima exigível por lei, delimitando-se o meio de prova admissível à quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue. Assim, a dosagem etílica passou a integrar o tipo penal, o qual exige a comprovação de concentração superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, não se podendo presumir a embriaguez de quem se negue a realizar os exames de alcoolemia.

Nacional, configura-se o crime de embriaguez ao volante se o motorista “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. 2. Realizado o teste do “bafômetro” e verificada concentração alcoólica no ar dos pulmões que corresponde a concentração sanguínea superior ao que a lei proíbe, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal. [...]. 4. “A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto.” (STJ, RHC 26.432/MT, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/02/2010.) 5. “O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta.” (STJ, HC 140.074/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 14/12/2009.) [...]. 8. Habeas corpus indeferido.

Desta feita, em meio às discussões jurisprudenciais nos Tribunais Superiores, é notório o fato dos agentes da autoridade de trânsito, especialmente policiais militares, adotarem o procedimento de condução à autoridade policial judiciária dos motoristas de veículos automotores que se recusam a se submeter aos testes de alcoolemia, principalmente aqueles que se negam a realizar o teste do etilômetro.

Tal condução se baseia no *caput* art. 277 do CTB o qual determina que: “*todo [...], envolvido em acidente de trânsito ou [...] sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame [...]*” (BRASIL, 1997).

Porém, a redação do dispositivo supramencionado é do ano de 2006, quando foi modificado pela lei nº 11.275/06. É importante frisar que o art. 277 está inserido dentro do Capítulo XVII do CTB, que trata das medidas administrativas. Portanto, todas as medidas administrativas ali previstas somente podem ser aplicadas para as infrações administrativas, mas não para os crimes de trânsito.

Outrossim, em 2008, a lei 11.705 modificou novamente o art. 277 do CTB, acrescentando o parágrafo 3º ao dispositivo, o qual autoriza a aplicação das penalidades e medidas administrativas ao condutor que se negar a ser submetido a qualquer dos procedimentos previstos para a comprovação da embriaguez alcoólica, conforme já explicado. Assim, diante da recusa do cidadão a realizar os testes de alcoolemia, o agente da autoridade de trânsito deve lavrar o auto de infração de trânsito por dirigir sob a influência de álcool, previsto no art. 165 do CTB.

Se o respectivo auto de infração de trânsito foi lavrado, não há motivo para o encaminhamento à autoridade policial judiciária dos motoristas que se recusam a se submeter aos testes de alcoolemia, notadamente os que se negam a realizar o teste do etilômetro, uma vez que o objetivo de tal condução é exatamente a produção de prova (exame laboratorial de sangue) para a lavratura do respectivo auto de infração de trânsito, que já fora confeccionado. Logo, tal condução é inócua (GOMES, 2008).

Além disso, mesmo que o condutor que tenha se negado a ser submetido ao teste do etilômetro seja levado à autoridade policial judiciária, tal condução, na prática, será inútil, pois se ele se recusou a fazer o teste do “bafômetro”, muito provavelmente também se recusará à coleta de material sangüíneo de seu corpo, procedimento muito mais invasivo que o simples assoprar em um equipamento eletrônico, como é o etilômetro.

Outrossim, mesmo que eventualmente o exame clínico seja realizado por médico perito da Polícia Judiciária, não será possível a aferição objetiva e material de que o cidadão conduzia veículo automotor estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, requisito objetivo imprescindível para a configuração do crime de trânsito tipificado no art. 306 do CTB. Tal exigência não pode ser substituída por exame clínico, ainda que realizado por médico perito da Polícia Judiciária, ou por prova testemunhal, pois claramente fere o princípio constitucional da legalidade, já que no aspecto penal, este princípio é consagrado pela máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, isto é, não haverá crime se não houver lei escrita definindo claramente a infração penal e impondo a conseqüente pena. Assim, pelo princípio da reserva legal alguém só poderá ser punido se anteriormente ao fato por ele praticado existir uma lei que descreva claramente a conduta como crime.

No caso do art. 306 do CTB, a conduta típica é conduzir veículo automotor na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. O legislador não deixou margem para qualquer outro entendimento, não sendo possível interpretar uma norma penal de maneira extensiva e prejudicial ao acusado, o que configuraria inequívoca analogia *in malam partem*, proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, após a adoção das medidas administrativas, o condutor deve ser liberado imediatamente, não podendo ser levado coercitivamente à autoridade policial judiciária, uma vez que o objetivo de tal condução seria exatamente a produção de prova (exame laboratorial de sangue) para a lavratura do auto de infração de trânsito, o qual já fora confeccionado.

Outro aspecto a ser enfatizado, é que caso o agente da autoridade de trânsito presente à autoridade policial judiciária o motorista que se negou a ser submetido ao teste do bafômetro, ele estará, na verdade, favorecendo a impunidade, já que com o grande lapso temporal, entre a abordagem policial ou o acidente de trânsito e a apresentação à autoridade policial judiciária e o encaminhamento ao Departamento Médico Legal para exames laboratoriais, a concentração de álcool por litro de sangue será certamente muito menor ou até mesmo não poderá mais ser aferida. Tal situação beneficiaria o condutor que ingeriu bebida alcoólica e indiretamente prejudicaria toda a sociedade, a qual tem violado o seu direito a um trânsito seguro. Além disso, incentivaria a impunidade e o comportamento de outros motoristas a se negarem a realizar os testes de alcoolemia previsto em lei.

Por fim, é importante ressaltar a legalidade da conduta do agente da autoridade de trânsito que se recusa a apresentar à autoridade policial judiciária o cidadão que se negou a se submeter ao teste do bafômetro, mas que solicitou a sua apresentação à autoridade policial judiciária. Esse entendimento se baseia no parágrafo 3º, do art. 277, do CTB, o qual dispõe que deverão ser aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB para o condutor que se negar a realizar qualquer dos testes de alcoolemia. Assim, o vocábulo “qualquer” tornar-se muito significativo, pois, a recusa à realização do teste do “etilômetro” por si só, já configura a hipótese autorizada pela lei para a lavratura do auto de infração. Essa possibilidade é totalmente plausível e legal, porque atende aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança no trânsito e da supremacia do interesse público.

Desta maneira, conclui-se que diante da negativa do condutor de realizar os testes de alcoolemia, o agente da autoridade de trânsito deve lavrar o auto de infração de trânsito por dirigir sob a influência de álcool, previsto no art. 165 do CTB, com base no art. 277, parágrafo 3º do CTB, o qual autoriza a aplicação das penalidades e medidas administrativas ao motorista que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos para a comprovação da embriaguez alcoólica.

3. PROPOSTA DE *LEGE FERENDA* DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

É inegável que a atual redação do art. 306 do CTB tem ocasionado visíveis problemas para a segurança do trânsito no Brasil, já que a maioria dos condutores embriagados se nega a realizar os testes de alcoolemia, alegando o seu direito individual de não produzir prova contra si. Tal comportamento viola **o CTB, que de forma expressa, em seu art. 1º, § 2º estabeleceu a segurança no trânsito como um princípio e como um direito de toda a sociedade**²⁴.

Essa recusa viola também a Carta Magna que consagrou no *caput* do art. 5º a segurança como um direito fundamental inviolável²⁵.

24 Art. 1º.

[...]

§ 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

[...].

25 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

Desta feita, é cediço que o interesse público deve prevalecer sobre o direito individual. Em tese, a defesa do direito individual de não produzir prova contra si afrontaria o interesse público, quando o motorista embriagado se nega a realizar o exame do etilômetro. Isso porque essa conduta negativa irá contra o interesse público de punição e de repressão aos motoristas embriagados, os quais expõem a risco a incolumidade física e a saúde de outrem, prejudicando o direito de todos a um trânsito seguro. Dessa forma, na ponderação de qual bem jurídico deve predominar, conclui-se que o interesse público deverá prevalecer frente ao direito individual.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2008) ensina que se trata da primazia do interesse público, na qual o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos individuais prevalecerem em relação aos direitos sociais.

Outrossim, Lazzarini (1999, p.50) ensina que:

“[...] deve ser garantida a convivência pacífica de todos os cidadãos de tal modo que o exercício dos direitos de cada um, não se transforme em abuso e não ofenda, não impeça, não perturbe o exercício dos direitos alheios”.

Nessa mesma diapasão, Meirelles (2003, p. 123) escreve

[...] a supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade [...].

Deste modo, o presente trabalho sugere a inclusão de um parágrafo ao art. 306 do CTB, estabelecendo que a recusa em realizar o teste do etilômetro configuraria o crime de desobediência previsto no art. 330²⁶ do Código Penal. Tal alteração legislativa objetiva que os condutores embriagados façam o teste de alcoolemia de modo coercitivo, contribuindo para a implementação do direito de todos a um trânsito seguro e para a diminuição do número de acidentes de trânsito.

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...].

26 Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:
Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

Certamente a mudança seria questionada no STF, com a Suprema Corte tendo que decidir se na ponderação de interesses deve predominar o direito coletivo a um trânsito seguro ou o interesse individual de não produzir prova contra si.

Acerca disso, o Brasil já possui precedente em que o direito de não produzir prova contra si não foi considerado absoluto, quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou em 18 de outubro de 2004 a Súmula 301, enunciando que: *“em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção ‘juris tantum’ de paternidade”* (STJ, 2004).

Assim, no caso da ação de investigação de paternidade, o STJ derogou o princípio de não produzir prova contra si, entendendo que a recusa do suposto pai a fornecer material corporal para a realização de exame de DNA constituiu-se em uma presunção *juris tantum*, ou seja, uma presunção relativa, que admite prova em contrário. Consequentemente, até a produção de prova contrária, presume-se que os fatos alegados são verdadeiros, ou seja, que o cidadão que se negou a realizar o teste de DNA é o pai biológico da criança. Tal interpretação buscou a proteção ao hipossuficiente (a criança), em detrimento do direito individual do pai em não produzir prova contra si.

Outro exemplo de que o direito de não produzir prova contra si não é absoluto está nos aeroportos. Um passageiro portando arma de fogo sem autorização não pode se recusar a passar pelos equipamentos detectores de metais, alegando o seu direito de não produzir prova contra si, já que, caso passe pelo equipamento, ficará provado o crime de porte ilegal de armas. Outrossim, um traficante de drogas ilícitas, suspeito de ter engolido cápsulas de substâncias entorpecentes, não pode se negar a ser submetido ao exame de raio X, invocando o seu direito de não produzir contra si.

Da mesma forma, a lei nº 12.037/2009 regulamenta a identificação criminal do civilmente identificado. Assim, o cidadão preso não pode se recusar a se submeter ao processo de identificação criminal, argumentando o seu direito de não produzir prova contra si, já que tal identificação poderá levar a apuração de outros crimes de sua autoria.

Portanto, é imprescindível que o legislador brasileiro faça uma alteração constitucional, autorizando o uso restrito de medidas de intervenção corporal como meio de prova no processo penal, contanto que não cause risco à saúde física e mental do acusado e que não exista outra forma

para a eficácia da persecução penal, não sendo afastada a sua presunção de inocência (ZAGANELLI, 2001).

É o caso, por exemplo do etilômetro, em que a exigência para o cidadão assoprar em um equipamento eletrônico mostra-se como uma intervenção corporal extremamente pequena, praticamente sem risco para a saúde e a integridade física do condutor.

Desta feita, conclui-se que o direito de não produzir prova contra si não deve ser considerado como um direito absoluto, mas sim como uma garantia do cidadão contra atos arbitrários do Estado. O brocardo jurídico *nemo tenetur se detegere* deve ser entendido como um instrumento de defesa do cidadão contra a coercitividade estatal em sua persecução penal. Interpretação muito além disso pode levar à impunidade e à injustiça, prejudicando o interesse público e a segurança da coletividade. É o que está ocorrendo atualmente com o suposto direito do condutor embriagado em não se submeter ao teste de alcoolemia.

Assim, a proteção individual de não produzir prova contra si não deve prevalecer diante do direito coletivo da sociedade a um trânsito seguro, já que nenhuma garantia constitucional deve ser entendida como absoluta.

Entretanto, esse entendimento somente seria possível para o teste do etilômetro, o qual não atinge a integridade física do cidadão, que deve apenas assoprar em um equipamento eletrônico. Tal argumentação não se aplicaria a outros exames, como o sanguíneo, por serem muito invasivos, atingindo a integridade corporal do cidadão.

Outrossim, é forçoso o reconhecimento de que é muito tênue o limite entre os direitos fundamentais do acusado, notadamente o seu direito de não produzir prova contra si e o direito e dever do Estado de produzir provas para o esclarecimento de fatos que afetem as relações sociais e jurídicas. Dessa forma, ao se analisar o caso concreto, o operador do direito deverá utilizar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, como também a teoria dos princípios constitucionais para que seja feita a perfeita justiça (ZAGANELLI).

4. CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou o estudo da legislação sobre a embriaguez alcoólica de condutores de veículos automotores, notadamente a análise da legalidade e da constitucionalidade dos meios de prova de

embriaguez alcoólica previstos no Código de Trânsito Brasileiro, focando especificamente as alterações provocadas pelas leis nº 11.275/2006 e nº 11.705/2008.

Deste modo, em relação à infração administrativa de trânsito prevista no art. 165 do CTB, entende-se pela legalidade e pela constitucionalidade dos meios de prova de embriaguez alcoólica previstos no art. 277 do CTB.

Já em relação ao crime de trânsito previsto no art. 306 do CTB, percebe-se que os meios de prova previstos no art. 277 do CTB são legais e constitucionais apenas em relação aos exames que produzem prova objetiva, como o teste do etilômetro e o exame laboratorial de dosagem alcoólica em material sanguíneo.

Outrossim, verificou-se inconstitucional e ilegal a tentativa de uso de qualquer prova, seja ela testemunhal ou exame clínico, para a comprovação do crime previsto no art. 306 do CTB, em virtude de ser imprescindível a comprovação material e objetiva do crime, através da constatação real e concreta de que o condutor dirigia com uma concentração igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue.

Por fim, especificamente em relação à recusa do condutor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir embriagado, de se submeter aos testes de alcoolemia, verificou-se a legalidade e a constitucionalidade do Estado adotar as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 do CTB, em relação à infração administrativa.

No aspecto criminal, a negativa do condutor a se submeter aos testes de alcoolemia previstos em lei, notadamente o do etilômetro e o exame laboratorial de sangue, entende-se pela legalidade e constitucionalidade da recusa do motorista em se submeter a tais testes, uma vez que possui o direito constitucional de não produzir prova contra si. Dessa forma, atualmente qualquer tentativa coercitiva estatal no sentido de forçar o condutor a realizar os testes de alcoolemia é claramente inconstitucional e ilegal.

Entretanto, a atual conformação legal dos artigos 306 e 277 do CTB, indubitavelmente tem prejudicado o interesse público e o direito constitucional de todos à segurança, especificamente a segurança no trânsito. Além disso, tal panorama tem inviabilizado a atuação estatal e o exercício do poder-dever do Estado de assegurar a segurança e a paz social, razão de existência do próprio Estado. Deste modo, o engessamento

estatal tem provocado a impunidade e a injustiça, prejudicando o interesse público, a segurança da coletividade e a confiança da sociedade no Estado.

A melhor solução pareça ser uma ampla discussão com todos os seguimentos da sociedade para que se modifique a redação da Carta Magna, na qual haveria autorização constitucional para que o Estado, dentro de estreitos limites, pudesse coercitivamente exigir que o cidadão se submeta aos testes de alcoolemia, assim como a outros meio de prova essenciais para a perseguição penal.

Todavia, outro problema surgiria, qual seja, a discussão da constitucionalidade de tal alteração da Constituição, pois se entende que o direito de não produzir prova contra si, por ser um direito e uma garantia constitucional individual fundamental, é uma cláusula pétrea, não podendo ser objeto de deliberação e nem de modificação, consoante o art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88²⁷.

Entretanto, o direito à segurança também é um direito constitucional individual fundamental; portanto, também é uma cláusula pétrea. Dessa forma, volta-se novamente à argumentação de que o direito constitucional de todos à segurança deve prevalecer sobre o interesse individual, bem como que o direito e o dever do Estado em garantir a segurança pública, em especial a segurança no trânsito, possui primazia sobre o direito individual.

Nesse sentido, entende-se que a citada alteração do CTB e da Constituição é possível, haja vista o precedente aberto com a edição da Sumula 301 do STJ, a qual, apesar de ter sido proferida pelo STJ e não pela Suprema Corte Constitucional, concluiu que o direito de não produzir prova contra si não deve ser considerado como um direito absoluto.

Pode-se finalizar este artigo com a afirmação de que é necessária e urgente uma ampla discussão da sociedade visando a modificação da redação da Constituição Federal de 1988, uma saída constitucional para que o Estado, dentro de estreitos limites, possa exercer o seu poder-dever de assegurar a segurança e o bem estar de todos, respeitando os direitos e garantias individuais.

27 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...].

IV - os direitos e garantias individuais.

[...]

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LAZZARINI, Álvaro. Estudos de Direitos Administrativos. Sistematização Rui Stoco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Temas em Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ZAGANELLI, Margareth Vets. Intervenções corporais como meio de prova no processo penal: o difícil limite entre o jus puniendi e os direitos fundamentais do acusado. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

6 SÍTIOS

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 24 set. 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 nov 2010.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1.992. República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

_____. Resoluções do CONTRAN. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/resolucoes.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

_____. Código Penal Brasileiro (1941). República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

_____. Código de Processo Penal Brasileiro (1941). República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

_____. Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

_____. Resolução do CONTRAN nº 206, de 20 de out. 2006. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/resolucoes.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal Justiça. Súmula 301. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

_____. _____. Habeas Corpus nº 166.377. Rel. Min. Og Fernandes. 6ª Turma do STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2010.

_____. _____. Recurso Especial nº 1.113.260 do DF. Rel. Min. Og Fernandes. 6ª Turma do STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 nov. 2010.

_____. _____. Habeas Corpus nº 155.069. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª Turma do STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 nov. 2010.

_____. _____. Habeas Corpus nº 151.087. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª Turma do STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 nov. 2010.

_____. _____. Habeas Corpus nº 117.230. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª Turma do STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 93.916. Rel. Min. Cármen Lúcia. 1ª Turma do STF. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 nov. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Lei seca (Lei nº 11.705/2008). Exageros, equívocos e abusos das operações policiais. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1842, 17 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11496>>. Acesso em: 17 nov. 2010.

ESTE LIBRO FUE IMPRESO POR AGENCIA IMPERIAL
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
TOMO II
VOLUMEN 1
MARZO DE 2010